

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Dirección del Servicio Jurídico del Estado

Anales de la Abogacía General del Estado 2023



GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES



BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

**ANALES DE LA ABOGACÍA GENERAL
DEL ESTADO
2023**

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

Boletín Oficial del Estado



MADRID, 2024

La selección de los dictámenes y escritos judiciales contenidos en esta obra, así como la elaboración de los índices, se ha llevado a cabo por la Subdirección General de Auditoría Interna y Gestión del Conocimiento de la Abogacía General del Estado, siendo titular el Abogado General del Estado D. David Vilas Álvarez.

Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>.

© Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Edita: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes
y Boletín Oficial del Estado

NIPO (AEBOE): 144-24-238-X

NIPO (Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes): 143-24-047-2

ISSN: 1889-4704

PRESENTACIÓN

Se presenta la edición 2023 de los «Anales de la Abogacía General del Estado», publicación que ya cuenta con más de cuatro décadas de trayectoria. Esta obra tiene una doble misión: una externa, al constituir una referencia obligada de consulta para los profesionales del derecho y, así mismo, otra interna que refuerza la coordinación entre las Abogacías del Estado al facilitar el conocimiento sobre cuestiones reiteradas en toda España.

Los Anales de 2023 incluyen una selección significativa de dictámenes y escritos judiciales elaborados por los Abogados del Estado en el ejercicio de las funciones de asistencia jurídica que la Abogacía General del Estado tiene encomendadas, tanto en el ámbito consultivo como en el contencioso.

Los trabajos que se recogen en los Anales, sin constituir doctrina oficial de la Abogacía General del Estado, se caracterizan por la importancia de su contenido y por la alta cualificación técnica de los Abogados del Estado que los firman, por lo que año tras año constituyen una interesante herramienta para los profesionales del Derecho en sus relaciones con la Administración Pública.

Para facilitar su consulta se incorpora en esta publicación, al igual que en años anteriores, un índice progresivo de los trabajos publicados en los Anales de la Abogacía General del Estado desde el año 1990.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

<u>Número de marginal</u>		<u>Págs.</u>
	ÍNDICE DE AUTORES	9
	I. DERECHO ADMINISTRATIVO	
	ACCIÓN ADMINISTRATIVA	
	Subvenciones	
1.	Cálculo de las dotaciones en las becas Vives de ICEX y posibilidad de modificación por circunstancias sobvenidas	11
2.	Nueva Orden de Bases y Convocatoria de ayudas en conurrencia no competitiva relativas al PERTE del Vehículo Eléctrico y Conectado	23
	ACTO ADMINISTRATIVO	
	Declaración de lesividad	
3.	Declaración de lesividad de una resolución que declara prescrita una sanción. Sanción firme y ejecutable en el momento de la interposición, extemporánea, de un recurso de reposición	37
	Silencio administrativo	
4.	Silencio en solicitud de suspensión y en resolución de recurso de reposición	55
	Suspensión de actos administrativos	
5.	Efectos del levantamiento de la suspensión de la ejecutividad de una deuda no tributaria en el cómputo de los plazos de pago en periodo voluntario	60

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Contrato de concesión

6. Acuerdo de liquidación de concesión de explotación de autopista de peaje. Escrito de conclusiones 73

Contrato de servicios

7. Informe sobre la forma de gestión del sistema interno de información del Centro Nacional de Investigación sobre la evolución humana 139

Modificación

8. Modificación de un contrato de servicios. Incremento de los precios del contrato 146
9. Posible consideración de la modificación a la baja del objeto de un contrato de suministro como modificación sustancial al amparo del artículo 205 c) LCSP 156

Objeto, precio y cuantía

10. Posible aplicación de la revisión de precios establecida en los artículos 6 a 10 del Real Decreto- ley 3/2022 de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, a los contratos de suministro de fabricación 165

Régimen jurídico general

11. Presupuestos determinantes de la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible 179

EXPROPIACIÓN FORZOSA

Anuncios

12. Admisión de publicación electrónica de anuncios en los procedimientos de expropiación forzosa y en el trámite de información pública del art. 12 de la Ley 37/2015, de Carreteras 191

EXTRANJERÍA	
13.	Escrito de Oposición del Abogado del Estado al recurso de casación interpuesto por tres ciudadanos extranjeros ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. RC 1373/2023 199
FUNCIÓN PÚBLICA	
Contratos de alta dirección	
14.	Contratos del personal de alta dirección y contratos mercantiles vinculados a las sociedades mercantiles estatales 208
ORGANIZACIÓN	
Fundaciones estatales	
15.	Autorizaciones a las que se somete una fundación del sector público estatal para poder otorgar y conceder subvenciones 217
Organismos públicos	
16.	Régimen de abstención de los miembros de los órganos colegiados. Clases de abstención y efectos, respecto a las mayorías exigibles para la adopción de sus acuerdos 223
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	
Responsabilidad Patrimonial del Estado	
17.	Modelo 720, responsabilidad del Estado legislador de la obligación de los residentes en España que sean sujetos pasivos de declarar sus bienes en el extranjero en la declaración de los impuestos de la renta de las personas físicas y de sociedades 234
PROPIEDADES PÚBLICAS	
Patrimonio del Estado	
18.	El Partido Nacionalista Vasco, siglas EAJ-PNV, presenta las siguientes solicitudes: Restituir el inmueble incautado sito en Avenue de Marceu número 11, París y la compensación económica por otros dos inmuebles sitios en Noyon y Compans, Francia 248

SANCIONADOR

19. Consulta sobre cuestiones relativas a la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción («Ley del denunciante») 260

IV. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

20. Aplicación del Reglamento (UE) 2019/515, relativo al reconocimiento mutuo de mercancías comercializadas legalmente en otro estado miembro 287

VI. DERECHO CONSTITUCIONAL

COMPETENCIAS ESTADO – COMUNIDADES AUTÓNOMAS

21. Informe sobre el régimen de los actos institucionales de carácter militar organizados por la Guardia Civil en relación con la normativa autonómica de espectáculos públicos de Cantabria 303

VII. DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

22. Calificación, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de los rendimientos obtenidos por los árbitros de baloncesto 313

IMPUESTOS ESPECIALES

23. Recurso de casación en relación con el Impuesto Especial de Hidrocarburos. Excepciones a la exención del gas natural 320

OBJETIVOS DE ESTABILIDAD Y DEUDA PÚBLICA

24. Informe sobre la forma de proceder para dar cumplimiento en 2024 a la reactivación de las reglas fiscales, tras la desactivación de la cláusula de salvaguarda europea, anunciada en las Comunicaciones de la Unión Europea de 8 de marzo, de 24 de mayo y de 21 de noviembre de 2023 329

RÉGIMEN JURÍDICO TRIBUTARIO

25. Alcance del artículo 141 e) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria sobre la competencia inspectora para la aplicación de regímenes especiales 349

X. DERECHO MERCANTIL

CONTRATO DE SEGURO

26. Cuestiones relativas a los seguros de responsabilidad contable regulados en la disposición adicional 34.^a de la Ley 22/2021, de PGE para 2022, y en la disposición adicional 34.^a de la Ley 31/2022, de PGE para 2023 359

COOPERATIVAS

27. Facturación de socios cooperativistas a su propia cooperativa de transportes de servicios 381

- ÍNDICE PROGRESIVO 1990-2023 392

ÍNDICE DE AUTORES

	<i>Págs.</i>
Luisa Camy Gavilanes	287
María Bueyo Díez Jalón	208, 234, 248
Francisco Espinosa Fernández	199
Telmo Esteban Fernández	303
Patricia Elena Fröhlingsdorf Nicolás	60, 156, 165
Ricardo Huesca Boadilla	313, 320, 349
Raúl López Fernández	329
Daniel Muñoz Cabrera	139
Raquel Ramos Vallés.	191, 223, 260, 359
Alberto Rodríguez Mora	381
Miryam Rodríguez Natal	37, 146, 179
Oscar Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso	11, 23, 55, 217
Juan José Torres Fernández	73

I. DERECHO ADMINISTRATIVO

ACCIÓN ADMINISTRATIVA

SUBVENCIONES

1.23 CÁLCULO DE LAS DOTACIONES EN LAS BECAS VIVES DE ICEX Y POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS

Resumen: Becas para realizar prácticas formativas de trabajo en el extranjero. Cuantía máxima de las ayudas y criterios para fijar la dotación. Coste real de la actividad como límite y necesidad de concreción en la convocatoria: dotación como ayuda, no como indemnidad. Modificación de la dotación por circunstancias sobrevenidas y, en particular, por aumento de costes de visado. Interpretación estricta de los supuestos de modificación.

Se ha recibido en esta Abogacía del Estado petición de informe por parte de la Secretaría General del ICEX, en relación con las ayudas del programa «ICEX Vives», reguladas en la Orden ICT/771/2022, de 2 de agosto (convocatoria de 15 de diciembre de 2022), en particular sobre (i) el modo de realizar el cálculo de las dotaciones de las becas en destinos donde no existen Oficinas comerciales y que, por tanto, no se fijan directamente en la convocatoria, así como (ii) la posibilidad de incrementar las ayudas, en casos en los que existe un coste del visado mayor que el previsto inicialmente para determinados países¹.

Examinada la consulta remitida por ese Organismo Público procede la emisión del presente informe, de conformidad con las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I

Antes de entrar en cualesquiera otras consideraciones conviene significar que los planteamientos que se nos realizan en la consulta parten de escenarios y situaciones que, en esencia, afectan a la propia gestión de las ayudas por la entidad y no tanto a solicitudes de modificación por parte de los adjudicatarios de ayudas formalizadas como tal, de las que en lo que se nos remite no se da noticia.

Por ello, la consideración de la que en el presente informe se parte es que las actuaciones que se nos plantean se formulan de oficio por el órgano gestor.

¹ Informe emitido el 16 de octubre de 2023 por D. Oscar Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso, Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en calidad de coordinador de convenio con ICEX.

En concreto, se detalla en la consulta que el esquema de las ayudas VIVES parte en buena medida de la experiencia de las becas de internacionalización de la Entidad Pública Empresarial (así se reconoce expresamente en el expositivo I de la Orden ICT/771/2022), pero presenta diferencias con el mismo y, en los particulares por los que se consulta, estas diferencias afectan a la cuantificación de la dotación, pues —refiere la consulta— *«a diferencia de lo que ocurre en la Fase I del Programa de Becas, donde los destinos se conocen previamente a la publicación de la convocatoria, puesto que se realizan las prácticas en una de las Oficinas Económicas y Comerciales repartidas por todo el mundo, en el caso del Proyecto ICEX Vives no se conocen previamente todos los lugares de realización de las prácticas. Estas becas pueden realizarse en cualquier localidad en donde se encuentre ubicada la sede de la empresa donde ejecutará su formación.»*

En consecuencia, un primer problema radica en ajustar los costes de vida reales respecto de la dotación de la beca en lugares donde se va a desarrollar que no sean destinos en los que existan OFECOMES, que son los previstos, con carácter general, en las bases y convocatoria.

Un segundo problema se produciría con supuestos en los que, previsto por la convocatoria un importe respecto el coste de visado, éste aumenta con posterioridad a la misma, o después de haberse computado en la propuesta definitiva y posterior resolución, generando un sobre coste en los gastos que debe asumir el beneficiario, cuando según el artículo 10.5 de la Orden *«los criterios para la determinación de las dotaciones estarán calculados cada año en función del nivel de vida de los países y ciudades de destino, y de los costes de transporte, obtención de visados y otros costes asociados al acceso al destino que se estimen, los cuales deberán ser sufragados por el beneficiario con la referida dotación. Dicha dotación deberá procurarles unas condiciones dignas de vida y de dedicación al Proyecto ICEX Vives»*, previéndose igualmente que *«Con la dotación asignada, el beneficiario deberá afrontar los gastos que se generen, y en concreto: [...] c) La obtención, en su caso, del visado y los gastos derivados del mismo o de su renovación, cuya gestión correrá a cargo del becario»* (art. 10.6 de la Orden).

Entrando ya en lo que se nos plantea, cabría disociar de lo que se nos remite tres tipos de situaciones, que son aquellas en las que el presente informe se centra o, lo que es lo mismo, los tres escenarios posibles —en abstracto— que en la consulta se plantean:

a) Determinación de la dotación en localidades sin dotación fijada en la convocatoria, distinguiendo la consulta cómo se obtiene el cálculo en ciudades de EEUU y fuera de dicho país.

b) Lo anterior sumado a un incremento de visados no previsto en los costes señalados en la convocatoria, lo que daría lugar a una doble indeterminación: la del destino de desenvolvimiento de la beca y la del cambio de costes del visado. Esta cuestión no se plantea en la consulta, pero puede igualmente producirse (p.ej., la consulta refiere que el incremento de visados se ha producido en China, y allí las localidades previstas en la convocatoria son Pekín, Shanghái y Hong Kong, si bien por lo descrito en la anterior letra bien pudiera desenvolverse la práctica en Nankín o Cantón, por citar ejemplos).

c) Aumento posterior a lo calculado en la convocatoria o en la propuesta definitiva y resolución de los costes de visado, refiriéndose solo en este supuesto casos de China.

II

Procede, en consecuencia, examinar en primer término qué se contempla en cuanto a las dotaciones en Bases y Convocatoria, debidamente interpretadas con los parámetros que establece la Ley 38/2003, General de Subvenciones (LGS), así como su Reglamento, aprobado por Real Decreto 887/2006 (RGS).

En lo que afecta a la LGS, su artículo 17.3 f) de la LGS exige que las Bases refieran la *«Cuantía individualizada de la subvención o criterios para su determinación»*, añadiendo el artículo 19.3 del mismo texto que *«El importe de las subvenciones en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada»* y el artículo 22.3 que *«No podrán otorgarse subvenciones por cuantía superior a la que se determine en la convocatoria.»*

Estos preceptos se encuentran íntimamente conectados, en la medida en que el coste real de la actividad es el límite elemental de la potestad subvencional, que persigue coadyuvar a la realización de actividades concretas, y no que con la concreta actividad de fomento desplegada obtengan los beneficiarios réditos que vayan más allá de la cobertura de costes reales.

Por ello el artículo 24.4, cuarto párrafo, del mismo texto legal, refiere que la propuesta definitiva *«deberá expresar el solicitante o la relación de solicitantes para los que se propone la concesión de la subvención, y su cuantía, especificando su evaluación y los criterios de valoración seguidos para efectuarla.»*

Llegados al momento de dictarse la resolución de concesión, la misma se erige, debiendo adoptarse conforme los parámetros precedentes, como un acto declarativo de derechos que en principio no puede ser modificado.

Ello no obstante, el artículo 19.4 de la LGS prevé que *«Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, y en todo caso la obtención concurrente de otras aportaciones fuera de los casos permitidos en las normas reguladoras, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la subvención.»*

Esto es, si concurren circunstancias objetivas —nunca elementos subjetivos o de discrecionalidad (mucho menos arbitrariedad) administrativa— que cambien lo que motivó la concesión, y en los términos que prevea la normativa propia de cada subvención (bases y, en su caso, convocatoria), podrá entonces acordarse la modificación de la resolución de concesión. De ahí que el artículo 17.3 l) de la LGS exija taxativamente a las Bases que reflejen las *«Circunstancias que, como consecuencia de la alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, podrán dar lugar a la modificación de la resolución.»*

En el caso de modificaciones solicitadas por el beneficiario se suma a los requisitos anteriores (alteración de condiciones fundada en elementos objetivos no tenidos en cuenta al conceder, en función de lo previsto en bases) el que la modificación no perjudique a tercero (art. 64 del RGS), concepto amplio que en ayudas dadas en concurrencia impone serios límites, pero que no es el caso que tratamos, como antes apuntamos.

Todos estos límites que se imponen a la modificación de la resolución de concesión persiguen, en esencia, evitar una actuación discrecional de la Administración concedente

que, por un lado, supere el límite del coste real de la actividad a subvencionar o que, por otro, no esté fundada en elementos objetivos de manera que con ello se introduzca cierto elemento de arbitrariedad en actos declarativos de derechos (tanto a favor como en contra del beneficiario); y, en el caso de provenir de una solicitud del beneficiario, sumar a tales límites la evitación del daño o lesión a terceros, que en ayudas dadas en concurrencia pueden producirse, además de los anteriores vicios.

Descendiendo al siguiente escalón normativo, la Orden ICT/771/2022, el artículo 6 c) de la misma establece que *«Sin perjuicio de las obligaciones que establezca la correspondiente convocatoria, las personas beneficiarias del Proyecto ICEX Vives quedan obligadas a: [...] c) Asumir los gastos referidos en el artículo 10, en sus apartados 5 y 6»*. Cabe indicar que el incumplimiento de las obligaciones del artículo 6 es causa de pérdida del derecho al cobro (art. 19.1 c) de la orden).

Por su parte, y en lo que al presente informe interesa, el artículo 10 de las Bases establece lo siguiente (los resaltados son nuestros):

«2. ICEX asumirá el coste total de la dotación que constituye la ayuda. El importe de las dotaciones se abonará con cargo al presupuesto asignado a ICEX para el Proyecto ICEX Vives financiado a través de los fondos (“Next Generation EU”), cuyo elemento central es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia [...]

[...]

4. [...] Las dotaciones serán las establecidas en la convocatoria anual de ICEX Vives, y esta cantidad no es negociable ni modificable por parte de la empresa o entidad de acogida. Dichas dotaciones se pagan directamente a los beneficiarios de la subvención, por lo que la empresa o institución adherida al Proyecto ICEX Vives no gestionará estos fondos.

5. El importe máximo por estancia por persona beneficiaria está calculado para afrontar los gastos de instalación, alojamiento y manutención durante el periodo de las prácticas. De conformidad con el artículo 17.3.f) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, los criterios para la determinación de las dotaciones estarán calculados cada año en función del nivel de vida de los países y ciudades de destino, y de los costes de transporte, obtención de visados y otros costes asociados al acceso al destino que se estimen, los cuales deberán ser sufragados por el beneficiario con la referida dotación. Dicha dotación deberá procurarles unas condiciones dignas de vida y de dedicación al Proyecto ICEX Vives.

La cantidad que se abone a los beneficiarios en ningún caso tendrá la consideración de salario o remuneración, sino de ayuda económica para formación. Su disfrute no tendrá, en ningún caso, la consideración de servicios previos ni de servicios efectivos, ni servirá como mérito para el ingreso en la Administración Pública ni para los procedimientos de provisión de puestos de trabajo.

Dependiendo de la situación cambiaria del euro con relación a la divisa de uso de los lugares de destino, la dotación podrá ser actualizada por Resolución del órgano competente siempre que se aprecie una grave alteración de las condiciones iniciales de concesión que ponga en riesgo el objetivo del Proyecto ICEX Vives.

La lista de destinos y las cuantías económicas asignadas a cada uno de ellos, se indicará en la convocatoria de cada ejercicio.

Las dotaciones reflejadas en el siguiente cuadro son las correspondientes al año 2022, por lo que podrán sufrir eventuales alteraciones y actualizaciones que serán recogidas en cada convocatoria:

[...]

6. Con la dotación asignada, el beneficiario deberá afrontar los gastos que se generen, y en concreto:

- a) Los gastos de desplazamiento de ida y vuelta a ciudad de destino.
- b) Los gastos de alojamiento, manutención y desplazamientos en la ciudad de destino.
- c) La obtención, en su caso, del visado y los gastos derivados del mismo o de su renovación, cuya gestión correrá a cargo del becario.

[...]»

El artículo 14.3 de las Bases señala que «La persona solicitante admitida pasará a una propuesta de resolución definitiva de concesión elevada por el órgano instructor al órgano concedente, en la que se establecerá el beneficiario, la empresa o entidad de destino, la duración y la dotación». El punto 4 del mismo artículo condiciona la efectividad de esta propuesta definitiva a la aceptación del beneficiario (párrafo segundo), suscribiéndose posteriormente un documento tripartito en el que se fijan las condiciones de las prácticas (art. 14.6).

En el artículo 15 se establecen los supuestos de modificación de la resolución de concesión, en los siguientes términos (los resaltados son nuestros):

«1. Las prácticas no laborales deberán ejecutarse conforme a los términos y plazos de ejecución que se determinen en las resoluciones de concesión. No obstante, podrá modificarse lo resuelto de oficio o a instancia de la empresa o entidad adherida al Proyecto ICEX Vives, en los siguientes casos:

a) cuando las condiciones del desempeño de la práctica formativa queden amenazadas por causa imputable o que afecte a ICEX y/o a la empresa o entidad adherida; o

b) cuando las condiciones del desempeño de la práctica formativa queden amenazadas por una grave alteración o amenaza de la seguridad en el lugar de destino.

2. En aquellos supuestos contemplados en el artículo 19.1. a) y b), el beneficiario podrá solicitar la modificación de la resolución de concesión.

3. La persona titular de la Presidencia de ICEX, sin perjuicio de las delegaciones que se encuentren vigentes en cada momento, podrá dictar mediante la oportuna resolución, la modificación de la resolución de concesión con un nuevo destino, dotación y/o empresa y entidad. En este caso, y tras la aceptación del beneficiario, se deberá firmar un nuevo compromiso entre las tres partes.»

En el escalón final, la convocatoria, el apartado Octavo de la misma señala lo siguiente (los resaltados son nuestros):

«Octavo. Cuantía máxima de la subvención.

De conformidad con lo que establece la orden de bases, la cuantía máxima de la subvención será diferente según el destino.

El importe máximo anual por estancia por persona beneficiaria está calculado para afrontar los gastos de desplazamiento, visado, instalación, alojamiento y manutención durante el periodo de las prácticas y estará calculado en función del nivel de vida de los países y ciudades de destino, y de los costes de transporte, obtención de visados y otros costes asociados al acceso al destino que se estimen, los cuales deberán ser sufragados por el beneficiario con la referida dotación.

Dependiendo de la situación cambiaria del euro con relación a la divisa de uso de los lugares de destino, la dotación podrá ser actualizada por resolución del órgano concedente siempre que se aprecie una grave alteración de las condiciones iniciales de concesión que ponga en riesgo el objetivo del Proyecto ICEX Vives.

La lista de destinos y las cuantías económicas asignadas a cada uno de ellos para la presente convocatoria y reflejadas en el cuadro a continuación son una estimación, a modo de referencia, sujeta a eventuales alteraciones y actualizaciones en el futuro: [...]»

Debe señalarse que este apartado de la convocatoria reproduce en esencia lo previsto en el artículo 10.5 de las Bases, si bien aclara que Taipei no es Ofecome, sino Cámara de Comercio, y añade como último supuesto el de España, se entiende que a efectos del cálculo de lo que permite el artículo 10.1, segundo párrafo (posibilidad de prácticas en la sede española por un máximo de 90 días por cada 12 meses de práctica).

El apartado Décimo.2 aclara que *«La presentación de solicitud de prácticas supone la aceptación de lo dispuesto en la presente convocatoria y en la orden de bases.»*

El apartado Decimotercero, primer párrafo, incide en lo que el artículo 14.3 de las Bases establece: la propuesta definitiva concreta beneficiario, empresa de destino, duración y dotación. Y en su séptimo párrafo añade (en consonancia con el art. 15.3 de las Bases) que *«La persona titular de la Presidencia de ICEX, sin perjuicio de las posibles delegaciones, podrá dictar mediante la oportuna resolución la modificación de la resolución de concesión con un nuevo destino, dotación y/o empresa y entidad. En este caso, y tras la aceptación del beneficiario, se deberá firmar un nuevo compromiso entre las tres partes.»*

III

Examinado el régimen jurídico aplicable, lo primero que se extrae del mismo, en conexión con las consultas que se nos plantean, es que una cosa es la determinación del importe de la cuantía de la subvención, que debe tenerse como cuestión previa a la concesión de la misma, y que otra bien diferente es la modificación de la misma, que se produce con posterioridad a su dictado y se sujeta por ello a límites más estrictos, en la medida en que se está hablando de un acto declarativo de derechos que como tal no debiera corregirse salvo por los cauces en derecho previstos (rectificación de errores, revocación, recursos, modificación, etc.).

En cualquier caso, tanto la determinación de cuantías, cuanto la modificación de lo resuelto, se supeditan a lo que al efecto prevean las bases y convocatoria, habiéndose resumido lo que ambas indican a estos fines en la consideración precedente.

Procede ahora determinar qué sucede con las dotaciones correspondientes a localidades o destinos que no se contemplan en Bases ni Convocatoria.

Nos señala la consulta que *«Debido a lo anterior [prácticas en las que la empresa colaboradora no se encuentra en la ciudad en la que está la Oficina Económica y Comercial, que es lo que Bases y Convocatoria listan], en determinados casos ha sucedido que, en destinos donde no existe dotación expresa en la Convocatoria, desde el área gestora del programa, se ha venido realizando el cálculo de la dotación en el momento de elaborar la propuesta de resolución definitiva, lo que se ha trasladado a la resolución de concesión»*, y que *«En estos casos los métodos de cálculo utilizados, en función de los países donde se da esta circunstancia»* varían en función de determinados parámetros objetivados y con referencia a índices públicos y accesibles.

Como se ha visto, la LGS exige que las Bases determinen la cuantía máxima o los criterios para obtenerla, que la misma no supere el coste real de la actividad, y que no podrá superar lo previsto en la convocatoria, siendo la propuesta de resolución definitiva la que debe fijarla (arts. 17.3 f), 19.3, 22.3 y 24.4), *«especificando su evaluación y los criterios de valoración seguidos para efectuarla.»*

La Orden de Bases VIVES, como también se ha visto, señala que las dotaciones se establecen en la convocatoria anual, siendo innegociables por la empresa colaboradora (art. 10.4), y que su importe máximo (art. 10.5) *«está calculado para afrontar los gastos de instalación, alojamiento y mantenimiento durante el periodo de las prácticas»*, calculándose los criterios de determinación cada año *«en función del nivel de vida de los países y ciudades de destino, y de los costes de transporte, obtención de visados y otros costes asociados al acceso al destino que se estimen»*, debiendo la dotación procurar *«unas condiciones dignas de vida y de dedicación al Proyecto ICEX Vives»*, permitiéndose la actualización —se entiende que fuera de la revisión de cada año— cuando la situación cambiaria permita apreciar *«una grave alteración de las condiciones iniciales de concesión que ponga en riesgo el objetivo del Proyecto ICEX Vives»*, añadiendo que *«La lista de destinos y las cuantías económicas asignadas a cada uno de ellos, se indicará en la convocatoria de cada ejercicio»*, así como que las dotaciones que las Bases reflejan, correspondientes a 2022, pueden sufrir *«alteraciones y actualizaciones que serán recogidas en cada convocatoria.»*

Las Bases sientan, por tanto, qué debe cubrir la dotación (afrontar determinados gastos durante las prácticas), los criterios básicos para su determinación cada año (nivel de vida en destino, transporte, visados y costes de acceso), que deberán alcanzar un mínimo de condiciones de vida y dedicación, permitiendo su actualización fuera de revisiones anuales en caso de circunstancias cambiarias que alteren gravemente las condiciones iniciales de concesión y remitiendo, en definitiva, a lo que fije la convocatoria de cada ejercicio en cuanto a destinos y cuantías.

La única convocatoria publicada hasta la fecha, que es la que se nos remite, y que no se refiere a un ejercicio concreto (si bien se entiende que es para 2023), poco difiere de las bases en cuanto a destinos y cuantías, si bien aclara en su apartado Octavo que *«La lista de destinos y las cuantías económicas asignadas a cada uno de ellos para la presente convocatoria y reflejadas en el cuadro a continuación son una estimación, a modo de referencia, sujeta a eventuales alteraciones y actualizaciones en el futuro»*, sin concretar a qué lapso temporal se ciñe la expresión *«en el futuro.»*

De este modo, en abstracto, las Bases cumplen con la LGS, y la convocatoria concreta lo que las Bases indican, sin perjuicio de lo cual habría sido deseable una mejor definición en cuanto al extremo por el que se nos consulta (dotaciones para destinos no previstos), pues el mismo no se relata expresamente en tal normativa y obliga, en consecuencia,

a realizar una interpretación, dado que las Bases no ciñen que los destinos sean exclusivamente los listados, por un lado, y sí prevén que éstos puedan ser diferentes, al ser en suma los que puedan ofertar las empresas colaboradoras a lo largo del proceso.

Por ello, sin perjuicio de lo que luego se indica, *de lege ferenda* no puede dejar de recomendarse que las futuras convocatorias concreten efectivamente la posibilidad de acceder a estos destinos, así como las referencias mínimas para el cálculo de sus dotaciones, e incluso una posible previsión de estos extremos más afinada en las Bases, pues la inconcreción de las Bases al remitir a la convocatoria podría acarrear, si ésta tampoco concreta, un incumplimiento de facto de lo que ordena el artículo 17.3 f) de la LGS, al menos en lo que a destinos no contemplados en el listado se refiere.

De hecho, la Instrucción de la IGAE de 29 de julio de 2021 (JUR 2022/41102), señala, para el contenido general del informe, en lo que afecta al requisito que impone el artículo 17.3 f) de la LGS que *«En la memoria económica que forma parte de la MAIN no solo se deberá efectuar un análisis de los efectos presupuestarios de la subvención, sino que, además, deberá realizarse un estudio acerca de la determinación del importe individual de cada subvención, valorando la eficacia de dicho importe en las decisiones del beneficiario.»*

Ello no obstante, la mecánica procedimental que arroja la consulta parece ser la correcta, en la medida en que es en la propuesta definitiva en donde, acudiéndose a parámetros objetivos de instituciones ajenas a la Administración otorgante, se han calculado las dotaciones con arreglo a datos estimativos cercanos a la realidad de los costes a sufragar, por un lado calculando los costes de vida, y por otro señalando los costes de visado, para aproximar unos y otros a la realidad de gastos a cubrir en las ciudades de destino no previstas en el listado que, como refiere la convocatoria, es una *«estimación, a modo de referencia, sujeta a eventuales alteraciones y actualizaciones en el futuro»*, abriendo la posibilidad a realizar estos cálculos precisamente por la inconcreción de la expresión «en lo futuro» y por el hecho de que las Bases no prohíben expresamente las prácticas en destinos no previstos en el listado (permitiendo que puedan hacerse en los que las empresas propongan), sin perjuicio de que, también desde una perspectiva interpretativa, ello choque con las menciones a que la convocatoria fije los máximos «cada año» y que solo prevea la alteración de tales cálculos expresamente cuando los tipos cambiarios afecten gravemente las condiciones inicialmente tenidas en cuenta.

Una primera interpretación conduce a pensar, dado que no se prohíben los destinos fuera del listado (en cuyo caso, solo podrían ofrecerse los destinos del listado, impidiendo a empresas colaboradoras ofrecer puestos fuera de tal listado), que solo podría acudirse a dotaciones semejantes a las fijadas (por ejemplo, por proximidad con una del listado), pero tal aplicación conllevaría el efecto indeseado de cobrarse de más en el caso de que los costes reales en destino sean menores (infringiendo con ello el art. 19.3 LGS), o de menos, en el caso de que los superen, convirtiendo así la subvención en apoyo económico que no cubriría realmente los gastos, esto es, un apoyo deficientemente calculado que en algunos casos podría afectar a las «condiciones dignas» de desenvolvimiento de la práctica, o incluso permitir la percepción de ayudas que superen tales costes reales. Todo ello sin perjuicio de lo que indicamos en la consideración siguiente.

Una segunda interpretación, considerando de modo amplio el carácter estimativo de lo que indica la convocatoria y a la posibilidad de modificación «en lo futuro» de las dotaciones calculadas, sería proceder como se ha hecho, acudiendo a parámetros lo más objetivos posibles y ofreciendo la estimación más ajustada posible a la realidad

de tales gastos, para fijarlos como dotación al momento de la propuesta definitiva, que posteriormente se acepta por el beneficiario. Lo contrario, como se ha dicho, cercenaría la posibilidad de que se ofreciesen destinos no previstos en el listado, y por tanto la oferta de empresas en tal sentido que, si se ha aceptado por el centro gestor de conformidad con los artículos 7 g) (la empresa debe ofrecer una sede en el exterior, validada eso sí por la Oficina comercial y el centro gestor, sin imponerse que sea en la ciudad de la oficina), 9 y 14.1 de las bases, y en el apartado cuarto.1 («Las prácticas se realizarán... en la sede facilitada por la empresa...») de la convocatoria, haría incongruente este modo de proceder y la dinámica que parece predicarse de las prácticas.

A ello se suma el procedimiento previo a las ayudas de selección de empresas participantes, cuya convocatoria se informó por esta Abogacía del Estado (N. R.- 1125/2022, de 23 de diciembre, si bien sus Anexos I y II se excluyeron de examen expresamente —cons. 3.ª), señala en su Anexo I que «La lista de destinos y las cuantías económicas asignadas a cada uno de ellos reflejadas en el cuadro a continuación, son una estimación a modo de referencia, sujeta a eventuales alteraciones y actualizaciones en 2023 y 2024», así como que «Las dotaciones de países/ciudades que no estén reflejadas en el listado serán fijadas desde la Dirección Ejecutiva de Formación de ICEX. De conformidad con lo que establece la orden de bases, la cuantía máxima de la subvención será diferente según el destino». De este modo se concretó por esta vía la expresión «en lo futuro» antes indicada, en un documento de ejecución de la normativa de aplicación, que no en una norma concebida como tal; y posteriormente, en la propuesta de resolución definitiva, que como indican LGS y Bases es donde debe plasmarse la dotación concreta.

Este segundo modo de proceder, por vía interpretativa, llega a un resultado más acorde en derecho desde una perspectiva global, en la medida en que atiende a la finalidad de las Bases de poder admitir destinos no previstos en el listado, que se señala como estimativo, persigue ajustar correctamente los costes reales de la ayuda, así como casar los mismos con los criterios que para su cálculo ofrecen las bases, si bien no puede dejar de indicarse —antes se ha hecho— que tanto Bases como, en particular, las convocatorias, deberían ser más precisas para dar cumplimiento efectivo o, al menos, más preciso, al artículo 17.3 f) de la LGS.

En cualquier caso, y para ceñir más este criterio interpretativo, para los destinos no fijados en el listado, una vez calculadas sus dotaciones, sus cuantías debieran ceñirse a la anualidad que predicen bases y convocatoria, y no variarse de un solicitante a otro si van al mismo destino hasta que la nueva convocatoria fije parámetros diferentes. Ello, además, para no generar desigualdades entre beneficiarios que vayan a un mismo destino y para dotar de seguridad jurídica a dichas dotaciones y sus cálculos, que en cualquier caso deberán constar debidamente justificados en el correspondiente informe del centro gestor, cuya realidad escapa a la interpretación jurídica en abstracto que el presente informe ofrece.

IV

En cualquier caso, conviene significar que en ningún momento las Bases conceptúan la dotación como «garantía de indemnidad» o como indemnización de gastos pagados a modo de «dietas», sino como ayuda para la realización de una práctica.

Las dotaciones (tanto de destinos dentro del listado como fuera del mismo) parten de estimaciones que tienden a cubrir unos costes reales en condiciones dignas para el desempeño de la práctica, pero no es su función la cobertura de todo coste al beneficiario, y por ello su cálculo (como inicialmente se hizo para las del listado en las Becas de Internacionalización) debe sustentarse en estimaciones lo más objetivas posibles a realizar por el centro gestor y solo por él.

Con ello quiere significarse que la combinación de «destino no listado-costes reales-dotación calculada» deberá ser coherente y homogénea, acorde con la propuesta definitiva y con, en su caso, el resultado final plasmado en la resolución de concesión, sin que pueda variar por factores diversos concurrentes con posterioridad a su dictado, y siendo tendente a garantizar la anualidad en estos cálculos conforme se ha indicado anteriormente, por elementales principios de igualdad y seguridad jurídica.

Una vez fijada la dotación y dictada la resolución de concesión, ello se erige en norma para el beneficiario, ICEX y empresa, sin que pueda modificarse más que en los supuestos puntuales que luego se examinan.

De este modo, una vez aceptada la resolución por el beneficiario, éste adquiere la obligación de asumir los gastos del artículo 10.5 y 6 de las Bases —Bases que desde el momento de presentarse la solicitud se deben acatar por el beneficiario ex apdo. Décimo.2 de la convocatoria— conforme al artículo 6 c) de las mismas (so pena, caso contrario, de poder incumplir conforme al artículo 19), y que la dotación es una ayuda para la asunción de tales gastos, y no un salario (como indica la normativa reiteradamente) ni una indemnización o garantía de indemnidad.

Y las bases prevén la asunción por ICEX del 100% de una dotación calculada conforme a estimaciones, no la cobertura del 100% de los costes del beneficiario, para lo cual habría sido preciso que Bases y Convocatorias exigiesen la justificación de costes reales, lo que no hacen (vid. art. 17 de la Orden).

En consecuencia, desde el momento en que el beneficiario ha aceptado la dotación y ha asumido las bases, junto con la obligación del artículo 6 c) de las mismas de asumir los gastos, independientemente de que se los cubra o no la dotación, que se erige en ayuda, no en indemnidad, no cabe reabrir a debate su posible cálculo, independientemente de lo que en la siguiente consideración —y en interpretación estricta— se indica.

V

Examinado lo precedente, procede ahora entrar en el análisis de qué sucede con el aumento de costes de visado respecto de los cálculos previstos para la convocatoria.

Aquí deben disociarse dos supuestos, siendo el primero el que el cálculo se haya hecho con carácter previo a la resolución, al trasladarse en la propuesta definitiva, y el segundo que el incremento se haya evidenciado con posterioridad a la resolución de concesión.

En el primer caso, la cuestión se reconduce a lo señalado en la consideración precedente, y en particular al estudio que el centro gestor haya hecho de las dotaciones, y la justificación de sus cálculos, con vocación de anualidad, igualdad y seguridad jurídica, para los destinos no listados.

Por el contrario, en el segundo supuesto se entra en un claro supuesto de modificación de la resolución de concesión.

Partiendo de la LGS, sus artículos 17.3 l) y 19.4 exigen que las Bases detallen las «*Circunstancias que, como consecuencia de la alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, podrán dar lugar a la modificación de la resolución*», que son las únicas que permiten modificar la concesión, según el segundo.

Tales circunstancias se erigen en límite tanto para las solicitudes de modificación que pueda plantear el beneficiario, siempre bajo el prisma de no perjudicar con ello el derecho de terceros, cuanto para las que pretenda introducir la Administración concedente, que solo puede cambiar una resolución definitiva en supuestos tasados, que se imponen como condición de trato igualitario y en evitación de actuaciones arbitrarias o discrecionales.

La Orden ICT/771/2022 contempla estas circunstancias que permiten modificar lo resuelto, que deben disociarse de la posibilidad que ofrece el artículo 10.5, tercer párrafo, de actualizar dotaciones en caso de alteraciones del tipo de cambio que impliquen grave alteración de las condiciones iniciales en que se fijaron tales dotaciones, pues se contemplan para el momento de calcularse la dotación, y no tanto de cara a posibles modificaciones de resoluciones ya dictadas.

El artículo 15 de las Bases señala taxativamente los casos (las circunstancias que exige el art. 17.3 l) de la LGS) en que ello puede producirse, que resumidamente son las siguientes:

a) De oficio o a instancia de la entidad colaboradora:

a.1) Si las condiciones de desempeño quedan amenazadas por causa imputable a ICEX o a la empresa colaboradora.

a.2) Si tal amenaza se produce por grave alteración o amenaza en destino.

b) Por petición del beneficiario (por remisión al art. 19.1 a) y b), que regula posibles incumplimientos):

b.1) Por empleabilidad

b.2) Por (se entiende) circunstancias personales diferentes, que no impliquen incumplimientos (v.gr., fuerza mayor, embarazo, etc.)

El artículo 15.3 no puede leerse como una «carta blanca» dada al órgano decisor para modificar la resolución (pues ello contrariaría abiertamente las reglas de los arts. 17.3 l) y 19.4 de la LGS), sino como lo que el mismo debe hacer cuando, concurriendo una circunstancia de modificación, y partiendo de ella, decide aplicarla, lo que le da margen para decidir —solo en tal caso— cambiar a un nuevo destino, dotación y/o empresa (y con aceptación del beneficiario).

Descartados los supuestos a.2), b.1) y b.2) antes enumerados, el modificar las dotaciones a consecuencia del incremento del coste de los visados solo podría producirse en caso de amenaza al desempeño de la práctica por causa imputable a ICEX.

En consecuencia, para aplicar de oficio esta causa de modificación se precisaría un informe del centro gestor en el que se adviere que el incremento del coste de visados, no previsto al momento de calcular la dotación de un concreto destino, amenaza las condiciones de desempeño de la práctica y por causa imputable a ICEX.

VI

En el caso de la circunstancia mixta antes señalada (destino no listado e incremento de visados) deberá aplicarse la combinación de las soluciones señaladas en las dos consideraciones previas de este informe.

En virtud de todo lo expuesto procede formular las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. Pese a la mejorable redacción en este punto de Bases y Convocatoria, para el cálculo de dotaciones en destinos no listados en ambos textos cabe interpretar los mismos, como se detalla en la consideración tercera de este informe, de modo acorde con la finalidad de permitir destinos donde ofrezcan las empresas colaboradoras y no en exclusiva en los lugares listados, siempre que tal cálculo parta del correspondiente estudio del centro gestor que refleje la estimación más aproximada a los costes reales que se produzcan en tal destino, y se fijen con vocación de permanencia —o anualidad al menos— hasta que la siguiente convocatoria señale lo procedente, en aplicación de los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Segunda. No obstante lo anterior, de *lege ferenda* debe indicarse la necesidad, en la convocatoria al menos, de una mayor definición de la posibilidad de desempeño de las prácticas en destinos no listados, y de los medios para el cálculo de las dotaciones en éstos, en los términos referidos en las consideraciones de este informe.

Tercera. Una vez fijada la dotación y plasmada en una resolución de concesión definitiva, aceptada por el beneficiario, su modificación solo puede producirse por las circunstancias tasadas que señala el artículo 15 de la Orden de Bases, y en el caso de incremento del coste de visado después de la resolución o conocido con posterioridad a su dictado, la posibilidad de modificación solo puede producirse en el caso de que tal incremento amenace las condiciones de desempeño de la práctica y por causa imputable a ICEX, previo informe del centro gestor adverando este extremo.

Es todo lo que se tiene el honor de informar, sin perjuicio de lo cual V. S. acordará lo que mejor proceda.

2.23 NUEVA ORDEN DE BASES Y CONVOCATORIA DE AYUDAS EN CONCURRENCIA NO COMPETITIVA RELATIVAS AL PERTE DEL VEHÍCULO ELÉCTRICO Y CONECTADO

Resumen: Nuevas bases para un programa ya existente, con cambio del régimen de concurrencia. Características de la no competitiva: requisitos de elegibilidad frente a criterios de evaluación. Tramitación normativa. Contenido: determinación de fondos propios en sociedades de nueva creación como criterio determinante de elegibilidad; prelación en caso de subsanación; necesidad de objetivar los requisitos de elegibilidad. Posibilidad de realizar convocatorias parciales.

Se ha recibido en esta Abogacía del Estado petición de informe por parte de la Secretaría General Técnica, en relación con el proyecto de Orden por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas a proyectos para el impulso a la cadena de valor del vehículo eléctrico y conectado dentro del Proyecto Estratégico para la recuperación y Transformación Económica en el sector del Vehículo Eléctrico y Conectado (PERTE VEC), en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y la convocatoria de ayudas a proyectos de producción de baterías del vehículo eléctrico del año 2023¹.

Examinada la documentación remitida (MAIN y proyecto de Orden), procede la emisión del presente informe, de conformidad con las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I

Tal y como detallan la MAIN y la parte expositiva del borrador de Orden que se nos remiten con la consulta, las primeras bases de este «PERTE VEC» se aprobaron por Orden ICT/1466/2021, de 23 de diciembre, que fue modificada en tres ocasiones: la primera de ellas por la Orden ICT/209/2022, de 17 de marzo, en la que se efectúa también la convocatoria correspondiente al año 2022; la segunda, por la Orden ICT/359/2022, de 25 de abril; y la tercera, por la Orden ICT/426/2022, de 13 de mayo, con el fin de introducir modificaciones para ampliar y mejorar la concurrencia competitiva en este esquema de ayudas.

Con posterioridad a dichos cambios entró en vigor la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, que modifica, en su artículo 11, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), introduciendo un requisito adicional para adquirir la condición de beneficiario en el nuevo artículo 13.3 bis de la LGS. Adicionalmente, se dictó la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al

¹ Informe emitido el 9 de junio de 2023 por D. Oscar Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso, Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Adicionalmente, el expositivo IV del proyecto refiere que recientemente, y en concreto desde el 9 de marzo de 2023, la Comisión Europea aprobó la Comunicación de la Comisión «Marco Temporal de Crisis y Transición relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía tras la agresión contra Ucrania por parte de Rusia» (2023/C 101/03), lo que ha provocado cambios en el esquema de ayudas de estado, en virtud del artículo 107, apartado 3, letra c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, persiguiéndose incentivar las ayudas para proyectos de inversión de importancia estratégica que incentiven la producción de equipos para la transición hacia una política de cero emisiones netas, como las baterías y sus componentes esenciales diseñados y utilizados como insumo directo para su producción. Por otro lado, y con el mismo objetivo de fondo, la Comisión Europea ha anunciado la publicación de una modificación del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, con medidas tendentes al incremento de los límites e intensidades de ayuda máximos.

La finalidad del borrador que ahora se nos remite es adaptar esos cambios, por un lado, y por otro, dado que una cuarta modificación de las bases podría tener efectos indeseados, por la confusión y la afección a la seguridad jurídica que podría generar, siendo lo deseable contar con una redacción única y consolidada, se ha considerado introducir una serie de modificaciones respecto de las bases anteriores que se centran en la experiencia adquirida en el proceso previo y en la evolución actual del entorno económico, modificaciones que cabe resumir en los siguientes aspectos:

– Ampliación de los plazos de ejecución, resultante, por lo que la MAIN indica, de un acuerdo con la Comisión Europea, extendiéndolos como máximo hasta el 31 de diciembre de 2028 (art. 30.4 a) de la parte de Bases, Cap. II), y en general se fijan en cuarenta o sesenta meses desde la resolución de concesión de los proyectos (art. 13), lo que, de resolverse las ayudas antes de 31-12-2023, cumplirá con tal margen temporal máximo.

– Para fomentar el uso de energías renovables en establecimientos industriales, y compensar la escalada de los costes energéticos, se ha modificado la proporción máxima de costes vinculados a edificación e instalaciones, elevando el porcentaje máximo del presupuesto financiable que puede corresponder a los mismos.

– Se ha adaptado el régimen de garantías a las nuevas condiciones económicas, se ha modificado el pago, que pasa a ser único, se han incluido nuevas categorías de costes elegibles, y se ha modificado la proporción máxima de costes subvencionables dentro del capítulo de edificación e instalaciones.

– Se ha incluido un nuevo régimen de evaluación económica aplicable a empresas de reciente creación, que ya fue utilizado en la primera convocatoria.

– Se han incluido otras modificaciones que responden a correcciones de errores detectados y clarificaciones respecto lo previsto en la orden de 2021.

Como añadido a tales finalidades debe destacarse que, a diferencia de convocatorias previas, el esquema de concesión de ayudas que se prevé en el borrador es el de concurrencia no competitiva, novedad que obliga a hacer precisiones adicionales que se plasman, en lo esencial, en la siguiente consideración, con menciones puntuales en las subsiguientes.

II

Antes de ahondar en otros extremos conviene insistir en la notoria diferencia que se aprecia en el proyecto respecto de las Órdenes de Bases antes enumeradas, siendo la misma el que las ayudas que aquí se regulan lo serán bajo procedimiento de concurrencia no competitiva, excepcionalmente previsto en el artículo 62 del Real Decreto-ley 36/2020 para ayudas financiadas con cargo al PRTR, como las que nos ocupan.

El procedimiento de concurrencia no competitiva parte de considerar que no es preciso comparar solicitudes, sino que simplemente debe analizarse respecto de cada solicitante si reúne los requisitos exigibles, o lo que es lo mismo, no se aplican tanto criterios de evaluación de solicitudes cuanto se adviera simplemente el cumplimiento de determinados requisitos que hacen elegibles las solicitudes y proyectos y, en caso de cumplirse tales requisitos, se concede la subvención.

Dicho precepto del Real Decreto-ley 36/2020 (en redacción dada por Disposición Final 31.6 del Real Decreto-ley 6/2022) señala lo siguiente (los resaltados son nuestros):

«1. En el caso de subvenciones relacionadas financiables con fondos europeos, reguladas por la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuyo objeto sea financiar actuaciones o situaciones concretas que no requieran de valoración comparativa con otras propuestas, se podrán dictar las resoluciones de concesión por orden de presentación de solicitudes una vez realizadas las comprobaciones de concurrencia de la situación o actuación subvencionable y el cumplimiento del resto de requisitos exigidos, hasta el agotamiento del crédito presupuestario asignado en la convocatoria.

2. En el caso de la Administración General del Estado las bases reguladoras de estas subvenciones se aprobarán mediante orden ministerial, siendo de aplicación en todo lo que sea compatible lo previsto en la citada Ley.

3. La cuantía total máxima fijada inicialmente en la respectiva convocatoria podrá ser ampliada dentro de los créditos disponibles, sin necesidad de una nueva convocatoria»

Como resumen de lo resaltado, la concurrencia no competitiva que permite el Real Decreto-ley 36/2020 se funda en los siguientes requisitos:

- No debe haber comparación valorativa entre propuestas.
- Las solicitudes se examinan por riguroso orden de presentación (en lo que luego se incide).
- Lo único a examinar es la concurrencia de la situación subvencionable y de los requisitos que se hayan aparejado a la misma.
- El agotamiento del crédito presupuestario —que cabe ampliar (art. 62.3)— determinará la denegación de ayudas que por orden de presentación no hayan podido examinarse a tal momento.
- Se aplicará la LGS en lo que resulte compatible con este esquema.

Resulta de interés ahondar en esta novedad, en la medida en que las convocatorias realizadas en régimen de concurrencia no competitiva hasta la referencia de dicho precepto no se contemplan expresamente en la LGS, aunque sí tangencialmente en el Real Decreto 887/2006, por el que se aprueba el reglamento de la anterior (RGS), al

indicar el segundo inciso del párrafo 1 de su artículo 55 que «... las bases reguladoras de la subvención podrán exceptuar del requisito de fijar un orden de prelación entre las solicitudes presentadas que reúnan los requisitos establecidos para el caso de que el crédito consignado en la convocatoria fuera suficiente, atendiendo al número de solicitudes una vez finalizado el plazo de presentación.»

La insuficiencia de este precepto, que no cabe interpretar *contra legem* respecto de los procedimientos tasados contemplados en el artículo 22 de la LGS (de concurrencia competitiva y directo), ha venido a suplirse con el del Real Decreto-ley 36/2020, que para ayudas sufragadas con fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia permite sin género de dudas el empleo de este sistema de concesión de ayudas, que hasta la fecha se venían a articular por medio de subvenciones de concesión directa, mediante Real Decreto, al amparo del artículo 22.2 c) de la LGS (i.e., Programas MOVES o PIVE), o mediante Real Decreto-ley (i.e., el 25/2020, programa RENOVE).

Ello no obstante, es lo cierto que la normativa general de concurrencia de la LGS y el RGS se refiere a la competitiva, de lo que resulta que ciertos preceptos de dichas normas no podrán trasladarse sin más a procedimientos no competitivos como el que informamos, lo que se salva en el Real Decreto-ley con la mención de la aplicabilidad de éstas «*en todo lo que sea compatible*», y permite modular el régimen de concurrencia competitiva, por un lado, pero, por otro, deja a la interpretación jurídica —como efecto negativo, por la incertidumbre que puede generar— la determinación de hasta qué punto resulta aplicable la LGS, o cuándo ésta puede suplir las lagunas jurídicas que pueda presentar este procedimiento, cuestiones que posteriormente se examinarán allí donde proceda.

Cabe añadir a lo expuesto la inexistencia de pronunciamientos jurisprudenciales respecto de la concurrencia no competitiva (fuera de lo previsto para ayudas directas por medio de Real Decreto, lo que no es el caso), si bien el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), en su Sentencia núm. 3/2023, de 9 de enero (RJ 2023\474), en su fundamento cuarto, al definir el marco jurídico de aplicación a ayudas de concesión directa a universidades, por Real Decreto, señala que en el Real Decreto-ley 36/2020 «*Se prevé, en fin, la posibilidad de otorgar subvenciones de concurrencia no competitiva, con cargo al Fondo de Recuperación, para aquellas subvenciones cuyo objeto sea financiar actuaciones o situaciones concretas que no requieran de valoración comparativa con otras propuestas*», sin mayores especificaciones, pero asumiendo en consecuencia que es un esquema subvencional factible en el marco del PRTR.

III

Aclarados los antecedentes y el contexto del borrador que informamos, y entrando ya en lo que afecta a la tramitación procedimental del proyecto, la misma se acoge al Real Decreto-ley 36/2020, en particular en esquema de bases y convocatoria (parcial, en lo que posteriormente se incide), al amparo del artículo 61.1 del mismo.

Esta tramitación implica en primer lugar la excepción de la autorización del hoy Ministerio de Hacienda y Función Pública, de conformidad con el artículo 60.2 del referido Real Decreto-ley (concesión de préstamos y anticipos al tipo de interés inferior al de la Deuda emitida por el Estado en instrumentos con vencimiento similar), en la parte de préstamos que contempla la Orden (art. 6.2).

En segundo lugar, el artículo 17.1 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones (en adelante, LGS) en su párrafo primero establece que «en el ámbito de la Administración General del Estado, así como de los organismos públicos y restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de aquélla, los ministros correspondientes establecerán las oportunas bases reguladoras de la concesión» y añade en el segundo que «Las citadas bases se aprobarán por orden ministerial, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 24 [hoy 26, tras la reforma operada por la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP] de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y previo informe de los servicios jurídicos y de la Intervención Delegada correspondiente, y serán objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado.»

De cara al cumplimiento de los requisitos de elaboración de unas bases de ayudas/subvenciones, sobre todo por los que señala el artículo 26 de la Ley 50/1997, del Gobierno (LG), debe tenerse presente que las bases reguladoras de subvenciones se dictan en cumplimiento de un mandato legal, el comprendido en el artículo 9.2 de la LGS, y con los requisitos que impone su artículo 17.3, más no en su desarrollo.

De igual modo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias —por todas— de 15-11-2005 (Ar. 9879) y de 28-4-2009 (Ar. 4101), entiende que las bases son un híbrido entre disposición y acto, lo que en buena medida permite adaptar el rigor de tal régimen.

Sin embargo, el esquema jurídico apuntado impone, por la situación excepcional en que nos encontramos, una clara modulación de tal régimen de elaboración normativa para ayudas que sean financiables con fondos europeos, entre los que se incluyen los comprendidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Tal régimen especial de elaboración parte del artículo 61 del Real Decreto-ley 36/2020 que, en relación con las bases reguladoras y convocatoria de las subvenciones financiables con fondos europeos, indica lo siguiente (los resaltados son nuestros):

«1. Las bases reguladoras de las subvenciones financiables con fondos europeos podrán incorporar la convocatoria de las mismas.

2. Para la tramitación de la aprobación de las bases reguladoras y la convocatoria de estas subvenciones tan solo serán exigibles el informe de los Servicios Jurídicos correspondientes, y el informe de la Intervención Delegada al que hace referencia el artículo 17.1, párrafo segundo, de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que, en todo caso será emitido en el plazo improrrogable de diez días naturales.

3. Los beneficiarios de los préstamos o anticipos deberán acreditar que se encuentran al corriente del pago de las obligaciones de reembolso de cualesquiera otros préstamos o anticipos concedidos anteriormente con cargo a los créditos específicamente consignados para la gestión de estos fondos en los Presupuestos Generales del Estado. Corresponde al centro gestor del gasto comprobar el cumplimiento de tales condiciones con anterioridad al pago, exigiendo, cuando no pueda acreditarse de otro modo, una declaración responsable del beneficiario o certificación del órgano competente si éste fuere una administración pública. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento del resto de obligaciones previstas en la normativa reguladora de subvenciones.»

Una interpretación literal del precepto permite entender que el mismo se aplica a cualesquiera ayudas y proyectos «financiables» con fondos europeos, pues el proyecto contempla en su artículo 6.2 la financiación de las ayudas (subvenciones y préstamos, o combinación de ambos) con Fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), en la parte de subvención, pues en la de préstamo se financiarán con cargo a los PGE (art. 3.1, además de por lo que resulta del art. 51.1 para las ayudas de la Sección A que se convocan), al que resultan aplicables las especialidades del transcrito artículo 61 (inserto en el Cap. V del Tít. IV), de conformidad con el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 36/2020.

Y si tal interpretación literal no resulta suficiente, cabe trasladar por analogía la teleológica que, en relación a convenios que instrumenten fondos UE (incluso de manera mixta con fondos nacionales), se realiza en el informe de la Abogacía General del Estado (A. G. VARIOS 2/2021 (R-358/2021)), sobre la discordancia entre los artículos 59.1 y el 2.2 del Real Decreto-ley, y que se resuelve a favor de este último, por lo que el régimen del primero se aplica a los proyectos y actuaciones que se financien con los fondos que refiere el 2.2.

Atendido este extremo, el proyecto que nos ocupa solo precisaría para su tramitación—sin perjuicio de lo que las normas de la UE impongan, conforme al artículo 6 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones— de informe de Abogacía del Estado y de la Intervención Delegada (art. 61.2 del Real Decreto-ley) en el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, y no por lo tanto de los trámites del artículo 26 de la Ley del Gobierno (LG).

Se observa, en relación con este último extremo (innecesariedad de cumplimiento de trámites del art. 26 de la LG), que se nos ha remitido con el proyecto de orden una MAIN relativa al mismo que, en principio, al ser la MAIN un trámite previsto en el artículo 26.3 de la LG, no resultaría un documento de obligada incorporación, sin perjuicio de que el mismo pueda servir para complementar la tramitación del proyecto y servirle de adecuada explicación.

Debe destacarse, respecto de la MAIN remitida, que resulta recomendable que cite las partidas presupuestarias de aplicación previstas, más allá de lo que disponen los artículos 3.1 y 51.1 del proyecto, para advenir la aplicación al menos parcial de fondos PRTR y con ella la posibilidad de la tramitación especial que el Real Decreto-ley 36/2020 prevé. Se aprecia igualmente que en la misma no coincide la correlación de anexos que en su pág. 21 se realiza con los que constan en el borrador de Orden.

Por ende, a efectos de tramitación restará, con posterioridad a este informe, la necesidad de recabar el de la Intervención Delegada en el Departamento.

IV

Despejado el aspecto de elaboración de la Orden, y en lo que se refiere al contenido que deben presentar las bases, el mismo se detalla en el artículo 17.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS), que dispone lo siguiente:

«La norma reguladora de las bases de concesión de las subvenciones concretará, como mínimo, los siguientes extremos:

- a) *Definición del objeto de la subvención.*

b) *Requisitos que deberán reunir los beneficiarios para la obtención de la subvención, y, en su caso, los miembros de las entidades contempladas en el apartado 2 y segundo párrafo del apartado 3 del artículo 11 de esta Ley; diario oficial en el que se publicará el extracto de la convocatoria, por conducto de la BDNS, una vez que se haya presentado ante ésta el texto de la convocatoria y la información requerida para su publicación; y forma y plazo en que deben presentarse las solicitudes.*

c) *Condiciones de solvencia y eficacia que hayan de reunir las personas jurídicas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 12 de esta Ley.*

d) *Procedimiento de concesión de la subvención.*

e) *Criterios objetivos de otorgamiento de la subvención y, en su caso, ponderación de los mismos.*

f) *Cuantía individualizada de la subvención o criterios para su determinación.*

g) *Órganos competentes para la ordenación, instrucción y resolución del procedimiento de concesión de la subvención y el plazo en que será notificada la resolución.*

h) *Determinación, en su caso, de los libros y registros contables específicos para garantizar la adecuada justificación de la subvención.*

i) *Plazo y forma de justificación por parte del beneficiario o de la entidad colaboradora, en su caso, del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención y de la aplicación de los fondos percibidos.*

j) *Medidas de garantía que, en su caso, se considere preciso constituir a favor del órgano concedente, medios de constitución y procedimiento de cancelación.*

k) *Posibilidad de efectuar pagos anticipados y abonos a cuenta, así como el régimen de garantías que, en su caso, deberán aportar los beneficiarios.*

l) *Circunstancias que, como consecuencia de la alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, podrán dar lugar a la modificación de la resolución.*

m) *Compatibilidad o incompatibilidad con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.*

n) *Criterios de graduación de los posibles incumplimientos de condiciones impuestas con motivo de la concesión de las subvenciones. Estos criterios resultarán de aplicación para determinar la cantidad que finalmente haya de percibir el beneficiario o, en su caso, el importe a reintegrar, y deberán responder al principio de proporcionalidad.»*

A la vista de tal contenido necesario, que el proyecto remitido cumple en su mayor parte, se aprecia sin embargo la conveniencia de corregir e incorporar algunos extremos, sumados a los aspectos de elaboración señalados en las consideraciones precedentes, así como a errores de orden formal o de transcripción en los que por claridad de este informe no se entra, motivo por el que se formulan las siguientes observaciones:

1. A efectos formales, el artículo 1 contiene un punto 1 y posteriormente no hay puntos subsiguientes, por lo que conviene, bien introducirlos, bien eliminar tal punto dejando el contenido que consta con la debida separación entre párrafos.

2. También a efectos formales, en el artículo 11 se aprecia que su punto 1 termina en dos puntos, dando paso al punto 2 y subsiguientes.

Procede suprimir el punto 1, dejándolo como párrafo introductorio del artículo, renumerando los posteriores 2 a 5 como 1 a 4, o si se prefiere mantener dicho punto 1 se recomienda la siguiente redacción *«Serán susceptibles de ayuda los planes de inversión reestructurados en uno o varios proyectos enmarcados en la cadena de valor industrial del vehículo eléctrico y conectado y asociados a alguna de las secciones, líneas de actuación y tipos de proyecto que se detallan en los puntos siguientes del presente artículo»*, suprimiendo los dos puntos y ultimando con punto final.

3. La determinación objetiva de los fondos propios en las sociedades de nueva creación resulta determinante, por lo que posteriormente se refiere, además de por lo indicado en la consideración segunda previa, para la elegibilidad financiera de éstas, conforme lo que detalla el Anexo IV.

Por ello, salvo que tal dato resulte de otros documentos que se aporten (v.gr., el informe CIRBE que se exige en las solicitudes art. 25.2 d) de las bases), resultará necesario que los solicitantes presenten documentos en los que tales fondos propios se acrediten de manera objetiva, lo que no resulta claramente de los documentos que enumera el artículo 25 para futuras convocatorias.

Por otro lado, dada la práctica resultante de convocatorias previas de la que esta Abogacía del Estado ha tenido noticia, podría resultar de interés la concreción de los fondos propios que resultan admisibles, dado su peso en la comprobación en empresas de nueva creación —pues debe recordarse la concurrencia no competitiva que se regula, que las hará elegibles sin valoración subjetiva—, para evitar que se incorporen como tales los que se ostenten por las participantes fuera del Espacio Económico Europeo y, en particular, en Paraísos Fiscales. Podría hacerse mención a ello en las definiciones del Anexo III.

4. En el último inciso del artículo 25.5 se refiere, para el caso de subsanaciones de las solicitudes, que *«A estos efectos, se considerará como fecha efectiva de presentación de solicitud la fecha de entrada en registro electrónico de la solicitud de ayuda, salvo en el caso de requerimiento de subsanación de defectos, en cuyo caso, la fecha de presentación de la solicitud será la de la correcta presentación de la documentación indicada en dicho requerimiento.»*

Este artículo y su redacción casan con lo que posteriormente se expresa en el artículo 28.2, así como en la convocatoria que el Cap. III contempla.

El artículo 62.1 del Real Decreto-ley prevé *«... dictar las resoluciones de concesión por orden de presentación de solicitudes una vez realizadas las comprobaciones...»*

Ahora bien, cabe cabalmente concebir que la redacción que presentan los artículos 25.5 y 28.2 no pretende alterar la prelación de puestos que impone el orden de presentación de solicitudes sino, al contrario, evitar que el literal tenor de esta norma lleve al absurdo de considerar que una solicitud debe tener preferencia cuando se ha presentado vacía o cuando se ha presentado intencionadamente de manera incompleta con la finalidad de reunir los requisitos, ampliando en fraude de ley (art. 6.4 CC: empleo del texto de una norma para lograr un resultado contrario a ella, en este caso obtener una prelación en la adjudicación y ampliar de facto el plazo de presentación previsto) el plazo máximo de presentación de solicitudes, aunando al mismo el plazo obligado (e ineludible) de subsanación de las mismas.

O lo que es lo mismo, se busca evitar la presentación, y con ella la prelación temporal, de solicitudes deficientes, en perjuicio de otras que, precisamente por haberse presentado correctamente, se plantean con posterioridad a las defectuosas, y para las que no se requiera subsanación.

Cabe interpretar del tenor literal del precepto que el orden de solicitudes será «*una vez realizadas las comprobaciones*», con lo que la redacción de dichos preceptos entraría en la interpretación literal, lógica y teleológica (art. 3.1 CC) de la norma, que evidentemente no puede permitir fraudes de ley en su aplicación, ni premiar con una prelación indebida a solicitantes que no cumplan inicialmente y pretendan hacerlo en trámite de subsanación.

Cabe indicar, a este respecto, que en subvenciones no competitivas previas del departamento se previeron mecanismos similares para evitar este posible fraude de ley.

En particular, en el Real Decreto-ley 25/2020 (Plan RENOVE) su artículo 26.6 previó que «*... se tendrá por subsanada la omisión documental cuando se presenten documentos cuya existencia, antes de expirar el plazo de presentación de las solicitudes, resulte acreditada, pero no así en el supuesto de aportación de documentos de fecha posterior a dicho vencimiento, aunque tiendan a advenir el cumplimiento de dicho requisito*», y en los artículos 4.1 e) y 5.3 de su Anexo II se previó, respectivamente, la no subsanabilidad de determinados documentos («*... dado que son campos clave relacionados con el presupuesto del PLAN RENOVE 2020, y por tanto no se podrá modificar lo señalado en la solicitud*»), y la coherencia de la solicitud («*... o en su caso, proceder a la anulación de la solicitud original y realizar una nueva solicitud. La presentación de documentos en blanco o de documentos distintos a los requeridos será motivo de denegación de la solicitud*»). Se entiende que tales prescripciones se introdujeron, precisamente, en evitación de posibles fraudes de ley en la prelación.

En la medida en que el texto que informamos no es una norma con rango legal, y por tanto no puede contravenir extremos legalmente previstos (en particular, no puede prohibir que se dé la posibilidad de subsanar determinados extremos, ni denegar sin más solicitudes con documentos en blanco o diferentes a los requeridos), se entiende que la redacción que se nos plantea es correcta en la medida que casa con la interpretación literal, lógica y teleológica que cabe predicar del artículo 62.1 del Real Decreto-ley, y por ello se entiende conforme a derecho.

Cabe, eso sí, dotar de mayor rigor a la expresión «*requerimiento de subsanación de defectos*» a fin de que ésta se refiera a los de orden material o sustantivo, no a los meramente formales. Cabe también considerar una mención aclaratoria semejante a la prevista en el artículo 26.6 del Real Decreto-ley 25/2020, antes transcrita.

5. El artículo 26 en particular, pero en general todo el texto del proyecto (incluidos sus anexos), refiere la expresión «*evaluación*», que resulta ajena a un procedimiento de concurrencia no competitiva, pudiendo emplearse en su sustitución la de «*comprobación*» (respecto de la situación subvencionable) y la de verificación del «*cumplimiento*» (respecto de los requisitos que se aparejan a la situación subvencionable) que emplea el artículo 62.1 del Real Decreto-ley.

En consecuencia, las expresiones «*evaluación*» o «*valoración*» que constan a lo largo del texto remitido deberán sustituirse por otras que no den a entender que la actuación de la Administración en el procedimiento va más allá de una mera comprobación de situaciones y requisitos o, lo que es lo mismo, que está realizando una valoración entre las diferentes propuestas, dado que en el procedimiento de concurrencia no competitiva el solicitante solo debe competir consigo mismo, a través de lo que su solicitud refleje respecto del cumplimiento de los requisitos que debe reunir.

6. Conectado con el artículo 26, el Anexo IV del proyecto es el que desarrolla la forma de comprobación de los criterios de elegibilidad y requisitos exigibles a los

beneficiarios para las distintas secciones del programa, según lo que conste en las solicitudes que presenten.

Ello remite, además de a lo que se ha comentado en el anterior punto de esta consideración respecto de la terminología a emplear en concurrencia no competitiva, a lo que se ha comentado en la consideración segunda anterior.

A estos efectos, revisados los criterios para cada sección previstos en el Anexo IV, procede realizar —además de insistir en el cuidado de la terminología a emplear— los siguientes comentarios y observaciones:

a) En general, los requisitos de elegibilidad de la entidad solicitante se basan todos ellos en elementos objetivos, como son los previstos en el artículo 7, por un lado, y por otro en la superación de un determinado umbral de puntuación en una comprobación de orden económico-financiero que se realizará con arreglo a las cuentas depositadas en el Registro Mercantil del último ejercicio que corresponda (para entidades ya asentadas), y entre datos del CIRBE, el presupuesto presentado a financiación y fondos propios (para entidades de nueva creación), a lo que anteriormente nos hemos referido.

Esto es, la asignación de puntuaciones de cara a la superación de umbrales se basará en elementos objetivos, de complejo cálculo, eso sí, que no admiten margen valorativo subjetivo para la Administración, de lo que cabe colegir que se respeta el régimen de concurrencia no competitiva previsto o, lo que es lo mismo, que el solicitante solo se enfrenta a lo que presente con su solicitud y al factor tiempo, y no a la comparación de su solicitud con las de otros interesados.

b) Ahora bien, en uno de los criterios referidos en la letra anterior, concretamente el denominado «a.12) Coeficiente de valoración del riesgo económico-financiero», si bien sus componentes R1, 2 y 6 se basa en datos objetivos (informe CIRBE, retraso en pagos previos a DGIPYME —basta con que se constate uno), los restantes R3, 4, 5, 7 y 8 no se referencian frente a dato objetivo alguno, por lo que procede su objetivación efectiva, bien con referencia a parámetros externos a la Administración que realice la instrucción, bien con detalle de la objetivación de la que se extraerá la puntuación, caso de ser parámetros internos (v.gr., en R5: qué se entiende por «excesiva exposición»).

c) Procede ahondar en relación con el «umbral» de puntuación que se exige, que esta Abogacía del Estado aborda de antemano como requisito y no como elemento de valoración en concurrencia competitiva.

En efecto, la exigencia de un umbral mínimo en estas evaluaciones cabe considerarla como requisito, en este caso de calidad, a fin de que los proyectos presentados estén asentados desde la perspectiva económica, de manera que no se den ayudas a entidades que por el mero hecho de cumplir por la mínima con tales requisitos puedan acceder a las mismas, lo que redundaría en un principio de eficacia y eficiencia en el gasto que debe contemplarse en toda ayuda pública, incluidas las de concurrencia no competitiva.

Redunda en esta idea, y en que no compiten por este umbral los solicitantes entre sí, el que tanto el que obtenga el mínimo de 12 puntos como el que obtenga el máximo de 30 accederán a las ayudas en función de lo que hayan solicitado para sí y de las intensidades máximas de ayudas que se aplican igualmente a todos los solicitantes, sin que en consecuencia la mayor o menor puntuación que en esta comprobación obtengan (fuera de no superar el umbral) les afecte en sus solicitudes.

Se considera por todo ello ajustado a derecho el establecimiento de estos umbrales.

d) En lo que se refiere a la elegibilidad del plan en función del etiquetado UE al que se refiere el anexo IV, que remite en este aspecto al artículo 6.4 del proyecto, cabe entender su carácter objetivo en la medida en que será el propio proyecto presentado por cada solicitante el que defina su inclusión o no en estas etiquetas, sin necesidad de valoración ulterior por parte de la instrucción.

Tampoco se objeta en derecho por este motivo.

e) En lo que afecta a la elegibilidad temporal y comercial, tampoco se objetan los criterios que constan, si bien el previsto en el c.7), relativo a la acreditación de la existencia de una solicitud de licencia ambiental, se recomienda que la certificación de su no necesidad de tramitación se realice por «profesional o técnico colegiado» (sujeto en consecuencia a su disciplina colegial en el caso de presentar una certificación no adecuada) más que al «técnico competente» que se refiere en la pág. 99.

7. El artículo 27 debe revisarse terminológicamente conforme los parámetros señalados en el punto 5 anterior.

Si bien cabe remitir al 24.4 LGS (art. 62.2 Real Decreto-ley: se aplica la LGS en todo lo compatible con este procedimiento no competitivo), cabe también perfectamente sustituir la expresión «evaluación» por la más ajustada de «comprobación», para el tipo de procedimiento que nos ocupa.

8. En la letra d) del artículo 28.3, tras exigirse no estar incurso en las prohibiciones del artículo 13.2, 13.3 y 13.3 bis de la LGS, se añade que «en cumplimiento» de los artículos 26 y 27 del RGS, expresión carente de sentido en la medida en que éstos se refieren parcialmente a la acreditación y apreciación de tales prohibiciones, por lo que se propone suprimir este inciso desde el referido «en cumplimiento...»

Por otro lado, debiera aclararse en párrafo aparte que la acreditación del cumplimiento del 13.3 bis se entiende acreditada con la declaración a presentar con la solicitud de conformidad con el artículo 25.2 a) 3.º, pudiendo solicitarse también en la fase de aceptación si el monto final de ayuda supera los 30.000 euros (lo que contempla el último párrafo del art. 28.4).

Cabe precisar, además, que el dictamen de la Abogacía General del Estado A. G. INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO 1/23 (R- 57/2023), de 23 de enero de 2023, señala en su conclusión primera que *«La prohibición para ser beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones, en la cuantía que se determina en el artículo 13.3 bis de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, por incumplimiento de los plazos de pago previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, ha de entenderse referida al momento de presentación de la solicitud de la correspondiente subvención»*, de manera que es en el momento de la solicitud, y no en el momento de alegaciones a la propuesta provisional que contempla el artículo 28.3, cuando debe hacerse declaración responsable de este requisito, y acreditarse al momento de aceptar la ayuda si su monto supera el importe antes señalado.

9. En el artículo 28.12 se remite al 26.2 a), en el que no se prevé explícitamente causa de denegación alguna, sino los criterios de comprobación de solicitudes, por lo que conviene concretar a qué se refiere esta correlación.

10. Puede aclararse en el artículo 33 que tanto los posibles procedimientos de reintegro como los sancionadores se tramitarán con los interesados por medios electrónicos.

11. En el artículo 37.4, a fin de evitar que la expresión «y nombrados por el titular de dicha Dirección General y por un representante de la entidad solicitante» pueda dar a entender que la entidad solicitante tiene algo que ver en el nombramiento de funcionarios, se recomienda incorporar una coma tras el «Dirección General» que figura en el texto transcrito.

12. Va de suyo que este esquema y esta Orden solo se aplicarán a convocatorias posteriores a su entrada en vigor (Disposición Final 3.ª) más, en la medida en que se amplían en ella los plazos de ejecución respecto de los previstos en la Orden de 2021 y sus modificaciones, podría aclararse, al menos en la parte expositiva, que los plazos de ejecución que ahora se contemplan no pueden referirse a proyectos de convocatorias previas, para las que habrá que estar a su normativa en vigor y, en su caso, a sus modificaciones.

Dado su carácter eminentemente técnico, no se ha procedido a la revisión de los Anexos, fuera de lo señalado anteriormente para los Anexos III y IV, y posteriormente para el V, en atención a la concurrencia no competitiva que rige en el presente proceso de ayudas.

V

Aclarados los extremos relativos a las Bases, el proyecto de Orden incluye, además, la convocatoria de 2023 de ayudas de la Sección A de baterías del vehículo eléctrico, al incorporar un Capítulo III, artículos 38 a 63, justificándose la separación de esta convocatoria y su lanzamiento conjunto con las bases, por lo que indica la MAIN (pág. 17), porque «La Comisión Europea ha sido informada del contenido y alcance de estas modificaciones mediante el envío de una nota y de un borrador del texto, habiéndose recibido el 11 de mayo de 2023 la “Decisión SA.107094 (2023/N) Línea de acción integrada en la cadena de valor industrial-Baterías” autorizando el esquema de ayudas que es implementado mediante la sección A.»

Anteriormente hemos destacado que se convocan parcialmente las ayudas solo en su sección relativa a baterías, elemento que también innova respecto de instrumentos similares del PRTR aprobados hasta la fecha, cuestión que no se considera contraria a derecho en la medida en que el artículo 23.2 b) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), establece que la convocatoria debe reflejar la «cuantía total máxima de las subvenciones convocadas dentro de los créditos disponibles», de modo que en tanto no se superen tales créditos cabe hacer convocatorias parciales con cargo a los mismos, quedando a criterio del órgano gestor si la convocatoria puede realizarse por la totalidad o parte del crédito disponible.

Adicionalmente, el artículo 21.2 del proyecto de Orden que informamos prevé esta posibilidad de convocatorias disociadas expresamente, al indicar que «Se realizará una convocatoria por cada una de las secciones establecidas en el artículo 8.1. La convocatoria de 2023 específica para la Sección A queda recogida en el capítulo III de la presente orden», lo que, sumado a la posibilidad de aunar bases y convocatoria que confiere el artículo del Real Decreto-ley 36/2020, hace perfectamente ajustada a derecho la convocatoria parcial integrada en las bases que en el proyecto se realiza.

En cualquier caso, se aprecia la introducción de una Disposición Final Segunda que salvaguarda el rango no reglamentario de este Capítulo III (convocatoria), lo que —junto con la posibilidad de recursos contra la convocatoria que ofrece el artículo 63— como se ha informado en otras ocasiones, se considera correcto.

Entrando en el examen de la convocatoria en sí, el artículo 23.2 de la LGS, establece las siguientes prescripciones para las convocatorias en régimen de concurrencia competitiva, como es la que nos ocupa:

«La iniciación de oficio se realizará siempre mediante convocatoria aprobada por el órgano competente, que desarrollará el procedimiento para la concesión de las subvenciones convocadas según lo establecido en este capítulo y de acuerdo con los principios de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La convocatoria deberá publicarse en la BDNS y un extracto de la misma, en el “Boletín Oficial del Estado” de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 20.8. La convocatoria tendrá necesariamente el siguiente contenido:

a) Indicación de la disposición que establezca, en su caso, las bases reguladoras y del diario oficial en que está publicada, salvo que en atención a su especificidad éstas se incluyan en la propia convocatoria.

b) Créditos presupuestarios a los que se imputa la subvención y cuantía total máxima de las subvenciones convocadas dentro de los créditos disponibles o, en su defecto, cuantía estimada de las subvenciones.

c) Objeto, condiciones y finalidad de la concesión de la subvención.

d) Expresión de que la concesión se efectúa mediante un régimen de concurrencia competitiva.

e) Requisitos para solicitar la subvención y forma de acreditarlos.

f) Indicación de los órganos competentes para la instrucción y resolución del procedimiento.

g) Plazo de presentación de solicitudes, a las que serán de aplicación las previsiones contenidas en el apartado 3 de este artículo.

h) Plazo de resolución y notificación.

i) Documentos e informaciones que deben acompañarse a la petición.

j) En su caso, posibilidad de reformulación de solicitudes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de esta ley.

k) Indicación de si la resolución pone fin a la vía administrativa y, en caso contrario, órgano ante el que ha de interponerse recurso de alzada.

l) Criterios de valoración de las solicitudes.

m) Medio de notificación o publicación, de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

La convocatoria de este Capítulo III atiende en general al contenido del transcrito artículo 23.2 de la LGS, sin que proceda el previsto en su letra d) relativo a la concurrencia competitiva (art. 62.2 Real Decreto-ley 36/20), sin perjuicio de realizarse respecto del mismo las siguientes observaciones:

1. El artículo 38 salta al 40, y el 39 aparece después del 41.

2. A efectos formales, los artículos 49, 55, 57 y 58 contienen un punto 1 y posteriormente no hay puntos subsiguientes, por lo que, teniendo los mismos un único párrafo, procede eliminar tal punto dejando el contenido que consta.

3. El artículo 42.1 debe culminar con punto y aparte, y no con dos puntos.

4. El artículo 43 pasa del punto 2 al 8, por lo que procede reenumerarlo.

5. Del artículo 50.3 y la remisión al anexo V que en el mismo se hace, conviene resaltar que la clasificación financiera de las propuestas que en ellos se prevé, entre satisfactoria, buena y excelente, lo es a efectos de determinar el importe de las garantías a prestar en subvenciones y préstamos, y no por tanto de cara a la selección de los solicitantes, por lo que se entiende que la evaluación aparejada a dicha clasificación no afecta a la concurrencia no competitiva, sino a los beneficiarios y las garantías que deben prestar una vez hayan sido seleccionados.

6. El artículo 51.4 debiera correlacionarse con lo dispuesto en los artículos 25.5 y 28.2, dado que el orden de entrada puede verse alterado, por lo en ellos dispuesto, en el caso de presentación defectuosa de los documentos en su aspecto material o sustantivo.

Como quiera que puede verse afectado por lo antes indicado para estos artículos de las bases, debe tenerse ello presente en la redacción de este precepto de la convocatoria.

7. La determinación objetiva de los fondos propios en las sociedades de nueva creación resulta determinante para la elegibilidad financiera de éstas, conforme lo que detalla el Anexo IV.

Por ello, salvo que tal dato resulte de otros documentos que se aporten (v.gr., el informe CIRBE que se exige en las solicitudes art. 54.2 b) de la convocatoria), resultará necesario que los solicitantes presenten documentos en el que tales fondos propios se acrediten de manera objetiva, lo que no resulta claramente de los documentos que enumera el artículo 54 para esta convocatoria.

Se reitera lo indicado en la consideración Cuarta.3 respecto de fondos propios situados fuera del Espacio Económico Europeo.

8. Se trasladan al artículo 54.5 las consideraciones anteriormente realizadas para el artículo 25.5 y 28.2.

9. Aunque no se trate de una objeción, debe recordarse que el artículo 8.3 de las bases permite a las convocatorias concretar si un mismo solicitante puede presentar o no varias solicitudes, cuestión que parece no detallar el Cap. III que informamos.

Es todo lo que se tiene el honor de informar, sin perjuicio de lo cual V. S. acordará lo que mejor proceda.

ACTO ADMINISTRATIVO

DECLARACIÓN DE LESIVIDAD

3.23 DECLARACIÓN DE LESIVIDAD DE UNA RESOLUCIÓN QUE DECLARA PRESCRITA UNA SANCIÓN. SANCIÓN FIRME Y EJECUTABLE EN EL MOMENTO DE LA INTERPOSICIÓN, EXTEMPORÁNEA, DE UN RECURSO DE REPOSICIÓN

Resumen: No se aprecia fundamento jurídico que garantice el éxito de la declaración de lesividad de la resolución de 19 de julio de 2019 del Director de la Autoridad Portuaria de Melilla, actuando por delegación del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla, por la que se declara prescrita una sanción por infracción leve, puesto que el cómputo del plazo de prescripción de la sanción comenzó una vez transcurrido el plazo de un mes desde la notificación de la resolución sancionadora sin haberse interpuesto recurso potestativo de reposición frente a dicha resolución. La interposición extemporánea del recurso de reposición no tiene virtualidad jurídica para interrumpir la ejecutividad del acto administrativo que comienza, *ex lege*, desde la firmeza de la resolución sancionadora.

La Abogacía General del Estado ha examinado su consulta sobre la posible declaración de lesividad de la resolución de 19 de julio de 2019 del Director de la Autoridad Portuaria de Melilla, actuando por delegación del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla, por la que se declara prescrita la sanción de 30.000 euros impuesta a la mercantil BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S. A. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

ANTECEDENTES

1. La propuesta de resolución remitida expone los antecedentes de la cuestión planteada en los siguientes términos:

«Primero. El 22 de febrero de 2018 el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla dictó Acuerdo por el que se impuso a Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A., una sanción por importe de 30.000 euros. Consta en el expediente la notificación de la resolución sancionadora en mano a Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A., en la que figura firma manual y sello de la empresa con fecha de 22 de marzo de 2018.

Segundo. El 27 de abril de 2018 se presentó en Correos, y el 3 de mayo de 2018 tuvo entrada en el registro de la Autoridad Portuaria de Melilla, un recurso de reposición Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A., interpuesto contra la resolución sancionadora.

Tercero. El 27 de septiembre de 2018 el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla resolvió el recurso de reposición declarando su extemporaneidad y acordó la desestimación del recurso. La resolución del recurso de reposición se notificó a la interesada el 9 de octubre de 2018.

Cuarto. El 2 de mayo de 2019 Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A., solicitó a la Autoridad Portuaria de Melilla la prescripción de la sanción impuesta.

Quinto. El 19 de julio de 2019 el Director de la Autoridad Portuaria de Melilla, previo informe de la Abogacía del Estado en Melilla y siguiendo el criterio manifestado por ésta que consideró que el plazo de prescripción de la sanción se inició el 23 de abril de 2018, dictó, por delegación del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla, resolución por la que se declaró prescrita la sanción de 30.000 euros impuesta a Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A.

Sexto. El 27 de julio de 2020, el Interventor Delegado Territorial de Melilla comunicó al Tribunal de Cuentas que, en el ejercicio de la auditoría pública realizado en la Autoridad Portuaria de Melilla, se habían puesto de manifiesto hechos que pudieran ser constitutivos de responsabilidad contable por prescripción de derechos de cobro de sanción impuesta a la mercantil Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A., por importe de 30.000 euros.

Séptimo. El 15 de abril de 2021 la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas levantó Acta de liquidación provisional en las Actuaciones Previas n.º 171/2020, Diligencias Preliminares n.º C-119/20 seguidas ante el Tribunal de Cuentas, en la que se puso de manifiesto que la ejecutividad de la sanción y por tanto el inicio del plazo de prescripción había que referirlo a fecha 9 de octubre de 2018. Esta es la fecha en la que se notificó a la interesada la resolución del recurso de reposición interpuesto contra la sanción en la que se declaraba su extemporaneidad. Se indicaba en el Acta que es a partir de este momento, 9 de octubre de 2018, cuando adquiere firmeza el acto sancionador y por tanto es plenamente ejecutivo, y a partir del cual habrán de computarse los plazos de prescripción de las sanciones, que en este caso es de 1 año según lo establecido en el artículo 309.1 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Se expresaba en el acta que, cuando se adoptó el acuerdo de declaración de la prescripción de la sanción el 19 de julio de 2019, a petición de la empresa sancionada, no había transcurrido aún el plazo de 1 año previsto a tal fin por la normativa vigente para las infracciones leves.

Octavo. El 16 de diciembre de 2022 el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla dictó el Acuerdo de inicio del expediente de declaración de lesividad de la resolución de 19 de julio de 2019 adoptada por el Director de la Autoridad Portuaria por delegación del Consejo de Administración, por la que se declaró prescrita la sanción de 30.000 euros impuesta a Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A. En el acuerdo de inicio se reflejaron las vicisitudes que se habían producido en el expediente por la falta de adecuación del programa informático para que la AEAT pudiera llevar a cabo su recaudación en vía ejecutiva dada su falta de adaptación a los requerimientos técnicos.

Noveno. El 22 de diciembre de 2022 el Presidente del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla remitió al ente público Puertos del Estado el Acuerdo de inicio del procedimiento de lesividad de la resolución de 19 de julio de 2019 de la Autoridad Portuaria de Melilla por la que se declaró prescrita la sanción de 30.000 euros impuesta a Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A. y el correspondiente expediente.

Décimo. El Jefe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado emitió informe sobre este procedimiento con fecha 7 de febrero de 2023, en el que proponía que no debería acordarse la revisión de oficio de la Resolución de la Autoridad Portuaria de Melilla de fecha 19 de julio de 2019, dado que, en cualquier caso, ya se habría producido la prescripción de la sanción y que, además, es una cuestión que suscita razonables dudas jurídicas (distinto criterio de la Autoridad Portuaria y del Tribunal de Cuentas) lo que motiva que no se aprecie fundamento jurídico suficiente que garantice el éxito de la demanda de lesividad que en vía contencioso-administrativa se interponga.

Undécimo. El 8 de febrero de 2023 el Presidente del organismo público Puertos del Estado remitió a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana el Acuerdo de incoación del procedimiento de declaración de lesividad de la Resolución de la Autoridad Portuaria de Melilla 19 de julio de 2019, junto con el informe y el correspondiente expediente.

Duodécimo. El 8 de marzo de 2023 la Subdirección General de Recursos ofreció a Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A., el trámite de audiencia con vista del expediente.

Decimotercero. El 24 de marzo de 2023 D. Ignacio de Castro García, en nombre y representación de Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A., presentó escrito de alegaciones en el trámite de audiencia, en las que señalaba que, no interpuesto el recurso de reposición dentro de plazo, la resolución sancionadora adquirió firmeza y ejecutoriedad el día 23 de abril de 2018, conforme al artículo 98.1.b), de la Ley 39/2015.

El día 24 de abril de 2018 empezaba a computar el plazo de prescripción de la sanción conforme al artículo 30.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Ahí la sanción ya era firme, recaudable y ejecutable y jamás se suspendió su ejecutividad.

Decimocuarto. La Secretaría General Técnica del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana solicita informe de la Abogacía General del Estado —Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la resolución del Director de la Autoridad Portuaria de Melilla, dictada por delegación del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla, de 19 de julio de 2019, por la que se declaró prescrita la sanción de 30.000 euros impuesta a Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A.»

2. Con fecha 16 de diciembre de 2022, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla —al amparo de lo dispuesto en el artículo 35.2 a) del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM)—, dispuso la incoación del procedimiento de declaración lesividad de la resolución del Director de la Autoridad Portuaria de Melilla —actuando por delegación del Consejo de Administración de dicha Autoridad Portuaria—, de 19 de julio de 2019.

3. De conformidad con el artículo 2.m) del Real Decreto 1012/2022, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Abogacía General del Estado, se regula la inspección de los servicios en su ámbito y se dictan normas sobre su personal, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana recaba el parecer de este Centro Directivo sobre declaración de lesividad y subsiguiente impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la mencionada resolución de 19 de julio de 2019, por la que se declaró prescrita la sanción de 30.000 euros impuesta a la mercantil Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

El artículo 43 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) dispone que «cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público.»

Por su parte, el artículo 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) establece que «las Administraciones Públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme lo dispuesto del artículo 48, previa su declaración de lesividad para el interés público.»

De los preceptos legales citados resulta que la declaración de lesividad se configura en nuestro Derecho como un acto administrativo que es requisito o presupuesto procesal indispensable para la legitimación activa de la Administración del Estado, en los casos en que la misma se proponga actuar como parte demandante en recursos contencioso-administrativos dirigidos contra sus propios actos declarativos de derechos (sentencias de 20 de enero de 1936, 27 de marzo de 1957 y 21 de marzo de 1961, 26 de junio de 1984, 23 de abril de 2002, 31 de marzo de 2008 y 17 de octubre de 2011, 2 de marzo de 2017 o 29 de junio de 2020, entre otras muchas). Como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2004, la significación que corresponde a la declaración de lesividad «es la de ser un presupuesto procesal o requisito que toda Administración tiene que cumplir cuando pretenda iniciar un proceso jurisdiccional con el fin de obtener la anulación de un acto dictado por ella misma». Sus efectos se centran, por tanto, en legitimar activamente a la Administración que demanda la anulación de sus propios actos y, consiguientemente, en autorizar la interposición, admisión y tramitación del recurso contencioso-administrativo por ella promovido, sin perjuicio, como es natural, de las facultades del Tribunal competente para declarar si el acto impugnado es o no conforme a Derecho, y si realmente produce los efectos perjudiciales alegados por la Administración recurrente.

II

Para determinar, con carácter general, si procede o no la declaración de lesividad es preciso detenerse en el examen de los requisitos que a tales efectos deben concurrir en un acto administrativo.

El artículo 43 de la LJCA exige, en primer lugar, que el acto lesione los intereses públicos. A esta primera exigencia ha de unirse un segundo requisito, imprescindible para que sea procedente la declaración de lesividad, consistente en la ilegalidad del acto, esto es, en que la resolución que se pretenda impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo incurra en alguna forma de infracción del ordenamiento jurídico y, por tanto, sea nulo de pleno derecho o anulable, conforme a lo establecido por los artículos 47 y 48, respectivamente, de la LPACAP, si bien cuando el acto sea nulo de pleno derecho, según dictamen en tal sentido del Consejo de Estado, la Administración podrá por sí misma anularlo de oficio, sin necesidad de la previa declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 106

de la LPACAP). Como declara el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de mayo de 2020 (Ar. 2020\335280): «Por tanto, el legislador diferencia ambos supuestos, nulidad y anulabilidad, pero tiene razón la Administración cuando considera que no debe excluirse la posibilidad de acudir al procedimiento de lesividad en relación con actos nulos de pleno derecho ya que ciertamente la declaración de lesividad supone mayores garantías para el interesado, pues la Administración se limita a la declaración de acto lesivo para el interés público, pero es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el que resolverá el fondo del asunto.»

Aunque el artículo 43 de la antes mencionada LJCA destaque singularmente el requisito de la lesión, la exigencia del segundo presupuesto —la disconformidad del acto con el ordenamiento jurídico— se desprende con toda claridad de los principios básicos que informan nuestro sistema de justicia administrativa, así como de diversos preceptos concretos del articulado de la propia LJCA (cfr., entre otros, los artículos 31, 70 y 71). La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido de manera reiterada, pudiendo citarse, por todas, la sentencia de 23 de marzo de 1993, en la que claramente afirma que el solo hecho de resultar gravoso para la Administración la eficacia de un acto administrativo (en el caso se trataba de una expropiación) no concurriendo ningún tipo de irregularidad invalidante, no puede ser causa suficiente para declarar la lesividad del acto.

Cabe añadir que, superado doctrinal y jurisprudencialmente el requisito clásico de la doble lesión, jurídica y económica (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1988 (Ar. 326), 3 de diciembre de 1987, 28 de febrero de 1994 (Ar. 1465), 6 de junio de 1995 (Ar. 4944), y 9 de marzo de 2009, entre otras muchas), basta con que el acto incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa. Así se desprende de la vigente LJCA, cuyo artículo 43 ha suprimido la alusión que el artículo 56 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956 hacía al carácter de la lesión de los intereses públicos, «de carácter económico o de otra naturaleza.»

Ha de partirse, a estos efectos, de que la declaración de lesividad constituye una excepción (legalmente admitida) a la regla general que proscribe volver contra los propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), por lo que este mecanismo de revisión de oficio debe ser estimado como un remedio especial y, en cierto modo, excepcional.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1948, reiterando la doctrina establecida desde antiguo en las sentencias del Alto Tribunal de 2 de junio de 1939, 28 de septiembre de 1939, 14 de junio y 18 de diciembre de 1943, señala, refiriéndose a la declaración de lesividad, que «esta facultad es de marcado carácter excepcional, por cuya razón no puede dársele una aplicación extensiva», doctrina que se reitera en el auto de 14 de junio de 1976, en la sentencia de 27 de junio de 1977, en la que se indica que la declaración de lesividad debe interpretarse restrictivamente, y en la más reciente sentencia de 29 de junio de 2020 del referido Tribunal, donde se señala que: «la declaración de lesividad no procede por una mera razón de oportunidad o un distinto criterio interpretativo, sino que exige una infracción del ordenamiento jurídico —ex artículos 48 y 107 de la Ley 39/2015— pero no necesita que sea patente, grave y manifiesta.»

Es por todo ello por lo que tiene la máxima importancia determinar si la resolución de 19 de julio de 2019 del Director de la Autoridad Portuaria de Melilla —dictada por delegación del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla— por la que se declara prescrita la sanción de 30.000 euros impuesta a Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A., infringe el ordenamiento jurídico.

III

Conforme resulta de los antecedentes anteriormente expuestos, la declaración de lesividad tiene por objeto la anulación de la resolución de 19 de julio de 2019 del Director de la Autoridad Portuaria de Melilla —actuando por delegación del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla—, por la que se declara prescrita la sanción de 30.000 euros impuesta a la mercantil Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A.

El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla acordó la incoación del procedimiento de declaración de lesividad con base en el criterio adoptado por el Tribunal de Cuentas manifestado en el Acta de liquidación provisional en las Actuaciones Previas n.º 171/2020, Diligencias Preliminares n.º C-119/20, conforme al cual se considera que el *dies a quo* del cómputo del plazo de un año de prescripción de la sanción por infracción leve —conforme a lo dispuesto en el artículo 312.12 del TRLPEMM—, comenzó el 9 de octubre de 2018 —fecha en la que se notificó a la interesada la resolución desestimatoria del recurso de reposición extemporáneo interpuesto por la interesada contra la resolución sancionadora—, momento en que la resolución sancionadora adquirió firmeza en vía administrativa.

Entiende el Tribunal de Cuentas que, aun interpuesto el recurso de reposición fuera del plazo legalmente previsto, el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción comenzó el 9 de octubre de 2018 —fecha de notificación de la resolución desestimatoria del recurso de reposición, en la que se apreciaba la extemporaneidad del recurso— y, en consecuencia, el plazo de prescripción de la sanción finalizaba el 9 de octubre de 2019; por consiguiente, en el momento en el que se dictó la resolución de 19 de julio de 2019 declarando prescrita la sanción, y cuya lesividad se analiza, la sanción no se encontraba prescrita, lo que supone una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

Tras el análisis de los hechos que resultan del expediente, la propuesta de resolución considera que, puesto que el recurso de reposición se interpuso fuera de plazo, en el momento de la interposición extemporánea del recurso de reposición —el 3 de mayo de 2018— la sanción ya era firme y ejecutable, por lo que debe entenderse que el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la sanción por infracción leve se inició el mismo día en que finalizó el plazo para interponer el recurso sin que dicho recurso se hubiera interpuesto, esto es, el 22 de abril de 2018; todo lo cual determina que transcurrido el plazo de un año —al tratarse de una sanción por infracción leve de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 312.12 del TRLPEMM—, a contar desde la firmeza de la resolución sancionadora —el 22 de abril de 2018—, sin haberse realizado actuación alguna dirigida a la ejecución de la sanción, la sanción se encontraba prescrita desde el 22 de abril de 2019, debiendo considerar que la resolución de 19 de julio de 2019, que declaró prescrita la sanción, no incurre en infracción del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la propuesta de resolución, compartiendo lo afirmado en el informe preceptivo emitido —al amparo de lo dispuesto en el artículo 35.2.c) del TRLPEMM—, por la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, considera que:

«[...] aun cuando se siguiera el criterio del Tribunal de Cuentas sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción, y se acordara la lesividad y la consiguiente anulación de la resolución de la Autoridad Portuaria de Melilla de 19 de julio de 2019, es evidente que la prescripción ya se habría producido, por lo que en ningún caso permitiría reparar los perjuicios económicos sufridos por la Autoridad Portuaria de Melilla por la declaración de prescripción de la sanción [...].»

Así las cosas, y puesto que se trata de examinar la posibilidad de declarar lesiva la resolución de 19 de julio de 2019 que declara prescrita la sanción por infracción leve impuesta a la mercantil Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A., la adecuada resolución de la cuestión planteada exige analizar si la interposición extemporánea de un recurso de reposición contra la resolución sancionadora tiene virtualidad jurídica para interrumpir el plazo de prescripción de la sanción.

Con carácter previo, se ha de señalar que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 114.2.d) de LPACAP, la resolución sancionadora de 19 de julio de 2018 dictada por el Director de la Autoridad Portuaria de Melilla —actuando por delegación del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla—, es un acto que pone fin a la vía administrativa, al emanar del máximo órgano directivo de la Autoridad Portuaria de Melilla —entidad de derecho público dependiente de la Administración General del Estado— y, en consecuencia, susceptible de recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes, o susceptible de impugnación directa ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Dicho lo anterior, para la resolución de la cuestión que se somete a examen de este Centro Directivo se ha de partir de lo dispuesto en el 98.1.b) de la LPACAP, en relación con lo preceptuado en el párrafo 3.º del artículo 30.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

El artículo 98.1.b) LPACAP —sobre el régimen general de ejecutividad en el procedimiento sancionador—, dispone lo siguiente:

«1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que:

[...]

b) Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra el que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición.»

Frente a la regla general de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos, este apartado b) del artículo 98.1 de la LPACAP —y que sienta la regla de la ejecutividad de las resoluciones administrativas sancionadoras—, establece como excepción que, en el supuesto de resoluciones sancionadoras, éstas no serán inmediatamente ejecutivas cuando frente a las mismas quepa algún recurso en vía administrativa —«incluido el potestativo de reposición»—.

Ahora bien, y dado que el supuesto consultado se plantea en razón de la interposición extemporánea del recurso de reposición deducido contra la resolución sancionadora, debe analizarse la previsión contenida en el párrafo 3.º del artículo 30.3 de la LRJSP en relación con la noción de firmeza.

El párrafo 3.º del artículo 30.3 de la LRJSP preceptúa lo siguiente:

«El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla.»

Del tenor literal de las disposiciones anteriormente transcritas resulta que, transcurrido el plazo para la interposición del recurso potestativo de reposición, la consecuencia inmediata es el comienzo del cómputo del plazo de prescripción de la sanción.

De otro lado, el artículo 312.12 del TRLPEMM establece un plazo de prescripción de un año de la sanción por infracción —que en el supuesto examinado se califica de leve—, al disponer que:

«El plazo de prescripción de las sanciones será de cinco años para las correspondientes a infracciones muy graves, de tres años para las graves y de un año para las leves.»

Pues bien, expuesto el régimen de ejecutividad en el procedimiento sancionador, en el caso a que se refiere el presente informe no es un hecho discutido que el recurso de reposición frente a la resolución sancionadora se interpuso de forma extemporánea.

En efecto, presentado —el 27 de abril de 2018 en el servicio de correos— el recurso de reposición contra la resolución sancionadora de fecha 5 de marzo de 2018 (notificada el 22 de marzo de 2018), y apreciada en la resolución desestimatoria de dicho recurso de fecha 27 de septiembre de 2018 (notificada el 9 de octubre de 2018) la extemporaneidad en su interposición —al haber sido interpuesto una vez transcurrido el plazo de un mes que el artículo 123 de la LPACAP establece para la interposición del recurso de reposición—, la Autoridad Portuaria de Melilla fijó el 22 de abril de 2018 (transcurrido un mes desde la notificación de la resolución sancionadora) como *dies a quo* del cómputo del plazo de un año de prescripción de la sanción.

A juicio de este Centro Directivo, este cómputo es correcto, pues desde el 22 de abril de 2018 —una vez transcurrido el plazo de un mes para la interposición del recurso de reposición desde que se notificó la resolución sancionadora (el 22 de marzo de 2018) sin que éste se hubiera interpuesto—, la resolución sancionadora quedó firme —no constando que la sanción hubiera sido suspendida— y, en consecuencia, partiendo de la regla de ejecutividad de las resoluciones administrativas sancionadoras en los términos anteriormente indicados y, particularmente, de lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 30.3 de la LPACAP, desde dicha fecha —22 de abril de 2018— comenzó el cómputo del plazo de un año de prescripción de la sanción por infracción leve impuesta en la resolución de 5 de marzo de 2018.

No tendría sentido alguno que, transcurrido el plazo para la interposición del recurso potestativo de reposición, el acto administrativo —la resolución sancionadora de 5 de marzo de 2018—, careciese de toda eficacia, lo que en modo alguno se compadecería con las reglas anteriormente expuestas en materia de ejecutividad de las resoluciones sancionadoras.

Sentado lo anterior, y partiendo de la aplicación restrictiva de este mecanismo de revisión de oficio —en los términos indicados en el fundamento jurídico II de este informe—, su utilización ha de quedar limitada a los supuestos en los que se aprecie con razonable garantía de acierto la ilegalidad del acto que mediante ella se pretende revisar, garantía de acierto que no se aprecia en el presente supuesto y ello en atención a la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones:

1. Del tenor literal del párrafo 3.º del artículo 30.3 de la LPACAP se desprende que, transcurrido el plazo de interposición del recurso ordinario el 22 de abril de 2018 —un mes desde el 22 de marzo de 2018, fecha de notificación de la resolución sancionadora—, sin haberse interpuesto el indicado recurso, la resolución sancionadora de 5 de marzo de 2018 era inmediatamente ejecutiva, comenzando en tal fecha —22 de abril de 2018—, el plazo de prescripción de un año de la sanción que establece el artículo 312.12 del TRLPEMM.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la LPACAP, la presentación del recurso de reposición constituye, por disposición legal, motivo para que la sanción quede suspendida en su ejecutividad, pero para ello es necesario que el recurso se presente en tiempo, circunstancia que, como se desprende del expediente (y no es un hecho discutido), no se produjo en el caso que nos ocupa.

Asimismo, procede recordar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (entre otras, en la sentencia n.º 66/1984), cuando afirma que:

«[...] la ejecutividad de los actos administrativos sancionadores no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, que, por lo demás, se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión.»

En el mismo sentido, en el Auto de 31 de mayo de 1996, el Tribunal Supremo establece que:

«[...] Así, una sanción administrativa es plenamente ejecutiva cuando se ha agotado la vía administrativa, con independencia del control, incluso cautelar, que sobre dicha actuación administrativa puedan desplegar los tribunales de justicia; criterio, por cierto, que ha sido acogido normativamente en el art. 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 166/1984, de 6 junio, que denegó el amparo solicitado en el supuesto de sanciones pecuniarias impuestas por la Administración al entender que: “el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulta menester, resuelva sobre la suspensión”. Y, por la misma razón, tampoco se infringe el principio de presunción de inocencia del art. 24 CE, en el supuesto de que se deniegue judicialmente la suspensión del acto administrativo.»

Pues bien, en el supuesto examinado, y puesto que no consta que se hubiera presentado recurso contencioso-administrativo frente a la resolución sancionadora de 5 de marzo de 2018, la presentación extemporánea del recurso de reposición determina, a juicio de este Centro Directivo, la inmediata ejecutividad de la resolución sancionadora, lo que tiene como efecto el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la sanción.

Por lo que respecta a la firmeza y ejecutividad de las resoluciones sancionadoras por no haber sido recurridas en plazo, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 29 de enero de 2018 (Sala de lo Militar, Sección 1.ª), ha declarado que:

«El recurrente considera que habiéndose iniciado el procedimiento sancionador el 7 de julio de 2014, “el día 7 de enero de 2015 caducaba el expediente disciplinario y en esa fecha no se había concluido el mismo ni notificado a esta parte recurrente resolución alguna”. Sin embargo, lo cierto es que no es preciso entrar en el examen de la caducidad por cuanto, como se explicó al analizar el motivo anterior del presente recurso, el recurso interpuesto contra la resolución sancionadora es absolutamente extemporáneo, por lo que, al tratarse de una resolución firme por consentida, no puede haber ninguna cuestión relativa a la caducidad.»

2. De otro lado, el anterior criterio es, además, coherente con la doctrina sentada por el Alto Tribunal cuando, en la sentencia de 15 de octubre de 2020 —sobre el cómputo del plazo de prescripción de la sanción, y su vinculación con el criterio de ejecutividad de la sanción una vez firme en vía administrativa la resolución que la acuerde—, declara que:

«[...] Tercero. Planteado en estos términos el recurso de casación, el auto de admisión refiere la cuestión de interés casacional a la determinación del «dies a quo» en el cómputo del plazo de prescripción y, centrado así el debate, se observa que el cómputo del plazo de prescripción de la sanción impuesta se anuda, tanto legalmente como por la jurisprudencia a la ejecutividad de la misma, a ello se refería el art. 132 de la Ley 30/92, en relación a la firmeza de la resolución por la que se impone la sanción, que la jurisprudencia interpretaba, según se recoge en la sentencia de 22 de septiembre de 2008 (rec. 69/2005 en interés de ley) en el sentido de que «el artículo 138.3 de la misma Ley 30/1992 establece que “la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa”, lo que significa que la resolución sancionadora carece de ejecutividad mientras no se resuelva el recurso administrativo dirigido contra ella; y durante este período no cabe apreciar la prescripción de la sanción pues según el artículo 132.3 de la propia Ley 30/1992 el plazo de prescripción de las sanciones no comienza a computarse hasta que no adquiera firmeza la resolución que impuso la sanción.

La actual Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya aplicación al caso en virtud de lo dispuesto en el art. 26.2, retroactividad de las normas sancionadoras más favorables, no se cuestiona en este recurso, señala con toda claridad en el art. 30.3, que el plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla, precepto que ha de completarse con lo dispuesto en el art. 98 de la Ley 30/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según el cual: los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que: “se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición”. De esta forma se mantiene el criterio de la ejecutividad de la resolución sancionadora en relación con su firmeza en vía administrativa, para el cómputo del plazo de prescripción de la sanción impuesta.

Sin embargo, este criterio, ya desde la regulación anterior, suscitaba preocupación desde el punto de vista de la seguridad jurídica, en cuanto la inactividad de la Administración podía dar lugar a situaciones manifiestamente perjudiciales para el administrado, permaneciendo de manera indefinida la sanción imprescriptible y por tanto ejecutable mientras no se resolviera el correspondiente recurso administrativo, situación que se justificaba, como se recoge en la sentencia antes citada de 22 de septiembre de 2008, señalando que “la tardanza de la Administración en la resolución del recurso de alzada, aparte de permitir que el interesado formule impugnación en vía jurisdiccional contra la desestimación presunta, podrá tener diversas consecuencias, como pueden ser la responsabilidad personal de la autoridad o funcionario negligente o la responsabilidad patrimonial de la Administración incumplidora, pero en ningún caso esa tardanza determinará la firmeza ni, por tanto, la ejecutividad de la resolución sancionadora; y sin ello no podrá iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción”. En semejantes términos se pronuncia el Tribunal Constitucional en sentencia 37/2012 de 19 de septiembre.

Sin embargo, el legislador, consciente de la inseguridad que pudiera derivar del mantenimiento indefinido en el tiempo de resoluciones sancionadoras ejecutables, ha considerado necesario atender esa situación y, a tal efecto, incluye en el art. 30.3, párrafo tercero, una corrección del criterio general para el caso del silencio administrativo, disponiendo que: “en el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente establecido para la resolución de dicho recurso.”

Se plantea la duda de la aplicación de dicho criterio en relación con el recurso potestativo de reposición, por cuanto la norma no se refiere al mismo, sin embargo, en una interpretación conforme a su finalidad y teniendo en cuenta la identidad de situaciones y contenido de ambos recursos, la respuesta ha de ser positiva.

Así y como resulta del art. 112 de la Ley 30/2015, ambos recursos, de alzada y de reposición, pueden fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los arts. 47 y 48 de la Ley, su resolución estimatoria o desestimatoria producen los mismos efectos en cuanto al reconocimiento del derecho controvertido, ambos recursos tienen establecido un plazo para dictar y notificar su resolución, transcurrido el cual podrán entenderse desestimados, de todo lo cual resulta que la inactividad de la Administración en su resolución, que puede ser igual y de la misma duración en ambos casos e, incluso, más relevante en el caso del recurso de reposición, para cuya resolución se apremia más a la Administración estableciendo el plazo de solo un mes, da lugar a una misma situación de pervivencia indefinida de la resolución sancionadora, que se trata de evitar por el precepto en cuestión, de manera que existiendo identidad de razón y en garantía del principio de igualdad en la aplicación de la ley respecto de los administrados que se encuentran en idéntica situación, ha de entenderse que el precepto resulta de aplicación al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición.

No se advierte que el carácter potestativo del recurso de reposición justifique una respuesta diferente, pues el ejercicio de tal facultad de impugnación exige la misma respuesta de la Administración cuya inactividad produce los mismos efectos que se tratan de solventar con la aplicación del referido art. 30.3, párrafo tercero. En consecuencia y en relación con la primera cuestión planteada en el auto de admisión ha de entenderse que el cómputo del plazo en los términos establecidos en el art. 30.3, párrafo tercero, para el recurso de alzada es aplicable al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición [...]

Aplicando, *mutatis mutandis*, la doctrina que se acaba de exponer al cómputo del plazo de prescripción de la sanción tras la interposición de un recurso administrativo extemporáneo habrá que entender que, si la introducción del párrafo 3.º del artículo 30.3 en la LRJSP obedeció —según se ha visto—, a la necesidad de evitar —en aras al principio de seguridad jurídica—, que la inactividad de la Administración en la resolución del correspondiente recurso administrativo pueda determinar el mantenimiento indefinido de la «sanción imprescriptible y por tanto ejecutable», es razonable entender que, en garantía de este mismo principio de seguridad jurídica, no pueda admitirse que, firme una resolución sancionadora —por no haberse interpuesto el correspondiente recurso administrativo en tiempo y forma—, el administrado pueda reabrir el plazo —ya fenecido— para interponer un recurso en vía administrativa, impidiendo así que la ejecutividad del acto firme y consentido despliegue su eficacia.

Entender lo contrario conduciría a la inadmisile conclusión de que los administrados, mediante la interposición de recursos administrativos extemporáneos, pudieran interrumpir la ejecutividad que comienza, *ex lege*, desde la firmeza de la resolución sancionadora.

3) El criterio que aquí se sostiene —que el cómputo del plazo de prescripción de la sanción comenzó el 22 de abril de 2018, una vez transcurrido el plazo de un mes desde la notificación de la resolución sancionadora sin haberse interpuesto recurso potestativo de reposición frente a dicha resolución—, se ve también corroborado por la abundante jurisprudencia menor sobre la firmeza de los actos administrativos no recurridos en tiempo y forma.

En la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de junio de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), se decía que:

«[...] Al confirmarse la resolución del TEAC, debe señalarse que la extemporaneidad de la reclamación y su inadmisión determina la firmeza de los actos administrativos de los que la misma trae causa, firmeza que tiene como efecto la imposibilidad de revisión de su legalidad por vía del recurso inadmisile que impide precisamente por ello entrar a examinar el fondo del asunto y que determina que el acto firme despliegue todos sus efectos derivados de la presunción de legalidad y eficacia que resulta del art. 57 y concordantes de la Ley 30/92, de 26 de noviembre. [...]»

Por su parte, en la sentencia de 29 de mayo de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, se indica lo siguiente:

«[...] Tercero. Es de destacar que cualquier pretensión del recurrente referida a la improcedencia de la sanción impuesta habría de pasar por el rechazo de la inadmisibilidad que se declara en la resolución impugnada porque, de ser esa declaración procedente, la resolución sancionadora habría devenido firme y consentida. Pese a ello, es lo cierto que ningún reproche se hace en la demanda a esa declaración que, a la vista de lo actuado, es palmaria, conforme a lo que se ha expuesto más arriba. En efecto, si el recurso de reposición, como ya se le indicó al recurrente al notificarle la resolución sancionadora, habría de interponerse en el plazo de un mes, como se dispone en el artículo 117 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común; en el caso de autos, el recurrente no presenta el recurso sino transcurrido con creces el referido plazo, lo que hacía el recurso extemporáneo y dejaba firme y consentida la resolución originariamente impugnada; lo que obliga a la desestimación del recurso.

En el mismo sentido, en la sentencia de 28 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Tarragona, se dice que:

«[...] Por otra parte, como correctamente señala la resolución recurrida, un recurso extemporáneo se tiene por no presentado y carece de todo efecto, incluido el suspensivo del plazo para pagar sin recargo. [...]»

Más concretamente, en materia de prescripción de la sanción, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), declara en la sentencia de 11 de marzo de 2023 que:

«[...] Cuarto. Tanto el artículo 81.2 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, como el artículo 18.2 del Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero, que aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación

de vehículos a motor y seguridad vial, disponen que el plazo de prescripción de la sanción es de un año y comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se imponga la sanción, y dicho plazo solo se interrumpirá por las actuaciones encaminadas a su ejecución, y en el presente caso la firmeza, con lo señalado en el fundamento anterior, se produce transcurrido el plazo para la interposición del recurso ordinario, como incluso recoge la resolución sancionadora y por tanto transcurrido un mes desde su notificación, sin haberse interpuesto el citado recurso, es decir, el 28 de abril de 1996, dicha resolución es firme y a partir del día siguiente comienza, como expresa la norma, el plazo de prescripción, y dicho plazo de prescripción, frente a lo sostenido en la resolución impugnada no se interrumpe por un recurso extemporáneo, y su resolución de inadmisibilidad, pues, una vez comenzado el plazo, por haber adquirido firmeza, el mismo solo puede interrumpirse por actuaciones encaminadas a su ejecución, y aquella actuación no lo es, por lo que no puede admitirse la interrupción en que se fundamenta la resolución impugnada, habiéndose producido la prescripción de la sanción, lo que fundamenta la nulidad de la resolución impugnada.[...]

4) Finalmente, el criterio que postula que el cómputo del plazo de prescripción de la sanción comienza una vez transcurrido el plazo para la interposición del recurso de reposición sin que éste se haya presentado, es el más coherente con los principios de legalidad y de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, dado el carácter de orden público que reviste la exigencia del cumplimiento de los plazos —no susceptibles de ser ampliados por las partes—, y que obliga a quienes promueven los correspondientes recursos a la debida observancia de los requisitos legales para su válida interposición.

En este sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal en sentencia de 11 de octubre de 2000, en la que indica:

«[...] Sin embargo, un elemental principio de seguridad jurídica exige el respeto a los plazos establecidos para el ejercicio de las acciones pertinentes contra los actos administrativos, si la Administración, por su parte, ha observado los requisitos impuestos en cada caso para que aquéllos tengan la publicidad precisa. [...]

En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 19 de junio de 2015, ha declarado que:

«[...] Que se sepa, y como con acierto pone de manifiesto la sentencia apelada, los plazos de interposición de los recursos en vía administrativa no se hallan a disposición de los interesados en el procedimiento, a salvo siempre que su transcurso no opere por falta de correcta comunicación del acto de que se trate, o por indebida indicación a su pie del régimen de recursos que contra él quepa, lo que no consta haya acaecido aquí.

Siendo así que frente al art. 49 LRJAP a que se acoge la apelante, no puede desconocerse la imperatividad del plazo para recurrir en reposición, en los términos en que el presente debate aparece planteado, pues, como razona la STS de 8 de abril de 2009 (rec. 219/2008), “considerando que constituye un principio rector del procedimiento administrativo la obligatoriedad de términos y plazos a que alude el artículo 47 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que impone al ciudadano la carga de actuar tempestivamente debiendo cumplir los plazos establecidos para la formulación de los recursos administrativos, siempre que su imposición resulte justificada, pues representa una garantía sustancial del principio de seguridad jurídica,

habiendo doctrina legal sobre la interpretación aplicativa del artículo 48.2 del referido Cuerpo legal en los términos expuestos, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación”.»

Y, en la sentencia de 6 de octubre de 2017, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (con cita de la sentencia de 28 de septiembre de 2017 de la misma Sala), declara que:

«[...] Ciertamente queda acreditado y no se discute que el recurso de reposición interpuesto contra la liquidación girada en concepto de IRPF 2011 fue declarado inadmisibile por extemporáneo, constando en el expediente que los datos relativos a la notificación de la liquidación (5 de marzo de 2013) y de interposición del recurso de reposición (3 de mayo de 2013) son los tomados en consideración por la AEAT y que, efectivamente dicho recurso se interpuso transcurrido el plazo de un mes legalmente previsto para su interposición, y ello determina la inadmisibilidad del recurso de reposición y la firmeza de la liquidación impugnada, resultando ajustada a derecho la resolución de 17 de mayo de 2013, trayéndose a colación la doctrina del acto consentido por haberse recurrido de forma tardía y extemporánea, respecto de la que existe una copiosa jurisprudencia, que fundamenta la inadmisibilidad en aras del principio de seguridad jurídica, de manera, que el ejercicio de las acciones que en defensa de los derechos e intereses legítimos puede ejercer el particular, según lo dispuesto en el artículo 24 CE, conduce a la exigencia de los plazos, términos y formalidades, y omitir la observancia de estos vulneraría el ordenamiento y daría lugar a una indeterminación del plazo para hacer efectiva la tutela.

[...]

En conclusión, la liquidación tributaria impugnada era firme y consentida por no haberse recurrido en tiempo y forma, y la regularización que la misma contiene ajustada a derecho de acuerdo con los razonamientos de la resolución del TEARM que se recurre y que, en consecuencia, debe ser confirmada en este punto.»

Resta indicar que este Centro Directivo no desconoce la reiterada y consolidada doctrina sentada por el Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 14 de mayo de 1998 y 16 de noviembre de 1998), conforme a la cual:

«[...] el hecho de resolver un recurso de reposición decidiendo la cuestión de fondo planteada, impide que ahora el Ayuntamiento invoque cuestiones de orden temporal, capaces de provocar la inadmisibilidad del recurso. En consecuencia, la inadmisibilidad invocada viene de algún modo contradicha por la propia actuación del Ayuntamiento apelante que decidió la cuestión de fondo planteada, por lo que es procedente su desestimación.»

Ahora bien, tal doctrina, sentada en aras al debido respeto del principio de seguridad jurídica —a fin de evitar que la Administración niegue al administrado la posibilidad de acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa alegando la inadmisión, por motivos temporales, de un recurso sobre el que no apreció ni analizó extemporaneidad en su interposición, dictando una resolución en la que entró a resolver sobre el fondo—, no resulta aplicable al supuesto examinado.

En efecto, la resolución del recurso de reposición, aun cuando reitera los argumentos recogidos en la resolución sancionadora para fundamentar la imposición de la sanción, declara, sin lugar a dudas, la extemporaneidad del recurso de reposición.

En concreto, se afirma en la resolución desestimatoria del recurso de reposición que:

«[...] El recurso de reposición es extemporáneo y se interpone en el registro de este organismo transcurrido el plazo máximo establecido de un mes desde la notificación del aludido acuerdo, que consta en el expediente administrativo de referencia como practicado en fecha 22/03/2018, en virtud de recibí de la interesada con fecha, sello y firma de la misma. A mayor abundamiento, su entrada en el servicio público de correos en fecha 27/04/2018 (según sello que obra en la misma) para su posterior envío al registro de la APM (a pesar de que la referida mercantil dispone de una sucursal propia en la misma ciudad de Melilla) corroboran su interposición, envío y posterior entrada en el registro fuera del plazo máximo legalmente establecido, por lo que el contenido del mismo debe de ser desestimado íntegramente.

[...]

No obstante lo anterior, de las alegaciones interpuestas por Balearia en dicho recurso y, pese a su naturaleza extemporánea, se solicitó informe [...]

Y, en el fundamento de derecho quinto, dispone que:

«[...] El recurso de reposición interpuesto en el expediente administrativo sancionador de referencia es extemporáneo y se ha formulado fuera de plazo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.»

Al respecto, se puede traer a colación lo dispuesto en la sentencia de 15 de julio de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuando señala que:

«[...] El objeto del presente recurso se concreta en determinar si la resolución impugnada —de 22 de octubre de 2007— que, con carácter principal, inadmitía, por extemporáneo el recurso de reposición deducido en escrito presentado el 12 de julio de 2007, contra la Resolución sancionadora de 1 de junio (notificada el día 7, folio 123 del expediente), es o no conforme a derecho.

Ciertamente consta en el expediente la clara extemporaneidad del recurso de reposición (sobre el que la actora ha omitido toda referencia, diciendo que el recurso había sido desestimado, cuando lo que había sido es inadmitido y ello sin perjuicio de que la Resolución, indebida e innecesariamente, hubiera también examinado el fondo), por lo que habiendo sido correctamente apreciada la inadmisibilidad por extemporaneidad por la Resolución —recurrida de 22 de octubre de 2007, procede su confirmación, sin que quepa entrar a examinar la Resolución sancionadora de 1 de junio del mismo año que devino firme por consentida al haberse interpuesto extemporáneamente el recurso potestativo de reposición [...]

Y, en el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en sentencia de 29 de noviembre de 2013, señala que:

«[...] Frente a ello no puede oponerse que la resolución entrase a conocer el fondo, porque, en su contenido, también se dice que, “resulta evidente que el recurso de reposición se ha presentado fuera del plazo señalado; tanto respecto de la resolución notificada el 31 de diciembre de 2010 (aunque por mero error mecanográfico consigna el año 2011), un mes contado a partir del día siguiente al de la publicación; como de la resolución liquidatoria del canon de regulación, un mes contado a partir del día siguiente a la notificación de la liquidación, puesto que consta notificada mediante el correspondiente acuse de recibo

el día 5 de enero de 2011”. En definitiva, consideró el recurso extemporáneo y, además, procedió a analizar las cuestiones jurídicas que expuso el Ayuntamiento de Torrelavega en el recurso, por lo que las resoluciones adquirieron al no haber sido impugnadas en tiempo y forma, como en un supuesto semejante analizó la sentencia del TSJ de Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2.ª, S 14-3-2013, n.º 214/2013, rec. 4471/2011.

Dicho esto hemos de reseñar que ni siquiera la invocación del principio “pro actione” puede permitir una interpretación laxa en la exigencia del cumplimiento de los plazos previstos, no solo porque se atentaría contra el principio de seguridad jurídica, sino especialmente, porque como tiene declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia número 32, de 13 de febrero de 1989, la observancia de los plazos legal o reglamentariamente previstos para que los administrados formulen alegaciones y reclamen ante la Administración, lejos de convertirse en cuestión meramente formal que pudiera ser evitada en aras de la eficacia del principio constitucional de tutela judicial efectiva, se entronca en la esencia de esta garantía que se plasma en el art. 24 de nuestra CE, para convertirse en un elemento más de la misma, en el sentido de que no se puede hablar de la materialización de dicho principio garantista, si no han sido observados los plazos reglamentarios a los que obliga la ley.»

En suma, a modo de recapitulación de lo anterior, y puesto que, a juicio de este Centro Directivo, la resolución por la que se impuso a la mercantil Balearia Aerolíneas Marítimas S. A., la sanción de 30.000 euros resultó plenamente ejecutiva desde el 22 de abril de 2018 —una vez transcurrido el plazo de un mes desde su notificación a la mercantil sancionada sin que frente a la misma se hubiera interpuesto recurso de reposición en el plazo legalmente establecido—, iniciándose desde dicha fecha el cómputo del plazo de un año de prescripción de la sanción —plazo de prescripción que finalizó el 22 de abril de 2019—, se comparte el criterio de propuesta de resolución con arreglo al cual la resolución de 19 de julio de 2019, que declaró prescrita la sanción, no incurrió en infracción alguna del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, no se aprecia fundamento jurídico suficiente para que, con garantías razonables de éxito, prospere el recurso contencioso-administrativo que habría de interponerse tras la declaración de lesividad de la resolución del Director de la Autoridad Portuaria de Melilla de 19 de julio de 2019 —actuando por delegación del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla—, por la que se declara prescrita la sanción de 30.000 euros impuesta a la mercantil Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A.

IV

Como quiera que los informes de este Centro Directivo no son vinculantes, para el caso de que, discrepando del criterio que aquí se mantiene, se entendiese que procede la declaración de lesividad, deben hacerse las siguientes indicaciones en relación con la tramitación del procedimiento de declaración de lesividad:

1) Tramitación del procedimiento.

Incoado el procedimiento de declaración de lesividad mediante acuerdo del órgano de gobierno de la Autoridad Portuaria de Melilla de 16 de diciembre de 2022, la subsiguiente tramitación del procedimiento y la elaboración de la oportuna propuesta de resolución corresponden a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, conforme al artículo 14.1.j) del Real Decreto 645/2020,

de 7 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

2) Plazo máximo para resolver el procedimiento de declaración de lesividad.

El inciso inicial del artículo 107.2 de la LPACAP dispone que «la declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo...». Así las cosas, el plazo para la declaración de lesividad de la resolución de 19 de julio de 2019 expira el 19 de julio de 2023.

A lo anterior debe añadirse que, estando sometido el procedimiento de declaración de lesividad a un plazo de caducidad de 6 meses contados desde el acuerdo de incoación del expediente (que, como se ha indicado, tuvo lugar el 16 de diciembre de 2022), el procedimiento debería estar terminado con la correspondiente declaración de lesividad antes del 16 de junio de 2023, ya que en otro caso se produciría la caducidad del procedimiento.

3) Trámite de audiencia al interesado.

En los antecedentes remitidos a este Centro Directivo consta que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 107.2 de la LPACAP, referente a la concesión de trámite de audiencia al interesado.

4) Competencia para la declaración de lesividad.

Dado que la resolución de 19 de julio de 2019 se dictó por el Director de la Autoridad Portuaria de Melilla —por delegación del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla—, la competencia para resolver el presente procedimiento de declaración de lesividad corresponde a la Secretaría General de Transportes y Movilidad, por delegación de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 35.2 del TRLPEMM, 111.c).1.º de la LPACAP, y el apartado Duodécimo.6 de la Orden TMA/1007/2021, de 9 de septiembre, sobre fijación de límites para la administración de determinados créditos para gastos y delegación de competencias

5) Remisión de las actuaciones a la Abogacía General del Estado.

Una vez declarada la lesividad, deberán remitirse todas las actuaciones a la Dirección General de lo Contencioso con el fin de dictar las oportunas instrucciones a la Abogacía del Estado competente para la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo dentro del improrrogable plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la declaración de lesividad. Conviene advertir, respecto de las condiciones formales del expediente que debe remitirse a este Centro Directivo a los efectos señalados, que ha de darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 48.4 de la LJCA, según el cual «el expediente original o copiado, se enviará completo, foliado y, en su caso, autenticado, acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga...»

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado somete a su consideración las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. No se aprecia fundamento jurídico suficiente que garantice el éxito de la declaración de lesividad y subsiguiente impugnación ante la jurisdicción contencioso-

administrativa de la resolución del Director de la Autoridad Portuaria de Melilla de 19 de julio de 2019 —actuando por delegación del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla—, por la que se declara prescrita la sanción de 30.000 euros impuesta a la mercantil Balearia Eurolíneas Marítimas, S. A.

Segunda. Para el caso de que, no compartiéndose el anterior criterio, se entendiese procedente la declaración de lesividad de la resolución del Director de la Autoridad Portuaria de Melilla indicada en la anterior conclusión, deberían tenerse en cuenta las indicaciones recogidas en fundamento jurídico IV del presente informe en relación con el procedimiento para la declaración de lesividad.

SILENCIO ADMINISTRATIVO

4.23 SILENCIO EN SOLICITUD DE SUSPENSIÓN Y EN RESOLUCIÓN DE RECURSO DE REPOSICIÓN

Resumen: Contradicción aparente entre el silencio positivo de una solicitud de suspensión y el negativo de la desestimación presunta del recurso administrativo.

Se ha recibido en esta Abogacía del Estado solicitud de informe procedente de la Secretaría General Técnica en relación con las dudas que suscita la efectividad del silencio positivo estimatorio que contempla el artículo 117.3 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC) frente al silencio negativo resultante de la desestimación presunta de recursos de reposición (arts. 24.1, p.º 3.º, y 124.2 LPAC)¹.

Examinada la consulta remitida, esta Abogacía del Estado tiene el honor de emitir el presente informe de conformidad con las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I

El concreto supuesto que sustenta la consulta que se nos formula parte del artículo 63 del real decreto ley 20/2022, que regula una concesión directa de subvención a la Comunitat Valenciana.

Dicha Comunidad Autónoma tiene al parecer pendiente el reintegro parcial de una ayuda previa de las reguladas por Orden FOM/1932/2014, de 30 de septiembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de ayudas para actuaciones de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español, con cargo a los recursos procedentes de las obras públicas financiadas por el Ministerio de Fomento y por la Entidades del sector público dependientes o vinculadas.

No obstante, dicho reintegro (se nos adjunta a la petición de informe su notificación, firmada el 2-12-2022 y con referencia de registro en la misma del 9 siguiente, a las 13.46 horas) ha sido recurrido en reposición, solicitándose en el mismo la suspensión del reintegro, el 9 enero de 2023 (se nos adjunta igualmente justificante de registro de salida del SIR de dicha fecha, a las 10.47 horas). Dicho recurso no consta como resuelto a fecha del presente informe.

¹ Informe emitido el 27 de marzo de 2023 por D. Oscar Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso, Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

II

Dados los términos en los que la consulta se nos plantea, relativa a las dudas que suscita la ejecutividad del reintegro al haberse solicitado su suspensión en reposición, sin que a fecha actual conste denegada la referida suspensión, ni resuelto expresamente el recurso, y que esta Abogacía del Estado no debe entrar en un asunto del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y (adicionalmente) no cuenta con la totalidad del expediente, procede que nos pronunciemos exclusivamente en el presente informe sobre la manera de tratar la contradicción entre los dos supuestos de actos presuntos que se plantean: el positivo en relación con la suspensión (art. 117.3 LPAC) y el negativo en relación con el recurso (art. 24.1 LPAC), y ante el hecho de que ambos se producen en la misma fecha.

Consta en el recurso que se nos remite con la consulta que en el mismo se solicitó por otrosí (pg. 29) la suspensión de lo impugnado (Resolución de reintegro forzoso de la subvención concedida para la financiación de la «Actuación del Palacio del Almirante»), al amparo del artículo 117 de la LPAC.

Tal y como se ha indicado, la solicitud de suspensión, al no haberse dictado resolución expresa en contra, debe, desde 9 de febrero pasado, entenderse estimada por silencio administrativo, en la medida en que el artículo 117.3 de la LPAC establece que *«La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto.»*

Por otro lado, y en la misma fecha de 9 de febrero, se produce el efecto desestimatorio presunto del recurso de reposición planteado, dado que el artículo 124.2 de la LPAC establece que *«El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes»*, y que el artículo 24.1, tercer párrafo, del mismo texto legal, señala que *«El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos...»*

Se produce, en consecuencia, una aparente —por lo que se dirá— contradicción entre un silencio positivo (el relativo a la solicitud de suspensión) y otro negativo (el relativo al recurso), insertos ambos en el mismo procedimiento.

Desde una perspectiva general, la categoría de los actos administrativos presuntos, conforme reiterada Jurisprudencia y doctrina, de ociosa cita, consiste en la imputación de una declaración de voluntad ficticia a una Administración que no ha resuelto en tiempo y forma, en garantía del interesado y conectada con la obligación de resolver de manera expresa (art. 21.1 y 6 LPAC).

Los efectos de tal imputación y declaración de voluntad ficticia son diferentes en el caso de tratarse de silencio positivo o estimatorio, en que tal declaración ficticia hace surgir un acto administrativo cierto y existente que la Administración no puede desconocer y que está obligada a respetar (art. 24.4 LPAC), pudiendo solo anularlo por los cauces de revisión de oficio o anulabilidad, toda vez que *«En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo»* (art. 24.3 a) LPAC); por el contrario, si el silencio es negativo o desestimatorio, se trata de una ficción cuya finalidad es que el interesado pueda recurrir en vía administrativa o judicial, satisfaciéndose de este modo la necesidad de que exista un acto (en este caso ficticio) que pueda ser revisado administrativa o jurisdiccionalmente, de manera que la Administración, ante este acto ficticio, no está

vinculada, y puede confirmarlo (denegando expresamente) o revocarlo (estimando expresamente) en la resolución expresa que se dicte y a la que está obligada (art. 21.1 LPAC), sin estar vinculada por el sentido negativo previo del silencio (art. 24.3 b) LPAC).

Corroborar lo apuntado en el anterior párrafo el artículo 24.2 de la LPAC cuando refiere que *«La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.»*

Acotando esta doctrina general al silencio estimatorio de las peticiones de suspensión en vía de recurso (art. 117.3 LPAC), este tipo de silencio administrativo se centra en la tramitación de la suspensión, y no prejuzga el contenido de la resolución expresa que en su día se dicte en cuanto al fondo, que puede respecto del mismo ser desestimatorio, alzándose desde la resolución expresa que se dicte la suspensión acordada de manera presunta, como luego veremos corrobora la Jurisprudencia.

Ello significa que, suspendido el acto en vía de recurso por silencio, la Administración no puede contradecir el sentido de tal silencio, pero circunscrito a la suspensión, no al fondo, dictando por ejemplo una resolución expresa posterior a la producción del silencio denegando la suspensión y pronunciándose solo sobre este extremo y no en cuanto al fondo.

Y ello sin perjuicio, también, de que, una vez dictada resolución expresa desestimatoria en cuanto al fondo, se alce la suspensión con ella pues, en la medida en que se trata de una medida de orden provisional y cautelar se ve afectada por lo que indica el artículo 56.5, segundo párrafo, de la LPAC (*«En todo caso, se extinguirán cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente»*), pero que puede mantenerse en vía jurisdiccional si se pide en ella (art. 117.4 LPAC: *«La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndolo solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud»*), sin que el juzgador resulte vinculado, ni por la estimación presunta de la suspensión, ni por el hecho de haberse solicitado en vía contencioso-administrativa.

Como corolario de todo lo expuesto, el silencio positivo circunscrito a la suspensión (acto a todos los efectos) debe mantenerse aunque en paralelo se desestime presuntamente el recurso (ficción jurídica a los efectos de recurrir), y solo puede entenderse alzada la suspensión con la resolución expresa que en su día se dicte, sin perjuicio de que si la misma es desestimatoria, la suspensión «se prolongará» a la vía contenciosa si se plantea por el interesado y en ella se piden las correspondientes medidas cautelares, al menos hasta que el juez resuelva sobre las mismas.

Cabe en este punto traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2008, de 15 de septiembre, en la que, si bien se trata el tema de la fijación y cómputo de los plazos para impugnar actos desestimatorios presuntos, contiene una doctrina que conecta con lo expuesto cuando refiere en su Fundamento de Derecho sexto lo siguiente (los resaltados son nuestros):

«De este modo, la cuestión suscitada es sustancialmente idéntica, como acertadamente pone de relieve el Fiscal en sus alegaciones, a la resuelta en anteriores pronunciamientos de este Tribunal que constituyen una consolidada doctrina sobre la

fijación y cómputo de los plazos para impugnar actos desestimatorios presuntos por silencio administrativo (SSTC 6/1986, de 21 de enero [RTC 1986, 6]; 204/1987, de 21 de diciembre [RTC 1987, 204]; 188/2003, de 27 de octubre [RTC 2003, 188]; 39/2006, de 13 de febrero [RTC 2006, 39]; 321/2006, de 20 de noviembre [RTC 2006, 321]; 239/2007, de 10 de diciembre [RTC 2007, 239]; y 3/2008, de 21 de enero [RTC 2008, 3], por todas), doctrina que resulta plenamente aplicable al supuesto que aquí nos ocupa.

En efecto, este Tribunal tiene reiteradamente señalado que el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración, de manera que en estos supuestos no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales “que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver” [entre otras muchas, SSTC 6/1986, de 21 de enero (RTC 1986, 6), F. 3 c); 204/1987, de 21 de diciembre (RTC 1987, 204), F. 4; 180/1991, de 23 de septiembre (RTC 1991, 180), F. 1; 294/1994, de 7 de noviembre (RTC 1994, 294), F. 4; 3/2001, de 15 de enero (RTC 2001, 3), F. 7; 179/2003, de 13 de octubre (RTC 2003, 179), F. 4; 188/2003, de 27 de octubre (RTC 2003, 188), F. 6; 220/2003, de 15 de diciembre (RTC 2003, 220), F. 5; 186/2006, de 19 de junio (RTC 2006, 186), F. 3; y 40/2007, de 6 de febrero (RTC 2007, 40), F. 2). Por ello hemos declarado que ante una desestimación presunta el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, pues ello supondría imponerle un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración; concluyéndose, en definitiva, que deducir de este comportamiento pasivo el referido consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida por la Administración, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable y, menos aún, con arreglo al principio *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental garantizado por el art. 24.1 CE.»

Trasladando esta doctrina al razonamiento jurídico anteriormente referido, resulta evidente que la aparente contradicción entre el silencio positivo del artículo 117.3 de la LPAC y el negativo del artículo 24.1, tercer párrafo, del mismo texto legal, no puede resolverse beneficiando a la Administración que, por su silencio al resolver expresamente, en perjuicio del interesado, se vería beneficiada por tal silencio, por lo que en tanto no se dicte resolución expresa no cabe entender alzada la suspensión, y sin perjuicio de la posible prolongación de la misma en vía jurisdiccional hasta que el juez resuelva cautelarmente, si por el interesado se recurre la resolución expresa y se pide la suspensión cautelar de la misma en vía contencioso-administrativa, como se ha indicado.

III

Conviene, no obstante, hacer una precisión adicional. Todo lo anterior, traducido al caso concreto que se nos plantea (subvención derivada de norma de rango legal para la Comunitat Valenciana), implica que en tanto no se resuelva expresamente por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, el reintegro estaría paralizado por los efectos positivos en cuanto a la solicitud de suspensión, mas, en el momento en que se dicte resolución expresa, dicho silencio positivo se alzaría.

En el caso de ser estimatoria la resolución del recurso se alzará también el reintegro pero, si se deniega el recurso expresamente, caso de no recurrirse ante la jurisdicción esta resolución expresa, o de no acordarse en vía jurisdiccional la suspensión, o que, acordada ésta, se dictase sentencia desestimatoria, los efectos, en cuanto a una hipotética concesión de la ayuda al amparo del artículo 63 del Real Decreto-ley 20/2022, no pueden obviar el hecho de que la beneficiaria incurriría —en defecto de pago voluntario con los correspondientes intereses— en causa de reintegro (art. 37.1 g) por conexión con el art. 13.2 g), ambos de la LGS).

En este sentido y por todos (antes se ha anticipado), el Auto de la Audiencia Nacional (S. 4.ª) núm. 240/2022, de 7 de marzo (JUR 2022\107950), señala lo siguiente en su Fundamento de Derecho 3.º (la cursiva es nuestra):

«Ahora bien, y amén de que no consta que la Administración hubiese procedido ya a la ejecución de la resolución que cuerda el reintegro, en cualquier caso no tiene razón la recurrente cuando pretende mantener la suspensión que hubiera operado en la vía administrativa por aplicación del art 117.3 de la Ley 39/2015 (RCL 2015, 1477) (“La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto. En estos casos, no será de aplicación lo establecido en el artículo 21.4 segundo párrafo, de esta Ley”); ya que está obviando que el recurso de reposición fue resuelto precisamente mediante el acto administrativo impugnado en el proceso que nos ocupa. Además, conforme a lo dispuesto en el propio artículo 117 de la Ley 39/2015, la suspensión de los actos administrativos impugnados tiene virtualidad durante la tramitación y hasta su resolución, lo que significa que una vez resueltos la suspensión deja de producir sus efectos.»

En consecuencia, tales efectos en el caso de confirmarse el reintegro y no realizarse el ingreso voluntario de las sumas a reintegrar con sus intereses serían los siguientes:

- De haberse concedido la subvención del Real Decreto-ley pero no abonado la misma, decaería la Comunidad Autónoma en su derecho al cobro, debiendo iniciarse un procedimiento de reintegro a este fin (art. 89 del RGS, Real Decreto 887/2006).
- De haberse concedido y pagado la misma anticipadamente, al incurrirse en causa de reintegro, procederá la apertura del procedimiento correspondiente respecto de las sumas trasladadas al amparo del Real Decreto-ley.

Es cuanto nos cumple informar, sin perjuicio de lo cual V. S. acordará lo que mejor proceda.

SUSPENSIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

5.23 EFECTOS DEL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUTIVIDAD DE UNA DEUDA NO TRIBUTARIA EN EL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS DE PAGO EN PERIODO VOLUNTARIO

Resumen: El levantamiento de la suspensión de una deuda no tributaria conlleva que el periodo de pago en periodo voluntario se reanude, restando solo el plazo que no se consumió antes de acordarse la suspensión, no siendo admisible el otorgamiento del plazo del art. 62.2 LGT y el inicio, *ex novo*, del cómputo del plazo en periodo voluntario una vez levantada la suspensión.

Examinado, al amparo de lo dispuesto en la Instrucción 3/2010, de 17 de mayo, sobre identificación y tratamiento de asuntos relevantes en el ámbito de la Abogacía del Estado y actuación procesal y consultiva de los Abogados del Estado, su proyecto de informe sobre los efectos del levantamiento de la suspensión de la ejecutividad de una deuda no tributaria en el cómputo de los plazos de pago en periodo voluntario (reinicio o reanudación del plazo), esta Abogacía General del Estado emite informe en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

1.º Por el Servicio Jurídico Regional de la AEAT en Cataluña se solicitó informe al Director del Servicio Jurídico de la AEAT sobre si el levantamiento de la suspensión de una deuda no tributaria debe conllevar que el periodo de pago en periodo voluntario se reanude, restando solo el plazo en voluntaria que no se consumió antes de acordarse la suspensión, o si debería haberse otorgado plazo del art. 62.2 LGT, reiniciándose el plazo en periodo voluntario una vez levantada la suspensión.

2.º En el borrador de informe que se eleva a consulta a este Centro Directivo por parte del Director del Servicio Jurídico de la AEAT se recogen los siguientes antecedentes:

«Primero. En fecha 5 de noviembre de 2014 se adjudicó a la UTE X el contrato xx, por importe de 117.852.165,23 euros y un plazo de ejecución de 40 meses.

Segundo. Por resolución de 7 de mayo de 2021 del Secretario de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda urbana resolvió el citado contrato de obras al concurrir la causa prevista en el artículo 223.f) 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, por incumplimiento del contratista de las obligaciones contractuales esenciales.

Tercero. Con fecha 2 de diciembre de 2021 se aprobó económicamente por el Director General de Carreteras, la liquidación derivada de la resolución del citado contrato de Obras, estableciendo un saldo a favor del Estado de 3.159.802,00 euros.

Elaborado el Modelo de Ingresos No Tributarios 069, con fecha 3 de febrero de 2022, se notificó electrónicamente al representante del contratista la citada liquidación y el modelo 069.

En el propio oficio de remisión se indicaba que el procedimiento de ingreso debía realizarse conforme a la Orden PRE/1064/2016, de 29 de junio, y los plazos del período de pago voluntario:

“El procedimiento de ingreso ha de realizarse conforme a la Orden PRE/1064/2016, de 29 de junio, mediante el modelo de ingreso 069, que se remite adjunto. El pago en período voluntario deberá hacerse en los siguientes plazos:

a) Si la notificación se realiza entre los días 1 y 15 de cada mes, desde la fecha de la recepción de la notificación hasta el día 20 del mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

b) Si la notificación se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 5 del segundo mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato día hábil siguiente.”

En este caso, al notificarse la liquidación el 3 de febrero de 2022, el último día de pago voluntario era el 20 de marzo de 2022.

Cuarto. El 1 de marzo de 2022 el contratista presenta recurso de alzada, en el que solicita de forma expresa la suspensión de la ejecutividad de la liquidación.

Quinto. El 17 de marzo de 2022 la Subdirección General de Coordinación de la Dirección General de Carreteras, tras recibir el recurso de alzada, estima la solicitud de suspensión y notifica ese mismo día al contratista “la suspensión del plazo para efectuar el pago del importe consignado en el Modelo 069 hasta la resolución del mencionado recurso.”

Sexto. El 25 de noviembre de 2022 se notifica por Resolución de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, la desestimación del recurso interpuesto, comunicándoles que “quedaba levantada la suspensión del plazo para efectuar el pago del importe; el cual, debía realizarse con arreglo a la forma y plazos previstos en la Orden PRE/1064/2016 de 29 de junio, por la que se desarrolla parcialmente el reglamento General de Recaudación (RD 939/2005 de 29 de julio).”

Séptimo. El 22 de diciembre de 2022 la contratista abonó el importe de la Liquidación (3.159.802,00 euros) mediante la presentación del Modelo 069.

Octavo. El 11 de febrero de 2023 se notificó a la contratista Providencia de apremio, en la que se indica que el plazo voluntario de pago de la liquidación finalizó el 1 de diciembre de 2022.

Noveno. En fecha 2 de marzo de 2023 el contratista interpone recurso de reposición contra la citada Providencia de apremio, por considerar que el pago realizado en fecha 22 de diciembre de 2022 se había realizado en periodo voluntario y, por tanto, resultaba improcedente el dictado de la citada providencia de apremio.

Décimo. Solicitado por parte de la Dependencia Regional de Recaudación informe al respecto a la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (Dirección General de Carreteras. Subdirección General de Coordinación) se remite contestación al mismo, en el que se hace constar que:

“El 1 de marzo de 2022 el contratista presenta recurso de alzada. Esta Subdirección recibió traslado de la Subdirección General de Recursos del recurso de alzada el

día 16 de marzo de 2022. El 17 de marzo de 2022 se notificó electrónicamente al contratista la suspensión del plazo para efectuar el pago del importe del Modelo 069 hasta la resolución del mencionado recurso (documento adjunto 2). La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el artículo 117, relativo a la suspensión de la ejecución prevé que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado salvo que así se conceda. Al haber transcurrido menos de un mes desde la presentación del recurso de alzada por parte del contratista hasta la suspensión expresa de la ejecución, no aplica la suspensión automática del artículo 117.3. En efecto, al concederse expresamente la suspensión, ésta se inició el 17 de marzo de 2022, es decir, faltando 3 días para que finalizase el período de pago voluntario, que acababa el 20 de marzo de 2022.

La notificación de la resolución del recurso de alzada a la mercantil se produjo el 25 de noviembre de 2022 (documento adjunto 4), reanudándose por tanto el plazo otorgado para el pago voluntario que se encontraba en suspensión, del que restaban 3 días. Cuando se levanta una suspensión de plazo, continúa corriendo el plazo, no se reinicia éste. Por tanto, el pago voluntario, como máximo debería haberse producido hasta el día 28 de noviembre de 2022 inclusive. Sin embargo, la mercantil ingresó el importe de los daños al Estado el 22 de diciembre de 2022.

CONCLUSIÓN

A la vista de los hechos relatados, esta Subdirección General de Coordinación informa que procede desestimar el recurso de reposición interpuesto por UTE X por los siguientes motivos:

El período de pago voluntario del importe 3.159.802,00 euros notificado a la mercantil mediante Modelo 069 e instrucciones de ingreso se inició el 3 de febrero de 2022 finalizando el 20 de marzo de 2022.

– El 17 de marzo de 2022 se autorizó expresamente la suspensión de plazo y se comunicó al contratista, que había presentado recurso de alzada. Restaban tres días de período de pago voluntario.

– El recurso de alzada se resolvió el 18 de noviembre de 2022 y se notificó a la mercantil del 25 de noviembre de 2022. En ese mismo acto se acuerda que, agotada la vía administrativa, queda levantada la suspensión para efectuar el pago del importe.

– Continúa corriendo el plazo de los tres días, finalizando el período de pago voluntario el 28 de noviembre de 2022.

– El ingreso del importe del Modelo 069 se efectúa el 22 de diciembre de 2022, ampliamente concluido el período de pago voluntario.”

Undécimo. A la vista de lo expuesto se solicita informe a este SJ acerca de si el levantamiento de la suspensión de una deuda no tributaria debe conllevar que el ingreso en periodo voluntario se reanude, tras el alzamiento de la suspensión, o si debería haberse otorgado el plazo del art. 62.2 LGT, reiniciándose su cómputo tras la notificación de la resolución del recurso de alzada que conllevó el alzamiento de la suspensión.»

3.º) El Servicio Jurídico de la AEAT en Cataluña en su borrador de informe entiende que:

«notificada la desestimación del recurso de alzada en fecha 25 de noviembre de 2022 y acordándose en ese mismo acto el alzamiento de la suspensión del plazo para efectuar el pago del importe de la liquidación, debería haberse iniciado de nuevo el plazo previsto en el art. 62.2 LGT. Por tanto, notificada la resolución del recurso en la segunda quincena de noviembre de 2022, el periodo voluntario de pago se extendía hasta el 5 de enero de 2023, y dado que el contratista abonó la liquidación a través del Modelo 069 el 22 de diciembre de 2022, debemos concluir que el ingreso tuvo lugar en periodo voluntario de pago, resultando por ello improcedente la providencia de apremio notificada a la UTE en fecha 11 de febrero de 2023.

[...]

En el presente caso, de aplicarse el criterio que recoge el Ministerio en su informe, se produciría una clara vulneración de las garantías del contratista, pues al notificarle la resolución que desestimaba el recurso de alzada, si bien se le advirtió que quedaba levantada la suspensión del plazo para efectuar el pago, remitiendo a la normativa prevista en la Orden PRE/1064/2016, sin embargo, en ningún momento se informó al contratista del plazo que restaba para el ingreso en periodo voluntario, tal y como venía exigiendo la jurisprudencia en estos casos, por tanto, podría entenderse que concurre un defecto formal en la providencia de apremio dictada que haría que la misma fuera nula de pleno derecho.»

4.º) En cumplimiento del apartado cuarto 2.1 de la Instrucción 1/2010, de 29 de enero, del Director del Servicio Jurídico de la AEAT, se solicita informe a este Centro Directivo sobre la procedencia de estimar el recurso de reposición presentado por el contratista, entendiendo que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 25.10 del RGRVA, una vez notificado el levantamiento de la suspensión del plazo para realizar el pago de la liquidación, debió otorgarse al mismo el plazo del art. 62.2 LGT, apartándose así del criterio fijado por la Subdirección General de Coordinación de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana en su informe de fecha 25 de marzo de 2023.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

La consulta formulada a la Abogacía del Estado versa sobre si el levantamiento de la suspensión de una deuda no tributaria debe conllevar que el periodo de pago en voluntaria se reanude, restando solo el plazo que no se consumió antes de acordarse la suspensión, o se reinicie una vez levantada la suspensión. Cuestiones que han de analizarse partiendo de la base de que, conforme a los artículos 246.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y 169 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la liquidación a practicar en los contratos de obras consiste en la determinación del saldo resultante a favor o en contra de la Administración o del contratista, de tal forma que, en los casos en que la liquidación sea a favor de la Administración, la misma constituirá un ingreso de derecho público

no tributario, cuyo régimen de impugnación se registrará, a falta de previsión en la LCSP, por lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), tal y como establece la disposición final cuarta de la LCSP.

II

Determinada la naturaleza no tributaria de la liquidación contractual, son dos las cuestiones que se plantean. La primera, relativa a la determinación del plazo para el ingreso de la deuda no tributaria; la segunda, relativa a cuál debe ser el régimen regulador de la suspensión de la ejecutividad de la deuda, una vez que la liquidación ha sido objeto de impugnación por el contratista.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones apuntadas, el procedimiento de ingreso de las deudas no tributarias se regula en la Orden PRE/1064/2016, de 29 de junio, que desarrolla parcialmente el Reglamento General de Recaudación, en lo relativo al procedimiento de recaudación de recursos no tributarios ni aduaneros de titularidad de la Administración General del Estado a través de entidades colaboradoras, y cuyo artículo quinto establece que:

«El plazo de ingreso en período voluntario será aquel que determine la norma reguladora del correspondiente recurso. En su defecto, se aplicará el establecido en el artículo 62.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre (RCL 2003, 2945), General Tributaria.[...]»

Partiendo de lo establecido en el citado precepto y, habida cuenta de que ni en la normativa de contratación pública ni en la LPACAP se contiene una regulación propia sobre el plazo de pago en periodo voluntario, en el propio oficio de remisión de la liquidación se indicaba que el procedimiento de ingreso había de realizarse conforme a la Orden PRE/1064/2016, de 29 de junio, mediante el modelo de ingreso 069, haciendo referencia a los plazos señalados por el artículo 62.2 de la Ley General Tributaria, 58/2003 de 17 de diciembre (en adelante, LGT):

«2. En el caso de deudas tributarias resultantes de liquidaciones practicadas por la Administración, el pago en período voluntario deberá hacerse en los siguientes plazos:

a) Si la notificación de la liquidación se realiza entre los días uno y 15 de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 del mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

b) Si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día cinco del segundo mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.»

El proyecto de informe remitido considera que esta remisión a los plazos del periodo voluntario que se contienen en la LGT ha de entenderse como una remisión general a la normativa tributaria que regula el ingreso en periodo voluntario, pues carecería de sentido que se obligara a la contratista a sujetarse a los plazos que la LGT establece para el pago en periodo voluntario pero luego no se aplicaran las reglas que la normativa tributaria establece para el cómputo de ese plazo, remisión que conllevaría el necesario reinicio del plazo suspendido, una vez alzada la suspensión.

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, la determinación del plazo para el pago y el régimen de la suspensión derivada de la impugnación del acto administrativo que contiene la liquidación tienen distinta naturaleza, por lo que nada obsta a que se rijan por previsiones normativas diferentes. Máxime cuando, como se expondrá a continuación, existen regímenes jurídicos diferenciados en lo que a la suspensión se refiere.

Por un lado, tratándose de deudas tributarias, la regulación referida a los efectos de la suspensión se recogió en el ya derogado artículo 20.8 del Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación en los siguientes términos:

«Las suspensiones acordadas por órgano administrativo o judicial competente en relación con deudas en período voluntario, suspenderán los plazos fijados en este artículo. Resueltos el recurso o reclamación que dio lugar a la suspensión, si el acuerdo no anula la liquidación impugnada, deberá pagarse en el plazo voluntario que restaba en el momento de la suspensión. Si el recurso resuelto era de reposición, dicho plazo no será inferior a quince días hábiles.»

El precepto transcrito optaba, por tanto, por la regla de la reanudación del plazo de pago.

Actualmente, el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, al regular las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de la deuda, separándose del criterio anterior, dispone en el artículo 52.4 a) que:

«Si la resolución dictada fuese denegatoria, las consecuencias serán las siguientes:

a) Si la solicitud fue presentada en periodo voluntario de ingreso, con la notificación del acuerdo denegatorio se iniciará el plazo de ingreso regulado en el artículo 62.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 161.2 de esa ley.»

Por otra parte, el artículo 25 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, en su apartado décimo —refiriéndose a los supuestos de denegación de la suspensión— regula los efectos de la suspensión imponiendo el reinicio del plazo suspendido. Así, señala expresamente lo siguiente:

«10. Si en el momento de solicitarse la suspensión la deuda se encontrara en periodo voluntario de ingreso, con la notificación de su denegación se iniciará el plazo previsto en el artículo 62.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, para que dicho ingreso sea realizado, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 161. 2 de esa ley.»

Ahora bien, el apartado decimosegundo del mismo artículo prevé que:

«Los casos de suspensión regulados en una norma específica se regirán por lo establecido en ella.»

Por su parte, el artículo 66.6 del Real Decreto 520/2005, a propósito de la ejecución de las resoluciones administrativas, prevé también que:

«Cuando la resolución administrativa confirme el acto impugnado y este hubiera estado suspendido en periodo voluntario de ingreso, la notificación de la resolución

iniciará el plazo de ingreso del artículo 62.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.»

De lo expuesto se desprende que la normativa vigente establece la regla del reinicio del cómputo del plazo de pago de las deudas tributarias una vez levantada la suspensión. Sin embargo, en el ámbito de las deudas no tributarias —como la que nos ocupa— ha de estarse a lo establecido en la Orden PRE/1064/2016, de 29 de junio, en la que, conforme resulta de su Exposición de Motivos, se regulan:

«las especialidades del procedimiento de recaudación en período voluntario de los recursos de naturaleza pública no tributarios ni aduaneros de titularidad de la Administración General del Estado a través de entidades colaboradoras, en desarrollo del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, y sustituye a la Orden PRE/3662/2003, de 29 de diciembre, que regula un nuevo procedimiento de recaudación de los ingresos no tributarios recaudados por las Delegaciones de Economía y Hacienda y de los ingresos en efectivo en la Caja General de Depósitos y sus sucursales.»

El artículo 5 de la Orden remite, a falta de normativa específica, al artículo 62.2 LGT, si bien ello es a los solos efectos de concretar los plazos de pago en periodo voluntario; no contiene, por el contrario, una remisión al Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo o al Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, a los efectos de concretar los efectos de la suspensión del acto, sino que parece remitirse a la normativa específicamente aplicable por los órganos gestores en caso de suspensión de la ejecución del acto y el levantamiento de la misma, tal y como resulta de los artículos 2.3, 6.1.c) y su disposición adicional primera.

En consecuencia, no existiendo en la referida Orden, en lo referente a los efectos del levantamiento de la suspensión, una remisión concreta a las normas propias de las deudas tributarias y no conteniendo aquella tampoco una regulación expresa acerca de los efectos derivados de la suspensión de la ejecución del acto impugnado, resulta procedente acudir al artículo 117 LPACAP, al que queda sometido el régimen de impugnación de la liquidación practicada y al que expresamente se remite la UTE recurrente en su escrito de recurso. Establece dicho precepto que «la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.»

Aunque el artículo 117 LPAC no contiene ninguna regla específica sobre el modo en que debe computarse el periodo de pago en voluntaria en los casos de suspensión de la deuda o liquidación contenida en el acto administrativo impugnado, procede acudir al concepto general de «suspensión» de la ejecutividad propio del Derecho Administrativo. Y es que, si bien es cierto que el artículo citado no señala expresamente si, alzada la suspensión, debe reanudarse o reiniciarse el plazo suspendido, también lo es que tal silencio no puede ser entendido en el sentido de que no contenga regla específica al respecto, y ello porque el legislador ha sido claro al hablar de suspensión y no de interrupción y ninguna duda ofrece que, en el ámbito del Derecho Administrativo y, en particular, de la LPACAP, levantada la suspensión, el plazo no se reinicia sino que se reanuda.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Especial, de fecha 25 de mayo de 2021 (Recurso 7/2021) señala que:

«No obstante, el cómputo del plazo se vio afectado por el contenido de la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020 (RCL 2020, 376), por el que se declara el

estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19: “Los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante la vigencia del estado de alarma y, en su caso de las prórrogas que se adoptaren.”

La referida disposición adicional fue derogada, con efectos de 4 de junio de 2020, por la disposición derogatoria única del Real Decreto 537/2020 (RCL 2020, 838), cuyo art. 10 dispuso: “Con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alzarán la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones.”

Para hacer frente a las dificultades interpretativas a que dieron lugar tales disposiciones —junto a las referidas a los plazos procesales, en ninguna de las cuales se distinguía entre suspensión e interrupción de los plazos ni entre plazos procesales o sustantivos, de prescripción o de caducidad— el art. 2.1 del Real Decreto Ley 16/2020 (RCL 2020, 683), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, dispuso: “Los términos y plazos previstos en las leyes procesales que hubieran quedado suspendidos por aplicación de lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, volverán a computarse desde su inicio, siendo por tanto el primer día del cómputo el siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión del procedimiento correspondiente.”

Sin embargo, esta norma no puede aplicarse al cómputo del plazo al que está sujeto el ejercicio de la acción de reconocimiento de error judicial, plazo sustantivo de caducidad que quedó suspendido por aplicación de la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020.

Ante la falta de expresa regulación sobre cómo efectuar el cómputo de este tipo de plazos una vez alzada su suspensión, no cabe sino aplicar la inveterada opinión doctrinal y jurisprudencial, conforme a la cual, la caducidad no se interrumpe, sino que se suspende, provocando, en tal caso, tras el alzamiento de la suspensión, la reanudación del plazo y no su cómputo *ex novo*. Conforme a la misma, los plazos de caducidad establecidos por meses o años que hubiesen sido suspendidos habrían de reanudarse por el periodo que les restase cuando se alzara la suspensión, de forma que, para determinar el día final, habrían de adicionarse, a partir del día de su vencimiento ordinario computado de fecha a fecha, los días naturales del periodo de suspensión.»

Esto es, así como la interrupción de un plazo determina que, una vez que se produce el acto interruptivo, el plazo vuelva a computarse *ex novo*, quedando sin efecto el tiempo del plazo hasta entonces consumido, la suspensión, por definición, implica que el cómputo de un determinado plazo se detiene en un momento concreto por haber aparecido una causa legítima, de tal manera que, cuando dicha causa desaparece, se reanuda el cómputo por el tiempo que restare hasta su finalización. Tesis que, por lo demás, cobra todo su sentido si se tiene en cuenta que, siendo la suspensión un incidente en el procedimiento, suspender un acto administrativo significa paralizar su eficacia después que ésta se haya iniciado: la suspensión provoca que, durante un determinado periodo de tiempo, los efectos del acto dejen de tener virtualidad, pero no afecta a la legalidad o a la existencia misma del acto administrativo, el cual subsiste y continuará desplegando su eficacia una vez se levante la suspensión. Entender la suspensión de otro modo implicaría aceptar que, una vez desaparece la causa que

la hubiera motivado, el acto impugnado naciera *ex novo*, como si no hubiera existido —desplegado su eficacia— durante el tiempo comprendido entre la fecha de su adopción y, en su caso, notificación, y la fecha en que se acordó la suspensión de su ejecución.

Esta distinción entre los conceptos de suspensión y de interrupción se describe con detalle en los informes de este Centro Directivo Ref.: A. G. Industria, Comercio y Turismo 3/20 (R-511/2020), de 28 de mayo de 2020 y Ref.: A. G. Servicios Jurídicos Periféricos 32/20 (R-1052/2020), de 21 de enero de 2021.

En el primero de ellos se decía lo siguiente:

«El 19 de marzo de 2020 este Centro Directivo emitió una Nota interpretativa del alcance del apartado primero de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, en la que, tras aludir a la distinción entre los conceptos de “suspensión” e “interrupción” empleados en dicho apartado (“la suspensión de un plazo indica que el mismo se detiene, se “congela en el tiempo” en un momento determinado, debido al surgimiento de algún obstáculo o causa legal, reanudándose cuando dicho obstáculo o causa ha desaparecido, en el mismo estado en el que quedó cuando se produjo la suspensión. [...] Por el contrario, en los casos en los que legalmente está prevista la “interrupción” de un plazo, una vez que tiene lugar el acto interruptivo, el plazo vuelve a contar desde cero, volviendo a nacer en toda su extensión y quedando sin efecto el tiempo del plazo hasta entonces transcurrido”), se concluía, de acuerdo con una interpretación sistemática y finalista del precepto (vinculada esta última a la caracterización de los plazos procedimentales como “cargas” para los interesados), que “el sentido del apartado primero de la disposición adicional tercera del RD 463/2020 es el de establecer que los plazos procedimentales a los que se refiere quedan suspendidos en el momento de la declaración del estado de alarma, reanudándose por el periodo que restase cuando desaparezca el estado de alarma inicial o prorrogado, sin que en ningún caso vuelva a empezar desde cero. Es decir, se “reanudan” pero no se “reinician”.” Dado que, como se ha indicado, se está en presencia de cargas para los interesados, éstos tuvieron la facultad de cumplimentar el trámite de que se tratara antes de la declaración del estado de alarma, y esos días que dejaron pasar no se recuperan ya, sin perjuicio de que, cuando acabe dicho estado excepcional, vuelvan a tener la posibilidad de cumplimentar el trámite en el tiempo que les restase antes de la expiración de dicho plazo.»

Por todo ello, en la citada Nota de 19 de marzo de 2020 se concluyó que «conforme al apartado 1 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 (y sin perjuicio de los supuestos de continuación procedimental acordada al amparo de los apartados 3 y 4, y de las excepciones a la suspensión recogidas en los apartados 5 y 6), desde la declaración del estado de alarma quedaron suspendidos los plazos de los procedimientos de las entidades del sector público que se encontrasen en tramitación, debiendo entenderse, con arreglo a las consideraciones jurídicas que anteceden, que al término del estado de alarma declarado dichos plazos se “reanudarán” (y no se “reiniciarán”).»

Criterio que se reitera en el segundo de los informes citados al señalar que:

«Este Centro Directivo emitió el 20 de marzo de 2020 informe interpretativo de la disposición adicional que se acaba de transcribir, en el que se decía lo siguiente:

«Antes de entrar en detalle en la exégesis del precepto, debe indicarse que los conceptos “término” y “plazo” no son sinónimos, refiriéndose el “término” al señalamiento de un determinado día; y el “plazo” al periodo de tiempo existente entre un día inicial y

un día final, pudiéndose realizar la actuación de que se trate en cualquiera de los días que conforman el referido plazo.

Por otro lado, en sentido técnico jurídico tampoco son sinónimos los conceptos de “suspensión” e “interrupción”. En efecto, la suspensión de un plazo implica que el mismo se detiene, se “congela en el tiempo” en un momento determinado debido al surgimiento de algún obstáculo o causa legal, reanudándose, cuando dicho obstáculo o causa ha desaparecido, en el mismo estado en el que quedó cuando se produjo la suspensión. Es decir, si un plazo de 30 días se suspende en el día 15, en el momento de la reanudación quedarán solo otros 15 para que expire.

Por el contrario, en los casos en los que legalmente está prevista la “interrupción” de un plazo, una vez que tiene lugar el acto interruptivo, el plazo vuelve a contar desde cero, volviendo a nacer en toda su extensión y quedando sin efecto el tiempo del plazo hasta entonces transcurrido.

Sentadas las anteriores diferencias, se observa en la disposición adicional 3.^a una contradicción al indicar en su rúbrica “Suspensión de plazos administrativos”, para, a continuación, indicar en su apartado primero que “Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos...”, cuando, como ha quedado indicado, suspensión e interrupción son conceptos jurídicos distintos, con diferentes consecuencias jurídicas.

La interpretación sistemática del precepto exige dar prioridad a la expresión contenida en la rúbrica del mismo y entender que se está ante un supuesto de suspensión de plazos procedimentales, y no de interrupción, lo que viene corroborado por lo establecido en el segundo inciso del precepto, que establece que “El cómputo de los plazos se reanudará...”, lo que implica que volverá a contar por el tiempo que restare en el momento en que hubiera quedado suspendido, sin que de ningún modo vuelva a comenzar de nuevo desde su inicio.

Una interpretación finalista del precepto ha de llevar a la misma conclusión.

Desde un punto de vista técnico jurídico, los plazos procedimentales —y de igual modo los procesales— tienen la consideración de “cargas”, es decir, implican conductas de realización facultativa que la norma o el juez requieren de los litigantes o de los interesados en el procedimiento, normalmente establecidas en interés de los propios sujetos, cuya omisión por parte de éstos conlleva una consecuencia gravosa para ellos. Se trata, por tanto, de comportamientos que han de realizar los interesados de forma no obligatoria, puesto que no son de exigencia coercitiva, pero cuyo incumplimiento les irroga un perjuicio (imposibilidad de recurrir una resolución desfavorable, imposibilidad de obtener una subvención...).

Por ello, es razonable concluir que el sentido del apartado 1 de la disposición adicional 3.^a del RD 463/2020 es el de establecer que los plazos procedimentales a los que se refiere quedan suspendidos en el momento de la declaración del estado de alarma, reanudándose por el período que restare cuando desaparezca dicho estado de alarma, inicial o prorrogado, sin que en ningún caso vuelvan a empezar desde cero. Es decir, se “reanudan” pero no se “reinician”. Dado que, como ha quedado dicho, se está en presencia de cargas para los interesados, éstos tuvieron la facultad de cumplimentar el trámite de que se tratara antes de la declaración del estado de alarma, y esos días que dejaron pasar no se recuperan ya, sin perjuicio de que, cuando acabe dicho estado excepcional, vuelvan a tener la posibilidad de cumplimentar el trámite en el tiempo que les restare antes de la expiración del plazo.»

La idea de que el cómputo *ex novo* del plazo,alzada la suspensión, solo ha de proceder en aquellos casos en que se ha previsto expresamente (como ocurre con los arts. 25.10 y 66.6 del Real Decreto 520/2005), se evidencia, por ejemplo, en las distintas normas reguladoras de los plazos procesales y administrativos durante el plazo de vigencia del estado de alarma declarado para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Así, frente a la regla general que impuso el Real Decreto 463/2020 en cuanto a la reanudación —que no el reinicio— de los plazos, el Real Decreto-ley 11/2020, en la disposición adicional octava, estableció una previsión especial para los plazos para interponer recursos o reclamaciones en los procedimientos desfavorables o de gravamen, respecto de los cuales señalaba que en el momento del levantamiento de la suspensión el cómputo del plazo se llevaría a cabo con independencia del tiempo ya transcurrido desde la notificación practicada antes del estado de alarma. Posteriormente, el Real Decreto 537/2020, aunque no se refiere expresamente al Real Decreto-ley 11/2020, sí dice en su artículo 9 que el cómputo de los plazos suspendidos se reanudará o reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas.

De cuanto se ha expuesto puede concluirse que, salvo que se indique otra cosa expresamente, cuando la norma reguladora de un determinado recurso utilice la expresión «suspensión», ha de entenderse que el plazo suspendido se reanuda una vez desaparece la causa que motivó la suspensión.

Si la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos prevista en el artículo 117 LPACAP constituye una excepción a la regla general de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos y no opera sino en los supuestos contemplados expresamente en el artículo 98 de la referida norma, imponiendo, además, la reanudación o continuación del plazo suspendido, es evidente que el mecanismo establecido por los arts. 25.10 y 66.6 del Real Decreto 520/2005, permitiendo, en caso de suspensión, iniciar *ex novo* el cómputo de los plazos, es un mecanismo excepcional que, precisamente en atención a esta excepcionalidad, ha de ser objeto de una interpretación y aplicación restrictiva.

III

Ahora bien, lo anteriormente expuesto no obsta a que por este Centro Directivo se considere que, por razones de seguridad jurídica, habría resultado aconsejable informar al contratista del plazo que restaba para el ingreso en periodo voluntario.

En la resolución desestimatoria del recurso de alzada se informaba al contratista de que, «dictada la presente resolución y, en consecuencia, agotada la vía administrativa, queda levantada la suspensión del plazo para efectuar el pago del importe, el cual, deberá realizarse con arreglo a la forma y plazos previstos en la Orden PRE/1064/2016...» Nada se especificaba, sin embargo, en cuanto al plazo concreto que restaba para el pago en periodo voluntario o en cuanto al día exacto en que se reanudaba el plazo suspendido.

Cabría acudir, a estos efectos, a la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo invocada en el proyecto de informe, de fecha 14 de abril de 2010, que sobre este particular concluía:

«Segundo. El recurso debe estimarse, pues, aunque el artículo 20.8 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, en su inicial redacción (aplicable al presente supuesto), dispone que “Resuelto el recurso o reclamación que dio lugar a la suspensión, si el acuerdo no anula la liquidación impugnada, deberá pagarse en el plazo voluntario que restaba en el momento de la suspensión”, es lógico que el *dies a quo* para computar ese plazo que resta sea cierto, y común tanto para la Administración como para el sujeto pasivo, y no ser diferente para ambos como ocurriría en el caso de que se notificase en distintos momentos a uno y a otro la resolución del recurso o reclamación. Esta certeza y unidad de plazo solo se consigue mediante la notificación al obligado al pago, de que comienza a computarse el tiempo que resta para el pago voluntario.

Es esta la solución que ya había sido acogida por la sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1993, y que también se ha recogido en la reforma del artículo 20 del citado Reglamento llevada a cabo por el Real Decreto 448/1995, de 24 de marzo, al ser la más acorde con las garantías que deben concederse al contribuyente, que debe conocer con certeza cuál es el período de tiempo que aún le resta para realizar el pago voluntario, pues puede ocurrir que por razón de ciertas vicisitudes no tome conocimiento de la resolución denegatoria de la reclamación o recurso, y se encuentre con una vía de apremio abierta por haberse realizado el cómputo del período de pago voluntario a partir del momento que la Administración tuvo conocimiento de aquella resolución, con las consecuencias que ello lleva consigo, en orden a la restricción en los motivos de impugnación y a la producción de intereses legales y recargo por mora en el pago.

La posibilidad de ejercitar la excepción de esa falta de notificación frente a la providencia de apremio debe entenderse subsumida en el supuesto del apartado d) del artículo 99 del RGR, pues sin duda se ha producido un defecto formal en el título expedido para la ejecución, al carecer de la notificación adecuada del plazo que resta para abonar la deuda tributaria.

Debe considerarse, por tanto, incorrecta la doctrina expresada en la sentencia recurrida, y correcta la que se recoge en las sentencias de contraste, lo que determina la estimación del recurso de casación.»

La sentencia citada se refiere a un supuesto de falta de notificación expresa del levantamiento de la suspensión, en el marco de la redacción originaria del ya derogado art. 20.8 del RD 1684/1990, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación, en el que se establecía que, resuelto el recurso o reclamación que dio lugar a la suspensión, si el acuerdo no anulaba la liquidación impugnada, debería pagarse en el plazo voluntario que restaba en el momento de la suspensión.

Ahora bien, el espíritu que preside el fundamento transcrito permitiría extrapolar su criterio al presente caso, pues lo que pretende es, en aras de la transparencia y seguridad jurídica, garantizar que el obligado al pago tenga conocimiento exacto del plazo que le resta para el pago en periodo voluntario. Garantía que supone la necesaria existencia de un acto expreso de la Administración que levante la suspensión acordada en vía administrativa y contenga, además, la específica mención del plazo que le resta para el pago en periodo voluntario y que tiene especial razón de ser en el caso examinado, dada la confusión que al contratista pudo generar la mención, en la resolución desestimatoria del recurso de alzada, a la Orden PRE/1064/2016.

En atención a lo expuesto, esta Abogacía General del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. Tratándose de deudas no tributarias, el levantamiento de la suspensión de la ejecutividad implica que los plazos de pago en periodo voluntario no se reinician, sino que se reanudan.

Segunda. Ello, no obstante, razones de seguridad jurídica aconsejan que, en el acto que dicte la Administración acordando el levantamiento de la suspensión, se informe del plazo que resta para el pago en periodo voluntario.

Tercera. Dada la trascendencia de la cuestión se advierte, como consideración de *lege ferenda*, la conveniencia de dar respuesta normativa expresa a las cuestiones planteadas en el presente informe.

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

CONTRATO DE CONCESIÓN

6.23 ACUERDO DE LIQUIDACIÓN DE CONCESIÓN DE EXPLOTACIÓN DE AUTOPISTA DE PEAJE. ESCRITO DE CONCLUSIONES

Resumen: La concesionaria impugna el ACM por el que se liquida la concesión de la autopista de peaje reclamando el abono de 4.169.976.576,56 euros sobre la cantidad reconocida. Recurso directo ante la sala 3.^a, 3.^a ts. Se practicaron y ratificaron 12 pruebas periciales, 6 a instancia del recurrente y 6 a instancias de la administración. La sentencia desestima el recurso excepto en cuanto a una partida de 32.935.342,59 euros por inversiones. Rechaza que la administración haya asumido el riesgo de tráfico y rechaza también que los desdoblamientos impacten en la autopista. Rechaza asimismo todas las inversiones menos la partida citada.

CONCLUSIONES

Primera. Impugnación del escrito de conclusiones del recurrente y conclusiones de la abogacía del estado sobre las cuestiones debatidas en este recurso.

Esta parte impugna las conclusiones de la parte recurrente. No acepta los hechos en que se basan ni los fundamentos legales que se articulan de forma no respetuosa con los hechos, el expediente administrativo, las sentencias dictadas por esa Sección y Sala sobre idénticas cuestiones, todas ellas firmes, la tergiversación sobre el sentido del Acuerdo del Consejo de Ministros que interpreta el convenio que precede al de liquidación impugnado y que fue adoptado a iniciativa de la parte recurrente y confirmado por esa Sección y Sala mediante sentencia firme como se dirá con detalle más adelante.

Ninguna de las pretensiones tiene fundamento legal. Ni el convenio ni el ordenamiento jurídico las ampara. En muchos casos, se tergiversa la verdad, se omiten hechos o se reconstruyen situaciones (el dictamen 512/2006 del Consejo de Estado el sentido de las sentencias de esa Sala y Sección).

Incluso se duplican pretensiones sin reparar el enriquecimiento sin causa que se produciría de admitirlas.

Por ello, las conclusiones no demuestran lo pretendido sino justo lo contrario.

Así se ha probado al contestar la demanda y con la prueba pericial practicada en este proceso y así se sintetizará en este escrito de conclusiones.

Para ello procederemos sistemáticamente procurando ser claros y precisos:

A. Este recurso tiene por objeto el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2022.

Este Acuerdo aprueba el saldo de compensación de la liquidación a ACESA de las obras realizadas en cumplimiento del Real Decreto 457/2006, por el que se modifican determinados términos de la concesión de Autopistas concesionaria española SAU.

En dicho Acuerdo se aprueba un saldo de liquidación de 1.069.968.641,53 euros a favor de la concesionaria.

El expresado Acuerdo se basa en las cuentas de la propia ACESA y en el hecho demostrado de que la concesionaria no ha experimentado ningún desequilibrio económico por la asunción de las actuaciones y obligaciones derivadas del convenio incluido en el Real Decreto 457/2006.

La parte recurrente discrepa de dicho Acuerdo, sintéticamente, porque no le habría compensado por la disminución del tráfico ya que, según su opinión, el convenio le garantizaba el riesgo de tráfico. Discrepa también de las inversiones abonadas porque, según su opinión, no se le han abonado una serie de inversiones realizadas entre las que incluye significativamente las referidas a la explotación de la autopista trasladado también este riesgo al concedente; y, finalmente discrepa del Acuerdo porque entiende que los desdoblamientos ejecutados sí han impactado en el tráfico de la autopista concesionada.

Como puede verse, el recurrente sostiene que el convenio por el que se reforma la concesión le concede una posición singular, propiamente privilegiada, respecto del resto de concesiones de autopistas de peaje ya que, conforme a su criterio, se le habría asegurado el riesgo de tráfico, se le habrían asegurado inversiones que reclama algunas manifiestamente vinculadas a la explotación de la autopista y otras que no presentó para aprobación en tiempo y forma o que, rechazadas, sin embargo fueron consentidas por el recurrente hasta este recurso y se le habría asegurado que, si de los llamados desdoblamientos se disminuyera el tráfico, también se le compensaría.

En definitiva, lo que el recurrente nos dice es que ha sido titular de un régimen concesional privilegiado, prácticamente un «señorío feudal» que le ha permitido explotar la AP 7 ajeno al riesgo y ventura propio del concesionario, de modo que si le iba bien —como en realidad le ha ido y demuestran sus cuentas— ganaba y si le iba mal también ganaba, y todo ello con una capitalización al tipo del 6,5% que no le impide reclamar incluso el abono de intereses intercalares.

Lo que olvida el recurrente es que ese «señorío feudal» alegado en este recurso es inviable porque es manifiestamente contrario al régimen legal de las autopistas de peaje regulado esencialmente en la Ley de Autopistas (Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas), puesto que la explotación de la autopista y sus resultados corre del riesgo y ventura del concesionario, como ha destacado la jurisprudencia de esa Sala, entre otras en la sentencia de 7 de octubre de 1999 (recurso 7203/1999) donde se nos dice:

«... atenuando y flexibilizando el principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato [...] por vía de equidad y de la prohibición del enriquecimiento sin causa, de indiscutible raigambre en nuestro Derecho desde el Derecho romano hasta Las Partidas, la Jurisprudencia ha venido, reiteradamente, a admitir indemnizaciones y abonos en supuestos como el de exceso de obras sobre el proyecto **cuando aquéllas**

sean necesarias, se hayan realmente ejecutado y determinen un beneficio para la Administración correlativo al perjuicio derivado para el contratista, con el fin de llegar a un resultado de equilibrio entre aquella y éste que solo se lograría con la pertinente indemnización a favor del contratista, y de obtener la mayor reciprocidad de intereses entre las partes contratantes, modulaciones aquéllas al principio de riesgo y ventura de indiscutible apoyo en razones de Justicia cuya toma en consideración resulta imprescindible en la aplicación del Derecho y en la hermenéutica de sus normas, aunque su procedencia exige un examen casuístico y ponderado de las circunstancias concurrentes en un supuesto determinado al no ser posible la formulación de criterios generales al margen de aquéllas»

De modo que, ningún convenio podría reconocerlo salvo que se admitiera la reintroducción en nuestro derecho de los señoríos y privilegios propios de la Novísima Recopilación que, obviamente, situarían al recurrente en una situación de nulidad de pleno derecho porque vendrían a reconocer a favor del concesionario un derecho o situación jurídica contraria a Derecho (artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común) y, se tendrían por no puestas (artículo 6.4 del Código Civil) sin perjuicio de que se activase, si, casuísticamente, procediera, la estipulación octava del convenio prevista para disciplinar el equilibrio económico de la concesión, cuya activación no procede porque, como se ha probado, ningún desequilibrio económico se ha producido en esta concesión que ha sido extraordinariamente lucrativa para la parte recurrente, como se dirá con más detalle más adelante.

Como se ha demostrado en este recurso, el convenio no garantiza el riesgo de tráfico; esa Sección y Sala ya ha confirmado el Acuerdo de interpretación del Consejo de Ministros que precede y aplica el Acuerdo ahora impugnado mediante sentencia con eficacia de cosa juzgada material; se han abonado al recurrente las inversiones ajenas a la explotación de la autopista por su cuenta y riesgo que, ajustadas al convenio, han sido aprobadas mediante el procedimiento administrativo legalmente establecido y no ha existido impacto causado por los desdoblamientos que permita activar la compensación correspondiente.

B. El recurrente ha planteado este recurso y sus actuaciones precedentes reconstruyendo un relato en el que incorpora hechos y opiniones según le interesa y en el que olvida su propio comportamiento o lo reconstruye con unos niveles de creatividad tan grandes como ínfimo es su fundamento legal. Y eso cuando no omite hechos y documentos muchos de los cuales fueron aportados por esta parte en la prueba.

Véase, por ejemplo, la reinterpretación del Acuerdo de interpretación del Consejo de Ministros, dictado a su iniciativa y confirmado por sentencia firme, del que dice ahora pudiera ser un Acuerdo de modificación unilateral de la concesión, lo que le permite encadenar una pretensión subsidiaria respecto de la compensación por la alegada «garantía de tráfico» que dice resulta de la fórmula polinómica del anexo 3 del convenio.

C. En ese empeño y ese relato de hechos e interpretaciones claramente sesgado y contrario al ordenamiento jurídico, la parte recurrente plantea en este recurso tres grandes cuestiones a las que anuda sus pretensiones: en primer lugar, que se anule la interpretación del Acuerdo impugnado y, por tanto, la del Acuerdo que le precede —confirmado por sentencia firme— según la cual «... el margen de explotación diferencial ($ME_{1n}-ME_{0n}$) no podrá ser negativo» y se le reconozca que el convenio le garantiza el riesgo de tráfico. En segundo lugar, discrepa de las inversiones realizadas y reconocidas y somete a la Sección un casuístico y variado elenco de inversiones

que van desde las propias de la explotación de la concesión (por ejemplo, seguridad y señalización) hasta los que ahora se presentan (*ex novo*) como intereses intercalares, amén de otras curiosas facturas (como la de fundentes, que se utilizan para la explotación de la autopista en época invernal, y que se incluye afirmando que son gastos de dirección de las obras del convenio). En tercer lugar, nos dice —como se verá sin fundamento ni prueba alguna— que los desdoblamientos sí han impactado en el tráfico de la autopista y por tanto debe ser compensada. Y esto último junto con lo primero, es decir, dos indemnizaciones por el precio de una.

Esta parte impugnó ese planteamiento durante este recurso, contestó todas y cada una de las cuestiones planteadas basadas —con frecuencia— en hechos relatados de forma incompleta o sesgada y, ha demostrado la falta de fundamento legal del mismo.

D. Las tres cuestiones planteadas no ocultan que en este recurso no se dilucidan cuestiones periciales. Por el contrario, estamos ante un pleito en el que se enjuicia la aplicación del derecho a los hechos, al contrato de concesión y al convenio que lo modifica. Las periciales acreditan o valoran extremos, pero no definen el sentido de este pleito.

Aun así, esta parte ha aportado periciales todas ellas solidas técnicamente e independientes y ha impugnado y desvirtuado cada una de las periciales de contrario.

Como se ha dicho, no son los peritos quienes deben determinar si el convenio asegura el riesgo de tráfico o si determinadas inversiones son ajenas al riesgo de explotación y se han justificado y aprobado legalmente, o, si hubo o no impacto en el tráfico por consecuencia de los desdoblamientos que, en ningún caso puede abonarse junto con el reclamado riesgo de tráfico a menos que se quiera compensar dos veces por lo mismo.

Estamos en un proceso en el que se enjuicia la adecuación a derecho de la actuación de la Administración y, solo despejadas las cuestiones planteadas desde el punto de vista legal, tendrán relevancia las periciales para determinar —caso de que procediera compensación— el importe de la compensación.

En definitiva, las periciales numerosas y probablemente algunas de ellas reiterativas, practicadas en este proceso y ratificadas mediante un debate de opiniones que, muchas veces, han superado el objeto propio de una ratificación pericial que se ciñe a aclarar o explicar aspectos concretos del dictamen emitido y que, sin duda, entendemos que ha sido permitido por esa Sección para garantizar en su plenitud los mejores estándares de defensa, deben acotarse en este recurso a sus justos términos.

Dicho de otra forma, **todas las valoraciones legales que colman buena parte de las pruebas periciales presentadas por la parte recurrente deben ser rechazadas de plano.**

No se admite en nuestro Derecho la pericia legal. El perito informa y depone sobre cuestiones técnicas y su dictamen se ciñe a esas cuestiones técnicas con exclusión a *limine* de cualquier opinión legal vertida en el dictamen o en su ratificación.

En su caso, un perito-testigo puede informar y deponer sobre una secuencia de hechos que ha contemplado o en los que ha intervenido correspondiéndose dicha secuencia con los documentos que, en un recurso como éste, al venir referidos al expediente administrativo, son esenciales.

Por eso sorprende a esta parte que el recurrente se queje en su escrito de que el expediente administrativo no estaba completo y que él aportó por eso documentos. Justamente se le olvidó aportar los que esta parte incorporó a su contestación y señaló

en la primera ratificación de la pericial del recurrente que se celebró, en los que se demostró, por ejemplo, algo tan relevante como que, la iniciativa de la modificación de la concesión que dio lugar al convenio fue de la parte recurrente y reiterada. Por cierto, contra lo que ésta había afirmado en su demanda.

Máxime si leyendo las conclusiones se puede ver que, en realidad alude el recurrente a documentos del expediente del recurso contra el Acuerdo de interpretación realizado por el Consejo de Ministros —a iniciativa de la ahora parte recurrente— finalizado por sentencia desestimatoria con fuerza de cosa juzgada sobre la interpretación del convenio (STS 3.ª, 5.ª, de 4 de junio de 2019, recurso 2670/2015).

Lo que explica que el recurrente, en lugar de quejarse en conclusiones, de que el expediente no está completo, no haya procedido en su momento, como era procedente, a pedir la ampliación del mismo.

E. Las periciales de la parte recurrente no han demostrado nada. No han demostrado el apoyo legal de sus pretensiones. Ni siquiera eran aptas a dicho efecto porque, con independencia de las frecuentes valoraciones jurídicas de los peritos, su competencia e intervención en el proceso era otra y reducida —quizás con la excepción más relevante y propia del casuismo de las inversiones.

Así, la pericial de KPMG Asesores, SL, no solo es irrelevante para este recurso, sino que también es ajena o si se quiere secundaria. Basta con leer la demanda para comprobarlo puesto que se reconoce (v. página 143) que **ese dictamen ya se aportó en el recurso 2670/2015, que finalizó con sentencia que desestimó el recurso de ACESA y que, firme, despliega aquí sus efectos de cosa juzgada material**. Que KPMG diga en su dictamen que el convenio elimina el riesgo de tráfico sin otra base que su opinión, dice mucho de la escasa consistencia de este informe.

A su vez la pericial de la Universidad de Alcalá de Henares se ciñe a la interpretación matemática de la fórmula polinómica recogida en el anejo 3 del convenio que se realiza al margen del convenio, y, en concreto, de su estipulación octava. En este dictamen se ha dicho con expresión que la parte recurrente ha destacado —aunque luego como se verá más adelante de este escrito, alguno de sus peritos no comparte— que las fórmulas matemáticas no se interpretan. Luego, lo que digan que dice la fórmula matemática *per se* sería la clave de la primera pretensión (2.a y 2.b del suplico) para dictar sentencia.

Pues bien, si se busca en google y siendo un matemático puramente aficionado se puede ver que no es así.

No en vano, el autor de la célebre filosofía de las matemáticas (Bertrand Russell)¹ ya definió las matemáticas «*como aquella materia de la cual no sabemos nunca lo que decimos, ni si lo que decimos es verdadero*», lo que obliga a analizar (interpretar) las fórmulas que expresan «cifradamente» las matemáticas a fin de contextualizarlas y aportar a dicha interpretación la lógica y finalidad de las mismas. Herramientas que, por otra parte, no difieren de las que rigen y buscan la interpretación legal (artículo 3 Código Civil) y persiguen determinar el sentido real de la norma. En este caso, de la fórmula polinómica del anejo del convenio, en el marco del convenio (especialmente su estipulación octava y duodécima) y delimitado por el marco más amplio del ordenamiento jurídico que no puede ser vulnerado por una interpretación sesgada (*contra legem*) del convenio.

¹ «Introducción a la Filosofía Matemática», Buenos Aires, 1945.

De hecho, uno de los matemáticos más célebres (Gödel) ya se encargó de ponerlo de manifiesto mediante sus teoremas de la incompletitud² las severas limitaciones de las matemáticas que pretendían acabar con sus paradojas en inconsistencias.

Por lo tanto, una pericial matemática (como la de la Universidad de Alcalá de Henares) no deja de ser una pericial, es decir, un medio de prueba basado en conocimientos técnicos que, como tal no son absolutos, sino variables, criticables y falibles como sabe cualquier matemático, y que no dirimen sobre el fondo de la cuestión: la validez de los resultados obtenidos y no del procedimiento aritmético; junto al hecho de que no se trata de interpretar una fórmula, sino de interpretar un contrato del que la fórmula es solo una parte, y no la más importante.

En este caso, es además una prueba que conduce a resultados absurdos porque se basa en el aislamiento de su objeto de estudio (la fórmula polinómica del anejo 3) del convenio del que forma parte y especialmente de la estipulación octava referida al equilibrio económico y que no tiene en cuenta el marco normativo delimitador del convenio, establecido en la estipulación duodécima. Coloquialmente podría decirse que esta pericial no ha tenido en cuenta dos variables que inciden en su estudio de forma decisiva, el convenio y sus estipulaciones octava y duodécima y el marco normativo en el que la explotación de autopistas de peaje a riesgo y ventura del concesionario no permite transferir al concedente el riesgo de tráfico, expresión que no aparece ni siquiera reflejada en el convenio.

Tampoco supera el dictamen la prueba del resultado que no deja de ser otra que la correspondencia del lenguaje cifrado abstracto de una fórmula polinómica con la realidad, ya que, como se ha demostrado y se dirá más adelante, conduce a resultados absurdos.

Máxime si existe ya una interpretación fijada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de interpretación del convenio confirmada por sentencia firme de ese Alto Tribunal supra citada en la que se concluye que el margen de explotación diferencial nunca puede ser negativo y, por tanto, nunca puede sumarse dicho margen negativo como si fuera una inversión, lo que —añadimos— es absurdo; primero, porque supondría que el Estado asume contra convenio el riesgo de tráfico y, segundo, porque «compensaría» una inversión que nunca se ha materializado, lo que sería ir también contra el convenio y su marco normativo y contra el interés general por el que está obligada a velar la Administración.

Por eso, esta parte demostró, legal y pericialmente, que la interpretación de la fórmula polinómica debe enmarcarse en el convenio, porque una fórmula matemática no es sino una herramienta que responde a un objetivo determinado y cuyos resultados deben analizarse (en matemáticas se usa análisis por interpretación) en el contexto apropiado. No en vano la matemática pura, basada en conceptos abstractos, puede ofrecer resultados ajenos por completo a la realidad que pretende calcular (v. dictámenes periciales aportados como documentos 1, 2 y 3. junto con nuestra contestación y debidamente ratificados).

² «... bajo ciertas condiciones, ninguna teoría matemática formal capaz de describir los números naturales y la aritmética con suficiente expresividad, es a la vez consistente y completa. Es decir, si los axiomas de dicha teoría no se contradicen entre sí, entonces existen enunciados que no se pueden probar ni refutar a partir de ellos. En particular, la conclusión del teorema se aplica siempre que la teoría aritmética en cuestión sea recursiva, esto es, una teoría en la que el proceso de deducción se pueda llevar a cabo mediante un algoritmo.

Prueba del erróneo dictamen pericial de la Universidad de Alcalá de Henares es que se refiere en su análisis a los tráficos garantizados, concepto éste ajeno por completo al convenio y no reconocido en el mismo, ni siquiera mencionado. La selección y uso de conceptos erróneos y contrarios al marco legal delimitado por el convenio y el ordenamiento sectorial, lastra de origen el análisis y anula el resultado del dictamen presentado por la parte recurrente.

Lo mismo puede decirse de la prueba pericial realizada por Deloitte, que parte de vicios de base (elementos de hecho incompletos e inexactos) que contaminan su análisis y resultados. Así se demostró tanto al contestar la demanda como con nuestras periciales y se puso de manifiesto en la ratificación de esta prueba pericial. Luego se dará más detalle, pero, por su relevancia, baste ahora señalar, por ejemplo, que dicha prueba da por sentado como hecho que el convenio trae causa de la actuación de la Administración, cuando, en realidad, como se ha probado, es justo lo contrario (v. Hecho primero de la demanda y exhibición de los documentos que lo acreditaban en la ratificación de la pericial en Sala). Lo mismo sucede, ejemplo número 2, cuando el perito, sin base en el convenio —obviando su literalidad y la de sus estipulaciones— da por sentado que se garantizó el riesgo de tráfico, hecho ficticio porque, como se ha dicho, no existe esa garantía, como demuestra la lectura del convenio. Sobre una ficción de hecho no se puede llegar más que a resultados erróneos que es lo que se deduce de este informe pericial.

Lo mismo sucede con las periciales de Agnio dirigidas a acreditar que no se le han abonado inversiones realizadas —deben ser ajenas al riesgo de explotación—, informes que se han elaborado abstracción hecha y sin distinción de las consecuencias del riesgo y ventura inherentes a la explotación de la concesión, acumulando inversiones no aprobadas, inversiones propiamente de cuenta del concesionario por la explotación de la concesión y un cajón residual en el que caben todo tipo de inversiones variadas, la mayoría de ellas, además, carentes de toda justificación que permita asegurar la veracidad de los costes reclamados.

Si no diferenciamos de partida entre lo que el riesgo y ventura de la explotación obliga al concesionario (por ejemplo, seguridad, señalización, cabinas de peajes, mantenimiento para garantizar que el servicio se presta ininterrumpidamente, etc.) y las inversiones que, con arreglo al convenio, asume el concedente y que deben, además, ser reconocidas legalmente (véase la exclusión *ex lege* de determinados modificados sobre proyectos de inversión, por ejemplo), no llegamos a ningún sitio, que es lo que le pasa a estos informes muy lastrados por un método de análisis incompleto y erróneo.

Baste señalar aquí por su claridad, las inversiones encuadradas bajo el concepto (no legal puesto que no se corresponde el acrónimo con el convenio o precepto legal regulador de las concesiones de autopistas de peaje) AVO.

Pues bien, a pesar de la relevancia que se les quiere dar en la demanda, conclusiones y periciales del actor, aluden a inversiones o modificados que ni se han tramitado ni se han aprobado y, además, frente a los cuales la parte recurrente no reacciona hasta este recurso.

Paradigmática es la reclamación de 15,1 millones de euros por mantenimiento de la autopista, mejora de la seguridad vial y de la seguridad de los trabajadores durante las obras que, para el perito —y el recurrente— no incumben a quien explota la autopista, sino nada menos que al riesgo y ventura de la Administración concedente. Así como la reclamación de 19,4 millones de euros por las obras realizadas para cambiar

provisionalmente el sistema de cobro del peaje y permitir a la concesionaria atender más usuarios durante el verano de 2008.

Ha de estarse por tanto a lo que se acreditó con nuestra contestación e informes periciales (documentos 4 y 5 aportados con nuestra contestación y ratificados en Sala) y se sintetiza ahora en estas conclusiones.

Lo mismo puede decirse de las periciales de Agnio y CIMA sobre el impacto de los desdoblamientos porque parten de la base de que hubo impacto, base errónea como se demostró al contestar y con las periciales aportadas por esta parte y debidamente ratificadas (v. informes aportados como documentos 6 y 7 al contestar).

F. Por el contrario, esta parte demostró en este recurso y se puede por ello concluir que:

1.º No existe riesgo de tráfico asegurado. Por eso, como ha reconocido el Tribunal Supremo y resulta del Acuerdo de interpretación confirmado por sentencia firme, nunca el margen de explotación diferencial puede ser negativo, a menos que se quiera llegar a resultados absurdos.

2.º No procede abonar mayor compensación que la reconocida por inversiones realizadas. No procede abonar compensación por inversiones que incumben al riesgo y ventura de la explotación de la autopista y tampoco procede abonar inversiones (supuestas) que ni se han presentado para su aprobación en tiempo y forma, ni han sido aprobadas. Y menos aún si se ha consentido esta situación por el recurrente y se aprovecha ahora este recurso para intentar que se reconozcan sin fundamento legal alguno.

3.º No ha existido impacto por los desdoblamientos —sin que, por otra parte, una concesión de autopista de peaje impida la mejora de carreteras o tramos que no forman parte de la misma—. Y, si no ha existido impacto, no procede abonar compensación alguna.

De reconocerse compensación a la parte recurrente por estos conceptos se estará produciendo, además, un enriquecimiento sin causa de la misma.

Segunda. Conclusiones, en particular y con el detalle necesario sobre cada una de las cuestiones planteadas en este recurso.

2.1 Procedencia de desestimar las pretensiones de la parte recurrente relativas al saldo de compensación derivada de la supuesta e inexistente garantía de tráfico: la estipulación octava y la fórmula del anejo 3 del convenio, así como la estipulación duodécima del convenio de modificación de la concesión. Existencia de cosa juzgada material sobre esta cuestión.

Para mayor claridad, distinguiremos las tres cuestiones planteadas en el recurso.

A. El convenio publicado por RD 457/2006, por el que se modifica la concesión de la autopista (en adelante el convenio), no garantiza el riesgo de tráfico.

La parte recurrente sabe que el convenio no garantiza el riesgo de tráfico y **que el margen de explotación diferencial no puede ser negativo** porque no solamente no existe referencia alguna a este riesgo en el convenio o amparo en la legislación aplicable a la concesión. También lo sabe porque, **así se lo ha dicho esa Sala del Tribunal Supremo mediante sentencia firme** cuya cosa juzgada material impacta directamente sobre este pleito en el que el recurrente reitera y vuelve a plantear las mismas pretensiones

rechazadas por esa Sala que ahora se reformulan de nuevo en los apartados 2.a) y 2.b) del suplico de la demanda.

Conoce la parte recurrente que la fuerza de la cosa juzgada material de la sentencia de 4 de junio de 2019 le impide volver a plantear en este recurso —aunque camufle su planteamiento con la intención de eludir la cosa juzgada material— recalificando el Acuerdo de interpretación que ejecuta el Acuerdo impugnado como si hubiera sido una modificación unilateral por su sola voluntad.

Sin embargo, los hechos son lo que son, y, lo cierto y real es que **esa Sala del Tribunal Supremo ha resuelto ya que el convenio no garantiza el riesgo de tráfico y que el margen de explotación diferencial no puede ser negativo y lo ha hecho en firme al confirmar el ACM de interpretación provocado por iniciativa de la ahora parte recurrente y al que se ajusta el Acuerdo aquí impugnado.**

Frente a este hecho cierto no se escapa el artificioso esfuerzo del recurrente para aislar la fórmula polinómica del anejo 3) del convenio de la estipulación octava del mismo (que se remite expresamente a la misma demostrando que deben ser contempladas conjuntamente) y de la duodécima; ignorando además el sentido lógico, económico y de contexto de la misma en el convenio, como ya recordó el Consejo de Estado en su dictamen 512/2006, y ha demostrado esta parte durante este proceso.

B. El riesgo de tráfico forma parte del riesgo y ventura del concesionario que explota la autopista a su riesgo y ventura.

El concesionario explota la concesión a riesgo y ventura. Forma parte de ese riesgo y ventura el riesgo de demanda o de tráfico. No estamos ante un contrato de servicios, estamos ante un contrato de concesión de una autopista de peaje.

Ese riesgo no se asume por el concedente, sino que, como propio de la explotación incumbe al concesionario de la autopista de peaje.

En ningún sitio del convenio se dice que se garantice al recurrente el riesgo de tráfico y la legislación de autopistas aplicable a esta concesión tampoco lo autoriza. Hipotéticamente, si así hubiera sido, tendría que haberse modificado el régimen jurídico del contrato, pues es claro que no se puede modificar un contrato de concesión de autopistas de peaje convirtiéndole en un contrato de servicios mediante una reforma del contrato originario. Ello sin perjuicio de que esa conversión (no sería suficiente la mera novación) del contrato tendría implicaciones de derecho europeo que hubiera impedido de todo punto celebrar un convenio de modificación como el objeto de este recurso, sencillamente de variación de algunos extremos de un contrato originario de concesión de autopista de peaje.

No hay por tanto garantía de tráfico y así se lo ha dicho ese Tribunal en los intentos que preceden a esta misma pretensión (censura de cuentas, Acuerdo de Interpretación), unido al rechazo a la cesión del crédito consentida y firme.

C. Esa Sala del Tribunal Supremo ha rechazado esta misma pretensión del recurrente que ahora, se vuelve a plantear en los apartados 2.a) y 2.b) del suplico de su demanda.

En efecto, en la **sentencia firme de 4 de junio de 2019 dictada en el recurso 2670/2015**, se desestima el recurso de ACESA y se declara la conformidad a Derecho del Acuerdo de interpretación del convenio de 3 de julio de 2017. Este Acuerdo se dictó a iniciativa de ACESA que pidió al Consejo de Ministros la interpretación del

convenio. Al haber sido confirmado por sentencia firme debe estarse a sus propios términos cuando interpretó:

«En el Real Decreto 457/2006, de 7 de abril, **el margen de explotación diferencial (ME1n-MEOn) no podrá ser negativo**, salvo en la medida necesaria para, en su caso, compensar reducciones de tráfico por el desdoblamiento de las carreteras N-II (Girona) y N-340 (Tarragona).»

La única excepción prevista en el convenio —y su singularidad— queda acotada a la necesidad, en su caso, de compensar reducciones de tráfico por el impacto del desdoblamiento de las carreteras citadas.

Sin embargo, se ha probado en este recurso que no se ha producido impacto en el tráfico por consecuencia de los desdoblamientos indicados como se verá más adelante.

La **sentencia de esa Sala, de 4 de junio de 2019 (recurso 2670/2015), firme, con efectos de cosa juzgada material**, resuelve y rechaza la misma tesis sobre el riesgo de tráfico y el margen de explotación diferencial que ahora se vuelve a plantear. Lo dice claramente en su FD Sexto en estos términos:

«El **acuerdo del Consejo de Ministros, al referirse a “en el Real Decreto 457/2006, de 6(sic) de abril (RCL 2006, 836), el margen de explotación diferencial (ME1n-MEOn) no podrá ser negativo”, no constituye un acto innovador, pues es un recordatorio del contenido del Convenio**, especialmente de la cláusula octava del mismo.»

Ese mismo criterio ya firme **se reitera al rechazar ese Alto Tribunal, al inadmitir el recurso de nulidad que ACESA interpuso contra la sentencia de 4 de junio de 2019**. Este recurso del que la parte recurrente dijo era previo a un amparo que luego no ha planteado, fue inadmitido mediante providencia en la que se dijeron también cosas francamente interesantes sobre la cuestión planteada como se verá seguidamente.

En ese recurso de nulidad, ACESA expuso claramente su discrepancia con el Acuerdo del Consejo de Ministros y con la sentencia que lo había confirmado al señalar el recurrente que, en el FJ 6.º de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo «*existe una confusión técnica*» pues —según su opinión— la sentencia «*confunde técnicamente el saldo de compensación con el margen de explotación diferencial (ME1n-MEOn)*.»

Es decir, la parte recurrente **planteó exactamente las mismas pretensiones que plantea ahora en los apartados 2.a) y 2.b) del suplico de la demanda**.

Pretensiones rechazadas por la sentencia precitada de esa Sala y por la **providencia de inadmisión de 15 de julio de 2019**, en las que ese Alto Tribunal **reitera que el Acuerdo de interpretación del Consejo de Ministros:**

«...al referirse a [...] **el margen de explotación diferencial (ME1n-MEOn) no podrá ser negativo**», **no constituye un acto innovador, pues es un recordatorio del contenido del Convenio.**»

Y añade, «**es claro que "no podrá ser negativo"**» (entrecorriendo esta expresión del propio Acuerdo del Consejo de Ministros), señalando que, ...se desconoce hoy [...] cuánto del importe actualizado de las obras ejecutadas por ACESA en virtud del Convenio deberá serle compensado.»

En definitiva, el Tribunal Supremo, por medio de esa providencia de inadmisión del recurso de nulidad de actuaciones contra la sentencia de 4 de junio de 2019, viene a

reiterar que lo único a compensar son «las obras» realmente ejecutadas, pero no la reducción del tráfico en la autopista.

Solo esta conclusión debería hacer decaer la pretensión ejercitada por el recurrente de que se le compense el riesgo de tráfico por puro efecto de cosa juzgada material sobre la misma.

D. Para demostrar la falta de fundamento legal de las pretensiones de compensación ejercitadas al amparo de la personal interpretación que hace el recurrente del margen de explotación diferencial, que ya le ha sido rechazada en firme por el Tribunal Supremo, es muy esclarecedor poner en contexto la pretensión económica subyacente a la misma con algunas cifras:

— De acogerse la pretensión de ACESA resultaría que la concesionaria percibiría más de lo que costaría rehacer desde cero todos los tramos de la AP-2 y la AP-7 concesionados a ACESA.

Como se ha probado en este recurso, el valor de reposición de estas dos autopistas es de 3.221.000.000 euros (valoración de la IGAE incorporada a la Contabilidad de la Administración General del Estado en la valoración de los bienes que componen la Red de Carreteras del Estado) pretendiendo ACESA ahora en este recurso que, por unas obras que ha realizado en cumplimiento del convenio valoradas en 504.000.000 euros y que afectaron a menos de 125 km, se le abone nada menos que 5.373.304.491,08 euros.

Es decir, prácticamente el doble del valor de toda la concesión. (V. Informe pericial anejado a la contestación como documento 1).

La pretensión de ACESA se basa en una interpretación del convenio que, en puridad, supondría que la mejor hipótesis para la concesionaria es que no pasara un solo coche por la autopista. En este caso, —se insiste— en que ni un coche pasara por la autopista e incluso sin realizar ninguna inversión para su ampliación, la interpretación que propone a partir del margen de explotación diferencial de la fórmula polinómica del anexo desconectada además de la estipulación octava del mismo, le supondría tener más ingresos netos que los que generaría la normal explotación de la autopista y con la ventaja de no tener que realizar ningún gasto (V. Informe pericial anejado a la contestación como documento 1).

— Es decir, que mientras que todas las concesionarias de autopistas del Estado perciben sus ingresos en función del tráfico, ACESA, a modo de privilegio feudal, percibiría sus ingresos independientemente del tráfico (de nuevo V. documento 1 supra).

Así quedó aseverado en la ratificación pericial de dicho informe que no fue refutada por las periciales de la parte recurrente.

E. Debe resaltarse que, la sentencia de 4 de junio de 2019 culmina **los sucesivos intentos de la parte recurrente de que se le reconozca que tiene asegurado el riesgo de tráfico**, todos ellos rechazados.

Consta acreditado en este recurso que ese Alto Tribunal rechazó la pretensión de que se contabilizara el saldo de compensación como activo financiero, por otras, en las **sentencias de 18 de febrero de 2020 (recurso 4353/2017), 12 de febrero de 2020 (recurso 2640/2017) o, de 19 de enero de 2021 (recurso 3831/2018)**. V. tb. Documentos 11, 12 y 13 anejos a la contestación).

En estos recursos ACESA defendió que el saldo de compensación se contabilizase como activo financiero porque —según sus palabras—, «... el riesgo de demanda ha sido transferido a la administración concedente.»

Sin embargo, la sentencia, contrariamente a la tesis de ACESA, declaró en su FJ Décimo:

«... Lo hasta ahora razonado conduce a la estimación del recurso (del abogado del Estado) **declarando que el saldo de compensación y derechos de cobro derivados del RD 457/2006 no pueden ser calificados como activo financiero, sino que deben ser calificados como inmovilizado intangible**, manteniéndose el contenido de lo consignado en la censura previa ...»

En la misma línea el rechazo al intento de la parte recurrente de ceder sus derechos por el supuesto crédito de compensación a CaixaBank que, denegado por la Administración, determinó que la parte recurrente comunicase a ésta la resolución del contrato de cesión (V. documentos 8, 9 y 10 anejos a la contestación a la demanda). Sin que conste otra conducta de la parte recurrente frente a esta resolución que el aquietamiento a la misma.

F. El recurrente es perfectamente consciente de la falta de fundamento legal de su pretensión de compensación por una inexistente garantía de tráfico y de que se ha fallado en firme que el margen de explotación diferencial no puede ser negativo.

Por eso, en este recurso ha disfrazado su pretensión pretextando un desequilibrio económico, que, como se ha probado, no se ha producido (las cifras no pueden ser más elocuentes) y basando toda su construcción jurídica, so pretexto de ese inexistente desequilibrio, en aislar la fórmula polinómica del anejo 3) de la estipulación octava del convenio, apelando a que la misma prueba que se le otorgó una garantía de tráfico.

A ello se une la selección interesada de partes del expediente administrativo ignorando otras (es paradigmático como omite que la modificación del convenio se produce a iniciativa reiterada suya y que así lo demostró en la primera ratificación de la pericial propuesta por la parte recurrente mediante la exhibición de los correspondientes documentos 1 anejados a nuestra contestación a la demanda); o en aislar citas fuera de contexto (e incluso de objeto) de los dictámenes del Consejo de Estado (V. lo que se dice en los escritos de la parte recurrente y lo que realmente dice y sobre qué lo dice el dictamen 512/2006). Ya se ha demostrado este proceder de dudosa lealtad procesal del recurrente a lo largo de este proceso.

Sin que los numerosos informes de peritos de parte recurrente hayan demostrado la tesis del actor.

No solo porque han sido enervados por las periciales aportadas por esta parte, sino también porque si se analizan seriamente las periciales y se examinan las ratificaciones no se alcanza otra conclusión que las periciales de ACESA están plagadas de vicios de origen y/o análisis como se demostrará más delante de estas conclusiones.

G. Es necesario, sin embargo, anticipar una conclusión clara sobre la fórmula polinómica del anejo del convenio examinada por distintas pruebas periciales:

a) La denominada fórmula polinómica recogida en el Anejo 3) del convenio, es la expresión matemática de los criterios de compensación establecidos en la estipulación octava del convenio dedicada a regular el equilibrio económico-financiero de la concesión que se refiere de forma exclusiva a las actuaciones descritas en las estipulaciones

anteriores y que son bien claras y concretas (V. página 5 de nuestra contestación) y siendo muy claro que, en ninguna de ellas, se alude al riesgo de tráfico.

b) ACESA pidió al Consejo de Ministros que se interpretase el convenio y el Consejo de Ministros lo hizo mediante Acuerdo confirmado en firme por el Tribunal Supremo. La interpretación del convenio se hizo y así debe hacerse como lo que es, un negocio convencional o contractual, en el que debe interpretarse su contenido atendiendo a la causa del contrato y a sus diferentes elementos de acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos (artículos 1281 a 1289 CC), debiendo vincularse inexorablemente en esa interpretación la estipulación octava y la fórmula polinómica a la que ésta se remite.

c) Lo único que asegura el convenio a ACESA es que recuperará las inversiones realizadas para ampliar la autopista, bien con cargo al aumento del tráfico, bien, si no se diera esta situación, con cargo al Estado. Ni más ni menos (V. informe pericial documento 1 anejo a la contestación).

d) El convenio no elimina el riesgo de tráfico. Únicamente, y esa es su singularidad, elimina parcialmente uno de los riesgos de la concesión que es el de construcción referido a las obras de ampliación de la AP.7 (de nuevo informe pericial documento 1 anejo a la contestación).

H. La interpretación que hace la parte recurrente de la fórmula del anejo 3) aislada de la estipulación octava del convenio, es irracional, falta de lógica, no coherente con la realidad del convenio y carece de lógica económica porque:

e) De aceptarse la tesis de la parte recurrente se producirá un desequilibrio absoluto entre los riesgos asumidos por ACESA y la Administración. Ilustrativamente, en el peor escenario para ACESA, el Estado debería abonarle hasta 12.456 millones de euros (en un caso de tráfico nulo) o los 5.373 millones de euros que ahora reclama (ante una reducción del tráfico en las carreteras). De modo que ACESA vendría a recuperar su inversión haciendo suyos todos los ingresos derivados del crecimiento del tráfico ya que, incluso si hubiera excedentes tampoco tiene que devolverlos. A cambio, en el mejor escenario para el Estado éste recibe al revertir la concesión una inversión de 500 M de euros.

Gráficamente, la tesis de la parte recurrente es tan absurda como que el Estado a cambio de la «gratuidad» de 500 millones de euros en inversiones podría verse obligado a pagar nada menos que 12.456 millones de euros.

f) De aceptarse la tesis del recurrente la fórmula polinómica del anejo 3) actuaría de forma independiente y al margen de la estipulación octava. Es decir, se aplicaría sin existir desequilibrio económico de la concesión como una garantía independiente ajena al valor de reposición de las inversiones que ya cuentan con una rentabilidad mínima según convenio del 6.5 %.

Gráficamente, el valor que reclama ACESA por la ampliación de un carril de 125 km de autopista, costaría tres veces más que la construcción de una nueva autopista ya ampliada.

g) De aceptarse la tesis del recurrente, la fórmula le garantizaría una situación en la que, cuanto peor va la autopista más dinero gana, mayor es su cuenta de compensación y mayor es su rentabilidad.

h) De aceptarse la tesis del recurrente, se llega al absurdo de capitalizar al 6,5% el diferencial negativo de márgenes de explotación, error metodológico impensable desde el punto de vista financiero.

i) De aceptarse la tesis del recurrente se le compensa dos veces, por un lado, se le compensa por las inversiones realizadas capitalizadas al 6.5%, y, por otro lado, la Administración asume el riesgo de demanda.

j) De aceptarse la tesis del recurrente que no está escrita en el convenio y que no tiene respaldo en la legislación que rige la concesión, al eliminarse el riesgo de demanda, el concesionario no tendría ningún riesgo.

k) Gráficamente, se trataría de una concesión en la que el concesionario gestiona sin asumir riesgo alguno, aunque sí toda la ventura, algo inédito en las concesiones de autopistas y algo manifiestamente ilegal.

Algo incompatible con el artículo 25.1 de la Ley de Autopistas y 103 del Pliego de Cláusulas Generales para autopistas en régimen de concesión, a que responde el convenio aludidas en el dictamen 512/2006, del Consejo de Estado, en donde se examinó la limitación parcial del riesgo de construcción (obras de ampliación) y del que no resulta que se examinase ni informase la exclusión del riesgo y ventura en el sentido de garantía de tráfico mínimo de la autopista.

Siendo este dictamen otro elemento hermenéutico muy valioso del convenio que solo de forma inexacta y fuera de contexto es citado por la parte recurrente.

l) De aceptarse la tesis del recurrente, la TIR (tasa interna de retorno) de la autopista sería de un 23.8% a favor de ACESA, rentabilidad claramente fuera de mercado (así se ha demostrado con el dictamen pericial de AFI acompañado junto con nuestra contestación).

m) De aceptarse la tesis del recurrente, se omite cuál era el contexto de la concesión cuando se alcanza el convenio, contexto de crecimiento de tráfico (se desconocía que en 2008 se iba a producir la crisis financiera por ejemplo), en el que resultaba impensable compensar a la concesionaria mediante una garantía de tráfico, **máxime si la situación de la concesionaria —según sus cuentas— durante toda la concesión ha sido inmejorable, activando unos resultados totales durante la concesión (y actualizados a su finalización), de 9.677,6 millones de euros.**

H. El sentido de la fórmula del Anejo 3) y de la estipulación octava del convenio es el siguiente:

$$C_n = C_{n-1} + I_n - (ME1_n - MEO_n) + C_{n-1} * Tasa$$

n) En ningún caso, por su propia naturaleza, la compensación de la inversión puede ser mayor que el importe de inversión realizada

$$C_{2021} = I_{2021} - M_{2021}$$

o) La fórmula solo puede entenderse conectada con la estipulación octava, de modo que se activa y garantiza el equilibrio necesario entre la modificación realizada en el contrato y la compensación aprobada.

Así se explica en el desarrollo matemático realizado en el dictamen pericial de la Subdirección General de Explotación, documento 1).

p) De ese desarrollo matemático resulta:

I_{2021} es la inversión efectuada por ACESA para ampliar la autopista.

M_{2021} es el margen diferencial de explotación a restar de la inversión,

Ambos actualizados a 2021 con una tasa de interés del 6,5 %.

q) Por tanto, **de no existirafección al tráfico de la autopista por consecuencia del desdoblamiento de la N-II y de la N-340** —que no ha existido— el límite máximo son los 504 millones de euros de inversión máxima acordada para la ampliación de la autopista.

Como se dice en el informe anejado por esta parte como documento n.º 11:

«... en relación con el nuevo cálculo del saldo de compensación que propone ACESA entiendo que **habría que puntualizar que la máxima compensación a satisfacer por la Administración no superará en ningún caso, el valor de las inversiones objeto del Convenio, actualizados a la tasa pactada.** De este modo, la fórmula de compensación garantizaría que las obras de ampliación no afectasen negativamente al equilibrio económico-financiero de la concesión, manteniendo los riesgos que asume el concesionario en el contrato original de forma análoga a como ocurriría si la compensación se produjese mediante la revisión de tarifas o modificación de la duración del contrato.»

r) De donde se sigue que, **nunca el margen diferencial de explotación podrá ser negativo** —como ha ratificado en firme esa Sala del Tribunal Supremo— (v. el dictamen de la Subdirección General de Explotación acompañado con nuestra contestación).

s) De admitirse lo contrario, el recurrente sería compensado por una inversión que no se ha realizado merced a una inexistente garantía de tráfico independientemente del impacto de los desdoblamientos en el tráfico e incluso si, como sucede en este caso, los desdoblamientos no han producido impacto alguno y todo ello capitalizado a un 6.5 %.

La interpretación que propone la parte recurrente está tan desconectada del convenio, de su estipulación octava, de la fórmula recogida en el Anejo 3 del mismo, que, gráficamente, como demuestran los números que esta parte ha puesto «encima de la mesa» mediante varios dictámenes periciales, no solamente se reconocerá una compensación sin base legal de ningún tipo, sencillamente se consolidará una situación paradigmática de enriquecimiento sin causa.

t) La falta de rigor de la pretensión de ACESA es tan manifiesta que, incluso sus cálculos son erróneos e incorporan conceptos ajenos al margen diferencial de explotación como hemos demostrado (páginas 35 y 36 de la contestación y dictamen.

En definitiva, contrariamente a lo pretendido por ACESA, ha quedado probado lo siguiente:

1. La modificación de la concesión aprobada con el RD 457/2006 surgió por iniciativa e interés de la concesionaria, pese al rechazo inicial del Ministerio.

ACESA manifestó al Ministerio que la autopista estaba colapsada y era necesario ampliarla. Lógicamente, gracias a las obras de ampliación (nuevos carriles) podría captar más tráfico y obtener más ingresos.

En este punto, es elocuente ahora el silencio del escrito de conclusiones de ACESA: mientras en la demanda afirmó reiteradamente (para justificar su interpretación del

convenio) que la concesión «surgió de una necesidad de la Administración»; pero, al haber quedado en evidencia la falta de verdad de tales afirmaciones, ni una sola mención a este asunto figura en el escrito de conclusiones ACESA.

2. El propósito de la modificación (y de la fórmula aritmética) era que las obras de ampliación de la autopista (ya que eran promovidas por ACESA en su propio interés) no se abonaran, en lo posible, por el Estado; sino por los nuevos usuarios de la autopista, si se producía el incremento de tráfico esperado respecto del tráfico de referencia. Por ello, en la fórmula, la cantidad a pagar por el Estado (In) va seguida de un signo menos (-); el que, después, ACESA pretende convertir en un signo más (+), pese a no corresponderse esto ni con el clausulado ni con la intención convenio.

3. Contrariamente a lo afirmado por ACESA, mediante esta modificación de la autopista el Estado no obtenía «gratuitamente» unas obras de 504 millones de euros. Justo al revés: con la modificación ACESA se garantizó que recuperaría sí o sí el importe de unas obras que le interesaban para ampliar su autopista, captar más tráfico y obtener más beneficios.

Lo normal es que todo concesionario ejecute a su costa las obras y asuma el riesgo de recuperar o no esa inversión durante el tiempo por el que se le otorga. Sin embargo, respecto de estas obras (no sobre toda la concesión ni sobre su tráfico), ACESA se garantizó que recuperaría la inversión, ya fuera con cargo a los usuarios (si el tráfico era superior al fijado como tráfico «de referencia») o con cargo al Estado (que es lo que finalmente ha acabado ocurriendo).

4. Es a ese aspecto (la exclusión del riesgo respecto de una parte de las obras) al que se refería el dictamen 512/2006 del Consejo de Estado.

El escrito de conclusiones de ACESA vuelve a tergiversar el verdadero sentido de ese y de los demás informes jurídicos emitidos por la Abogacía del Estado o por el Consejo de Estado. La simple lectura de tales informes demuestra que no se corresponden con lo que sobre ellos manifiesta ACESA.

En cualquier caso, el criterio del Consejo de Estado ha sido claro y reiterado, y es el que, previo dictamen favorable del propio Consejo de Estado, recoge el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2022.

2.2 Procedencia de desestimar las pretensiones referidas a las inversiones: necesidad de que las inversiones realizadas sean aprobadas por la administración y exclusión de gastos e inversiones propios de la explotación que incumbe al concesionario

El recurrente pide nada menos que 50.020.541,73 euros de inversiones que se añadirían a los 505.580.901,70 euros que ya le ha reconocido el Acuerdo del Consejo de Ministros aquí recurrido (v. suplico 2.c) de la demanda).

Como se ha demostrado a lo largo de este recurso, esta pretensión carece por completo de fundamento.

No procede abonar mayor compensación que la reconocida por inversiones realizadas. Desde luego, no procede abonar compensación por inversiones que incumben al riesgo y ventura de la explotación de la autopista. No procede abonar compensación por inversiones que traen causa de los errores de proyecto imputables al concesionario o que son inversiones no necesarias y menos si se trata de inversiones supuestas siendo tales las que no han sido presentadas conforme se exige legalmente, para su supervisión y, en su caso, aprobación o las que rechazadas no han sido recurridas y ahora se incorporan a este recurso. Desde luego, menos aún si se ha consentido esta situación por la parte

recurrente y se aprovecha ahora este recurso para intentar que se reconozcan, «a modo de cajón de sastre» y sin fundamento legal alguno. Así se ha demostrado en nuestra contestación a la demanda impugnando una a una estas «inversiones» y demostrando la improcedencia de compensarlas.

De aceptarse la tesis del recurrente:

– Se estará reconociendo compensación por inversiones que le incumben como explotador de la autopista y que forman parte de su riesgo y ventura de explotación.

– Se estará reconociendo respecto de dichas inversiones, compensación no amparada por el convenio ni por la legislación que rige la concesión, y por tanto se incurrirá en un enriquecimiento *contra legem* y sin causa.

– Se estará reconociendo compensación por inversiones que no han obtenido la aprobación legal y respecto de las cuales, en su momento, el concesionario se aquietó y no objetó mediante recurso.

– Se estará reconociendo compensación por inversiones no autorizadas ni aprobadas, que sentará un precedente para que cualquier sociedad concesionaria o cualquier contratista de obras, al margen de los pliegos que rigen los contratos y de la propia legislación, cambie los alcances de las obras, las especificaciones técnicas o las calidades de los materiales sin ningún tipo de intervención por parte de la Administración y con el consiguiente enriquecimiento ilícito de aquellas.

– Se estaría reconociendo como inversiones supuestas actuaciones de las que únicamente se incorporan facturas de imposible verificación, nada que ver con la documentación que hubiera tenido que aportarse si se hubieran incluido las mismas en el correspondiente proyecto.

– Se estarán reconociendo inversiones contrarias al Acuerdo de interpretación que es la base del Acuerdo de liquidación ahora impugnado, siendo el primero conforme a derecho al haberse dictado sentencia firme de esa Sala ya citada supra de este escrito.

– De ser así, de nuevo se producirá un enriquecimiento sin causa al reconocerse inversiones que no han sido aprobadas ni debieran haberlo sido.

En efecto:

a) No se pueden admitir supuestas inversiones que no se hayan tramitado con arreglo al procedimiento legalmente establecido y que no hayan sido aprobadas por la Administración. Es obvio que, la mera comunicación o la censura de cuentas no determinan actos de aprobación de la Administración Pública, siendo consciente el concesionario de su obligación de someterse al procedimiento y al acto expreso de aprobación de la inversión que solo puede producirse, reglamentamente, respecto de inversiones realizadas con ocasión del convenio, debidamente acreditadas (cláusula novena del convenio) y ajenas al riesgo de explotación del concesionario que no puede trasladar —como pretende— al concedente (v. cláusulas cuarta, novena del convenio y 64 y 65 del Pliego General de Autopistas).

b) Cuando se trata de proyectos modificados, es necesario cumplir una serie de requisitos: i) Que, se trate de una modificación necesaria por concurrir necesidades nuevas; ii) Que no traiga causa de defectos o vicios del proyecto de construcción que sean imputables al concesionario; iii) que se sometan y obtengan la aprobación de la Administración.

c) De lo expuesto resulta claramente improcedente reconocer como inversiones realizadas los denominados Avos.

En concreto:

a. El Avo tramo enlace Mediterráneo-Vilaseca-Salou, porque no fue aprobado expresamente y ni tan siquiera se recoge en el correspondiente proyecto modificado (V. el documento de la DG de Carreteras EDYCOE acompañado a nuestra contestación).

b. El Avo referido la «modificación provisional del sistema de cobro de peajes en el tramo Mediterráneo-límite de concesión», porque, la causa por la que se implanta este sistema de cobro es para paliar la congestión de la autopista, congestión que determinó que la parte recurrente solicitará la modificación del sistema de cobro de los peajes indicando nuevos recorridos y tarifas asociadas, pero sin reconocer en ningún momento una mayor inversión en el convenio y que, aprobada la misma, se plasmase en el convenio en cuyo cumplimiento se ejecutó la ampliación de la autopista mediante un tercer carril (Enlace Mediterráneo-Vilaseca/Salou), que responde a la ejecución de una obligación inherente a la explotación del concesionario y a cargo del mismo. Gráficamente, el concesionario obtuvo por esta modificación un beneficio económico como se ha demostrado con los documentos 32 y 33.

Gráficamente, puede verse la falta de fundamento de la pretensión si se visualiza que ACESA pretende que se le reconozca con estos Avos un incremento del 67,23% respecto del presupuesto del proyecto, cuando los modificados tramitados debidamente y aprobados suponen un incremento del 9% sobre el presupuesto. De esta forma, al llevar esta pretensión al recurso omitiendo el cauce establecido, soslaya la tramitación legalmente necesaria y desde luego la preceptiva fiscalización previa por parte de los servicios técnicos competentes (Subdirección General de Construcción).

No pueden aceptarse obras complementarias que no se incluyeron en los proyectos modificados.

Carece de base legal esta pretensión. Las obras, además, no fueron aprobadas tal y como resulta del expediente administrativo.

ACESA pretende que se le abone el importe de actuaciones que le corresponden por la explotación de la autopista por su condición de concesionario (riesgo de explotación).

Ningún fundamento le asiste y así se ha demostrado durante este recurso:

a) No tiene derecho alguno sobre las «inversiones» referidas al mantenimiento de la autopista.

b) No tiene derecho alguno sobre las «inversiones» referidas a la seguridad de la explotación, como las de seguridad en tráfico (por ejemplo, señalización).

Debe recordarse que es obligación del concesionario explotar la autopista en condiciones legales garantizando la prestación ininterrumpida del servicio.

c) No tiene fundamento alguno la serie de «ocurrencias» cuya compensación solicita el actor (seguros, vehículos y demás elementos auxiliares que, de incluirse, duplicarían lo abonado; gastos generales (contra los artículos 130 y 131 RCAP), «resto de inversión» (no justificado en absoluto); o los ahora denominados (por vez primera en el pleito) «intereses intercalares» y que fueron impugnados por esta parte en las páginas 47 a 49 de la contestación a las que se hace remisión por economía procesal en este trámite de conclusiones.

Gráficamente, pretende el recurrente nada menos que se le compense por el efecto legal de la reversión de las obras al concedente al revertir la autopista al final del plazo concesional, lo que prueba la orfandad de base legal de su pretensión.

d) Mayor detalle merece lo que se ha probado en este proceso y lo que no se ha probado con las periciales:

2.3 Procedencia de desestimar las pretensiones sobre compensación de la reducción del tráfico por causa de los desdoblamientos: a) no existe impacto de los desdoblamientos sobre el tráfico que active la compensación; b) subsidiariamente, no se puede pretender que se le compense doblemente por este concepto y por el supuesto riesgo de tráfico (enriquecimiento sin causa).

La conclusión que se sigue del presente recurso es que se ha demostrado que no ha existido impacto en el tráfico de la autopista de los desdoblamientos contemplados en el Real Decreto 457/2006: proyectos de duplicación de la carretera nacional II y de la carretera nacional 340.

Como quiera que no se ha producido ese impacto, no existe alteración del equilibrio económico de la concesión que deba ser restablecido y no procede compensación alguna, tal como resulta de la estipulaciones séptima y octava del convenio.

Llama poderosamente la atención que la parte pretenda compensación por el riesgo de tráfico basado en la supuesta garantía constituida a su favor en el convenio y al mismo tiempo reclame compensación por el supuesto impacto de los desdoblamientos en el tráfico.

De modo que, **para la parte recurrente, un mismo concepto, la disminución de tráfico, le tiene que ser compensado dos veces**, una mediante la fórmula del anejo 3 del convenio que, según su tesis, expresa la garantía de tráfico a su favor, y por segunda vez, también porque según su opinión se habría producido una disminución de tráfico por los desdoblamientos. Sencillamente «dos por el precio de una» que no es sino plantear una doble pretensión soslayando el enriquecimiento sin causa que se produciría de la estimación de las mismas. Lo que demuestra lo sesgado de la tesis del recurrente y la incoherencia entre sus propios argumentos y pretensiones.

Por consiguiente, debe confirmarse también en este punto, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2017 en el que se interpretó el convenio.

En efecto, ha quedado demostrado:

1. Que, las obras de desdoblamiento realizadas en las carreteras indicadas han sido de 31,1 km frente a los 252 km de desdoblamientos que se preveían en 2006 y que no han afectado al tráfico de la autopista en forma apreciable.

2. Ítem más, las obras de desdoblamientos han beneficiado a ACESA al facilitar la entrada de vehículos en la autopista. Esta conclusión es fácil de entender si se considera que dichas obras se sitúan en el entorno de Tarragona y Girona, entornos urbanos destinados al tráfico local que coexisten con recorridos de la autopista libres de peaje (bonificados por el Estado).

Así se demostró en los informes periciales anejos a la contestación (documentos números 6 y 7) y no se ha desvirtuado con las alegaciones ni periciales de contrario (documentos 28, 29 y 30 presentados por la parte recurrente), tal y como se verá más adelante de este escrito.

Por tanto, no procede abonar compensación alguna por este concepto.

Tercera. Conclusiones sobre las pruebas periciales practicadas en este recurso:

3.1 Lo que han demostrado las pruebas periciales propuestas y practicadas a iniciativa de esta parte.

A. Sobre las pretensiones relativas al saldo de compensación derivada de la supuesta e inexistente garantía de tráfico.

3.1.1 La iniciativa del convenio fue de ACESA y estuvo motivada por la necesidad de ampliación de la autopista ante los problemas de congestión

Lo que ha quedado demostrado es que **el convenio se realizó a solicitud de ACESA**, quien lo solicitó en el año 2003 al Ministerio y quien, tras una contestación denegatoria en un primer momento basada en un informe de la Dirección General de Carreteras, siguió insistiendo hasta que la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje le permitió enviar una propuesta para comenzar a estudiarlo.

Así se recoge en el dictamen de la S. G. Explotación (pág. 5 y 6) y así fue ratificado en la Sala por el perito D, AAB³:

«Como anejo n.º 1 de este informe se aporta copia de algunos documentos intercambiados entre la concesionaria y el Ministerio de Fomento que demuestran que la iniciativa de la modificación fue íntegramente de ACESA, que insistió hasta la saciedad para que el Ministerio de Fomento aceptara la modificación de la concesión, incluso tras el rechazo inicial expreso, comunicado en 2003 por la Dirección General de Carreteras, y autorizara la ampliación de la Autopista.

Entre la documentación aportada para demostrar el origen de la iniciativa para la modificación de la concesión se incluye el escrito de Jaime Lanaspá Gatnau, entonces Director General de ACESA, con registro de entrada en la Delegación del Gobierno en Sociedades Concesionarias de Autopistas de Peaje n.º 67882, de 8 de agosto de 2003.

En él se argumenta que la autopista viene registrando intensidades de tráfico muy elevadas y se solicita que se inicien las actuaciones necesarias para alcanzar un convenio con la Administración que permita llevar a cabo la ampliación a tres carriles de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la Ley 8/1972.

Este escrito, que fue trasladado al Director General de Carreteras para recabar su parecer, recibió contestación por parte de éste con fecha 29 de septiembre de 2003, concluyéndose que no se consideraba conveniente la ampliación de la autopista de peaje siendo preferible la conversión en autovía de la N-340 en toda la provincia de Tarragona y Barcelona, así como impulsar el cuarto cinturón de Barcelona o autovía orbital, con objeto de disponer de dos infraestructuras equilibradas.

Esta desestimación de la solicitud le fue comunicada con fecha 10 de octubre de 2003 a ACESA que, lejos de desistir, en diciembre de 2003, reitera su voluntad de alcanzar un convenio con la Administración para la ampliación de la autopista, no como alternativa al desdoblamiento de la N-340, sino como complemento.

A la vista de esta nueva solicitud de ACESA, en febrero de 2004, la Delegación del Gobierno solicita a ACESA que detalle y cuantifique su propuesta facilitando las características de las obras a realizar, la valoración de la inversión, las fuentes de

³ Día 19 de enero de 2023 00:03:40 a 00:07:40.

financiación de la misma, el calendario de actuaciones y cualquier otra información que considere conveniente, propuesta que es el origen del convenio aprobado por Real Decreto 457/2006.»

Por tanto, ha quedado también demostrado que **dicha iniciativa se debió a los importantes problemas de congestión que tenía la autopista**, sobre todo en determinados periodos, y que hubieran impedido su normal explotación y su crecimiento, habiendo llegado incluso al hecho de que, si no se hubiese ampliado la autopista, ésta hubiera incluso perdido tráfico, pues los usuarios no tienen por costumbre pagar para circular por una vía atascada. Así lo expresaron D. AAB y D. MARN en la respectiva ratificación de su dictamen⁴.

3.1.2 El convenio establece el sistema de compensación para reequilibrar a la concesionaria por las actuaciones y obligaciones que se recogen en el mismo y por tanto existe un límite implícito a dicha compensación

Del mismo modo, ha quedado demostrado que lo que el convenio establece es **el equilibrio económico-financiero de la concesión ante las nuevas actuaciones y obligaciones que asume ACESA** y que son:

- Construcción de un tercer carril por calzada en el tramo Enlace Mediterráneo-Vilaseca/Salou de la autopista AP-7. Cláusula Primera.
- Construcción de un tercer carril por calzada en el tramo Maçanet-La Jonquera y de un cuarto carril en el subtramo Fornells de la Selva-Medinyà, de la autopista AP-7. Cláusula Segunda.
- Implantación de un sistema de peaje cerrado entre Martorell y Vilaseca/Salou de la autopista AP-7. Cláusula Tercera.
- Ampliación del descuento a usuarios habituales del itinerario Barcelona-acceso de Mollet. Cláusula Sexta.
- No reclamación en el futuro de las compensaciones o indemnizaciones como consecuencia de los proyectos de desdoblamiento de las carreteras nacional II (Girona) y nacional 340 (Tarragona). Cláusula Séptima.

Y el mecanismo que establece para dicho restablecimiento del equilibrio económico-financiero es el considerado en la cláusula octava del convenio, que consiste en **compensar las obligaciones asumidas por ACESA —entre las que se incluyen principalmente las inversiones a realizar— mediante los importes obtenidos de los peajes a los usuarios por la diferencia de los márgenes de explotación: entre una situación previa al convenio (referencia) y la situación real producida (real)** que, en el momento de la firma del convenio se esperaba fuese superior a la primera.

Así se explica en el dictamen de la S. G. Explotación cuando dice (pág. 12 y 13):

«Para el análisis de la fórmula del saldo de compensación se van a realizar algunas transformaciones matemáticas para separar sus elementos en las dos partes claramente diferenciadas que contiene; una que permita estudiar la componente que hace referencia a la inversión anual en las obras de ampliación de la autopista realizadas en el periodo 2006-2021; y otra que permita analizar el margen diferencial de explotación “(ME1-ME0)” en ese mismo periodo, al que por abreviar, se va a denominar simplemente “M.”

⁴ Día 19 de enero de 2023 00:04:33 a 00:05:02, 00:26:40 a 00:29:58, 03:27:13 a 03:27:56

Estas transformaciones no afectan al valor, ni a la interpretación de la expresión original. Simplemente le dan un aspecto que facilitará su mejor comprensión.

[...]

es considerablemente más fácil de interpretar y entender, especialmente si la expresamos simplemente como:

$$C_{2021} = I_{2021} - M_{2021}$$

Donde, el primer término representa la inversión efectuada por ACESA para acometer la ampliación de la autopista, y el segundo, el margen diferencial de explotación a restar a la inversión, ambos debidamente actualizados a 2021 con una tasa de interés del 6,5% anual.

Es decir, el saldo final de compensación no es otra cosa que la diferencia entre la inversión realizada por ACESA para llevar a cabo la ampliación de la autopista y los márgenes de explotación diferenciales acumulados y actualizados en el periodo 2006-2021.

Dicho de otra forma: es el importe que debe abonar el Ministerio a ACESA al final del plazo concesional para compensar (anular, amortizar, finiquitar...) la parte de la inversión realizada por ésta, por las obras de ampliación de la autopista, que no haya sido compensada con los excedentes de tráfico derivados del aumento de capacidad de la autopista.

Por definición y conceptualmente, esta compensación no puede ser nunca mayor que la inversión realizada por ACESA. Solo existe una salvedad a esta afirmación: la compensación prevista en el manifestando tercero del convenio por las eventuales incidencias ocasionadas al tráfico de la concesión por los desdoblamientos de la N-2 y la N-340.»

Por tanto, está claro que el límite máximo realmente existía de forma implícita, y era el importe máximo de inversión que fija el convenio en su cláusula cuarta, de 504 millones de euros (de 2005) a lo que habría que sumar, en su caso, el impacto de los desdoblamientos de la N-II y N-340.

El hecho de que el convenio no incluyese de forma explícita dicho límite se debe a la incertidumbre existente en aquel momento ante el desarrollo de los desdoblamientos en las citadas carreteras y su posible influencia en el tráfico de la autopista, lo que se recoge en el dictamen de la S. G. Explotación, ratificado en la Sala por el perito D. AAB⁵, así como por el perito D. MARN⁶.

3.1.3 El convenio no establece ninguna garantía de tráfico para ACESA ni ninguna nueva redistribución de riesgos entre la Administración y la concesionaria

Ha quedado también perfectamente demostrado, tanto en los dictámenes presentados por la Administración como en la ratificación de los mismos⁷, que el convenio no establece ninguna garantía de tráfico mínimos para ACESA. De hecho, dicha expresión no se menciona en absoluto en el Real Decreto 457/2006 ni en el convenio que contiene, en ninguno de las partes del mismo: manifestando, cláusulas y anejos.

⁵ Día 19 de enero de 2023 00:23:20 a 00:25:50 y 00:56:58 a 00:59:10.

⁶ Día 19 de enero de 2023 03:29:40 a 03:30:30.

⁷ S. G Explotación 00:30:33 a 00:30:45 y AFI 02:17:52 a 02:18:56 y 03:07:37 a 03:08:35.

A ello hay que sumar el hecho de que lo establecido en el convenio no puede jamás dar pie a una pretensión tan rotundamente falsa por parte de ACESA.

Así, queda expresado en el dictamen de TRN TARYET (pág. 12 y 13) y en su ratificación⁸:

«El convenio en ningún caso plantea una garantía de tráfico general, tal y como sostiene ACESA en su reclamación y los informes periciales que acompaña.

– Una garantía de ese tipo requeriría una mención expresa en el articulado del convenio, mención que no existe.

– Una garantía de ese tipo supondría un cambio fundamental en las condiciones de la Concesión (eliminación del riesgo del Concesionario), lo que no puede realizarse sin una constatación expresa en los acuerdos. En este sentido, es importante leer la cláusula [12] del convenio, que expresamente dice que El régimen económico, jurídico, administrativo y de cualquier otra índole de la concesión de que es titular ACESA, será el actualmente vigente para ésta, con las modificaciones que se contienen en el presente convenio y en el real decreto por el que se proceda a su aprobación. Se quiere hacer constar entonces expresamente que no se modifica el régimen de la Concesión, lo que ocurriría si se hubiese eliminado el riesgo de tráfico

– Una garantía de ese tipo, de darse, se implementaría por medio de mecanismos más claros y sencillos (Ingreso mínimo garantizado o similar) y nunca a través de una fórmula de cálculo de compensación asociada a unas inversiones específicas solicitadas por el concesionario. Una definición de Ingresos Mínimos garantizados en ningún caso habría ido por encima de lo previsto por la Concesionaria en su Plan Económico Financiero.»

Es claro pues, que la pretendida eliminación del riesgo de tráfico para toda la concesión, que argumenta ACESA, **no es posible sin un cambio del régimen jurídico de la misma**, que además no se realiza, como expresamente se indica en la cláusula Duodécima del convenio.

Pero es que, además, **iría en contra del ordenamiento jurídico de los contratos de concesión**. Tal como se indica en el dictamen de la S. G Explotación (pág. 29 y 30):

«La interpretación que pretende darle ACESA al convenio no solo elimina el riesgo asociado a la inversión de la ampliación de autopista (que sí elimina el convenio), sino que, al pretender suprimir también el riesgo de demanda, vulnera el principio de riesgo y ventura a que se refieren la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, la normativa europea sobre concesiones y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.»

O, como queda perfectamente argumentado en el dictamen de AFI (pág. 43 y 44) y ratificado en la Sala⁹:

«La definición de contrato de concesión fijada en la “Ley de contratos del sector público” establece que en un contrato de concesión el concesionario asume el riesgo operacional, pues en caso de asumirlo la Administración, se trataría de un contrato de prestación de servicios.

[...]

⁸ Día 19 de enero de 2023 03:30:39 a 03:33:51.

⁹ Día 19 de enero de 2023 02:07:49 a 02:08:53 y 02:19:10 a 02:19:46.

Por consiguiente, en caso de aceptarse la interpretación de que la Administración está asumiendo el riesgo de demanda, el contrato no podría ser considerado como una concesión, sino como una prestación de servicios. El carácter concesional del contrato nunca se ha cuestionado por las partes.»

Y, como se puso de manifiesto también, tanto en dicho dictamen pericial (pág. 51) como en la ratificación del mismo¹⁰, **no existe ninguna otra autopista de peaje en España en la que se produzca esta situación:**

«El traslado del riesgo de demanda a la Administración que supondría sumar el diferencial negativo de márgenes no tiene ningún sentido por las siguientes razones:

— Sería un **caso casi único y extraordinario en las concesiones de autopistas en España**. De toda la red de carreteras del Estado concesionada, solo existe una concesión de 49 km (1,3% del total de la red concesionada), la A-66 (Autovía de La Plata, entre Benavente y Zamora), en la que el concesionario no asume el riesgo de demanda y se debe a que el riesgo operacional que asume es el de disponibilidad, pues debe cumplir muchos indicadores ligados a su explotación (de vialidad, seguridad, comodidad, respeto ambiental...).

— Si se eliminara el riesgo de demanda, **ACESA no estaría asumiendo ningún riesgo operacional o de explotación**, porque la concesión no tiene indicadores de disponibilidad que cumplir. Si el concesionario no asume riesgo operacional no sería un contrato concesional, sino un contrato de prestación de servicio.

— La traslación del riesgo de demanda sería aún **menos justificable en una concesión tan rentable y generadora de beneficios como ACESA.**»

En resumen, **el Estado ni garantizó ni podía legalmente garantizar a ACESA «los ingresos derivados de unos incrementos mínimos de tráfico»** (según pretende la Demanda).

Por tanto, ha quedado demostrado que el convenio establecía el mecanismo para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de las actuaciones y obligaciones asumidas por ACESA —y explicitadas claramente en el convenio— garantizándole de esta forma que, si los ingresos obtenidos por los incrementos de tráfico resultado de la nueva configuración ampliada de la autopista no llegaban a compensar en todo o en parte las inversiones asumidas en virtud del Real Decreto 457/2006, éstas serían compensadas por el propio Estado en la parte necesaria para cubrir la inversión realizada hasta el máximo de 504 millones de euros fijado en el convenio.

En el efecto anterior radicó la singularidad del Real Decreto 457/2006, pues, como regla general, el concesionario de una autopista no tiene asegurada, ni en todo ni en parte de las obras, la recuperación de la inversión. Y esa singularidad es la que fue objeto de crítica por el Consejo de Estado en su dictamen de 2006 al que repetidamente y, de forma malinterpretada, alude la Demanda.

Ahora bien, la singularidad que ahora reclama ACESA consiste en ser **la única autopista de peaje que tiene garantizado el riesgo de tráfico**. Y eso no lo establecía en modo alguno el citado Real Decreto, ya que supondría un régimen totalmente diferenciador y discriminatorio positivamente para esta concesión con respecto al resto de concesiones de la Red de Carreteras del Estado.

¹⁰ Día 19 de enero de 2023 2:16:17 a 2:17:20 y 3:09:38 a 3:10:03.

Es rotundamente falso que dicho Real Decreto y su convenio garantizaran para la concesión —pese a la pretensión y reiteración de ACESA— unos tráficos mínimos, que permitieran a dicha sociedad resarcirse de la pérdida de tráfico que se experimentó en toda la red de carreteras con la crisis económica de los años 2008 a 2013, pero que afectó, obviamente, en mayor medida a las autopistas de peaje, dado que para circular por ellas los usuarios deben pagar; o resarcirse de la pérdida de tráfico, también generalizada, provocada por las restricciones de movilidad ocasionadas por la pandemia del COVID.

A preguntas de la Abogacía del Estado, ninguno de los peritos de la Demanda¹¹ fue capaz de indicar en qué parte del texto del real decreto o del convenio se recogía explícitamente tal pretendida garantía de tráfico mínimo para ACESA o tal pretendida nueva redistribución de riesgos entre las partes, ni supieron tampoco explicar el porqué de tal ausencia pese a que un hecho de tal relevancia, caso de ser cierta su existencia, hubiera debido de figurar expresamente.

3.1.4 La fórmula matemática es una herramienta del sistema de compensación que se establece en el convenio y que queda adecuadamente interpretada en el Acuerdo de Interpretación del Consejo de Ministros de 2017 y en la Sentencia 771/2019 del Tribunal Supremo

También ha quedado demostrado, sin lugar a dudas, que la definición del sistema de compensación para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero se establece en la cláusula octava del convenio, y que la fórmula matemática que se incluye en el anejo 3 es una herramienta para su aplicación.

Toda fórmula matemática, ya se aplique al ámbito físico o, como es el caso actual, al ámbito financiero, debe corresponderse con una interpretación lógica compatible con la realidad física o financiera que se pretende modelizar con ella. En caso contrario, la adopción indiscriminada de los resultados obtenidos con las mismas puede conducir a resultados absurdos o contrarios a la propia realidad. Por ello es necesaria aplicar la inteligencia al análisis e interpretación del ámbito de aplicación de la fórmula y de los resultados obtenidos.

Tal y como se indica en el dictamen de TRN-TARYET (pág. 11) y como de forma muy clara y didáctica ratificó en la Sala el perito D XX.¹²:

«Las fórmulas matemáticas son herramientas que responden a objetivos concretos (qué se quiere calcular) y cuyos resultados deben analizarse en el contexto apropiado (la matemática pura, como ciencia abstracta, puede ofrecer resultados matemáticamente correctos, pero totalmente alejados de la realidad que se pretende calcular).

Es relevante este comentario porque la demanda presentada por ACESA y los informes periciales de apoyo plantean la aplicación de las fórmulas como un ejercicio de matemática pura, donde lo único importante es el resultado de esa aplicación. La matemática pura construye estructuras abstractas no necesariamente representadas en fenómenos reales; la matemática aplicada exige una interpretación de los resultados de los cálculos coherente con la realidad a la que se aplican, como es el caso objeto del presente informe.

¹¹ Día 11 de enero de 2023 Deloitte: 00:46:35 a 00:49:18; Univ. Alcalá: 02:10:04 a 02:11:50; KPMG: 02:56:33 a 02:56:57.

¹² Día 19 de enero de 2023 03:31:36 a 03:32:51.

En este sentido, es importante

- a) Contextualizar el objetivo explicitado del convenio y de los cálculos a realizar
- b) Analizar y contextualizar los resultados obtenidos por la aplicación de la fórmula»

Y continúa (pág. 14 y 15):

«[...] la Matemática como ciencia abstracta admite en sus fórmulas resultados que pueden tener poco que ver con la realidad sobre el terreno que se intenta representar. Las fórmulas deben pues interpretarse en el contexto en el que se utilizan y analizarse evitando resultados fuera de contexto.

Tal y como se describe la fórmula de cálculo de la compensación en el Anejo 3 del convenio, el cálculo de la compensación en cada año es el incremento correspondiente al año en cuestión, que es la inversión realizada menos la parte de la inversión compensada con los ingresos, al que se suman los valores anteriores acumulados y actualizados.

Es lógico entonces considerar que ese incremento de la compensación en el año en curso no puede ser superior a la inversión realizada, que es el importe a compensar.

Cualquier resultado que se aleje de esta conceptualización estaría tergiversando los objetivos y aplicación de las fórmulas.

Es cierto que esta consideración podría haberse explicitado con la mención expresa de que el importe compensado con los ingresos ((ME1n-ME0n) en la formulación del convenio) no puede ser menor que cero, pero también es cierto que

— El articulado del convenio explicita ese criterio, sería redundante volverlo a mencionar

— El contexto en el momento de la negociación y firma del convenio no exigía matizaciones en esa línea, pues todas las proyecciones de tráfico se situaban por encima de la línea de ingresos de referencia proyectada, y los problemas que se visualizaban no eran de falta de tráfico sino de falta de capacidad de las infraestructuras. Cabe señalar aquí que en el periodo 2006-2008 los tráficos en la Concesión estuvieron sensiblemente por encima de los tráficos de referencia, en la línea previsible dado el contexto del momento»

Precisamente dicha mención a la que alude el perito se incorpora posteriormente, dado que, a petición de la propia ACESA, se realizó una interpretación de la forma de aplicar la fórmula, que dio lugar, tras los correspondientes trámites legales —entre los que destacan los dictámenes del Consejo de Estado de 2014 y 2017— al «Acuerdo de Interpretación del Real decreto 457/2006, de 7 de abril, adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión de 3 de julio de 2017.»

En dicha interpretación se explicita claramente que **«el margen de explotación diferencial (ME1n - ME0n) no podrá ser negativo, salvo en la medida necesaria para, en su caso, compensar reducciones de tráfico por el desdoblamiento de las carreteras N-II (Girona) y N-340 (Tarragona).»**

Dicho Acuerdo de Consejo de Ministros fue recurrido judicialmente por ACESA, solicitando que se declarase contrario a Derecho y solicitando, por tanto, su anulación, resolviéndose el contencioso mediante la Sentencia del Tribunal Supremo 771/2019 en la que declara no haber lugar al recurso interpuesto. Posteriormente el citado Tribunal inadmitió el incidente de nulidad promovido por la concesionaria.

A pesar de todo ello, ACESA y los dictámenes periciales que ha presentado siguen argumentando en la actual demanda los mismos extremos, que **pueden resumirse en la aplicación estricta de la fórmula matemática, tal como aparece en el convenio — ignorando el Acuerdo de Interpretación de 2017 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 2019—, al objeto de que la aplicación de la «regla de los signos» justifique lo que conceptualmente no puede ser soportado:** que aquello que estaba concebido para compensar la inversión, es decir, para ser restado a la inversión, se suma a la misma.

Dicha pretensión de ACESA de aplicar «*en sus propios términos*» la fórmula matemática, en vez de analizar lo que el convenio establece, queda invalidada ante la demostración de que la fórmula no recoge un hecho muy relevante que sí se establece expresamente en la cláusula octava. Este hecho no es otro que «el saldo de compensación de liquidación al final de la concesión no podrá ser negativo». Para expresar tal circunstancia la fórmula debería haber añadido al final de la misma la siguiente expresión «>= 0», como queda demostrado en el dictamen pericial de la S. G. Explotación y que fue claramente explicado en la Sala por el perito D. AAB¹³.

$$C_n = C_{n-1} + I_n - (ME1_n - MEO_n) + C_{n-1} * Tasa \geq 0$$

3.1.5 La pretensión de ACESA no tiene racionalidad económica ni lógica:

Por último, ha quedado demostrado que **la pretensión de ACESA de sumar el diferencial negativo de los márgenes de explotación no tiene racionalidad económica** por tres razones fundamentales, que se explican en el dictamen pericial de AFI (pág. 26 a 30 y que se resumen en pág. 51 y 52) y que fueron ratificadas en la Sala por el perito D. PMG¹⁴:

La suma del diferencial negativo de márgenes no tiene racionalidad económica por tres razones fundamentales:

- Supondría trasladar el riesgo de demanda a la Administración.
- Conllevaría capitalizar el menor ingreso por tráfico a la tasa WACC del 6,5%, lo que es una inconsistencia financiera y lleva al absurdo de que el concesionario obtiene mayor beneficio cuanto peor es la evolución del tráfico, lo que atenta contra la lógica de cualquier concesión.
- Crearía una asunción de riesgos y expectativas de rentabilidad absolutamente asimétrica en favor de ACESA y sin ninguna lógica para la Administración.

No se puede utilizar «aritméticamente» la fórmula del saldo de compensación, como pretende ACESA, cuando el resultado que se obtiene es ilógico e irracional, no coherente con la realidad económica-financiera del convenio. Así se demuestra en el citado dictamen pericial de AFI que no pone en duda que aritméticamente algo sea posible, pero que carece en absoluto de lógica económica-financiera (pág. 32):

«Opinión Afi: ya hemos expuesto en nuestro informe que aritméticamente no cuestionamos que el margen de explotación negativo puede sumarse y dar el resultado de la Cuenta de Compensación que presenta ACESA. Pero en finanzas las fórmulas deben responder a una lógica económica y en este caso sumar el diferencial negativo no tiene sentido económico.»

¹³ Día 19 de enero de 2023 00:20:02 a 00:22:45.

¹⁴ Día 19 de enero de 2023 02:03:59 a 02:05:01, 02:06:54 a 02:07:33, 02:08:55 a 02:11:07, 02:13:35 a 02:14:01 y 03:12:33 a 03:13:40.

Se llama la atención aquí sobre la interpretación interesada y fuera de contexto que hace el recurrente en su escrito de conclusiones al pretender que en el párrafo anterior el dictamen pericial de AFI les estaba dando la razón a sus pretensiones. Para ello, fuera de contexto y de forma sesgada, utiliza únicamente la primera de las sentencias e ignora la segunda, en un ejercicio de pura tergiversación de hechos y pruebas, con la finalidad de alterar el sentido de lo informado obviando los más elementales principios gramaticales y semánticos de una expresión adversativa.

Por tanto, la pretensión de ACESA no tiene racionalidad económica porque **se produciría un desequilibrio absoluto entre los riesgos asumidos por el concesionario y la Administración:**

– En el peor escenario para ACESA, el que se ha producido, aquél en el que el incremento del tráfico no es suficiente para compensar la inversión realizada de 505 millones de euros, ésta capitaliza su inversión mediante un pago de la Administración al final de la concesión y con una rentabilidad mínima del 6,5%.

– En el peor escenario para el Estado, éste debería abonar a ACESA hasta 12.456 millones € (en un caso teórico de tráfico nulo) o los 5.373 millones € que ahora reclama (ante una reducción general del tráfico en las carreteras).

– En el mejor escenario para ACESA, además de recuperar su inversión en la ampliación de la autopista, hace suyos, sin límite, todos los ingresos por el crecimiento del tráfico obtenido derivado de dicha ampliación (como el saldo de compensación no puede ser negativo, tampoco tiene que devolver los «excedentes de ingresos» al Estado).

– En el mejor escenario para el Estado (evolución positiva del tráfico por encima de la senda pactada) recibiría «gratuitamente» una inversión de algo más de 500 millones €; si bien este efecto no es nada especial, sino la consecuencia natural de la reversión cuando cualquier concesión se extingue por expiración del plazo de duración pactado.

Por ello, no es lógico suponer que, a cambio de la supuesta «gratuidad» de unas inversiones por algo más de 500 millones de euros, la contrapartida en el contrato sea arriesgarse a pagar 12.456 millones de euros.

– Lo que está claro, es que ACESA (a pesar de lo que en ocasiones pretende dar a entender en la Demanda) con el sistema de compensación establecido en el convenio, **siempre recupera, al menos, la inversión realizada junto con la capitalización del 6,5% con la que la rentabiliza.**

Aspecto, este último, clave y que conviene recalcar, ya que **ACESA en cualquiera de las situaciones recupera la inversión realizada con una rentabilidad adicional del 6,5% para la concesión y del 8% para sus accionistas**, como queda perfectamente explicado en el dictamen pericial de AFI y en la ratificación del mismo en la Sala por D. PMG¹⁵

Como también se demuestra que la pretensión de la Demanda no tiene racionalidad económica porque la compensación reclamada por ACESA, de 5.373 millones €, no tiene nada que ver con el restablecimiento económico financiero de la concesión. Es, además, **desorbitada tanto en relación con las obras y actuaciones mencionadas en el Real Decreto 457/2006, como comparada con el valor de reposición de la propia infraestructura concesionada a precios actuales**, como queda demostrado en el dictamen pericial de la S. G Explotación (pág. 22): «Rehacer desde cero la AP-2 y el tramo de AP-7 explotados por ACESA (los 478,47 km que suman entre ambas) costaría

¹⁵ Día 19 de enero de 2023 02:11:24 a 02:12:35

a la Dirección General de Carreteras un 60% de lo que reclama ahora ACESA como compensación por la ampliación de menos de 125 km de autopista.»

Es más, ese valor de reposición de la autopista AP-7 se ha calculado con la configuración actual de la misma; es decir, para volver a construir una autopista de 263 km con tres y hasta cuatro carriles por sentido en algunos tramos. Por tanto, el valor que reclama ACESA por la ampliación de un carril en tan solo 125 km de la autopista, costaría tres veces más que la nueva construcción de toda la autopista ya ampliada. Lo cual no tiene ninguna lógica económica.

Igualmente, ha quedado demostrado que no tiene racionalidad económica la pretensión de ACESA porque **la aplicación de la fórmula produce una situación absurda para un concesionario de autopistas, pues cuanto peor vaya el tráfico mayor es la cuenta de compensación y, por tanto, más rentabilidad obtiene el concesionario**; hasta el punto de que **la situación más beneficiosa para ACESA habría sido que no pasase ni un solo vehículo por la autopista**, como se recoge en los dictámenes periciales de la S. G. Explotación y de AFI, y fue ratificado por los peritos en la Sala.

Eso **atenta contra la lógica de cualquier concesión**, en la que el concesionario debe estar incentivado a que la demanda evolucione favorablemente; además de ir contra la obligación contractual de ACESA de prestar un adecuado servicio a la circulación de los usuarios de la autopista.

Así, el dictamen pericial de la S. G. Explotación se refiere a dicha situación de este modo:

«[...] La expresión del «margen de explotación diferencial» lo que permite es cuantificar qué parte de los ingresos adicionales procedentes de la ampliación de la autopista se destinarán a amortizar la inversión realizada como parte del mecanismo de reequilibrio económico financiero.

[...] En ningún caso esa expresión está ideada para dar un importe negativo (donde «MEO» sea mayor que «ME1») y cualquier circunstancia en la que esto se produzca se debería a un error en la interpretación de la misma, debiendo asumirse en esos casos que «M» es igual a cero.

Va implícito en el propio concepto del mecanismo de reequilibrio.

[...] con la interpretación que hace ACESA del convenio lo que más convenía a la concesionaria era impedir o dificultar la circulación del tráfico por la autopista y que no pasara un coche, pues incluso si no realizara inversión alguna para ampliar la autopista, la fórmula del saldo de compensación final le permitiría, en base a los tráficos de referencia, tener más ingresos netos de los que generaría la explotación de la autopista, pues no llevaría ningún gasto acarreado.

Cuestión que es ridícula [...]

Además, ha quedado demostrado que la pretensión de ACESA no tiene racionalidad económica porque **la capitalización al 6,5% del diferencial negativo de márgenes de explotación no tiene sentido**, como se explica en el dictamen Pericial de AFI (pág. 21 a 24). Hacerlo sería incurrir en un error metodológico relevante desde un punto de vista financiero; de ahí que se consolide la tesis de que el diferencial de márgenes no estaba pensado para ser sumado en la fórmula del saldo de compensación. Así se expresa el dictamen:

«El hecho de que la fórmula incluya la capitalización del diferencial de márgenes a la tasa del 6,5% resulta muy relevante para determinar que no tendría ningún sentido

considerar que si el margen de explotación es negativo (tráfico real por debajo del tráfico de referencia), ese diferencial debiera sumarse.

[...]

La asunción por parte de la Administración del riesgo de demanda supondría que al concesionario le garantizaras un determinado nivel de ingresos. Si en un año obtiene menos ingresos que los de referencia o garantizados, el concesionario incurre en un coste de oportunidad, pues dejaría de poder invertir ese dinero y obtener un interés por él. **Pero el interés que debe considerarse es el que no está sometido a ningún nivel de incertidumbre, esto es, a ningún riesgo.** Como tasa libre de riesgo se considera el bono del Tesoro, que estaba en el 3,93 % en la fecha de firma del convenio (TIR a 10 años) y en un promedio del 3,0 % durante el período de vigencia del mismo (22/04/2006-31/08/2021).

[...]

La Administración solo debe retribuir al concesionario por el importe que habría podido obtener seguro con la inversión de esos menores ingresos, y ese cálculo debe hacerse con la tasa libre de riesgo. También podría haber sido razonable utilizar como tasa de capitalización el **tipo de interés legal del dinero**, que sirve con carácter general para calcular indemnizaciones en caso de retrasos o incumplimientos (en 2006 se situaba en el 4,0 % y actualmente, en 2021, en el 3,0 %).

También ha quedado demostrado que la pretensión de ACESA no tiene racionalidad económica porque **se produciría una doble compensación al concesionario: el pago de las inversiones realizadas con una rentabilidad del 6,5 % y la asunción del riesgo de demanda por parte de la Administración.**

Así también, ha quedado demostrado que la pretensión de ACESA no tiene racionalidad económica porque **la asunción del riesgo de demanda o riesgo de tráfico por parte de la Administración constituiría un caso único y extraordinario** en las concesiones de autopistas en España.

Igualmente ha quedado demostrado que la pretensión de ACESA no tiene racionalidad económica porque, **si se eliminara también el riesgo de demanda, el concesionario no estaría asumiendo ningún riesgo**; pues en este tipo de concesiones, el riesgo de operación/disponibilidad es absolutamente residual (al no fijarse en la concesión indicadores cuyo incumplimiento minoren los ingresos de la concesión). Es decir, **el contrato tendría que cambiar de calificación: un contrato de concesión se habría convertido en un contrato de servicios.** Y en ningún momento se ha producido la citada «recalificación.»

Por último, ha quedado demostrado que la pretensión de ACESA no tiene racionalidad económica porque la cantidad reclamada por la concesionaria supone que **su inversión en la autopista tendría una Tasa Interna de Retorno TIR (rentabilidad) del 23,8 %.** Este porcentaje está **absolutamente fuera de mercado**, como se detalla con los siguientes parámetros de comparación, calculados en el dictamen pericial de AFI (pág. 26 a 30) y fue ratificado con toda claridad en la sala por el perito D. PMG¹⁶:

— «La rentabilidad que las partes pactaron como razonable era del 6,5 % en términos de WACC (del inglés Weighted Average Cost of Capital), —o tasa de descuento que mide el coste de capital entendido éste como una media ponderada entre la proporción de

¹⁶ Día 19 de enero de 2023 1:56:38 a 2:03:44.

recursos propios y la proporción de recursos ajenos—, con un coste de los recursos propios —rentabilidad para el accionista— del 8,0%.

— El bono del tesoro a 10 años en la fecha de firma del convenio (22/04/2006) era del 3,93% (3,77% en promedio en todo el ejercicio 2006).

— Desde el 2006 al 2021 la bolsa española (IBEX) ha obtenido una rentabilidad anual del 2,9%.

— La revalorización anual de Abertis en bolsa desde 2006 hasta su exclusión de cotización (2018) ha sido de un 4,1% anual (8,6% incluyendo dividendos).

— Esa TIR del 23,8% es muy superior al coste que le habría supuesto a la Administración financiar la inversión con cargo al presupuesto general (coste de la deuda pública, que, en 2006, año de la aprobación del convenio, era de menos del 4%). Por el contrario, el pago reconocido por la Administración a ACESA proporciona al concesionario una rentabilidad (TIR) del 6,4%, que es un porcentaje acorde con las condiciones de mercado y alineado con la rentabilidad pactada entre las partes en la firma del convenio.»

Por tanto, ha quedado demostrado con las periciales realizadas que no tiene sentido que, **con una previsión de crecimiento de tráfico y unas condiciones de explotación tan rentables como las que se tenían en 2006, la Administración hubiera pretendido garantizar un tráfico mínimo a una concesionaria.** Esta medida solo cabría, en su caso y hasta cierto punto, para apoyar económicamente una concesión cuya rentabilidad está en cuestión. Sin embargo, no era ese el caso de ACESA:

— sus ingresos brutos por peaje en 2005 fueron de 540 millones de euros

— sus ingresos brutos medios de peaje en el periodo 2006-2021 fueron de 528,9 millones de euros (euros constantes) que, actualizados al final de la concesión con la tasa de capitalización del 6,5%, han sido de 893,2 millones €

— y su resultado anual medio en el periodo 2006-2021 ha sido de 365,1 millones de euros (euros constantes).

— Es decir, la suma total de resultados anuales en dicho periodo de vigencia del convenio, actualizados al final de la concesión con la tasa de capitalización del 6,5%, es de 9.677,6 millones de euros.

Por todo lo anterior, se concluye que ha quedado perfectamente demostrada **la ausencia absoluta de racionalidad económica en la pretensión de ACESA** en la demanda, y que, por tanto, **no puede ser asumida por la Administración, la cual tiene que velar por el justo y eficiente uso de los recursos públicos.**

B. Sobre las pretensiones relativas a las inversiones realizadas derivada de la supuesta mayor inversión:

3.1.6 El reconocimiento de la inversión se ha realizado de acuerdo con el concepto amplio de inversión.

Ha quedado demostrado que el importe de las inversiones objeto del convenio se ha analizado y reconocido de acuerdo con el **concepto amplio de inversión** que resulta del artículo 8.f) del Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. Dicho artículo 8.f) establece:

«Volumen de inversión total previsto para la construcción de la autopista. Este concepto será entendido en su más amplia acepción y será calculado mediante la agregación de las siguientes partidas: costes de estudios técnicos y económicos, de proyectos, de expropiaciones e indemnizaciones y reposición de servicios y servidumbres, de construcción de las obras e instalaciones, de dirección y administración de obra, costes financieros durante el período de construcción y, en general, de todos los bienes, cualquiera que fuere su naturaleza, que sea necesario construir o adquirir por estar directamente relacionados con la autopista y que contribuyan a que ésta preste servicio.»

Por tanto, todos los conceptos reclamados por ACESA están incluidos en el saldo de compensación; la única controversia que plantea ACESA se refiere al importe de dichos conceptos.

3.1.7 La única inversión que puede ser considerada es la reflejada en la aprobación del correspondiente proyecto de obras

Ha quedado demostrado que no procede reconocer ninguna inversión en obra que no haya sido aprobada por la Administración, pues, conforme a la ley y al propio convenio, dicha aprobación por la Administración es un requisito indispensable para que pueda considerarse Inversión. Así se especifica expresamente en las cláusulas Primera, Segunda y Tercera.

Así se demuestra en el dictamen pericial de la S. G. Construcción (pág. 11 y 12) y tal como fue ratificado en la Sala por Dña. CAB y D. JM TL¹⁷:

«[...] se considera indiscutible que tanto la Administración como ACESA están sujetos al cumplimiento de lo previsto en el ordenamiento jurídico y, en particular, a las leyes y normas que sean de aplicación a las autopistas en régimen de concesión.

En este sentido, es de destacar que el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero), establece en su cláusula 65, relativa a la modificación de las obras:

«En la ejecución de las obras el concesionario deberá ajustarse estrictamente a los proyectos aprobados.

No obstante, lo anterior, excepcionalmente se podrán acordar modificaciones en las obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse los proyectos, bien a petición de la Administración, bien a petición del concesionario.»

Por tanto, ha quedado demostrado que las inversiones realizadas por ACESA en el marco del convenio tienen que cumplir, como no puede ser de otro modo, lo prescrito expresamente en dicho convenio y que coincide con la legislación vigente. Es decir, deben ser incluidas en unos proyectos que deben ser aprobados por la Administración, así como sus posibles modificaciones, que pueden atender únicamente a dos causas tasadas: ser consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas.

Adicionalmente, ha quedado demostrado que dicha exigencia, además de legal, tiene un trasfondo de seguridad que la convierte en absolutamente necesaria para el correcto

¹⁷ Día 25 de enero de 2023 00:30:36 a 00:32:36.

funcionamiento de las infraestructuras de transporte. Así se expone en el dictamen pericial de ALAUDA (pág. 26) y fue ratificado por D. MVR¹⁸:

«Los proyectos son, por tanto, y con independencia de lo señalado en los apartados anteriores, la garantía de que las actuaciones proyectadas han sido pensadas y diseñadas por un técnico competente que se hace responsable de las mismas. Y, entre otros muchos aspectos, son también una garantía de que se ha estudiado la seguridad de los trabajadores, incluyéndose en el proyecto el correspondiente estudio de seguridad y salud firmado por técnico competente. Es por ello, que no es justificable la ejecución de actuaciones no ajustadas a un proyecto aprobado.

[...]

Por ello, resulta sorprendente que la concesionaria ejecutara actuaciones por su cuenta y riesgo que modificaban los proyectos, ¿quién hubiera sido el responsable en caso de un accidente en un desvío provisional realizado sin seguir el proyecto de construcción aprobado?»

La pretensión de ACESA de que se le reconozca inversiones que no se han ajustado a lo legalmente establecido, por su propia negligencia, al no presentar los correspondientes proyectos modificados para su supervisión y aprobación por la Administración, no es posible por tres razones: la primera y fundamental, **porque sería ilegal**; la segunda, **porque no es posible comprobar la veracidad, dimensiones y valor de dicha inversión**; y tercera, **porque se estaría transmitiendo el mensaje pernicioso de que da lo mismo cumplir o no la ley y los convenios firmados**. Y, porque el resultado sería que se estaría produciendo un **enriquecimiento sin causa**.

3.1.8 La responsabilidad de solicitar y redactar los proyectos modificados es de ACESA.

Ha quedado demostrado que la dirección de las obras es responsabilidad de ACESA y que por tanto a ella únicamente correspondía las acciones de solicitar la autorización de un proyecto modificado y, caso de ser autorizado, redactar el proyecto y someterlo a aprobación de la Administración.

3.1.9 La no mayor inversión recogida en las aprobaciones de proyecto no puede ser reconocida al formar parte del riesgo u obligación del contrato de concesión de ACESA.

En las aprobaciones de los proyectos realizadas por la Dirección General de Carreteras, en algunas ocasiones se explicitaba claramente que algunas de las actuaciones recogidas podían ser ejecutadas por ACESA, si era esa su voluntad, pero que en ningún caso podrían ser reconocidas por la Administración a efectos de considerar su coste como parte de la inversión del convenio. Eso es lo que se denomina «no mayor inversión.»

Ha quedado demostrado que las causas por las que dichos importes no fueron reconocidos son las siguientes, según figura en el dictamen de la S. G. Construcción (pág. 3 a 6) y así fue ratificado en la Sala por Dña. CAB¹⁹:

— Porque las modificaciones se introducían para **corregir errores u omisiones** cometidos por el concesionario al redactar los proyectos de construcción.

¹⁸ Día 25 de enero de 2023 02:08:21 a 02:09:28, 02:09:47 a 02:10:34 y 02:12:03 a 02:14:15.

¹⁹ Día 25 de enero de 2023 00:09:15 a 00:21:08.

Se recuerda que el «riesgo de construcción» corresponde a la concesionaria y reconocer los sobrecostes que representan los errores de proyecto supondría **trasladar a la Administración concedente las consecuencias del incumplimiento por el concesionario de su obligación de redactar correctamente los proyectos de obra.**

- Por tratarse de actuaciones de conservación/y explotación de la autopista.

Se recuerda que, de acuerdo con el contrato concesional de ACESA, dichas actuaciones son de su exclusiva competencia y no puede trasladarle dicha obligación a la Administración

- Por tratarse de mejoras respecto a las soluciones previstas en el proyecto aprobado.

Se recuerda que, en base a los criterios de eficiencia en el gasto público, deben adoptarse las soluciones más económicas entre las iguales desde un punto de vista técnico. Por tanto, si ACESA quería llevar a cabo una solución similar, pero más costosa, no se le impedía hacerlo, pero se le indicaba que tendría que realizarla a su costa.

De nuevo el recurrente, en este caso, en conclusiones, utiliza los conceptos según le interesa u omite todos los hechos y elementos de juicio que contradicen la tesis planteada en su demanda y reiterada en sus conclusiones.

Así, en lo referente a las autorizaciones de los proyectos modificados, con el objetivo de desvirtuar lo manifestado por los peritos de la Administración y justificar que se le reconozca la «no mayor inversión» que se eliminó de los proyectos modificados y que asciende a 5.262.951,63 euros, ACESA indica «[...] *la práctica totalidad de las autorizaciones de redacción de los proyectos modificados también se otorgó con posterioridad a la fecha de puesta en servicio de las obras.*» Y adjunta un listado con las obras, las fechas de puesta en servicio de las mismas y las fechas de autorización del proyecto modificado correspondiente.

En primer lugar, hay que indicar que las fechas que figuran como de Puesta en servicio de las obras lo son realmente de «Puesta en servicio **provisional**» de las obras, que son autorizaciones que la Administración le concedió a ACESA al objeto de facilitar la apertura de algunos tramos de autopista ampliada de modo que se favoreciese la explotación. Eso no quiere decir que las obras estuviesen terminadas totalmente, pues faltaba perfeccionarlas.

Se indica también un dato que ACESA ha ocultado y es que la «Puesta en servicio **definitiva**» no se produce hasta el 25 de marzo de 2021 tras la solicitud de ACESA del acta de comprobación de las obras —a quien corresponde solicitarlo— de fecha 30 de mayo de 2019, el levantamiento de dicha acta el 10 de diciembre de 2020 y su posterior solicitud por ACESA el 22 de febrero de 2021, tras levantarse éstas, de la puesta en servicio definitiva. Se realiza la excepción, tampoco indicada por ACESA, de que una de estas obras —que figura en el listado— no pudo ser puesta en servicio definitivamente en dicha fecha por estar pendiente todavía de solventar deficiencias de obra (98-GI-9906. C), y que se ha puesto en servicio definitivamente el 13 de diciembre de 2022 tras levantarse acta de comprobación de las obras el 31 de octubre de 2022.

Pero aún hay más. ACESA conoce perfectamente la fecha en la que **solicitó** la autorización de los proyectos modificados —competencia suya, en su calidad de Dirección de obras— y sin embargo lo ha ocultado también. De las 24 obras que se incluyen en la tabla, en 7 de ellas **la solicitud realizada por ACESA fue posterior a la fecha de Puesta en Servicio Provisional de las obras**, —en algunos casos de hasta 3 años y medio de retraso— y en los otros 17 casos la solicitud **fue anterior pero solo por algún mes y en**

muchos casos tan solo por una semana. La documentación que refleja estos aspectos está recogida como anejos en el dictamen de la S. G. Construcción.

Por tanto, queda patente que la responsabilidad de que dichas autorizaciones no se diesen en plazo, en todo caso, y frente a la manipulación y tergiversación habituales en la demanda, es únicamente de ACESA.

Adicionalmente, el 28 de octubre de 2011 ACESA interpuso recursos de alzada frente a las autorizaciones de redacción de los 12 proyectos modificados que se habían realizado en el mes de septiembre anterior. Dichos recursos fueron desestimados por la Secretaría General de Infraestructuras el 23 de marzo de 2012. Esta cuestión es analizada en el informe pericial de ALAUDA (pág. 43 a 45) y ratificada en la Sala por el perito D. MVR²⁰:

«[...] ACESA recurrió en tiempo y forma las autorizaciones, su recurso fue desestimado en alzada y desistió de acudir a la vía contencioso-administrativa. Por tanto, no tiene sentido que ahora recurra extemporáneamente lo que antes, cuando era el momento procesal oportuno y pudo hacerlo, no hizo.»

Por tanto, ACESA, al no seguir recurriendo por el procedimiento legalmente establecido, asumió que la decisión de la Administración era correcta. No se entiende que ahora reclame nuevamente estos conceptos contra su propio consentimiento.

Además, una vez que se han resuelto las primeras autorizaciones, ACESA podía saber qué conceptos no iban a ser admitidos en el resto de actuaciones como «no mayor inversión»: errores de proyecto; actuaciones de conservación y explotación; y mejoras no necesarias.

Por tanto, ha quedado demostrado que el importe establecido como «no mayor inversión» en las aprobaciones de los proyectos modificados no puede ser reconocido como inversión en el Saldo de Compensación de Liquidación.

3.1.10 La inversión en AVOs no reconocida no se ejecutó de acuerdo con lo establecido en el convenio y en la legislación vigente y no puede ser comprobada.

Ha quedado demostrado que estas supuestas inversiones —Autorizaciones de Variación de Obras— que reclama ACESA no están recogidas en ningún proyecto constructivo. Por tanto, **no es posible contrastar la realidad de las mismas.**

El argumento que utiliza la demanda sobre que dichas obras fueron ejecutadas «con el conocimiento y consentimiento de la Administración concedente», no es cierto. El procedimiento administrativo que regula las relaciones contractuales entre la Concesionaria y la Administración, que fue perfectamente clarificado en la ratificación en Sala por Dña. CAB²¹, es claro.

ACESA era perfectamente conocedora del mismo, y conscientemente, no lo siguió. Así, queda recogido dicho conocimiento del procedimiento en el dictamen pericial de ALAUDA (pág. 43 a 45), ya que en la propia exposición de argumentos que la Concesionaria realiza en los recursos de alzada contra las autorizaciones de los proyectos modificados, quedan muy claras sus obligaciones:

«Resulta muy instructivo leer los referidos recursos de alzada. En ellos ACESA expone muy claramente los argumentos que serán utilizados en el apartado 12 para informar

²⁰ Día 25 de enero de 2023 02:20:56 a 02:23:53.

²¹ Día 25 de enero de 2023 00:03:54 a 00:07:20, 00:07:44 a 00:08:20 y 00:32:58 a 00:32:54.

desfavorablemente el abono de actuaciones para las que no se solicitó autorización ni fueron licitadas conforme se preveía en el convenio.

1. Queda patente en el recurso que ACESA sabía, como no podía ser de otra manera, que tanto el convenio como la legislación de autopistas le obligaba a solicitar autorización para llevar a cabo las modificaciones. Así se puede leer en los antecedentes de hecho:

«Primera. Sobre la petición de autorización del proyecto modificado n° 1 en relación al proyecto de construcción de “remodelación del enlace e implantación de estación de peaje en sistema cerrado en el enlace de Vila-Seca autopista AP-7 La Junguera-Salou”, clave 98-t- 9913:

ACESA presentó en fecha 17 de marzo de 2011 petición de autorización para la redacción del proyecto Modificado n° 1 respecto al Proyecto de clave 98-T-9913 ante la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, de acuerdo a las previsiones contenidas en la Ley, en el Decreto 215/1973, en el Convenio firmado entre la Administración General del Estado y ACESA —aprobado por Real Decreto 457/2006, de 7 de abril (en adelante Convenio AP-7)—, así como conforme a los pliegos de bases, cláusulas técnicas, particulares y generales que rigen la contratación de la obra de referencia y que, precisamente, fueron aprobados por el propio Ministerio de Fomento, en los términos establecidos en la cláusula Cuarta del Convenio AP-7.»

2. En el primero de los fundamentos de derecho tras recordar las cláusulas 64 Presentación y aprobación de proyectos, 65 Modificaciones de las obras y 68 Licitación de las obras del P. C. G. se extraen las siguientes conclusiones (que se transcriben literalmente):

«1. Que el concesionario es el encargado de presentar, para la aprobación al Ministerio de Fomento el proyecto constructivo de la obra que debe cumplir con los requisitos exigidos por la normativa de contratos del Estado. Posteriormente la Administración aprueba formalmente dicho proyecto, con lo que éste pasa a tener carácter oficial y vinculante para la concesionaria y el propio Ministerio. Queremos significar, por tanto, que los presupuestos incorporados en los proyectos aprobados, en virtud de dicha aprobación pasan a vincular no solo a la concesionaria sino también a la propia Administración, cuando ésta lleve a cabo su función fiscalizadora.

[...]»

Por ello, las constantes alusiones del perito de la parte recurrente D. SVF sobre que el Ingeniero Inspector de Construcción «autorizó» las obras, no son en el mejor de los casos, más que una prueba de **su desconocimiento absoluto del sistema contractual de concesiones y de la legislación vigente**.

De hecho, este tema está perfectamente abordado en el dictamen pericial de la S. G. Construcción (pág. 14) y en la ratificación en la Sala de Dña. CAB²²:

«En relación con la **actuación del Ingeniero Inspector de Construcción**, es de destacar que sus funciones están tasadas en la Orden Circular 3/2001 (de la Dirección General de Carreteras) “Instrucción de los trabajos relativos a expropiaciones y obras de autopistas y carreteras en régimen de concesión”⁹. **Entre sus funciones, no se encuentra la de**

²² Día 25 de enero de 2023 00:32:55 a 00:34:44.

“autorizar la redacción de las correspondientes modificaciones de los proyectos”, ni tampoco la de “aprobación” de esas modificaciones de los proyectos. [...]»

Por otra parte, en los documentos que existen sobre el tema, ni tan siquiera coinciden las cifras de la inversión realizada, por lo que no puede conocerse realmente la supuesta inversión realizada.

Así, por ejemplo, en el acta de comprobación de obras (27-7-2009), primer documento en el que se mencionan, **no se indica el importe** de dicho AVO, y apenas se describe, al que hace referencia como «modificaciones» (anexo II, con 4 páginas de texto) y «obras provisionales» (anexo III, con 5 páginas de texto y 9 planos). Cabe destacar que, frente a lo que es habitual en estos procedimientos, dicho acta de comprobación no fue aprobada por el Director General de Carreteras, como figura en el dictamen de la S. G. Construcción y ratificado en la Sala por Dña. CAB²³.

Posteriormente el Ingeniero Inspector de construcción remite a la Dirección General de Carreteras un informe elaborado por la concesionaria «Informe complementario acta apertura tráfico» (30-9-2009), en el que se incluyen dos anejos:

— Anexo II «Modificaciones de proyecto», en el que se indica que se han realizado obras adicionales para «adaptar el proyecto constructivo a la realidad física de la obra» o «para reforzar las medidas de seguridad de la ejecución de la obra y del tráfico». Incluye 7 páginas con una somera descripción y unas cantidades que totalizan: 15.146.751,03 euros

— Anexo III «Obras provisionales», en el que indica que se han realizado unas obras provisionales «para afrontar las mayores intensidades de tráfico asociadas a la nueva configuración con tres carriles y mientras no estén definitivamente acabadas las obras de implantación de un sistema de peaje cerrado entre Martorell y Vila-Seca/Salou» e indica que se han instalado unas nuevas estaciones de peaje, con sus carriles para el paso de vehículos. Incluye 4 páginas con una somera descripción y unas cantidades que totalizan: 19.503.301,85

Cabe realizar las siguientes consideraciones:

— El importe del AVO recogido en dicho documento asciende a 34.650.052,88 euros, cantidad que discrepa de la solicitada actualmente por ACESA de 32.935.342,59 euros. En ningún lugar de la demanda se explica el porqué de dicha diferencia. Además, no es posible determinar qué cantidad es la correcta pues no existe ningún proyecto modificado que recoja dichas actuaciones. Esta situación conduce a una falta de credibilidad de la reclamación realizada ya que, si tuviese rigor y veracidad, las cifras estarían claras.

— Los conceptos enumerados no corresponderían, en todo caso, a las causas de un proyecto modificado —«de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse los proyectos»— sino que se enmarcarían en «errores de proyecto» y formarían parte, en todo caso del «riesgo de construcción» («adaptar el proyecto constructivo a la realidad física de la obra», lo que lleva a la conclusión de que el proyecto no estaba bien redactado), o actuaciones de explotación que corresponden a la concesionaria de acuerdo con su contrato concesional «de asegurar la prestación del servicio en condiciones de absoluta normalidad y de forma ininterrumpida» («para

²³ Día 25 de enero de 2023 00:43:40 a 00:45:44.

reforzar las medidas de seguridad de la ejecución de la obra y del tráfico» o «para afrontar las mayores intensidades de tráfico...»).

Estos documentos son denominados en la demanda como «detallado y pormenorizado análisis de los costes». Pero en realidad, en el acta de comprobación de obras la única valoración que se incluye es la oficialmente aprobada, —la del proyecto de construcción aprobado—, y la supuesta valoración «detallada y pormenorizada» de estas obras adicionales se recogen en un informe realizado por ACESA que se reduce a unas escasas páginas en las que se limitan a enumerar actuaciones y a asociarles unos importes, sin justificación alguna, y en los que se indica la participación de contratistas diferentes al adjudicatario —nueva irregularidad— para solicitar nada menos que un importe de más de 34 millones de euros (32 millones de euros ahora, según la demanda). Cuando lo que se requería era la realización de un proyecto modificado que pudiera ser fiscalizado y, en su caso, aprobado por la Administración. Estos aspectos son analizados en el dictamen de la S. G. Construcción y fueron ratificados en la Sala por Dña. CAB y D JM TL²⁴.

Merece la pena recordar que el importe de las obras sobre las que se realizó este Avo es de 48.989.409,50 euros. Por lo que el incremento que representaría respecto a las mismas sería de un 67,23 %, lo que está muy lejos de la media de los proyectos modificados solicitados por ACESA y aprobados por la Dirección General de Carreteras en el ámbito de este Convenio (el 9 %).

Pero, además, tal petición raya en el fraude de ley: Una modificación con un incremento del 67,23 % no habría podido aprobarse sin someter el proyecto modificado a una serie de controles administrativos esenciales que ahora, por esta vía, quedarían eludidos.

ACESA indica en su demanda que el Avo, por importe de 32.935.342,59 euros debe ser incluido en el Saldo de Compensación del convenio ya que «lo contrario implicaría un enriquecimiento injusto de la Administración.»

En todo caso, ha quedado demostrado que el enriquecimiento injusto sería de ACESA por muchos motivos:

— Se trataría de inversiones que correspondería asumir a ACESA, como ya se ha indicado, por formar parte del «riesgo de construcción» o de sus obligaciones contractuales de explotación de la autopista **asegurando la prestación del servicio en condiciones de absoluta normalidad y de forma ininterrumpida,**

— Además, **ni tan siquiera es posible verificar la veracidad de dichas obras y de su valoración, al haber privado a la Administración de realizar un análisis técnico y económico de tales actuaciones,** para autorizarlas o no, en todo o en parte, antes de que se ejecuten.

ACESA incluye en sus conclusiones el hecho de que se ha dictado la Sentencia 897/2022 en un recurso interpuesto por IBERPISTAS (del mismo grupo ABERTIS) sobre el Saldo de Compensación de las obras realizadas en virtud del RD 1467/2008.

Cabe destacar que la citada sentencia resuelve un caso diferente al planteado en este recurso en una materia esencialmente casuística como bien recuerda la jurisprudencia. Además, como ya conoce esa Sección y Sala, esta Abogacía discrepa de dicha sentencia no firme y ha interpuesto recurso de nulidad de actuaciones frente a la misma.

²⁴ Día 25 de enero de 2023 00:51:40 a 00:55:41.

En todo caso, estaríamos ante realidades diferentes, ya que en aquel caso existirían proyectos constructivos e informes detallados y, en definitiva, se podía comprobar la realidad de las obras, lo que no es el caso actual.

3.1.11 Las «otras inversiones» no pueden ser reconocidas por tratarse de duplicaciones de costes, o por ser riesgo de ACESA, o por no tener justificación que las soporte.

Comienza la parte recurrente en sus conclusiones, refiriéndose a las «otras inversiones»:

«Este bloque agrupa toda una serie de gastos en los que incurrió la Concesionaria por motivo del Convenio que, de nuevo, no han sido abonadas por la Administración Demandada. Entre estos gastos se incluyen:

(i) Anuncios en el BOE y DOCE

[...]

(ix) 15 cultural

La tesis de la parte recurrente carece de fundamento legal porque:

— el importe correspondiente a los Anuncios en el BOE y DOCE (201.820,08 euros) ha sido incluido en el Saldo de Compensación, al que se ha aplicado la capitalización correspondiente, y se le ha abonado a ACESA

— **la inversión correspondiente al 1 % cultural (soportada por proyectos aprobados) ha sido incluida en el saldo de Compensación**, con su capitalización correspondiente, y **se le ha abonado a ACESA**. Es decir, se ha incluido una inversión de 4.216.240,98 euros. El único importe que no se ha abonado es de 41.994,32 euros, que corresponde a «obras adicionales» no aprobadas, y al que nos referiremos más adelante.

Ha quedado demostrado que la reclamación presentada por ACESA bajo el epígrafe de «otras inversiones» corresponde a diversos conceptos que no pueden ser reconocidos por haber sido ya considerados —lo que daría lugar a su duplicidad— o porque no corresponden a actuaciones del convenio.

Así, se pueden clasificar en:

— Seguros, vehículos, vigilancia, mobiliario y enseres, gastos auxiliares, entre otros similares: Se trata de elementos que forman parte de alguno de los conceptos ya considerados (estudios y proyectos, control y vigilancia); o bien ya han sido incluidos en la formación de los «precios» —como costes indirectos— que, conforme a la normativa aplicable, se incluyen en los proyectos aprobados.

Por tanto, no procede incluir esos conceptos en el saldo de compensación de liquidación, pues se estarían duplicando tales costes, al haber sido ya considerados en los presupuestos de los proyectos o de los servicios para la ejecución de las actuaciones, como la redacción de estudios y proyectos o la dirección y el control y vigilancia de las obras.

Esta cuestión fue analizada en el dictamen pericial de ALAUDA, donde se muestran varios ejemplos muy ilustrativos del sinsentido de la reclamación de ACESA, y ratificado en la Sala por D. MVR²⁵.

²⁵ Día 25 de enero de 2023 02:32:30 a 02:38:53.

En la ratificación en la Sala, el perito SVFA intentó justificar alguno de estos aspectos, como el importe de 3.185.076,87 euros en concepto de seguros. Indicó que los seguros, que forman parte de los gastos generales de los presupuestos de las obras, en esta ocasión fueron contratados directamente por ACESA y que, por tanto, fueron retirados de la licitación de las obras para que éstas fueran más económicas. Sorprende tal afirmación que, caso de ser cierta, debería estar justificada documentalmente con los documentos de la licitación pública que demostrasen que dicho concepto no formaba parte del concurso, justificación que no se ha producido. Por tanto, en caso de reconocerse dicho importe, se estaría pagando dos veces por el mismo concepto.

— «Obras complementarias»: Corresponden a actuaciones de conservación y mejora de la explotación que se realizan en el ámbito espacial y temporal de las actuaciones del convenio, pero que no forman parte de las inversiones incluidas en el mismo.

Al tratarse de actuaciones de conservación y explotación (mejora de la seguridad vial o seguridad durante las obras), corresponde a ACESA, como concesionaria, ejecutarlas a su costa; todo ello conforme a la normativa vigente, en base a las obligaciones del contrato concesional.

Sorprende la explicación dada por la demanda y el dictamen pericial de Agnio en el que se indica que varias de estas actuaciones estaban incluidas en los proyectos aprobados por la Administración, pero que fueron ejecutadas por otros contratistas. En ese caso se estaría ante un doble incumplimiento legal: la ejecución de las obras sin licitación, es decir sin cumplir con los principios de publicidad y libre concurrencia —como indica el convenio y la legislación vigente—; y la pretensión de cobrar dos veces por el mismo objeto, ya que la inversión de los proyectos aprobados ya ha sido incluida en el Saldo de Compensación y no ha sido minorada en aquellos importes.

Dichas actuaciones son igualmente analizadas en el dictamen pericial de ALAUDA, poniendo de manifiesto ejemplos concretos que demuestran el carácter de las mismas —de conservación y explotación de la autopista principalmente o que responden en algún caso a solicitudes de Administraciones distintas al Estado—, y su ejecución por contratistas ajenos a las obras del convenio, y que fue ratificado en la Sala por D. MVR²⁶.

— «Resto de Inversión» (3.177.398,36 euros): Sobre este aspecto, durante el proceso de cálculo del Saldo de Compensación, la sociedad concesionaria no explicó a qué se había destinado, ni presentó ninguna justificación documental, en todas las comunicaciones y requerimientos realizados con anterioridad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba el saldo de compensación de liquidación de 18 de febrero y por tanto no fue reconocida como Inversión.

Sorprendentemente, ACESA indica ahora (en la demanda) que se trata de los «intereses intercalarios», aunque nuevamente no aporta ninguna justificación documental, como se ha comprobado mediante el análisis realizado en el dictamen pericial de ALAUDA, y ratificado en la Sala por D. MVR²⁷.

Simplemente por este hecho (no estar justificado) no debería reconocerse la Inversión. Pero, además, a nivel conceptual, tampoco procede reconocer tales intereses,

²⁶ Día 25 de enero de 2023 02:38:56 a 02:41:48.

²⁷ 25 de enero de 2023 02:41:49 a 02:42:15.

pues se estaría duplicando su pago (el coste financiero ya está retribuido vía la tasa de capitalización del 6,5% recogida en el Convenio).

La tasa de capitalización del 6,5% que figura en el Convenio, y que fue acordada libremente por ambas partes, tiene el sentido económico-financiero de compensar a la concesionaria, entre otros, de aquellos costes financieros en que hubiera incurrido en la realización de las obras. Dicha tasa, según figura en la propia Memoria del Convenio, se ha fijado como el Coste de Capital Medio Ponderado de todos los recursos de la sociedad (fondos propios más deuda) utilizados para la realización de las obras, según la formulación WACC por sus siglas en inglés (*Weighted Average Cost of Capital*).

Es decir, la propia tasa que se acordó por ambas partes (ACESA y Administración) como factor de capitalización para llegar al reequilibrio de la concesión, y para que, por tanto, ACESA, no se viera perjudicada en ningún momento por la realización de las obras del Convenio; ya recoge intrínsecamente —por la propia definición de la tasa— la retribución a los recursos financieros (tanto propios como ajenos) que la Concesionaria pudiera utilizar para la financiación de las citadas obras.

Dicha tasa de capitalización se aplica a las obras ejecutadas, sin esperar a que éstas finalicen y sean puestas en servicio. Por ello, los costes financieros están cubiertos en la totalidad del período del Convenio. Al plantear ahora la existencia de unos intereses en el periodo de construcción hasta la puesta en servicio de la ampliación de carriles, ACESA pretende, nuevamente, ser compensada dos veces por un único coste.

— Actuaciones del «1% cultural»: La inversión que se reconoce por este concepto a ACESA en el saldo de Compensación —y que ya ha sido abonada, junto a su capitalización— es la realizada de acuerdo con los proyectos aprobados por la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales. No procede reconocer como mayor inversión las denominadas «obras adicionales» —en realidad, obras no aprobadas— por importe de 41.994,32 euros.

Llama la atención el hecho de que en este apartado no se haga mención a la Sentencia 897/2022 en el recurso interpuesto por IBERPISTAS, salvo en un aspecto —el de los intereses intercalares— al que nos referiremos después.

No obstante, la explicación es muy sencilla: **dicha sentencia indica que no procede el reconocimiento de los importes solicitados por la concesionaria en idénticos conceptos a los aquí reclamados, razón por la que la parte recurrente se ha olvidado de citarla en este caso.**

Por último, nos referiremos a la afirmación que realiza la demanda en sus conclusiones sobre los intereses intercalarios: «... Cabe mencionar, además, que la procedencia de incluir este concepto en la liquidación del saldo de compensación fue reconocida por esta Sala en la Sentencia de Iberpistas.»

No es cierto que la referida sentencia haya reconocido dicho concepto, dado que los intereses intercalarios no fueron objeto de reclamación por Iberpistas en el recurso. En el caso del RD 1467/2008 las inversiones se capitalizan, al igual en el caso que nos ocupa, con una tasa de capitalización del 6,5%. Por esta razón, Iberpistas no realizó ninguna reclamación en ese sentido y la sentencia no se pronuncia sobre tal cuestión.

De esta forma se demuestra que la «sobrevvenida» justificación del importe del «resto de inversión» como intereses intercalarios es un puro artificio del recurrente.

Máxime cuando los «supuestos intereses» no llegan a cubrir todo el periodo de obras, sino que se «terminan» en el momento en que se alcanza la citada cantidad reclamada como «resto de inversión» y para la que no existía justificación alguna.

Como ejemplo adicional, se indica que inicialmente la cantidad reclamada como «resto de inversión» era aún mayor, si bien, en un segundo escrito enviado por ACESA, se incrementó la parte correspondiente a la inversión de «obras complementarias» y se disminuyó la primera. Es llamativa, como se ha indicado con anterioridad, la falta de rigor en las cifras y conceptos, lo que resta, inevitablemente, credibilidad a la demanda.

C. Sobre la falta de impacto en el tráfico del desdoblamiento y su consecuencia con arreglo al convenio.

3.1.12 Los desdoblamientos se limitaron a 31,1 km, su puesta en servicio fue escalonada y su conexión con la autopista es compleja.

Ha quedado demostrado que los desdoblamientos de las carreteras N-II y N-340 en el ámbito de la autopista AP-7 fueron de solo 31,1 km.

Dichos desdoblamientos se realizaron en los entornos urbanos de Tarragona y Girona, «paralelos» a tramos en los que la autopista de peaje era gratuita para movimientos internos, como puede observarse en la imagen siguiente.



Existen dos elementos clave para determinar el posible impacto de los desdoblamientos sobre el tráfico de la AP-7, que son:

- La **fecha en la que se pusieron en servicio** para los usuarios
- La **forma de conexión con la autopista** (por donde podría realizarse el hipotético trasvase de tráfico entre ambas vías)

Se muestra a continuación un esquema de los desdoblamientos en el entorno de Tarragona, que fueron explicados por el perito D. LSGD²⁸ en la Sala. Se dibujan en verde los desdoblamientos realizados y mediante un círculo rojo los enlaces con la autopista. Los tramos duplicados son:

- Cambrils-Variante de Vilaseca, abierto al tráfico en marzo de 2008 y del que apenas el último kilómetro afecta a la concesión de ACESA
- y Segundo Cinturón de Tarragona, abierto al tráfico en febrero de 2009.

Obsérvese que el Cinturón de Tarragona no conecta directamente con la autopista, sino que para hacerlo es necesario circular por un tramo de 5 km de carretera convencional (con un carril por sentido de circulación) lo que dificulta y penaliza mucho su conexión.



²⁸ Día 26 de enero de 2023 00:13:34 a 00:15:30.

Del mismo modo, se muestra a continuación una imagen con los tramos duplicados en el entorno de Girona, que fue igualmente explicada por el perito D. LGSM en la Sala²⁹. En este caso los tramos duplicados son:

- Medinyá-Orríols, abierto al tráfico en julio de 2019.
- Aeropuerto-Fornells de la Selva, abierto al tráfico en diciembre de 2007.
- Caldes de Malavella-Aeropuerto, abierto al tráfico en diciembre de 2007.
- Sils-Caldes de Malavella, abierto al tráfico en diciembre de 2014.
- Maçanet de la Selva-Sils, abierto al tráfico en noviembre de 2018.

Estos tramos constituyen los desdoblamientos al norte y al sur de la Circunvalación de Girona. En la ciudad de Girona se decidió no duplicar la carretera N-II, sino que se utilizó la Circunvalación de Girona de la autopista AP-7 ampliándola hasta 4 carriles por sentido (mediante el convenio) y dejándola libre de peaje para movimientos internos.

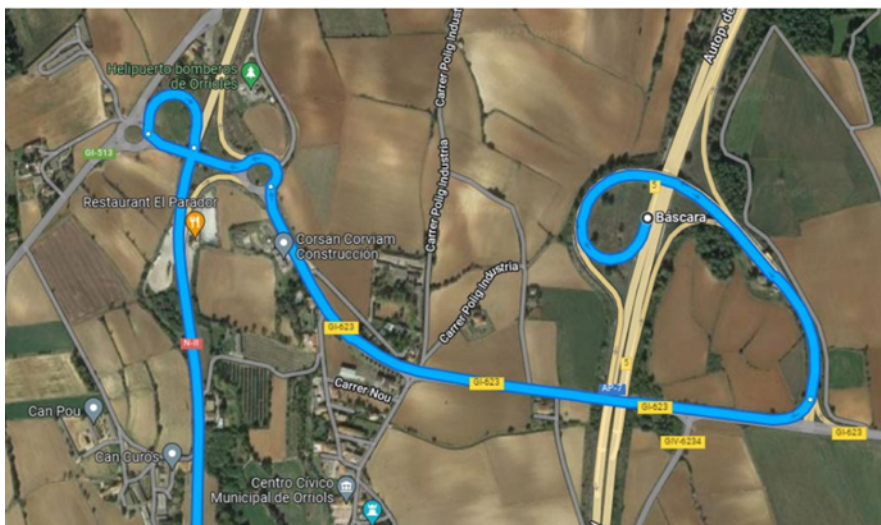
Obsérvese que la conexión de la autopista con el tramo duplicado en Fornells de la Selva no se construye hasta 2013 (es una de las inversiones del convenio), por lo que los tramos desdoblados en 2007 entre Fornells y el Aeropuerto no pudieron conectar con la AP-7 hasta esa fecha, seis años después.



Obsérvese también que, en este caso, no existen enlaces directos entre la autopista AP-7 y los tramos desdoblados, ya que los enlaces de Orríols y Vidreres no permiten la conexión directa entre ambas vías, requiriendo la utilización de otra carretera intermedia para conectar (con intersecciones al mismo nivel y necesidad de cedas el

²⁹ Día 26 de enero de 2023 00:10:50 a 00:13:31.

paso o stops). Se muestra, como ejemplo, el recorrido a realizar en una de las conexiones, la correspondiente a Orriols, del dictamen pericial de TRN-TARYET (pág. 9).



3.1.13 La afección al tráfico de la AP-7 por las duplicaciones de calzada realizadas por el Ministerio de Fomento, fue beneficiosa para ACESA.

También se ha demostrado que, en todo caso, la única afección al tráfico de la AP-7 por los desdoblamientos construidos entre Fornells de la Selva y Maçanet de la Selva, benefició a ACESA, al hacer libre de peaje para movimientos internos el tramo de autopista que se hizo común con la A-2.

Tal y como se explica en el dictamen de la S. G. de Explotación (página 36), los tramos duplicados por la Dirección General de Carreteras:

«Proporcionaban un acceso libre de peaje y de gran capacidad a la ciudad de Girona y al aeropuerto y daban la posibilidad a los residentes de las poblaciones más próximas a Girona (Piudellots de la Selva, Campilong, Sant Andreu Salou, Caldes de Malavella, Vidrieres, etc.) de utilizar la AP-7, a modo de circunvalación gratuita.

Estos tramos duplicados también favorecían (y lo siguen haciendo) los desplazamientos hacia o desde la costa de los tráficos locales a través de sus conexiones con las carreteras C-35 y C-25 y proporcionaba itinerarios con origen/destino Girona con mejores niveles de servicio que los de las carreteras autonómicas C-63 y C-65, y que los viales de la red local que conectan las diferentes poblaciones; tanto para la penetración a Girona como para su circunvalación por el tramo libre de AP-7.

Aparte de no entrar en conflicto con el tráfico de largo recorrido de la AP-7, estas duplicaciones favorecían a la concesión de ACESA, en tanto en cuanto el tráfico local que utilizaba el tramo libre de la AP-7 (común a la A-2), a modo de circunvalación de la ciudad (sin los problemas de congestión de los itinerarios urbanos) con una buena accesibilidad hacia Girona (a través de los enlaces con la C-65 y con la GI-531) dejándole a cambio las correspondientes bonificaciones por parte del Estado.»

La demanda alegó que, en el entorno de Girona, los usuarios de la autopista que circulaban hacia al norte podían salir en el enlace de la AP-7 con la C-35 para incorporarse al tramo duplicado de A-2 entre Maçanet de la Selva y Girona, ahorrándose 15 km de peaje circulando en paralelo por el itinerario libre; y lo mismo en sentido inverso.

Conviene recordar, que ese es el único punto de todo el corredor en el que algún usuario de la autopista podía salirse de la misma para ahorrarse algún tipo de peaje, pues en el resto de los casos coexistían los desdoblamientos con tramos de autopista libre de peaje para movimientos internos.

Tanto en el informe de la S. G. Explotación (página 35) como en la comparecencia de D. LSGM³⁰ se explica que tal circunstancia no tiene ningún sentido por diversos motivos relacionados con la disposición de un usuario de la autopista a pagar por circular en unas condiciones de seguridad, comodidad y tiempos de recorrido. Máxime cuando el ahorro económico del peaje era de menos de 1 euro.

No obstante, lo esencial de esta cuestión no es si algunos usuarios de la autopista salían de ella para evitar pagar 15 km de peaje antes de volver a la autopista, sino valorar si los desdoblamientos realizados por la Dirección General de Carreteras en esa zona perjudicaron o beneficiaron a ACESA.

En esencia es lo mismo que podría alegar ACESA en relación con cualquiera de los enlaces construidos por ella misma como parte del Convenio. En estos casos, ACESA podría alegar que, dado que por un determinado ramal de un enlace salen 1.000 vehículos al día, se ve perjudicada por su construcción. Sin embargo, en ese mismo ejemplo, si por los otros tres ramales de los que consta el enlace entran 5.000 vehículos al día, ACESA se vería beneficiada por la construcción de ese enlace con un incremento de tráfico neto en su concesión de 4.000 vehículos al día.

Es decir, es el balance neto de incrementos y decrementos de tráfico en los tramos desdoblados lo que determina si hay beneficio o perjuicio para ACESA, y en este caso lo que hubo fue, en todo caso, beneficio.

En el caso de los tramos desdoblados en el entorno de Girona, y en base a la teoría sin fundamento técnico alguno en que se basa el estudio pericial de CIMA, la demanda cifraba la afección al tráfico de la AP-7 de esos 15 km desdoblados en un 3% del tráfico que tenía la autopista antes de la apertura al tráfico de los mismos, a consecuencia de los usuarios que salían de ella para evitar pagar el peaje.

En la ratificación en la Sala de su dictamen pericial, D. LSGD³¹ explicó los motivos por los que las hipótesis en que se basa el estudio pericial de CIMA eran erróneas. Y, precisamente, demostró cómo varió —lo que la demanda define como— la «captación» en el tramo común de AP-7/A-2—, que se incrementó en un 18% entre 2008 y 2019 como consecuencia del trasvase de tráfico que se produjo desde la N-2 y la N-2A hacia la circunvalación norte de Girona en el momento de abrir el tramo común: es decir, hacia la autopista.

Es decir, que incluso en el falso e hipotético caso de que un 3% de los vehículos que circulaban por la autopista de peaje antes de la apertura de los desdoblamientos, la abandonara para evitar pagar el peaje tras la puesta en servicio de dichos desdoblamientos, el tráfico se incrementó un 18% en el tramo inmediatamente al

³⁰ Día 26 de enero de 2023 00:20:26 a 00:28:33.

³¹ Día 26 de enero de 2023 01:01:25 a 01:07:24.

norte de los desdoblamientos por la apertura del tramo común, resultando que, en el entorno de Girona, el tráfico en la concesión de ACESA se vio incrementado, al menos, en un 15 % (18 % - 3 %) tras los desdoblamientos realizados por la Dirección General de Carreteras.

Se indica «al menos» porque la cifra es orientativa. En primer lugar, porque ese 3 % en que ACESA cifra la afección al tráfico en los tramos desdoblados al sur de Girona es totalmente falso y exagerado. Y, en segundo lugar, porque la concesión de ACESA también se vio beneficiada por los usuarios que iban al aeropuerto aprovechando ese tramo común y por los residentes que desde el sur (por los tramos desdoblados) o desde el norte de Girona querían circunvalar la ciudad y lo hacían por el itinerario con mejor nivel de servicio: la autopista —que era libre de peaje para el usuario, pero por la que ACESA sí recibía la correspondiente compensación, en base a los Acuerdos con el Estado—.

Ha quedado por tanto demostrado que, en todo caso, **la afección al tráfico de la AP-7 por los desdoblamientos realizados por la Dirección General de Carreteras, fue en beneficio de ACESA.**

3.1.14 La caída de tráfico en la autopista AP-7 se circunscribe a los periodos de crisis.

Ha quedado demostrado que el tráfico ha mantenido una tendencia de crecimiento, más o menos moderado, salvo en los periodos de crisis, bien sea económica, bien sea por las restricciones motivadas por la pandemia del COVID-19.

Así puede verse en los registros que se publican anualmente en el informe de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje. En el caso de la autopista AP-7, **los únicos periodos en que se han producido descensos del tráfico coinciden con los años de la crisis del petróleo, en la década de los 70, la crisis de la primera mitad de la década de los 90, la gran crisis económica de los años 2008-2013 y, más recientemente, la crisis motivada por el COVID en 2020.**

Por tanto, nada tienen que ver la construcción de pequeños tramos de carreteras desdobladas paralelas en dichos descensos de tráfico. Así se demuestra en el dictamen pericial de la S. G. Explotación, que fue ratificado en la Sala por D. LSGD³², así como en el dictamen pericial de TRN-TARYET, ratificado en la Sala por D. MARN³³.

Se muestra aquí, para mayor claridad un gráfico en el que se analiza la evolución de los datos de tráfico (de vehículos ligeros, vehículos pesados y total) en los dos itinerarios paralelos, el libre de peaje (formado por la carretera N-340 y la autovía A-7) y el de la autopista de peaje AP-7, en el tramo Barcelona-Tarragona.

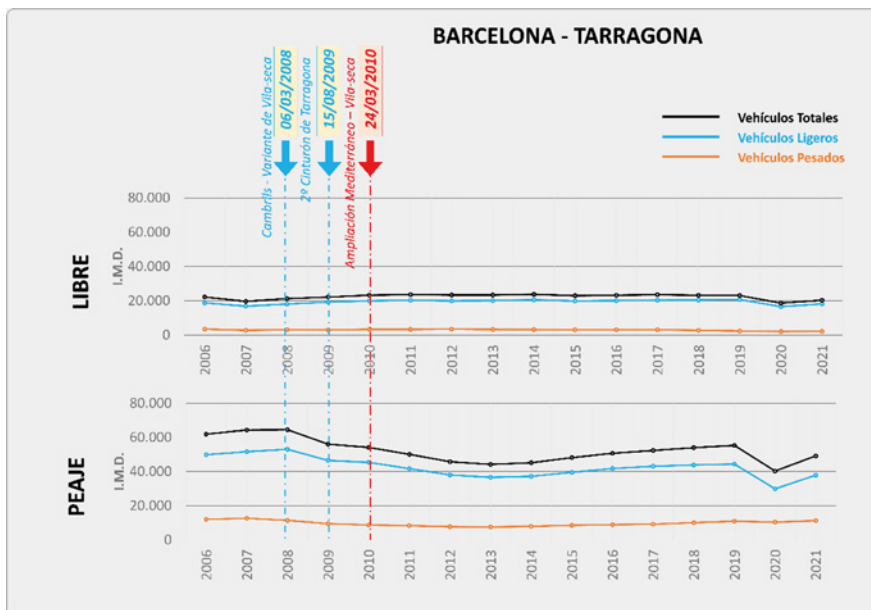
Se observa cómo **el descenso del tráfico coincide perfectamente con los periodos de crisis**, en los que los usuarios prefieren no utilizar un medio de pago para desplazarse, y cómo **no se produce ningún descenso brusco asociado a la puesta en servicio de los tramos desdoblados** (señalados con una flecha azul), ni su correspondiente subida brusca en el itinerario libre.

Se incluye también (señalado con una flecha roja) el momento de puesta en servicio provisional de las obras de ampliación de la autopista realizadas mediante el convenio. Puede observarse cómo el efecto de la crisis es muy relevante y hasta

³² Día 26 de enero de 2023 01:17:03 a 01:18:31.

³³ Día 26 de enero de 2023 00:15:56 a 00:16:33.

que ésta no finaliza no vuelve a crecer el tráfico en la autopista. Eso sí, la pendiente de crecimiento es mayor a la que existía antes de la ampliación, dado que la misma permite el crecimiento de tráfico que no hubiera sido posible sin ella, por los problemas de congestión.

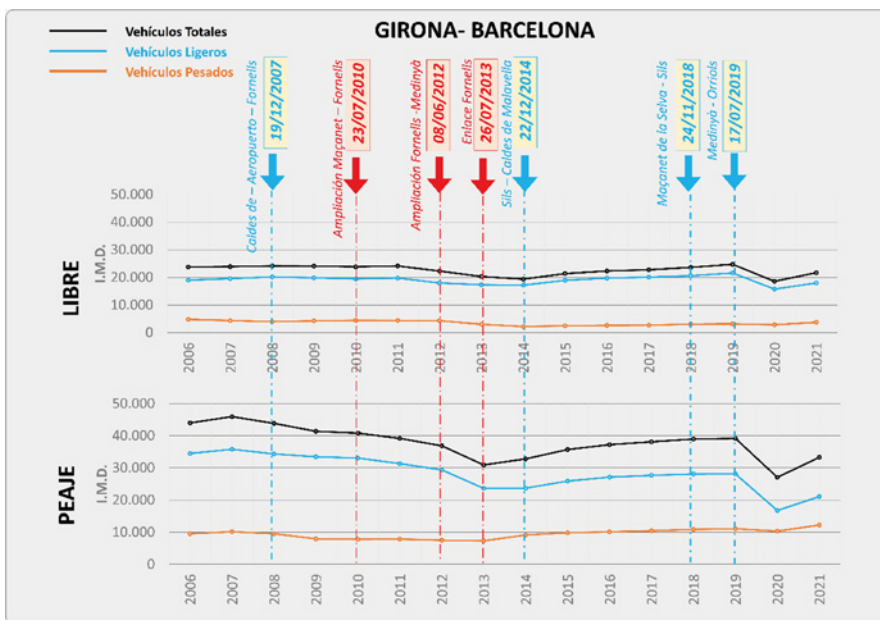


El mismo análisis fue realizado en la Sala por D. LSGD³⁴ al objeto de analizar el comportamiento de los itinerarios libre (carretera convencional N-II y autovía A-2) y de la autopista de peaje AP-7 en el entorno de Girona.

Nuevamente se observa cómo el descenso del tráfico en la autopista de peaje se circunscribe a los momentos de crisis y no guarda ninguna relación con la apertura al tráfico de los tramos desdoblados (flechas azules). Así como el comportamiento del itinerario libre, que es afectado también por la crisis, aunque en menor medida ya que no es necesario el pago para su uso como ocurre con la autopista de peaje, y en el que no se observa ningún crecimiento brusco por la aparición de los tramos desdoblados.

También puede observarse en este caso, cómo la pendiente de crecimiento en la AP-7, una vez superada la crisis económica, es mayor que en el periodo anterior, fruto de la ampliación de la autopista mediante el convenio (flechas rojas).

³⁴ Día 26 de enero de 2023 01:18:32 a 01:19:42.



Por tanto, mediante estos análisis cuantitativos, ha quedado demostrada la ausencia de impacto de la construcción de los 31,1 km de desdoblamiento de la N-340 y N-II en el tráfico de la autopista AP-7.

Es cierto que la autopista sufrió un descenso de tráfico, pero la causa no fueron los desdoblamientos, sino la crisis económica y la del COVID.

3.1.15 El comportamiento del tráfico en la autopista AP-7 fue mejor que en el resto de autopistas de peaje de España.

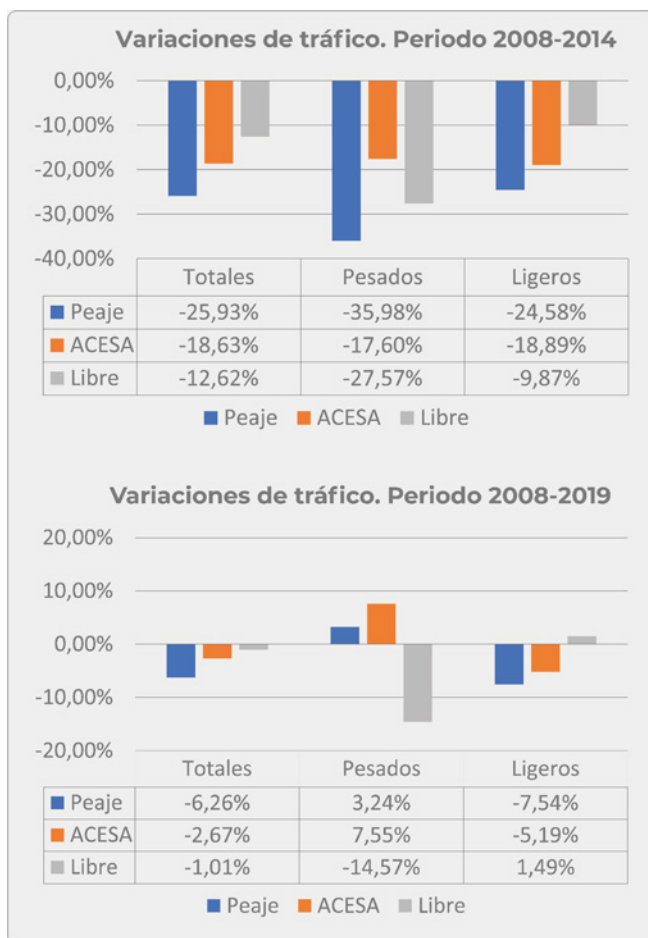
También ha quedado demostrado que, aunque la autopista AP-7 sufrió los efectos de la crisis económica y de la COVID, el comportamiento del tráfico en la misma fue mejor que en el resto de autopistas de peaje en España.

¿Cómo puede la demanda reclamar la existencia de impacto en el tráfico de la AP-7 por los desdoblamientos paralelos cuando, aún con la construcción de éstos, su comportamiento fue mejor que el resto de autopistas? Es realmente incomprensible y desde luego carente de todo apoyo legal.

De nuevo, se muestra aquí el gráfico utilizado en la ratificación en la Sala de D. LSGD y D. AAB³⁵ de su dictamen pericial, en el que se observa cómo en las épocas de crisis el **descenso del tráfico en la concesión de ACESA fue mucho menor**, en algunos casos la mitad (17,6% de descenso en ACESA frente a un 35,98% de la media de las autopistas españolas), **que el sufrido por el resto de autopistas de peaje** (sin contar ACESA). Se observa así mismo cómo el descenso del tráfico en dichos periodos también afectó, aunque en menor medida, a las carreteras libres de peaje. Esta es una cuestión de sentido común, dado que los usuarios en los periodos

³⁵ Día 26 de enero de 2023 01:14:45 a 01:16:10.

en los que la economía sufre, prefieren utilizar los itinerarios en los cuales no haya que pagar por su uso.



Dicho estudio comparativo es objeto también del dictamen pericial de TRN-TARYET, en el que indica la importancia de analizar la evolución del tráfico del único tramo susceptible de sufrir impacto por los desdoblamientos —Fornells de la Selva-Maçanet de la Selva— con el de la autopista AP-7 completa y éste a su vez con el comportamiento del resto de autopistas en servicio en aquel momento en España. Y así lo ratificó en la Sala D. MARN³⁶.

Por tanto, **ha quedado demostrado que los descensos de tráfico de la autopista AP-7 no se debieron a la construcción de pequeños tramos de carreteras desdobladas paralelas a la misma, ya que aún con esa circunstancia, su comportamiento fue mejor que el del resto de autopistas de España.**

³⁶ Día 26 de enero de 2023 00:16:34 a 00:18:50.

3.1.16 Del análisis conceptual de la afección de los desdoblamientos al tráfico de la AP-7 se deduce que no hubo impacto.

Han quedado demostrados los siguientes aspectos:

— El tráfico que principalmente circula por la autopista AP-7 es de medio y largo recorrido.

— En las zonas en las que se construyen los desdoblamientos paralelos, la autopista de peaje es libre de peaje para movimientos internos, es decir para el tráfico local o de corto recorrido.

— Los desdoblamientos tienen una longitud de 8,3 km en el entorno de Tarragona; y de 3,3 km al norte de la circunvalación de Girona y de 19,9 km al sur de la misma

— Los desdoblamientos se fueron realizando de forma escalonada en el tiempo, entre 2007 y 2019.

— Los desdoblamientos, en la mayor parte de los casos no tienen conexión directa con la autopista, sino que se requiere la utilización de dos o más enlaces, generalmente poco intuitivos, y tramos de carretera convencional para conectar ambos itinerarios (con intersecciones en T, cedas el paso, stops...), lo que representa una pérdida objetiva de comodidad y seguridad para el usuario tipo de una autopista.

— Los desdoblamientos sirven para conectar vías de circulación fundamentalmente local, sin apenas interrelación con la autopista.

Si se realiza un análisis conceptual, como el que figura en los dictámenes de la S. G Explotación (pág. 33 a 38) y ratificado en la Sala por D. LSGD³⁷ o de TRN-TARYET (pág. 6 a 12) y ratificado en la Sala por D. MARN³⁸, se concluye que:

— a los usuarios de la autopista que la utilizan para medio y largo recorrido **no les compensa, por tiempo y por seguridad**, abandonar la autopista para recorrer, en el mejor de los casos 20 km escasos de carretera desdoblada, con un importante tráfico de agitación local y teniendo que realizar recorridos intermedios con intersecciones complicadas para acceder a dichos tramos. Máxime cuando **el ahorro económico del peaje es de menos de 1 euro**.

— A los usuarios de la autopista que la utilizan a nivel local, el utilizar los nuevos itinerarios alternativos **ni tan siquiera le reporta el beneficio del ahorro económico del peaje, ya que para ellos la autopista es gratuita**.

No obstante, aún en el caso de que alguno de estos usuarios locales optase por los itinerarios desdoblados —por una mejor adaptación a sus recorridos—, el impacto para la concesionaria seguiría siendo nulo, pues no pagan peaje.

Adicionalmente, el hecho de que no hubiera trasvase de una infraestructura a otra —autopista y tramos desdoblados— se justifica por la diferente funcionalidad que tenían ambas infraestructuras en el sistema de transporte local y regional. Mientras que la infraestructura de peaje estaba pensada para viajes de medio y largo recorrido que no se vieran afectados por tráficos locales, los tramos desdoblados permitían un acceso a los entornos urbanos de Tarragona y Girona desde las poblaciones limítrofes en mejores condiciones de seguridad, comodidad y tiempos de recorrido.

³⁷ Día 26 de enero de 2023 00:23:10 a 00:29:33 y 00:32:13 a 00:41:15.

³⁸ Día 26 de enero de 2023 (II) 00:09:35 a 00:14:27.

Todo ello queda demostrado en el dictamen de la S. G. de Explotación deduciéndose de los resultados del estudio de tráfico realizado.

Por tanto, **no es razonable el que se produzcan trasvases de tráfico** de la autopista a los tramos desdoblados, por lo que **ha quedado demostrado que no hubo impacto negativo en el tráfico de la autopista AP-7 por la construcción de éstos.**

3.1.17 El análisis cuantitativo y el conceptual revelan que no hubo impacto negativo en el tráfico de la autopista AP-7 con motivo de los desdoblamientos.

Una vez realizado el análisis cuantitativo de evolución del tráfico en la autopista AP-7, y su comparación con los itinerarios desdoblados libres de peaje, así como con el resto de carreteras de España (de peaje y libres), y ver que no se aprecia ningún efecto negativo —en todo caso un impacto positivo en el entorno de Girona— por la construcción de los pequeños tramos desdoblados; y una vez realizado el análisis conceptual sobre el comportamiento del tráfico de medio y largo recorrido y local o de corto recorrido, y ver que no es razonable el que se produzca trasvase de tráfico de la autopista a los tramos desdoblados; la conclusión es muy clara: ha quedado perfectamente demostrado que **no hubo afección negativa a la autopista AP-7 por la construcción de los desdoblamientos.**

3.2 Lo que no han demostrado las pruebas periciales del recurrente y sus errores y defectos de análisis: la reiteración de pruebas ya rechazadas en otros recursos (kpmg. Recurso 2670/2015) y los defectos de base y premisas erróneas que vician las conclusiones de las demás pruebas presentadas por el recurrente.

A. Sobre las pretensiones relativas al saldo de compensación derivada de la supuesta e inexistente garantía de tráfico.

3.2.1 Que el convenio se hiciera a iniciativa de la Administración.

La pericial de Deloitte no ha demostrado como argumentaba (pág. 11) que *«... ACESA no tenía necesidad de realizar dichas actuaciones ni de asumir las otras obligaciones derivadas del convenio de la AP-7»* y que *el convenio se hiciese a iniciativa del Ministerio porque le convenía y que por tanto ésta fuese la razón, como pretende dicho informe, de que el Ministerio tuviese que compensar a la sociedad concesionaria concediéndole una garantía de tráfico: «Por tanto, desde una perspectiva económica, los compromisos adquiridos en el convenio en la Autopista AP-7 requerían necesariamente de algún mecanismo de compensación para ACESA.../... La Administración General del Estado acordó un mecanismo mediante el cual la Sociedad se haría cargo de parte o de la totalidad de la inversión a partir de determinados niveles de tráfico y, en contraposición, se vería compensada mediante la asunción del riesgo de demanda de la concesión por parte de la Administración General del Estado.»*

Por tanto, **siendo esta premisa errónea**, como el informe se basa en la misma, no puede llegar más que a **conclusiones que son igualmente erróneas.**

Es de destacar aquí otro hecho que no ha quedado demostrado y en el que pretende insistir dicho dictamen, y es que la inversión a ACESA no se le compensase de forma íntegra. Ya que con el convenio queda perfectamente definido que las obligaciones que asume ACESA y, en concreto, la inversión necesaria para la ampliación de la autopista AP-7, se compensan por los importes recibidos de los peajes de los usuarios *«Para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, alterado como consecuencia de las actuaciones y obligaciones asumidas por ACESA en virtud del convenio se consideran los márgenes de explotación diferenciales que pudieran derivarse*

de la nueva configuración de la concesión», esto es, con la autopista ampliada, lo que permitía el crecimiento del tráfico (que no hubiera sido posible sin dicha ampliación, ya que precisamente el convenio se hace porque la autopista estaba sufriendo problemas de congestión) y, en caso de que el crecimiento no fuese suficiente para compensar toda la inversión (capitalizada al 6,5%), sería la Administración del Estado quien, al final de la concesión abonaría dicho importe, de acuerdo al saldo de compensación existente.

Y así ha sido, ya que únicamente en el año 2006 y 2007 los ingresos recibidos por los usuarios permiten compensar la inversión, por lo que en el resto de años dicha inversión se ha ido capitalizando hasta llegar al 31 de agosto de 2021, fin de la concesión, con un saldo a favor de la sociedad concesionaria por importe de 1.069.968.641,53 euros que ha sido abonado por el MITMA en febrero de 2022, cumpliendo estrictamente los plazos del convenio.

3.2.2 Que el convenio no estableciera ningún límite a la compensación a realizar.

No ha quedado demostrada la afirmación que realiza la demanda en sus informes periciales y que ha mantenido en la ratificación de los mismos, en el sentido de que no existía un límite máximo a la compensación a realizar a ACESA por las actuaciones y obligaciones recogidas en el convenio.

De hecho, de acuerdo con lo expuesto en el dictamen de la S. G. Explotación (pág. 28)

En realidad, el convenio sí incluye un límite explícito al «saldo final de compensación». Lo hace al limitar la inversión máxima a 504 M€ (del año 2005). [...] Como ya se ha indicado, **conceptualmente no puede ser mayor. Con una única salvedad:** Lo recogido en el manifestando tercero del convenio a cambio de la renuncia recogida en la cláusula séptima del mismo, es decir:

— **La compensación de las eventuales afecciones de los desdoblamientos de la N-2 y de la N-340 a los tráficos de la autopista.**

El único motivo para no incluir un límite explícito absoluto en el convenio es la voluntad del entonces Ministerio de Fomento de compensar la eventual afección de los desdoblamientos de la N-2 y de la N-340 al tráfico de la AP-7, que al ser imposible de cuantificar en ese momento no permitió fijar ese límite absoluto en su clausulado.

Entendiendo que el saldo final de compensación no es un concepto indemnizatorio, y teniendo en cuenta lo anterior, **resulta evidente que el límite máximo absoluto del «saldo final de compensación» viene fijado por los 504 M€, actualizados a 2021, más el importe necesario para compensar a ACESA por la afección, si la hubiere, de los referidos desdoblamientos en el tráfico de la AP-7.**

Es decir, lo establecido en la cláusula octava del convenio es el mecanismo para «el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, alterado como consecuencia de las actuaciones y obligaciones asumidas por ACESA» y por tanto el importe máximo a compensar no puede ser otro que el valor de dichas actuaciones: i) ampliación de carriles y construcción y remodelación de enlaces, valorado «hasta la cantidad de 504 millones de euros»; ii) ampliación del descuento a usuarios frecuentes del itinerario Barcelona-Acceso de Mollet, valorado en la memoria del Real Decreto (pág. 5) en 0,6 millones de euros, si bien se indica que queda incluido en la reducción del 32% del margen de explotación real por lo que no es necesario considerarlo aparte; y iii) el impacto de los desdoblamientos de la N-II y N-340, que en ese momento era indeterminado.

Luego, **sí que existía y existe un límite máximo.**

Ahora que ya se conoce que el impacto de los desdoblamientos ha sido nulo, puede definirse explícitamente el límite máximo a compensar como 504 millones de euros (de 2005), con su capitalización correspondiente.

Y, por tanto, el valor a compensar no es otro que el de la inversión realmente realizada cumpliendo con lo establecido en el convenio y en la legislación vigente, que asciende a 505.580.901,70 euros, capitalizados al 6,5 %.

No obstante, sorprende el hecho de que ACESA y las pruebas periciales aportadas por la Demanda insistan en la inexistencia de un límite máximo en la compensación, y ello sirva de argumento a la concesionaria para reclamar a la Administración una cantidad tan desorbitada, superior a 5.300 millones de euros por una inversión ejecutada inferior a la décima parte de este importe.

Máxime cuando dicho argumento ya fue utilizado por ACESA en el suplico de la primera demanda que interpuso contra el Acuerdo de Interpretación de 2017, en donde, en el tercer apartado solicitaba que la sentencia declarara «Que, no existe ninguna limitación cuantitativa en el importe del derecho de cobro de ACESA sobre el saldo de compensación de liquidación regulado en el convenio de 2006 que se encuentre vinculada al importe actualizado de las inversiones realizadas, como postula el Consejo de Estado en su dictamen 660/2014, de 17 de diciembre de 2014 y asume el Acuerdo de Interpretación del Consejo de Ministros de 3 de julio de 2017.»

Y, lo que declara la sentencia es:

«Se desconoce hoy [...] cuánto del importe actualizado de las obras ejecutadas por ACESA en virtud del convenio deberá serle compensado.»

Es decir, se desconocía la cuantía del saldo, pero quedaba claro ya que éste se obtiene solo «del» importe actualizado de las obras (FJ 7).

Los peritos de la Demanda³⁹, a preguntas de la Abogacía del Estado, **niegan conocer o haber considerado dicha sentencia, así como los dictámenes del Consejo de Estado del 2014 (referido en la misma) y de 2017.** Dichos hechos y documentos son clave para poder valorar los hechos objeto de la actual demanda, que reproduce básicamente lo ya reclamado y ya desestimado judicialmente por esta misma Sala en 2019. **Su no conocimiento o su no consideración por los peritos en sus dictámenes y en las ratificaciones de los mismos, los invalidan plenamente.**

En base a ello, **se consideran absolutamente desacreditados los informes periciales presentados por la actora opuestos a la doctrina recogida en la sentencia 771/2019 de esta misma Sala y Sección.**

Se agrava incluso esta cuestión con el hecho de que el dictamen de KPMG es el mismo que fue presentado en enero de 2018 en el marco de la interposición del recurso que finalizó con la citada sentencia.

3.2.3 Que la Administración conociera y, por tanto, asumiera una garantía de tráfico para el concesionario.

A pesar de la insistencia de ACESA en este tema, no ha quedado demostrado que la Administración asumiese con el convenio una supuesta garantía de tráfico para el Concesionario, que de hecho ni tan siquiera se menciona en el mismo.

³⁹ Día 11 de enero de 2023 Deloitte: 00:44:01 a 00:44:48 y 01:59:15 a 01:59:59; Univ. Alcalá: 02:10:04 a 02:11:50; KPMG: 02:56:33 a 02:56:57.

La argumentación de ACESA es intencionadamente **confusa y se basa en unos antecedentes incompletos, sesgados y malinterpretados. Al propio tiempo se ocultan los documentos que desmienten sus alegaciones.**

Así, ACESA no dice la verdad cuando afirma que la iniciativa del convenio fue de la Administración, habiéndose demostrado documentalmente en la contestación a la demanda que **la iniciativa fue de la concesionaria.**

Y continúa sin decir la verdad cuando alude a determinados documentos que forman parte del expediente y por tanto de la «negociación de los términos del convenio» pero que no son los definitivos y, por tanto, no pueden considerarse en el sentido que ACESA pretende.

Con hechos, documentos y valoraciones fuera de contexto sostiene argumentos que no tienen respaldo legal alguno. Por ejemplo, las innumerables alusiones a la supuesta advertencia sobre la eliminación del riesgo realizadas por el Consejo de Estado en su dictamen 512/2006, pretendiendo que ello avale su tesis de que se eliminaba el riesgo de demanda, cuando en realidad el citado dictamen lo que llama la atención es sobre la eliminación del riesgo únicamente en la realización de las inversiones recogidas en el convenio ya que éste establece su compensación en todo caso.

Lo mismo ocurre con la garantía de ingresos por tráfico que supuestamente se contemplan en los informes de la Dirección General de Programación Económica. Sin ánimo de ser exhaustivos como corresponde a conclusiones, nos ceñiremos a dos ejemplos:

Al primero de los informes a que hace referencia ACESA es al de fecha 31 de octubre de 2005 del que comenta:

«Entre estas observaciones (advertencias) destacan tres muy relevantes, que reproducimos literalmente:

[...]

(ii) Se establece una curva de ingresos garantizados (“ingresos brutos por peajes de referencia”) que elimina el riesgo de tráfico para el concesionario...”

Lo que omite deliberadamente ACESA es que dicho documento, como ya se ha indicado, se produce en el ámbito y competencias de la Administración por asegurarse de que los términos del convenio son correctos.

Y también omite, que, en ese proceso, ACESA contestó mediante un correo electrónico a todas y cada una de las consideraciones realizadas por la citada Dirección General, en el sentido de explicar las dudas y aclarar la inexistencia de problemas para la Administración, documento que se incluye en el Anejo 2.2 del dictamen Pericial de la S. G Explotación y en el que se observa la contestación de ACESA a ese determinado punto:

«[...] Es obligado, por tanto, definir una referencia que permita calcular, una vez efectuadas dichas inversiones, qué parte de los ingresos de un ejercicio determinado se han obtenido como consecuencia de las inversiones realizadas y por tanto deben ser aplicados íntegramente a la financiación de dichas actuaciones.»

Se observa que, ACESA no hace ninguna mención a que se estén garantizando unos tráficos mínimos, sino que realmente explica el sentido con el que se redactó el convenio, el de que una parte de los ingresos que se obtendría con la autopista ampliada debería dedicarse a amortizar las «inversiones» que habían permitido dicha ampliación. Se habla de una parte porque no se aplican los ingresos del tráfico ampliado en su totalidad, sino

tan solo el 68 %, al objeto de reservar el 32 % restante para los costes de explotación que se producen con ese mayor tráfico.

ACESA, ahora, olvida estos hechos en sus conclusiones porque no convienen a sus pretensiones y omite las explicaciones dadas en el momento de negociación del convenio.

Y, con respecto al segundo, nos referiremos al último de los documentos de la Dirección General de Programación Económica al que alude ACESA y del que indica «*El tercer documento obrante como prueba es el informe final de la DGPE. de 19 de enero de 2006 (DOCUMENTO % del escrito de demanda). Es un informe final (ya en la última versión del proyecto de convenio [...])*»

En dicho informe aparece este párrafo: «*Para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, alterado por los supuestos del convenio, se sigue garantizando un umbral de ingresos por tráfico, por encima del cual se compensan económicamente las inversiones realizadas.*»

Sin embargo, en contra de lo que ACESA pretende, ese párrafo no significa que se admitiera una «garantía de unos ingresos mínimos de explotación en el caso, improbable, de que el tráfico no alcanzase los umbrales del Anejo 2.

En realidad, ese párrafo se limita a constatar lo siguiente: Que la inversión se compensa no con todos los ingresos de tráfico, sino solo con aquellos que superen los tráficos de referencia (los del Anejo 2 del convenio), como ya se ha indicado anteriormente.

Nuevamente se observa cómo ACESA recrea hechos, documentos al servicio de sus alegaciones para ajustarlas a la tesis defendida en este recurso.

Pero, lo que es más grave es que ACESA oculta el que sí es el documento de la Dirección General de Programación Económica (DOCUMENTO N.º 23 del escrito de Contestación) que resume la negociación llevada a cabo con ACESA y su conclusión, antes del comienzo de la tramitación del expediente del convenio, de fecha 30 de diciembre de 2005, y en el que como no puede ser de otra forma, se indica que **tras el análisis y las negociaciones llevadas a cabo con la concesionaria se han eliminado los posibles riesgos para la Administración, y por ello, puede comenzarse la tramitación del expediente para su elevación al Consejo de Ministros.**

«Valoración. La fase de conversaciones entre el Ministerio de Fomento y ACESA, antes descrita, ha supuesto la mejora sustancial de algunos de los puntos inicialmente planteados, **con la eliminación de riesgos para la Administración del Estado** y la mejora de las condiciones económicas para el Tesoro Público por las actuaciones de construcción a acometer por la empresa concesionaria.»

En definitiva, ha quedado acreditado que **ninguno de los informes que se redactaron en el proceso de negociación del convenio reconoció ni detectó que el Estado estuviera asumiendo el «riesgo de tráfico» o garantizando al concesionario un «tráfico mínimo.»**

Así lo confirma que el texto del convenio no recoja ni siquiera implícitamente ese reconocimiento pretendido por ACESA.

3.2.4 Que la aplicación «literal» de la fórmula matemática incluida en el convenio tenga racionalidad económica.

Los dictámenes periciales presentados por ACESA no se han pronunciado sobre dicha racionalidad económica, a excepción del elaborado por Deloitte. Se limitan a contrastar

la «correcta aplicación aritmética de fórmula», la «inexistencia de un límite explícito a la Cuenta de Compensación» y a intentar justificar que la existencia de la fórmula y su aplicación conlleva que «la Administración asumía el riesgo de tráfico», como también hicieron en las correspondientes ratificaciones en la Sala.

No obstante, el propio dictamen pericial de Deloitte incurre en varios errores metodológicos:

En primer lugar, parte de **tres premisas erróneas**:

— El hecho de que el convenio fuera a iniciativa y en definitiva una «imposición» de la Administración, y que, por tanto, ésta debía compensar a ACESA adecuadamente y que eso justificaba la «nueva redistribución de riesgos entre las partes.»

— El hecho de que el tráfico podía seguir creciendo en la autopista sin ampliar, obviando el hecho de que existían ya en los años previos a la firma del convenio problemas de congestión en la autopista, lo que demuestra un desconocimiento absoluto de la ingeniería de tráfico. Por tanto, las comparativas que realiza con el escenario sin ampliar (mal calculado) y ampliado son erróneas.

— El hecho de indicar que el crecimiento del tráfico en los años anteriores al convenio era muy superior a los crecimientos que se incluyen en el Anejo 2 del convenio, y que, según se hace eco ACESA «*tales incrementos de tráfico fueron calculados por los técnicos del Ministerio de Fomento [...]*». Nuevamente, se trata de una premisa falsa, ya que dichas prognosis de tráfico proceden de las realizadas por ACESA en la propuesta de convenio que remite a la Administración, como puede comprobarse de la lectura del DOCUMENTO N.º 20 anejo a nuestra contestación.

Lo que ya de por sí determina que, **partiendo de premisas erróneas e incompletas, no se pueden alcanzar conclusiones correctas.**

Pero, además, los razonamientos que incluye para intentar explicar la desde su punto de vista «sólida lógica económica de la operación» no han demostrado tal extremo, y son rebatidos fehacientemente en el dictamen pericial de AFI (pág. 44 a 47 y 54):

«El dictamen de Deloitte sí se pronuncia sobre la racionalidad económica de la fórmula y de los cálculos realizados por ACESA, pero **en nuestra opinión contiene errores muy significativos que invalidan la conclusión de que la fórmula es racional económicamente.** Los principales errores son los siguientes:

— Argumenta que las inversiones fueron una imposición de la Administración, cuando desde 2003 existen documentos de ACESA solicitando la idoneidad de realizarlas.

— Basa gran parte de sus conclusiones en un ejercicio sin lógica económica, que es comparar la situación de ACESA realizando las inversiones y sin realizarlas, cuando estas se demostraban necesarias para solventar los problemas de congestión de la autopista.

— En el análisis de la situación con convenio no considera que las inversiones en la AP-7 permitirían aumentar el tráfico, los ingresos y los resultados de explotación, como reconocía la propia ACESA en sus documentos justificativos del reequilibrio.

— Genera escenarios para justificar la racionalidad económica en los que muestra que cuanto peor va el tráfico mejor le va al concesionario, lo que es contrario a la esencia de cualquier concesión.

— Capitaliza el menor margen de explotación a una tasa del 6,5%, que es un error metodológico importante, pues debería usarse una tasa libre de riesgo o el tipo de

interés legal del dinero. Esto conduce a la situación ilógica de que cuanto peor va el tráfico más beneficio genera el concesionario (y viceversa).

— Afirma que la asunción de riesgos entre ACESA y la Administración está equilibrada, cuando la realidad muestra que, si se acepta el planteamiento de ACESA, la situación estaría absolutamente desequilibrada: ACESA podría generar una TIR a las inversiones fuera de mercado (23,8%) y la Administración tendría que pagar 5.378 millones € por unas inversiones que costaron 558 millones € (611 millones € a precios de hoy).»

Además, **ninguno de los dictámenes periciales presentados por ACESA, ni en la ratificación posterior de los mismos en Sala, se pronuncia sobre la racionalidad económica de la reclamación que realiza ACESA de 5.383 millones de euros por una inversión de poco más de 500 millones de euros, o sobre si la rentabilidad que se derivaría para el concesionario les parece lógica y acorde a referencias de mercado, y lo que es más importante, si no atenta tal pretensión contra el interés general que la legislación vigente exige tener en cuenta en el reequilibrio de una concesión.**

Adicionalmente, se indica que esta pretensión de ACESA de sumar los márgenes diferenciales negativos ya fue solicitada por ACESA en el recurso interpuesto, sobre el que se dictó la Sentencia 771/2019 por este mismo Tribunal. Hecho que **no es recogido en ninguno de los dictámenes periciales aportados por ACESA y que fue declarado por todos los peritos⁴⁰ como «desconocido» en la Sala, lo que desacredita y por tanto invalida las conclusiones de los mismos.**

Ya que, en el suplico de la demanda ACESA solicitó que se estableciera por sentencia «una interpretación definitiva y vinculante» según la cual, «contrariamente a lo que afirma el Acuerdo de Interpretación del Consejo de Ministros de 3 de julio de 2017, el margen de explotación diferencial (ME1n-MEOn) incorporado en la fórmula matemática para el cálculo del saldo de compensación que recoge el Anejo 3 del convenio aprobado por RD 457/2006, será en todo caso negativo cuando el margen de explotación real (MEIn) sea inferior al margen de explotación de referencia (MEOn), sumando dicho margen de explotación diferencial a la inversión realizada (In),»

Frente a esa pretensión, la sentencia del Tribunal Supremo responde que «es claro que “no podrá ser negativo”». Concretamente, el FJ 6.º dice que el Acuerdo de interpretación adoptado por el Consejo de Ministros «es una decisión administrativa, que no predetermina cuál será el definitivo saldo de compensación en 2021, pues es claro que «no podrá ser negativo “ [...]” (FJ 6.º).

Finalmente, el suplico de esa primera demanda solicitó que se “dicte en su día sentencia en la que estime el presente recurso contencioso-administrativo y, en su virtud declare contrario a Derecho y anule el Acuerdo de Interpretación del Real Decreto 457/2006, de 7 de abril, adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión de 3 de julio de 2017.”

Sin embargo, **en contra de lo pedido por ACESA, la sentencia no estimó el recurso y, en su lugar, declaró “no haber lugar al recurso contencioso administrativo interpuesto por ACESA [...] con imposición de las costas a la parte recurrente.”**

Por todo ello, **el Acuerdo de Interpretación del Consejo de Ministros no fue anulado y sigue siendo un acto válido con eficacia ejecutiva y que surte plenos efectos entre el contratista y el órgano de contratación. Sin embargo, los dictámenes periciales**

⁴⁰ Día 11 de enero de 2023 Deloitte: 00:41:06 a 00:42:12; Univ. Alcalá: 02:14:58 a 02:16:07; KPMG: 02:54:12 a 02:55:35.

presentados por ACESA ignoran deliberadamente este hecho, e intentan justificar la aplicación, simplemente aritmética, de la fórmula matemática incluida en el convenio.

Tampoco se ha considerado en dichos dictámenes periciales presentados por ACESA que el Tribunal Supremo inadmitió el incidente de nulidad promovido por ACESA contra dicha sentencia, cuya providencia de inadmisión incluyó estos pronunciamientos:

– Reitera que el Acuerdo de interpretación del Consejo de Ministros, *“al referirse a [...] el margen de explotación diferencial (ME1n-MEOn) no podrá ser negativo”, no constituye un acto innovador, pues es un recordatorio del contenido del convenio*». Igualmente dice que *«es claro que “no podrá ser negativo”.*»

– Añade a esta consideración: *«se desconoce hoy [...] cuánto del importe actualizado de las obras ejecutadas por ACESA en virtud del convenio deberá serle compensado*». Es decir, la providencia reitera que lo único a compensar son *«las obras»*, pero no la reducción del tráfico en la autopista.

Por tanto, no ha quedado demostrado la racionalidad económica en la aplicación económica que pretende ACESA, ya que **no se dan los argumentos que lo sustenten, pero, sobre todo, porque se parte de premisas falsas y de la ignorancia de decisiones judiciales firmes.**

B. Sobre las pretensiones relativas a las inversiones realizadas derivada de la supuesta mayor inversión.

3.2.5 Que la inversión reclamada deba reconocerse por estar realizada «con motivo del convenio».

No ha quedado demostrado que las inversiones reclamadas por ACESA en su demanda sean inversiones realmente ejecutadas —pues en numerosos casos no hay forma actual de comprobación— y por los importes que se reclaman.

Destaca la falta de rigor en todo el proceso, que comienza con los escritos de ACESA de liquidación del Saldo de Compensación, y que continúa con la propia demanda.

En el momento de calcular el Saldo de Compensación, tras diversos cambios anteriores, la cifra de inversión reclamada por ACESA era de 558.187.927,46 euros. En el momento de formularse la demanda, y de acuerdo con los dictámenes periciales que presenta, la cantidad reclamada por ACESA es de 555.601.443,43 euros.

Pero aún es más llamativo el «baile de cifras» mediante intercambio entre diversos conceptos, que se ha ido produciendo a lo largo de todo el proceso.

Lamentablemente, esta falta de rigor conduce a una merma en la credibilidad sobre la veracidad de los importes reclamados por ACESA.

Por eso sorprende que en sus conclusiones ACESA exhiba *«el detalle y la profundidad del análisis»* realizado mediante su dictamen pericial que contrasta, dice, con la *«superficialidad»* y la *«falta de rigor»* de los dictámenes periciales aportados por la Administración. No repetiremos, por haber sido expuestos anteriormente, tanto el desconocimiento de la inclusión en el Saldo de Compensación aprobado por el Consejo de Ministros y abonado a ACESA de conceptos que se siguen reclamando, como el desconocimiento, o incluso, el desprecio, por la legislación vigente, que se *«justifican»* en el dictamen pericial de Agnjo, y en la propia ratificación en la Sala.

Aunque sí insistiremos en el hecho de que la única forma en que dichas supuestas inversiones, caso de ser ciertas que se realizaron para cumplir con el convenio,

deberían haber estado incluidas en los proyectos presentados por ACESA y aprobados por la Administración. Es la única forma en la que dichas inversiones hubieran podido ser fiscalizadas técnica y económicamente por la Administración. La presentación de simples relaciones de actuaciones o de facturas —muchas ellas de difícil comprobación por su falta de detalle— no puede «convalidar» los procedimientos omitidos y que constituyen la garantía de que el presupuesto público se usa con eficiencia y cumpliendo la legalidad vigente.

3.2.6 Que la autorización de la implantación del sistema de cobro de peajes provisional incluyera el reconocimiento de la inversión.

No ha quedado demostrado que la resolución de fecha 11 de junio de 2008 de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje por la que se autoriza la implantación del sistema de cobro solicitado por la sociedad concesionaria supusiese un reconocimiento por parte de la Administración de que el importe de las obras necesarias para ello, entrasen a formar parte de la inversión del Convenio. Y así es expuesto en el dictamen pericial de la S. G. Construcción y ratificado de forma muy esclarecedora en la Sala por Dña. CAB y D. JMT y en el dictamen pericial de ALAUDA, igualmente ratificado en la Sala⁴¹.

Para mayor claridad de la Sala, se indica que dicha inversión es la que ACESA reclama ahora como «obras provisionales» (anejo III), por importe de 19.503.301,85 euros.

Tal autorización se encuadra en el ámbito de competencias de la Delegación del Gobierno, en la relación del contrato de concesión administrativa entre la Concesionaria y la Administración.

ACESA estaba obligada a solicitar dicha autorización, y la Delegación del Gobierno, tras su análisis, resuelve autorizando a que ACESA pueda realizar dicho cambio provisional.

Pero no se hace referencia alguna, como es lógico, a que dicha inversión vaya a ser asumida por la Administración, dado que forma parte de las obligaciones de la concesionaria con respecto a la explotación de la autopista.

3.2.7 Que se produzca un «enriquecimiento injusto de la Administración» al revertir las obras una vez extinguida la concesión.

No ha quedado demostrado que, por el hecho de que ACESA realizase determinadas inversiones encaminadas a la conservación o mejora de la explotación —que realiza coincidiendo con el ámbito temporal y espacial del convenio— ello suponga que al revertir la autopista el 31 de agosto de 2021, se produjera un enriquecimiento injusto de la Administración.

La argumentación realizada por ACESA no se sostiene. Dado que, ACESA, en su calidad de concesionario de una autopista de peaje está obligado a cumplir con las obligaciones en esta materia, y que se especifican en las distintas cláusulas del Capítulo VII «Explotación de la autopista» del Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, así como a la «perfecta entrega de las instalaciones en condiciones de absoluta normalidad para la prestación del servicio a que están destinadas» de acuerdo con lo prescrito en la cláusula 106 b) del citado Pliego.

⁴¹ Día 25 de enero de 2023 S. G. Construcción: 00:34:44 a 00:42:11 y ALAUDA: 02:31:34 a 02:32:29.

C. Sobre la falta de impacto en el tráfico del desdoblamiento y su consecuencia con arreglo al convenio.

3.2.8 Que la definición de los desdoblamientos realizada por la demanda sea correcta.

Ha quedado demostrado que la definición que realiza la demanda, apoyada en el dictamen pericial de Agnio **no se corresponde con la utilizada en el sector de la carretera y recogida en la Ley de Carreteras.**

Está claro que desdoblar —como la propia palabra indica— es convertir **una** carretera en otra que tiene **dos** calzadas, una para cada sentido de circulación.

Por tanto, **un desdoblamiento no es una ampliación de carriles**, como pretende la demanda, al objeto de considerar la Circunvalación de Girona como uno de los desdoblamientos.

En primer lugar, porque dicha Circunvalación ya tenía dos calzadas separadas, es decir ya estaba desdoblada; y, en segundo lugar, porque resulta sorprendente que se utilice la misma actuación —la ampliación de carriles en la circunvalación— para ser compensada doblemente: por la inversión realizada al ser una de las actuaciones recogidas en el convenio y por la afección que hubiera podido producirse a sí misma.

Sin olvidar que dicha circunvalación es libre de peaje para movimientos internos, exención que le es compensada a ACESA —directamente por el Estado hasta 2012 y a partir de esa fecha, a través de una subida de tarifas extraordinaria, aprobada por el Estado—.

En todo caso, tal ampliación de carriles en la circunvalación lo que permitió fue un incremento de tráfico en la autopista, es decir, un impacto positivo.

También ha quedado demostrado que **los desdoblamientos realizados con anterioridad a la fecha del convenio** (como los de la Variante de Vila-seca I y II) **no pueden considerarse** a los efectos de lo establecido en el mismo, pues su efecto —caso de existir— ya sería conocido cuando se firmó el convenio.

Por tanto, ha quedado demostrado que **los desdoblamientos reales realizados son muy inferiores a los que considera la demanda, lo que invalida el resto de las conclusiones obtenidas a partir de un dato erróneo.**

3.2.9 Que la metodología en que se basa la demanda (informe de CIMA) para analizar la afección al tráfico de la AP-7 por los desdoblamientos realizados por la Dirección General de Carreteras sea correcta.

Ha quedado demostrado que los datos de partida en que se basa el análisis de CIMA —la definición y la longitud de los desdoblamientos realizada por Agnio— no son correctos, por lo que el cálculo realizado queda, por dicho motivo, íntegramente invalidado.

Pero además ha quedado también demostrado que dicho análisis parte de otro error grave de partida: omitir deliberadamente carreteras nacionales que claramente forman parte de los itinerarios libres que representan la alternativa a los itinerarios de peaje dentro de los corredores Girona-Barcelona y Barcelona-Tarragona, y que modificarían, caso de ser consideradas —como es lo correcto—, el resultado obtenido.

Así mismo, ha quedado demostrado que la terminología y los conceptos utilizados en el informe de Cima no son correctos, sino que adolecen de vicios que conducen a confusión y a conclusiones falsas.

Así, en primer lugar, se utiliza el término «captación tendencial» para referirse a una «distribución de cuotas» o porcentajes de reparto de tráfico entre la autopista AP-7 y el itinerario libre desdoblado. Dicho error semántico no es inocuo, pues pretende confundir con el significado técnico que tiene este término en ingeniería de tráfico: «captar» es decir «coger tráfico de», y ese porcentaje de reparto o cuota no representa en absoluto esa acción de «coger tráfico de.»

Y, en segundo lugar, porque las hipótesis en que se basa la metodología empleada por CIMA son claramente erróneas.

Así, en cuanto a la Hipótesis n.º 1: «La evolución de la captación tendencial permanece inalterada si no hay circunstancias puntuales que modifiquen las pautas de comportamiento de los usuarios» (pág. 38 del dictamen pericial de CIMA).

Esta afirmación no es correcta dado que la causa que motivó el convenio fue el estado de saturación de la autopista. Así, por tanto, sin que no incidiese ninguna causa externa, la autopista no podría admitir nuevos crecimientos de tráfico, que irían inexorablemente, al itinerario alternativo. Por lo que el «reparto de cuotas» se vería alterado. Así de sencillo.

Y, en lo que respecta a la Hipótesis n.º 2: «Las crisis no modifican la captación tendencial de las autopistas de ACESA» (pág. 39 del dictamen pericial de CIMA)

Dicha afirmación no se sostiene. Es de conocimiento común que, en periodos de crisis económica el tráfico en las autopistas de peaje cae, dado que los usuarios prefieren buscar alternativas de viaje que no impliquen el pago de peajes.

No obstante, en la ratificación en Sala, se preguntó a los peritos de la demanda⁴² sobre el informe anual de la Memoria que acompaña a las cuentas anuales de Abertis de 2012 (que es público y accesible por internet), que en su página 33, al analizar la evolución del tráfico de ACESA y de las demás autopistas, dice:

«La intensidad media diaria en las autopistas ha sido negativa (-10,4%) con respecto al ejercicio anterior, No obstante los ingresos de explotación han disminuido en menor proporción (-3,8%) por la revisión de tarifas (con un alza media del 3,7%) y los convenios de la AP 7 y del Maresme.

La evolución negativa de la IMD es explicada, principalmente, por la crisis económica general, así como por el incremento del precio del carburante —que retrae el consumo— y los incrementos adicionales de tarifas, al haberse suprimido compensaciones del 7% y al haberse incrementado el IVA durante el año»

(Comentarios similares se encuentran en los informes anuales de Abertis de 2009, 2010 y 2011)

En ellos, el accionista único de la concesión, Abertis, dice que «principalmente» la disminución del tráfico se produjo por la crisis.

Lo mismo que manifiesta la demanda en su propio escrito de conclusiones en numerosas ocasiones (pág. 14, 33, 47, 49 y 109).

Por tanto, la hipótesis considerada en el informe de CIMA es contraria al sentido común y a lo que la propia ACESA y ABERTIS declaran, quedando, lógicamente invalidada.

Por lo que respecta a la Hipótesis n.º 3: «Los acuerdos y los convenios alteran la captación, haciendo necesario corregir su efecto para aislar el impacto de los desdoblamientos» (pág. 39 dictamen pericial de CIMA).

⁴² Día 18 de enero de 2023 0:16:25.

En este caso, la hipótesis en sí no es mala, el problema es la aplicación que se hace de la misma, ya que solo considera los acuerdos y convenios que le convienen para su resultado, y no todos los vigentes (como, por ejemplo, la inducción de tráfico en la autopista generada por la exención de peaje en los movimientos internos para cualquier tipo de vehículo entre Salou y Altafulla/Torredembarra y en la circunvalación de Girona). Una prueba más de la práctica a la que nos tiene acostumbrados la demanda.

Por otro lado, esos tráficos «inducidos», no solo debían descontarse del tráfico de la autopista, sino añadirse al tráfico circulante por el itinerario libre, que es por el que hubieran circulado de no existir esa exención de peaje, lo que haría variar esa proporción teórica doblemente. Un efecto que no ha considerado.

Y, más a más, en todo caso, ACESA ha recibido una compensación económica del Estado por esos tráficos que no pagan peaje directamente, en virtud de los Convenios. Otra cuestión que deliberadamente se ha ignorado en la aplicación de esta hipótesis.

Por tanto, la aplicación sesgada de esta hipótesis, desvirtúa por completo los resultados obtenidos con la misma.

Y, por último, la Hipótesis n.º 4: «Tras la corrección de las series de tráfico por el efecto de los acuerdos, la captación de la AP-7 de ACESA es constante si no se producen desdoblamientos en las vías alternativas.»

Esta hipótesis es consecuencia de aplicar la hipótesis 1, una vez que se han aceptado las hipótesis 2 y 3. Por tanto, al quedar invalidadas las primeras, queda inexorablemente invalidada esta última.

Por tanto, ha quedado demostrado que el cálculo realizado en el dictamen pericial de CIMA, en el que se apoya la reclamación económica de la demanda, se ha realizado basándose en unos datos de partida erróneos y en unas hipótesis incorrectas desde el más puro aspecto conceptual, por lo que cualquier resultado del mismo queda desacreditado por completo.

En consecuencia, ACESA no ha demostrado que haya existido afección de algún tipo al tráfico de la AP-7 como resultado de los desdoblamientos realizados por la Dirección General de Carreteras entre 2006 y 2021.

3.2.10 Que los métodos de prueba utilizados por la demanda para afirmar que los tramos duplicados constituían una alternativa real, una vez que la autopista ha revertido al Estado y es libre de peaje, sean representativos.

El intento que ya manifestó la demanda en la ratificación pericial en la Sala, así como lo incluido en el escrito de conclusiones, manifiestan, o bien un absoluto desconocimiento del comportamiento de los usuarios de las carreteras y de los conceptos esenciales en que se basa la ingeniería de tráfico, o bien un nuevo intento de confundir a la Sala.

No es factible realizar una comparación de itinerarios entre la utilización de la autopista y el itinerario desdoblado alternativo, **a fecha actual**, como han realizado mediante la herramienta Google Maps, y pretender que representa la misma situación que se dio entre los años 2006 a 2021.

Comparando la información a fecha actual, es evidente que las condiciones de tráfico son completamente diferentes en 2023 que cuando se pusieron en servicio los desdoblamientos realizados por la Dirección General de Carreteras. No hace falta ser un experto en ingeniería de tráfico, simplemente con leer un poco la prensa cualquier persona es consciente de que **desde que la autopista AP-7 ha revertido y ya no hay que pagar peaje por ella, se ha llenado de tráfico hasta el punto de que sus niveles**

de servicio se han deteriorado muchísimo. Ello da lugar a que se obtengan resultados como los que reproducen en las conclusiones, en los que el navegador escoge el itinerario por las carreteras desdobladas.

Por otro lado, para cotejar el comportamiento del tráfico en ambos itinerarios, libre y de peaje, entre 2006 y 2021, tampoco basta sacar unas capturas de Google Maps.

En primer lugar, porque dependiendo del tipo de consulta que se haga, los resultados obtenidos probablemente solo tendrán en cuenta las distancias de los itinerarios planteados. Al ser distancias similares, los tiempos de recorrido serán similares (e incluso más cortos en el itinerario libre, pues su trazado va más recto).

En segundo lugar, porque, aunque Google Maps tuviera en cuenta información de velocidades de recorrido —que a día de hoy técnicamente es posible—, sería necesario una foto cada 15 minutos durante el periodo 2006-2021 para hacer un análisis adecuado de esa información y poder sacar alguna conclusión que pudiera ser representativa y, evidentemente, Google no disponía de esa tecnología en todo ese periodo temporal.

El motivo de esa exigencia es lo que varias veces reiteró a la Sala D. LSGM: **La diferente funcionalidad que presentan ambas infraestructuras dentro del sistema de transporte local y regional en los entornos de Girona y Tarragona.** Esa diferente función que tienen hace que ambas infraestructuras presenten un diferente comportamiento mensual, semanal, diario, horario e infrahorario.

Quiere decirse con ello que las horas punta en una zona industrial como la existente en el entorno de Girona o de uno de sus polígonos industriales, no coinciden con las horas punta en la circunvalación de peaje que supone la autopista AP-7.

Si se cotejara una foto de un momento de hora punta en la autopista de peaje con otra de una hora valle del itinerario libre, los resultados obtenidos no serían indicativos de nada. Y mucho menos si se dan circunstancias de que haya accidentes u obras en ese momento en una u otra infraestructura. Tampoco se puede obviar que el comportamiento de una carretera periurbana y de una carretera urbana son muy diferentes en un día laborable y en un día festivo; o en un miércoles o un viernes. Son cuestiones básicas en ingeniería de tráfico (y obvias para cualquier conductor).

Evidentemente, Google Maps tampoco tiene en cuenta en sus cálculos de tiempos estimados, las peripecias (y el tiempo de recorrido añadido) que había que hacer para salir de la autopista de peaje, incorporarse al itinerario libre, recorrer el trayecto común del tramo libre, para finalmente volver a la autopista. Con las correspondientes paradas para abonar el peaje.

Por tanto, no ha quedado demostrado que sea representativa la comparación realizada. Cualquier comparación que se realice en unas condiciones diferentes a las que existían cuando estaba vigente el convenio, y por tanto sus resultados, no son sencillamente admisibles.

3.2.11 Que haya habido impacto en el tráfico de la AP-7 como consecuencia de los desdoblamientos.

Con los datos, argumentos e informes presentados, la demanda no ha conseguido demostrar que haya habido impacto en el tráfico de la autopista AP-7 como consecuencia de los desdoblamientos de la N-II y N-340.

Esas expresiones de la demanda «...pero ninguna afección, ningún coche?...» carecen de rigor técnico y procesal. **Estamos debatiendo una demanda por cientos de millones de euros, y el hecho «aislado» de que «un» usuario decida «libre y voluntariamente»**

y «por razones que pueden no ser lógicas, pero sí respetables» cambiar «en alguna ocasión» su itinerario en la AP-7 por el correspondiente a los desdoblamientos de la N-II y N-340, no es, ni debe ser, representativo.

Y, como se ha indicado con anterioridad en estas conclusiones, no se trata de si un determinado número de vehículos abandonaban la autopista de peaje para incorporarse a la alternativa libre de peaje eludiendo abonar a ACESA 15 km de peaje (aproximadamente 1€), sino de si ACESA se vio perjudicada o no por los desdoblamientos realizados por la Dirección General de Carreteras.

Es el balance neto de entradas y salidas de vehículos en la autopista derivado de esas actuaciones lo que determina si hay perjuicio o beneficio para ACESA.

No solo ACESA no ha demostrado que existiera alguna afección al tráfico de la autopista, sino que como se ha expuesto en estas conclusiones, ACESA se vio claramente beneficiada por las actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio de Fomento.

Cuarta. A modo de colofón o conclusión final.

De lo expuesto ha quedado demostrada la falta de fundamento legal de las pretensiones del recurrente.

Incluso se ha demostrado que las pretensiones sobre abono del saldo de compensación por la supuesta e inexistente garantía de tráfico, no solo no tienen base legal, sino que, además, es una reiteración de pretensiones ya rechazadas mediante sentencias firmes y con fuerza de cosa juzgada material y que al ejercitarse incluso conjuntamente se pretende un enriquecimiento sin causa.

La parte recurrente lo sabe y por eso, de forma subsidiaria, y sobre la base ficticia de que el Acuerdo de interpretación del convenio hecho por el Consejo de Ministros a iniciativa suya y confirmado por sentencia firme de ese Alto Tribunal sería una modificación unilateral, pide que se determine parcialmente esa pretensión en ejecución de sentencia.

Tesis esta que vuelve a replantear las pretensiones rechazadas en firme por esa Sección y Sala. Debe recordarse que la parte recurrente interpuso recurso de nulidad de actuaciones, inadmitido mediante providencia de ese Alto Tribunal y que nunca interpuso el amparo anunciado frente a dicha sentencia.

Se ha demostrado que se han abonado ya las inversiones realizadas, correspondientes a la compensación del convenio y que no procede abonar más inversiones que, o bien no se han tramitado con arreglo a derecho y no han sido autorizadas legalmente, o bien traen causa de defecto de proyecto imputables al concesionario o sencillamente de inversiones que son de su cuenta por formar parte del riesgo de explotación de la autopista. A ello se suma la reclamación de inversiones ya abonadas (como el 1% cultural, por ejemplo).

Prueba de ello es el «totum revolutum» de inversiones de todo tipo y de nula justificación que el recurrente trae el proceso contra su comportamiento y, en muchas ocasiones, el más elemental sentido común en un ejercicio claro de «por si acaso» que soslaya el convenio, su marco legal y la conducta observada por el recurrente que ha consentido en firme buena parte de lo que ahora vuelve a reclamar.

Ha quedado demostrado que los llamados desdoblamientos, en entorno urbano, y muy limitados, no han impactado en el tráfico de la autopista reduciéndolo y por eso no se puede activar esa garantía del convenio, sino que ha de estarse justamente a lo pactado.

Incluso se ha demostrado que el recurrente reclama dos veces lo mismo, de otra forma no se entiende que pida compensación por garantía de tráfico y compensación por impacto de los desdoblamientos en el tráfico, en un ejercicio de pretensiones que de estimarse provocarían el enriquecimiento sin causa del recurrente.

Y sobre todo los ejemplos gráficos que esta Abogacía destaca y son acreditadas, demuestran el ejercicio temerario del recurso aquí presentado.

Por todo ello procede resolver este proceso por medio de sentencia que desestime íntegramente el recurso.

CONTRATO DE SERVICIOS

7.23 INFORME SOBRE LA FORMA DE GESTIÓN DEL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN DEL CENTRO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN SOBRE LA EVOLUCIÓN HUMANA

Resumen: El objeto del informe es interpretar el alcance de la gestión por un tercero del sistema interno de información en el CENIEH al amparo del artículo 6 de la Ley 2/2023. El criterio de esta Abogacía del Estado es que la gestión por terceros del sistema interno de información no tiene que limitarse a tiene la recepción de informaciones sino que puede comprender actuaciones jurídicas.

Por el Gerente del Centro Nacional de Investigación sobre la Evolución Humana —en lo sucesivo CENIEH— se solicita informe sobre el alcance de la gestión del sistema interno de información en el CENIEH.

Examinados la Ley 2/2023, de veinte de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción; la Ley 9/2017, de ocho de noviembre, de Contratos del Sector Público; el Real Decreto Legislativo 5/2015, de treinta de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley 40/2015, de uno de octubre, del Régimen Jurídico del Estado; y los informes de la Abogacía General del Estado número A. G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021) y número A. G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/23 (R-499/2023); esta Abogacía tiene el honor de emitir informe, en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Único. Solicitud de informe.

En fecha de dieciocho de mayo de dos mil veintitrés, el Gerente del CENIEH solicitó informe sobre el alcance de la gestión del sistema interno de información en el CENIEH.

Al que es de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. OBJETO DEL INFORME

El objeto del informe es interpretar el alcance de la gestión por un tercero del sistema interno de información en el CENIEH al amparo del artículo 6 de la Ley 2/2023, de veinte

de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción —en lo sucesivo Ley 2/2023—.

En resumen, la petición de informe pretende aclarar si la gestión por un tercero del sistema interno de información en el CENIEH debe limitarse a «la recepción de informaciones» o puede ir más allá, extendiéndose a la instrucción del procedimiento y a la redacción de la propuesta de resolución.

El criterio de esta Abogacía del Estado es que la gestión por terceros del sistema interno de información no tiene que limitarse a «la recepción de informaciones» sino que puede comprender actuaciones jurídicas.

A continuación, se exponen los criterios seguidos por esta Abogacía del Estado para llegar a esta conclusión.

II. LEY 2/2023

Tal y como se expone en la solicitud de informe, la Ley 2/2023 impone la necesidad de contar con un sistema público de información, al amparo del artículo 4, en su segundo apartado, que dice:

«2. Las personas jurídicas obligadas por las disposiciones del presente título dispondrán de un Sistema interno de información en los términos establecidos en esta ley.»

Y este sistema interno de información se puede gestionar directamente por la propia entidad o acudiendo a terceros externos, al amparo del artículo 6, en su primer apartado, de la Ley 2/2023, que dice:

«1. La gestión del Sistema interno de información se podrá llevar a cabo dentro de la propia entidad u organismo o acudiendo a un tercero externo, en los términos previstos en esta ley. A estos efectos, se considera gestión del Sistema la recepción de informaciones.»

La Ley es clara cuando dice que la «se considera gestión del Sistema la recepción de informaciones.» Todo ello, sin perjuicio de que se puedan contratar más servicios con la entidad que lleve a cabo la gestión del Sistema interno de información.

Se discrepa de la solicitud de informe en cuanto al ámbito de aplicación de la regulación de la gestión del sistema interno de información por tercero externo referida al amparo del artículo 15, en su primer apartado, de la Ley 2/2023, que dice:

«La gestión del Sistema interno de información por un tercero externo en el ámbito de la Administración General del Estado, las Administraciones autonómicas y ciudades con Estatuto de Autonomía y las Entidades que integran la Administración Local solo podrá acordarse en aquellos casos en que se acredite insuficiencia de medios propios, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 apartado 4 letra f) 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. Esta gestión comprenderá únicamente el procedimiento para la recepción de las informaciones sobre infracciones y, en todo caso, tendrá carácter exclusivamente instrumental.»

A diferencia de lo analizado en la solicitud de informe, este artículo solo es aplicable a la Administración General del Estado, no a organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública, así como aquellas otras asociaciones y corporaciones en las que participen Administraciones y organismos públicos —siguiendo la dicción del artículo 13, apartado 1, letra b) de la Ley—.

En consecuencia, el artículo no es aplicable al Centro Nacional de Investigación sobre la Evolución Humana.

III. ALCANCE DE LA GESTIÓN POR TERCEROS

Dado que el artículo 15 de la Ley 2/2023 no es aplicable al CENIEH es necesario analizar el alcance de la gestión por tercero del Sistema interno de información.

3.1 La gestión por terceros externos es un caso claro de gestión indirecta de servicios públicos por medio del contrato administrativo de servicios. Tal y como se ha dicho, no es necesario que se limite a la «la recepción de informaciones.»

El contrato administrativo de servicios no puede celebrarse cuando el servicio que se pretende contratar conlleve el ejercicio de «autoridad inherente a los poderes públicos», al amparo del artículo 17 de la Ley 9/2017, de ocho de noviembre, de Contratos del Sector Público, que dice:

«Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.»

Esta norma tiene su correlato en la normativa sobre función pública. En concreto, corresponde a los funcionarios públicos —y en su caso a los funcionarios interinos— el ejercicio de funciones que conlleven el ejercicio de una potestad pública, al amparo del artículo 9, en su segundo apartado, del Real Decreto Legislativo 5/2015, de treinta de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que dice:

«2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.»

Por tanto, se podría decir que no se puede celebrar un contrato administrativo de servicios cuando las prestaciones de hacer consistan en el ejercicio de potestades públicas. Y no se puede contratar como prestación de hacer el ejercicio de potestades públicas porque el ejercicio de estas corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos.

3.2 Llegados a este punto es necesario dotar de contenido a los conceptos jurídicos indeterminados «potestades públicas» y «ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.»

Y siguiendo esta línea de argumentación, es necesario acudir a la doctrina que emana de la Abogacía General del Estado, en su informe A. G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021) y su superación por doctrina posterior.

En el primer informe, la Abogacía General del Estado estudia el ámbito en el que se puede emplear el encargo a medios propios en un Organismo Autónomo como es una Confederación Hidrográfica. Con esta finalidad, determina el objeto de los contratos de servicios y concluye que el encargo a medios propios —vale lo mismo el contrato de servicios— no puede implicar el ejercicio de potestades públicas. Y lo que es más importante, considera que la potestad es el poder jurídico conferido por una norma con rango de Ley cuyo ejercicio incide en la esfera jurídica del administrado: imponiendo una situación sin su consentimiento.

Se invoca la consideración jurídica cuarta del informe A. G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021), que se reproduce en lo necesario:

«Aunque dicho precepto legal no contenga una expresa previsión de que el **encargo no implique el ejercicio de potestades públicas, ha de entenderse que ello es así**. En efecto, el objeto de los encargos a medios propios, conforme resulta del artículo 32.1, inciso inicial, de la LCSP no son sino “las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios”, tal y como estos tipos o categorías contractuales son definidos en el propio texto legal.

Así las cosas, resulta indudable que las prestaciones que caracterizan al contrato de obras, contrato de concesión de obras y contrato de suministro no pueden entrañar el ejercicio de potestades públicas, dada la definición, por razón de su objeto, de estos contratos. Lo propio ocurre con el contrato de servicios, dado que el artículo 17 de la LCSP, al definir este contrato, dispone terminantemente que “no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”, locución esta última sinónima a la de potestades públicas; lo mismo acontece con el contrato de concesión de servicios, toda vez que el artículo 284.1 de la LCSP dispone, en su inciso segundo, que “en ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.”

En el concepto de potestades públicas o, en palabras de los artículos 17 y 284.1 de la LCSP, “autoridad inherente a los poderes públicos” han de entenderse comprendidos los actos jurídicos, toda vez que, partiendo del concepto técnico-jurídico de potestad, ésta, en cuanto **poder jurídico conferido por norma con rango de ley cuyo ejercicio incide en la esfera jurídica del administrado imponiéndole una determinada situación sin su consentimiento**, se materializa mediante actos jurídicos; a lo dicho debe añadirse que, al menos en el ámbito de la Administración del Estado, resulta impensable, dado el régimen dispuesto por la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, la existencia de encargos que tengan por objeto la prestación de servicios jurídicos (asesoramiento en Derecho y representación y defensa en juicio).

Es por ello por lo que los encargos a que se refiere el artículo 32 de la LCSP han de consistir exclusivamente, cuando las prestaciones objeto del encargo sean las propias del contrato de servicios y queden referidas a procedimientos administrativos (servicios de apoyo a la gestión de expedientes administrativos), en actuaciones meramente materiales o técnicas, como son, a título ejemplificativo, la gestión de trámites, seguimiento y control del estado de tramitación de expedientes,

recopilación de datos o información, identificación o localización de interesados y operaciones aritméticas. A esta delimitación positiva debe añadirse una de carácter negativo, consistente **en que no podrán ser objeto de encargo actuaciones jurídicas, entre las que característicamente cabe citar las de apreciación de suficiencia de poderes, admisión y denegación de pruebas, valoración de éstas, elaboración de propuestas de resolución y resolución de quejas y reclamaciones incidentales del procedimiento y otras actuaciones análogas.»**

La negrita es de esta parte.

En suma, un Organismo Autónomo —o una Administración Territorial— puede contratar con un tercero toda prestación de hacer consistente en aquello que no incida en la esfera jurídica del administrado imponiéndole una determinada situación sin su consentimiento. E incide en la esfera jurídica del administrado imponiéndole una determinada situación sin su consentimiento las actuaciones jurídicas —consistentes en apreciación de suficiencia de poderes, admisión y denegación de pruebas, valoración de éstas, elaboración de propuestas de resolución y resolución de quejas y reclamaciones incidentales del procedimiento y otras actuaciones análogas—.

Más adelante, la Abogacía del Estado ha modificado en su informe número A. G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/23 (R-499/2023) el criterio. La modificación del criterio es acreedora de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo número 469/2023, de doce de abril de dos mil veintitrés, dictada en el recurso de casación número 8778/2021 y en el que se fija la siguiente doctrina:

«En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada procede señalar que, 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.

Es por ello que debe estimarse el recurso de casación y procede casar la sentencia de instancia al no apreciarse un motivo de nulidad de pleno derecho en el procedimiento administrativo tramitado, debiendo acordarse la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia para que el Tribunal Superior de Justicia dicte una nueva en la que, sin apreciar la nulidad del procedimiento administrativo, se pronuncia sobre las restantes cuestiones planteadas en la instancia.»

La Abogacía General del Estado asume este criterio en el citado informe número A. G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/23 (R-499/2023).

3.3 Sin embargo, esta doctrina solo es aplicable a Administraciones Territoriales dado que son aquellas que ejercitan potestades públicas.

Los actos jurídicos emanados del CENIEH no inciden en la esfera jurídica del administrado imponiéndole una determinada situación sin su consentimiento, en base a:

— El CENIEH es «una instalación científica y tecnológica abierta al uso de la comunidad científica y tecnológica nacional que desarrolla en el propio centro

investigaciones científicas en el ámbito de la evolución humana durante el Plioceno y Pleistoceno, promoviendo la sensibilización y transferencia de conocimientos a la sociedad, impulsando y apoyando la realización y colaboración en excavaciones de yacimientos de estos periodos, tanto españoles como de otros países. Además el CENIEH es responsable de la conservación, restauración, gestión y registro de las colecciones paleontológicas y arqueológicas procedentes de las excavaciones de Atapuerca y otros yacimientos arqueológicos y paleontológicos tanto nacionales como internacionales de similares características que lleguen a acuerdos con el centro», al amparo del segundo apartado del artículo 3 de la resolución de seis de agosto de dos mil dieciocho, de la Secretaría General de Coordinación de Política Científica, por la que se aprueba la modificación de Estatutos del Consorcio «Centro Nacional de Investigación sobre la Evolución Humana.»

— El CENIEH no ejerce potestades públicas, siguiendo lo dictado al amparo del apartado segundo del artículo 118 de la Ley 40/2015, de uno de octubre, del Régimen Jurídico del Estado, que dice:

«2. Los consorcios podrán realizar actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes.»

— Como consecuencia de lo anterior, el personal no tiene que ser necesariamente funcionario, al amparo del artículo 121 de la Ley 40/2015, de uno de octubre, del Régimen Jurídico del Estado, que dice:

«El personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral y habrá de proceder de las Administraciones participantes, en cuyo caso su régimen jurídico será el de la Administración Pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquella.

Excepcionalmente, cuando no resulte posible contar con personal procedente de las Administraciones participantes en el consorcio en atención a la singularidad de las funciones a desempeñar o cuando, tras un anuncio público de convocatoria para la cobertura de un puesto de trabajo restringida a las administraciones consorciadas, no fuera posible cubrir dicho puesto, el Ministerio de Hacienda y Función Pública, u órgano competente de la Administración a la que se adscriba el consorcio, podrá autorizar la contratación de personal por parte del consorcio para el ejercicio de dichas funciones, en los términos previstos en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.»

— En consecuencia, se presume que los consorcios no se ejercen «potestades públicas» que se impongan imperativamente a los ciudadanos dado que están integrados por personal laboral.

Y, para mejor ilustración, las «actuaciones jurídicas» —reservadas a funcionarios según el informe A. G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021)— son desempeñadas por Abogados del Estado mediante la suscripción previa de un convenio al amparo del artículo 1 de la Ley 52/1997, de veintisiete de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Es más, en caso de conflicto de intereses la defensa del consorcio puede que no sea asumida por el Abogado del Estado al amparo del artículo 5 de la misma Ley 52/1997, de veintisiete de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas: en esos casos habrá que contratar a un Abogado particular por medio de un contrato de servicios.

En síntesis, como el CENIEH no ejerce potestades públicas la gestión del Sistema interno de información no tiene que limitarse a la recepción de informaciones, sino que puede extenderse también a actuaciones jurídicas. Es decir, puede encargarse a un tercero por medio del contrato administrativo de servicios la apreciación de suficiencia de poderes, admisión y denegación de pruebas, valoración de éstas, elaboración de propuestas de resolución y resolución de quejas y reclamaciones incidentales del procedimiento y otras actuaciones análogas dejando la resolución a los órganos competentes del CENIEH.

En conclusión, la gestión del Sistema interno de información puede extenderse más allá de la recepción de informaciones.

A los que son de aplicación las siguientes,

CONCLUSIONES:

Única. Gestión del sistema interno de información.

Se puede celebrar un contrato de servicios de gestión del Sistema interno de información que comprenda actuaciones jurídicas.

Es cuanto procede Informar. Este informe no tiene carácter vinculante. En consecuencia, todo lo anterior se somete a la consideración de V. I. que, no obstante, decidirá.

MODIFICACIÓN

8.23 MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO DE SERVICIOS. INCREMENTO DE LOS PRECIOS DEL CONTRATO

Resumen: Imprudencia de acordar una modificación no prevista del contrato —al amparo de lo dispuesto en el artículo 205 de la LCSP— como consecuencia del incremento sobrevenido de los precios de los productos objeto del contrato, ni aplicar los mecanismos de la revisión ordinaria y extraordinaria de precios.

Examinado, al amparo de lo dispuesto en la Instrucción 3/2010, de 17 de mayo, sobre identificación y tratamiento de asuntos relevantes en el ámbito de la Abogacía del Estado y actuación procesal y consultiva de los Abogados del Estado, su borrador de informe sobre la posibilidad de acordar la modificación de un contrato de servicios por el incremento de los precios del contrato, la Abogacía General del Estado emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

1.º) El Coronel Jefe de la XIII Zona de la Guardia Civil solicitó informe a la Abogacía del Estado en Cantabria sobre la posibilidad de acordar la modificación del contrato suscrito para la «Instalación y explotación de máquinas expendedoras de bebidas y alimentos sólidos en diversos acuartelamientos de la XIII Zona de la Guardia Civil (Cantabria)», a consecuencia del incremento de los precios de los productos que se dispensan en las máquinas expendedoras por circunstancias sobrevenidas vinculadas al contexto económico general.

2.º) La Abogacía del Estado en Cantabria eleva consulta a este Centro Directivo sobre la referida cuestión, adjuntando la correspondiente propuesta de informe en el que, previas las consideraciones jurídicas que estima pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

«Primera. No resulta posible tramitar como modificación contractual al amparo del art. 205.2.b de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la modificación propuesta del contrato de servicios para la instalación y explotación de máquinas expendedoras de bebidas y alimentos sólidos en diversos acuartelamientos de la XIII Zona de la Guardia Civil (Cantabria), EXPEDIENTE: GC/CA/ME/01-19, consistente en un aumento de los precios de determinados productos ofrecidos en las máquinas expendedoras. Por el contrario, la modificación propuesta constituye, materialmente, una revisión de precios.

Segunda. En base a la información y la memoria remitidas a esta Abogacía, no resulta posible realizar la modificación propuesta en base a la potestad de revisión de precios de los contratos.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Este Centro Directivo comparte los acertados razonamientos del borrador de informe que se eleva a consulta, y ello por los motivos que seguidamente se exponen.

El artículo 203 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), bajo la rúbrica «Potestad de modificación del contrato», dispone que:

«1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.

2. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204;

b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205 [...]»

Por lo que respecta a las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el artículo 205 de la LCSP establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

«1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

[...]

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación 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.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.»

Partiendo de la redacción del precepto parcialmente transcrito —en lo que resulta pertinente para la consulta— se deben hacer las siguientes consideraciones:

— La modificación de un contrato público ha de afectar a la prestación que constituye su objeto, ello sin perjuicio de que la modificación de la prestación del contrato necesariamente conlleve una modificación del precio.

— Ha de tratarse de una modificación no sustancial del contrato.

Pues bien, en el supuesto examinado la modificación propuesta afecta exclusivamente a un elemento esencial del contrato, el precio, —no a la prestación que constituye su objeto— y cuya modificación se sujeta a un régimen legal específico en la normativa contractual.

La posibilidad de modificar un contrato por el incremento de los precios del contrato se ha visto rechazada tanto por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, como por la doctrina general de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

En efecto, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de noviembre de 2017, analizando un supuesto de modificación no prevista (bajo la vigencia del artículo 107 del derogado 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), confirma el presupuesto de la sentencia impugnada cuando afirma que « [...] en el supuesto enjuiciado, las “modificaciones no previstas” a las que se refiere el artículo 107 reseñado, se ciñen a las “prestaciones” o “actuaciones” objeto del proyecto modificado, y no al precio o coste de tales prestaciones o actuaciones [...], y declara que: “[...] la modificación en el coste o precio que pretendía la parte recurrente no tenía encaje en los preceptos que ahora se denuncian como infringidos, sin una correspondiente alteración de la actuación o prestación prevista en el proyecto original previo [...]”.»

Por su parte, el TACRC en la resolución n.º 27/2020, de 9 de enero de 2020, en un supuesto de modificación del objeto del contrato —en concreto, de las vacunas a suministrar— considera que la modificación pretendida —no estando prevista en los pliegos—, ha de considerarse como una modificación de carácter sustancial cuya admisión incumple las prescripciones de los artículos 204 y 205 de la LCSP —con infracción de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia— y ello, aun cuando dicha modificación pudiera responder a circunstancias sobrevenidas imposibles de prever en el momento en el que tuvo lugar la licitación. En la referida resolución, el TACRC cita como fundamento de sus conclusiones la doctrina que acoge la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-549/14) cuando declara que:

« [...] “28 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Concorre esta circunstancia cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06).”

“30. En principio, no es posible introducir una modificación sustancial en un contrato público ya adjudicado mediante una negociación directa entre el poder adjudicador y el adjudicatario, pues ello requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato

así modificado (véase, por analogía, la sentencia de 13 de abril de 2010, Wall, C-91/08, EU: C:2010:182, apartado 42). Solo cabría una conclusión diferente en el caso de que esa modificación ya se hubiera previsto en las cláusulas del contrato inicial (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06).”

“37. En efecto, aunque el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia deben respetarse incluso en relación con los contratos públicos especiales, ello no impide tomar en consideración los rasgos específicos de tales contratos. La conciliación de este imperativo jurídico y de esta necesidad concreta requiere, por una parte, un respeto estricto de las condiciones del contrato establecidas en la documentación del mismo hasta que finalice la fase de ejecución de ese contrato, pero también, por otra parte, la posibilidad de establecer expresamente en esa documentación la facultad del poder adjudicador de adaptar determinadas condiciones de dicho contrato, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación. Al establecer expresamente esa facultad y determinar el modo de aplicarla en dicha documentación, el poder adjudicador garantiza que todos los operadores económicos interesados en participar en ese contrato tengan conocimiento de ello desde el principio y se encuentren así en pie de igualdad en el momento de formular su oferta (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99).”

“38. En cambio, si estas previsiones no figuran en la documentación del contrato, la necesidad de aplicar idénticas condiciones a todos los operadores económicos en un contrato público dado exige, en caso de modificación sustancial del contrato, abrir un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99).”

En el mismo sentido —si bien de forma más específica en lo que atañe a la cuestión objeto de la consulta—, la resolución n.º 436/2022, de 7 de abril de 2022 del TACRC —que se cita en el borrador de informe que se eleva a consulta— estimó el recurso especial interpuesto por un licitador contra el acuerdo de modificación de un contrato que implicaba un incremento de los precios unitarios de adjudicación, al considerar que dicha modificación no estaría permitida con arreglo a la jurisprudencia del TJUE —por todas, sentencias de 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/2014, y de 19 de junio de 2008, C-454/2006— al afectar al precio como elemento esencial del contrato. En esta resolución, el TACRC acoge la doctrina sentada en la Recomendación de 10 de diciembre de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación en relación con las consecuencias de la alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el Convenio Colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público, a la que también se alude en el proyecto de informe, y que dispone:

« [...] Desde el punto de vista material una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado. No parece que la variación de las circunstancias derivadas de la negociación colectiva laboral deba ser soportada o absorbida por la entidad contratante pues esto no es un imperativo legal, porque esta circunstancia ya venía sucediendo con anterioridad a la entrada en vigor de la actual ley, por más que en ella se cite expresamente

recogiendo el desiderátum de la Directiva en el sentido de que se respeten las condiciones fijadas en los convenios colectivos, y porque ello representaría un problema cuantitativa y cualitativamente muy relevante en la gestión de los contratos públicos [...]»

En consecuencia, por aplicación de la anterior doctrina, el incremento sobrevenido del precio de determinadas materias primas únicamente puede articularse a través del mecanismo de la revisión de precios previsto en el artículo 103 de la LCSP, siendo éste el mecanismo habitual para compensar el incremento del precio de los contratos.

Así las cosas, no cabe admitir el reequilibrio de los precios de los contratos públicos alterado por circunstancias sobrevenidas a través del mecanismo legal de las modificaciones no previstas en los pliegos que regula el artículo 205 de la LCSP.

La anterior doctrina —la imposibilidad de acudir a una modificación contractual ante el imprevisible incremento del coste de los precios del contrato, debiendo acudir al mecanismo de revisión de precios, si resulta procedente—, ha sido acogida de forma reiterada en numerosos informes de este Centro Directivo, con especial referencia al informe de 10 de marzo de 2023 (Ref.: A. G. Entes Públicos 14/23, R-113/2023), en el que, con cita del informe de 13 de diciembre de 2022 (Ref.: A. G. Transición Ecológica y Reto Demográfico 12/22, R-1010/2022), se señala lo siguiente:

«Con carácter previo al examen de esta cuestión, se ha de descartar la aplicación de la modificación contractual para dar solución a estos supuestos, tal y como se razonó en el ya citado informe de 13 de diciembre de 2022:

“[...] este Centro Directivo considera pertinente confirmar que, en supuestos como el que se examinan —en los que el contratista solicita una modificación del contrato ante el inesperado e imprevisible incremento del coste de los materiales necesarios para la ejecución—, no procede acudir a la figura de la modificación contractual sino, distintamente, al mecanismo de revisión de precios.”

Efectivamente, al comenzar la regulación de la modificación contractual, el artículo 203 de la LCSP declara lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.

[...]”

Quiere ello decir que el legislador deslinda del concepto técnico-jurídico de “modificación contractual” una serie de supuestos que, pese a implicar una alteración (subjettiva, objetiva o temporal) del contrato, cuentan con una regulación propia y específica en la Ley distinta de la modificación contractual propiamente dicha; en concreto, se rigen por preceptos propios y específicos los supuestos de sucesión en la persona del contratista (artículo 98 LCSP) y cesión del contrato (art. 214 LCSP) —que constituyen modificaciones de uno de los términos subjetivos del contrato—; la ampliación del plazo de ejecución (que entraña una modificación del elemento temporal del contrato); y la revisión de precios (que implica una modificación del elemento objetivo del precio). Por exclusión, la modificación contractual propiamente dicha afecta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 203 de la LCSP, el elemento objetivo de la prestación, esto es, al objeto del contrato propiamente dicho.

Así lo ha declarado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE). En el informe 87/2021, la Junta declaró que “Debemos partir de la consideración de que, desde el punto de vista técnico jurídico y, atendiendo a una interpretación estricta, lo cierto es que las modificaciones de los contratos afectan única y exclusivamente a su objeto, no a su duración”. Ello sin perjuicio de que la modificación de la prestación u objeto propiamente dicho pueda conllevar, en algunos casos, una ampliación del plazo de ejecución: “En casos como los mencionados, aunque desde el punto de vista técnico la modificación de un contrato público ha de afectar a la prestación que constituye su objeto, la íntima e inseparable relación que puede existir entre dicho objeto y el tiempo que se necesita para desarrollar su ejecución puede permitir prever de antemano la necesidad de alterar este aspecto de la propia prestación mediante una modificación prevista en el contrato por la concurrencia de determinadas circunstancias previstas y determinadas.”

En su Recomendación de 10 de diciembre de 2018, la JCCPE indica que “desde el punto de vista material una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado.”

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 436/2022, de 7 de abril, asume este criterio de la JCCPE y lo refuerza con pronunciamientos jurisprudenciales: “Coincide en esta visión, la sentencia 1823/2017, del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre, cuando dice que “las modificaciones no previstas” a las que se refiere el artículo 107 reseñado, se refieren a las “prestaciones” o “actuaciones” objeto del proyecto modificado, y no al precio o coste de tales prestaciones o actuaciones...”

En consecuencia, el incremento de los costes de los materiales asociados a la ejecución de la obra no constituye un supuesto de modificación contractual sino de revisión de precios, por lo que procede atender, en consecuencia, a lo dispuesto al efecto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) —revisión de precios ordinaria del artículo 103.4 de la LCSP— y, en su caso, a la revisión extraordinaria de precios contemplada en el Real Decreto-ley 3/2022.”

En suma, y a modo de recapitulación, el incremento de los costes de los precios del contrato no constituye un supuesto de modificación contractual —al afectar a un elemento esencial de la relación contractual— sino de revisión de precios.

II

Sentada la anterior conclusión —la imposibilidad de acudir al instrumento de la modificación contractual no prevista en el PCAP y que regula el artículo 205 de la LCSP para hacer frente al incremento sobrevenido de los precios de un contrato—, procede examinar si, en el supuesto consultado, es posible acudir al instrumento de la revisión ordinaria de precios que contempla el artículo 103 de la LCSP.

Recientemente, la disposición final 7.2 de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o

producidos por materiales radiactivos (Ley 11/2023, de 8 de mayo), ha modificado el apartado 2.º del artículo 103 de la LCSP, que queda redactado como sigue:

«2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado.

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto.

No obstante, previa justificación en el expediente, podrá admitirse la revisión de precios en los contratos que no sean de obras, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas o de suministro de energía, aunque su período de recuperación de la inversión sea inferior a cinco años siempre que la suma de la participación en el presupuesto base de licitación del contrato de las materias primas, bienes intermedios y energía que se hayan de emplear supere el 20 por ciento de dicho presupuesto. En estos casos la revisión solo podrá afectar a la fracción del precio del contrato que representa dicha participación. El pliego deberá indicar el peso de cada materia prima, bien intermedio o suministro energético con participación superior al 1 por ciento y su respectivo índice oficial de revisión de precios. No será exigible para la inclusión en los pliegos de la fórmula de revisión a aplicar al precio del contrato la emisión de informe por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado. [...]»

Se observa, por tanto, que el legislador ha ampliado los supuestos en los que cabe la revisión de precios —previa justificación en el expediente— extendiéndola a otros contratos diferentes de los “contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años”, en las condiciones que prescribe el último párrafo del apartado 2.º del artículo 103 de la LCSP.

Ahora bien, tratándose de un contrato de servicios adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación operada en el artículo 103.2 de la LCSP por la Ley 11/2023, de 8 de mayo, no concurre el presupuesto temporal para la aplicación de la revisión de precios que contempla el artículo 103.2 de la LCSP —en su vigente redacción—, y ello, por aplicación de lo dispuesto en el apartado 2.º de la disposición transitoria 1.ª de la LCSP, cuando establece que:

«2. 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.»

De esta forma, en el supuesto examinado resulta de aplicación la redacción del artículo 103 de la LCSP vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, y cuyo apartado 1.º disponía que: «Salvo en los contratos no sujetos a regulación armonizada a los que se refiere el apartado 2 del artículo 19, no cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.»

Así las cosas, y puesto que el contrato de servicios al que se refiere la consulta no tiene encaje en ninguno de los supuestos que contempla el artículo 19.2 de la LCSP, no concurre el presupuesto objetivo que permite la aplicación de la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos, considerando además que, tal y como se indica en el proyecto de informe, el contrato que se considera no contempla la revisión de precios (apartado 30.2 del PCAP).

Asimismo, tampoco es posible acudir al mecanismo extraordinario de revisión de precios —contemplado para determinado tipo de contratos a través del Real Decreto-ley 3/2002, de 1 de marzo y sus sucesivas modificaciones—, específicamente concebido para compensar a los contratistas cuando el mecanismo legal ordinario de revisión de precios resulte insuficiente, puesto que tal revisión excepcional de precios no opera en el caso de contratos de servicios.

Por lo anteriormente expuesto, este Centro Directivo confirma el criterio que se recoge en el borrador de informe que se eleva a consulta conforme al cual la modificación pretendida no tiene encaje en los supuestos de modificaciones no previstas en los pliegos que regula el artículo 205 de la LCSP, al afectar a un elemento esencial del contrato como es el precio, que tiene un régimen de modificación específico en la LCSP, no siendo posible la revisión de precios que regula el artículo 103 de la LCPS, al no concurrir los presupuestos de aplicación.

III

Resta indicar que, ante la imposibilidad legal de acudir a la modificación no prevista en el PCAP, ni a los mecanismos de la revisión ordinaria ni excepcional de precios, debe considerarse lo dispuesto en el último párrafo del artículo 203.2 de la LCSP, cuando dispone que:

«[...] En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.»

En el supuesto examinado y puesto que, según resulta de los antecedentes de la consulta que se recogen en el borrador de informe, el contrato —suscrito el 10 de marzo de 2020 por un periodo de duración de dos años— contempla la posibilidad de prórroga —no obligatoria— hasta un máximo de 5 años, el órgano de contratación podrá optar por no prorrogar el contrato una vez finalizado el plazo de duración contractual.

En consideración a lo expuesto, la Abogacía General del Estado formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Este Centro Directivo comparte el criterio del borrador de informe que se eleva a consulta, con arreglo al cual no procede acordar una modificación no prevista del contrato —al amparo de lo dispuesto en el artículo 205 de la LCSP— como consecuencia del incremento sobrevenido de los precios de los productos objeto del contrato, ni cabe aplicar los mecanismos de la revisión ordinaria y extraordinaria de precios.

9.23 POSIBLE CONSIDERACIÓN DE LA MODIFICACIÓN A LA BAJA DEL OBJETO DE UN CONTRATO DE SUMINISTRO COMO MODIFICACIÓN SUSTANCIAL AL AMPARO DEL ARTÍCULO 205 C) LCSP

Resumen: Las modificaciones a la baja del objeto del contrato no deben ser consideradas como modificaciones sustanciales, toda vez que, a la vista del artículo 205 LCSP— que se aparta de su precedente, el artículo 107.3 TRLCSP—, solo pueden entenderse como modificaciones sustanciales las ampliaciones del ámbito del contrato, pero no las reducciones o minoraciones de su objeto, aun cuando se superen los porcentajes señalados en el artículo 205 LCSP.

Examinado, al amparo de lo dispuesto en la Instrucción 3/2010, de 17 de mayo, sobre identificación y tratamiento de asuntos relevantes en el ámbito de la Abogacía del Estado y actuación procesal y consultiva de los Abogados del Estado, su proyecto de informe sobre la propuesta de modificación del contrato de suministro de equipos para tratamiento con protonterapia y equipamiento electromédico del Ministerio de Sanidad, esta Abogacía General del Estado emite informe en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

1.º) Por la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia del Ministerio de Sanidad se solicitó informe a la Abogacía del Estado en el Ministerio sobre la posible modificación del contrato de suministro de equipos para tratamiento con protonterapia y equipamiento electromédico del Ministerio de Sanidad.

2.º) En el borrador de informe que se eleva a consulta se recogen los siguientes antecedentes:

«1. Con fecha 2 de diciembre de 2022 y tras la tramitación del correspondiente procedimiento se suscribió entre el Ministerio de Sanidad y la empresa X el contrato que tiene por objeto el suministro de equipos para tratamiento con protonterapia y equipamiento electromédico del Ministerio. La citada empresa presentó una oferta integradora que incluía los lotes 1 + 2 + 3, por importe de doscientos sesenta y tres millones quinientos treinta y ocho mil euros (263.538.000 €) IVA incluido, distribuido en cuatro anualidades.

Los equipos adjudicados en los tres lotes son equipos compactos de idénticas características, aunque en el lote 2 el equipo se acompaña de un conjunto de sistemas necesario para la generación del haz que permita su expansión a una segunda sala y en el lote 3 dos equipos compactos completos comparten ubicación en dos salas contiguas. La instalación de los equipos requiere, en su caso, la realización de obras por parte de las Comunidades Autónomas destinatarias de los mismos, cuyos servicios de salud van a ser los encargados de recibir los equipos y de su puesta en marcha.

2. Según se expone en la documentación que acompaña a la petición de informe, el conflicto bélico de Ucrania ha supuesto un importante incremento en el importe de las obras que deben ser acometidas por las Comunidades Autónomas, lo que va a implicar la suspensión o el retraso en la construcción del bunker para la instalación de un segundo equipo. Además, el incremento inesperado de los costes de construcción de los denominados bunkers traerá consigo que la expansión de los equipos sea a largo plazo, con un mínimo de ocho años, lo cual, teniendo en cuenta que la protonterapia es una tecnología nueva y que está en constante evolución, va a condicionar a las CCAA a una alta inversión para evolucionar a un segundo equipo con la tecnología actual y no aprovechar la evolución futura de dicha tecnología.

3. Se propone por consiguiente la modificación del contrato, de manera que se renuncie a los sistemas añadidos al lote 2 que permiten la expansión del haz fijo, entendiéndose que tal modificación no altera la naturaleza global del contrato y que el coste de dicha modificación es a la baja y del 2,1% del total del contrato, no superando los 6 millones de euros.

Al mismo tiempo, se pretende destinar el importe resultante de la reducción del precio del contrato a ampliar las mejoras de aspectos técnicos y clínicos descritas en el expediente, que han sido ofertadas por la empresa, sin que ello suponga ningún coste adicional para la Administración contratante, pues el importe de adjudicación del contrato se mantendría en la misma cuantía.»

3.º) A la vista de los referidos antecedentes y examinadas las cuestiones planteadas, el proyecto de informe remitido formula la siguiente conclusión:

«Las modificaciones propuestas en el contrato cuyo objeto es el suministro de equipos para tratamiento con protonterapia y equipamiento electromédico del Ministerio de Sanidad, al no estar previstas en el PCAP que rige la contratación, exigen una adecuada motivación de la concurrencia de las condiciones descritas en el art. 205.2.c) de la LCSP, en los términos expresados en el apartado III del presente informe.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

La consulta formulada a la Abogacía del Estado versa sobre la posible modificación del contrato de suministro de equipos para tratamiento con protonterapia y equipamiento electromédico del Ministerio de Sanidad en los siguientes términos:

a) Una modificación a la baja, derivada de la renuncia a los sistemas añadidos al lote 2 que permiten la expansión del haz fijo, esto es, a la solución tecnológica correspondiente a la capacidad de expansión de los cuatro equipos compactos similares a los del lote 1 mediante la extracción de un segundo haz a una segunda sala de tratamiento, ofertada en el lote 2.

b) Una modificación al alza, que pretende ampliar ciertos aspectos técnicos y clínicos descritas en el expediente, incorporando las siguientes salas adicionales:

- 5 salas de tratamiento con monitorización de la respiración SpiroDyN'R(SDX).
- 5 salas de tratamiento con Imaging for Moving Targets.

- 1 sala con terapia con arco (DynamicARC).
- 1 sala más con la solución para el tratamiento del melanoma ocular en gantry rotatorio.

II

El artículo 203 de la LCSP describe dos tipos de modificaciones contractuales: las recogidas en el pliego de cláusulas (art. 204) y las no previstas en ellos (art. 205). En el contrato objeto de análisis la posibilidad de modificación del mismo no se encuentra recogida de manera expresa en ninguno de los apartados de la hoja resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la contratación, resultando de aplicación el artículo 205 de la LCSP, conforme al cual:

«1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.
- b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.

En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación 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.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.»

La memoria justificativa ampara la modificación a la baja en el supuesto previsto en el art. 205.2.c) de la LCSP, esto es, en el carácter no sustancial de la modificación. A la vista de la causa de modificación invocada en la memoria y, habida cuenta de que en el proyecto de informe se trae a colación la jurisprudencia del TJUE favorable a considerar las reducciones a la baja como posibles modificaciones sustanciales del contrato, interesa analizar, con carácter previo, si, en efecto, tal modificación puede quedar englobada dentro del concepto de «modificación sustancial» y, por tanto, sujeta a los límites cuantitativos del artículo 205 c), apartado tercero, de la LCSP.

Como punto de partida, el proyecto de informe remitido cita la sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2016, dictada en el Asunto C-549/14 Finn Frogne A/S vs Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, en la que el Tribunal analiza, en el marco de una cuestión prejudicial, si una reducción del objeto contractual puede suponer una modificación sustancial prohibida por el Derecho de la Unión y si es posible alterar el objeto del contrato en caso de que dicha modificación obedezca a dificultades imprevisibles derivadas de la ejecución del contrato. El TJUE concluye en esta sentencia que una modificación a la baja sí puede suponer una modificación sustancial, y en este sentido señala que:

«28. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Concorre esta circunstancia cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU: C:2008:351, apartados 34 a 37).

29. En cuanto a este último caso, procede señalar que una modificación de los elementos de un contrato que consista en una reducción de la magnitud del objeto del contrato puede tener como consecuencia ponerlo al alcance de un mayor número de operadores económicos. En efecto, en la medida en que la magnitud inicial del contrato fuera tal que únicamente ciertas empresas estaban en condiciones de presentar sus candidaturas y de formular una oferta, la reducción de la magnitud de dicho contrato puede hacerlo interesante igualmente para operadores económicos de menor tamaño. Por otra parte, como el artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18 dispone que los niveles mínimos de capacidad exigidos para un contrato determinado deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato, la reducción del objeto del contrato puede dar lugar a una reducción proporcional de los requisitos de capacidad exigidos a los candidatos o licitadores.»

Ahora bien, la petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debiendo atenderse, para resolver la presente consulta, a la Directiva 2014/24 que, en lo que aquí interesa, regula los supuestos de modificación en el Capítulo IV «Ejecución del contrato» y contemplando, en el artículo 72, la modificación de los contratos durante su ejecución.

Esta Directiva es clara al limitar los supuestos de modificación sustancial a aquellos que suponen una ampliación del objeto del contrato, y en este sentido el considerando 107 declara que:

«en todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación [...]»

Por su parte, el apartado e) del artículo 72.1 de la Directiva permite aquellas modificaciones que «con independencia de su valor», no sean sustanciales conforme a los criterios fijados en el artículo 72.4, conforme al cual:

«Una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1, letra e), cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes: [...]»

Incorpora, a continuación, cuatro supuestos en los que la modificación del contrato siempre se considerará sustancial:

a) que la modificación 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;

b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;

c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco.

d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).»

El precepto citado es claro al referirse únicamente a la ampliación del objeto del contrato, no a la reducción del mismo.

Por otra parte, atendiendo a nuestro Derecho interno, en consonancia con las distintas Directivas en cada caso aplicables, se evidencia una clara diferencia entre la regulación recogida en el 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 (TRLCSP) y la vigente LCSP.

Así, el artículo 107.3 TRLCSP disponía que:

«3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

[...]

d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.»

Con base en esta redacción, se entendía que la modificación sustancial podía ser al alza o a la baja.

Actualmente, el artículo 205.2.c) CLSP, apartándose de su precedente, es claro al exigir, para calificar una modificación como sustancial, que la misma «amplíe» de forma importante el ámbito del contrato. Y es precisamente a este supuesto de ampliación al que se refieren los límites del apartado 3.º

Corroborar lo anterior el subapartado (ii) del apartado 3.º, que considera, para que la modificación sea sustancial, que «las obras, servicios o suministros se hallen dentro del ámbito de otro contrato», lo que no es posible si nos encontramos ante una reducción del objeto del contrato.

El cambio de redacción parece una decisión consciente del legislador. Así, se ha introducido deliberadamente en el artículo 205 LCSP una terminología muy concreta para restringir el alcance de la modificación, de manera que, si en la redacción anterior podía entenderse que la modificación sustancial englobaba tanto los casos de ampliación como los de reducción del objeto contractual, con la nueva redacción no tienen cabida las reducciones, precisamente por el tenor literal de la expresión utilizada en el actual precepto.

Que las modificaciones consistentes en una reducción del objeto contractual han de admitirse con mayor flexibilidad que aquellas que implican una ampliación del mismo, se evidencia asimismo en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, dictado en el expediente 57/2019, en el que, si bien a propósito de unos defectos de medición en un contrato de obra, se señala lo siguiente:

«Si tal conclusión es clara respecto de los pequeños incrementos en las unidades de obra sufridos durante la ejecución del contrato, con mayor razón ha de serlo también a los supuestos de minoración accidental de las unidades de obra ejecutadas sobre las previstas. En este caso es evidente que no hay incremento alguno del gasto público y que no puede existir perjuicio alguno para el resto de los licitadores que concurren a la selección del contratista.»

Por lo tanto, solo pueden entenderse modificaciones sustanciales, según el artículo 205 c) LCSP, las ampliaciones del ámbito del contrato, pero no las reducciones o minoraciones de su objeto. Si lo acordado es una modificación del contrato a la baja, aun cuando se superaran los porcentajes señalados en el artículo 205, no estaríamos ante una modificación sustancial.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones doctrinales, se plantea en este concreto supuesto una especie de «modificación compleja» con cambios en varios elementos del objeto del contrato, cuyos mayores costes se pretenden compensar con los eventuales ahorros. Se examinará seguidamente cada componente de dicha modificación compleja.

III

En lo que se refiere a la modificación a la baja, sin perjuicio de lo expuesto en el fundamento anterior, atendidos los supuestos contemplados en los apartados 1.º y 2.º del artículo 205.2.c), coincide este Centro Directivo con el proyecto de informe remitido en la necesidad de concretar, en la memoria justificativa, por qué la modificación propuesta no supone una alteración del resultado de la licitación. Y ello porque la propuesta de modificación no se fundamenta en el apartado b) del artículo 205.1 de la LCSP (causas imprevistas, entre las que el artículo 107.1 d) del derogado TRLCSP de 2011 incluía expresamente las derivadas de avances técnicos que mejoraran la prestación, posteriores a la adjudicación del contrato), sino en el carácter no sustancial de la modificación (art. 205.1 c) LCSP), lo que exige, de acuerdo con dicho precepto, una justificación especialmente reforzada.

En lo que se refiere a la modificación al alza, la memoria justificativa expone lo siguiente:

«Aunque el coste de dichas mejoras supera en 85.000 euros sin IVA (4.685.000 €) la cantidad a compensar, la empresa ha expresado su conformidad a la propuesta, por lo que las modificaciones planteadas no supondrán ningún incremento, ni decremento en el precio final del contrato (Anexo 1).

La compensación con el aumento de dichas mejoras, se sustenta en que:

– No altera la naturaleza del contrato, dado que las mejoras ofertadas estaban previstas en los pliegos reguladores del contrato.

– No produce un menoscabo económico a la empresa adjudicataria ya que no se modifica el importe total de adjudicación.

– Tampoco supone un menoscabo para la administración ya que el coste de dichas mejoras compensa en exceso el remanente generado por la modificación del contrato.

– Evitamos la generación de un nuevo expediente de compra a un coste superior que, si lo hacemos mediante la compensación prevista y, por tanto, mejoramos la eficiencia de la compra.

– No altera el resultado de la licitación, ni en cuanto a la posibilidad de la existencia de posibles nuevos licitadores ni del resultado de la adjudicación.

– Mejora el resultado de la licitación al favorecer la accesibilidad de toda la población española a los tratamientos en las mismas condiciones.

Todas estas circunstancias, y especialmente el hecho de que no se altera en nada la naturaleza del contrato, al estar dichas mejoras incluidas en los pliegos reguladores del contrato y en la oferta de la empresa y que las condiciones de dicha compensación son beneficiosas para el interés público, se ajustan a lo previsto en el artículo 205 de la Ley de Contratos del Sector Público.»

A propósito de las mejoras, la hoja resumen del PCAP que rige el contrato disponía en su apartado 3 lo siguiente:

«3. Variantes o mejoras (cláusula segunda y décima del PCAP).

3.1 Se admiten mejoras: No se admite la presentación de variantes ni mejoras excepto en lo que atañe a la posibilidad de presentación de ofertas integradoras.

3.2 En caso de que se admitan mejoras: No procede.»

Coincide este Centro Directivo en que, no estando previstas en el Pliego la presentación de mejoras excepto en lo que atañe a la posibilidad de presentación de ofertas integradoras, las mejoras en su día presentadas por la empresa IBA no pueden ser consideradas como tales y, por tanto, habrán de recibir el tratamiento de modificaciones no previstas en los Pliegos según el art. 205 de la LCSP (Resolución 436/2022, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Habida cuenta de que el régimen aplicable a lo que la memoria justificativa pretende calificar como mejoras es el propio de las modificaciones contractuales del artículo 205 LCSP, siendo así que la causa de modificación parecería ser la prevista en el artículo 205.2 c) y comprendiendo esta modificación la ampliación del objeto de la prestación en hasta 12 salas adicionales (11 de tratamiento y 1 de terapia), este Centro Directivo comparte el criterio expuesto en el proyecto de informe remitido acerca de la

necesaria motivación y justificación del cumplimiento de las exigencias establecidas en el citado precepto, más allá de las razones de naturaleza empresarial demandadas por IBA y las de comodidad para el órgano de contratación —la eficiencia de la contratación— las cuales no serían válidas para cubrir las exigencias de dicho precepto.

CONCLUSIONES

Única. Esta Abogacía General del Estado muestra su conformidad con el proyecto de informe elevado a consulta, sin perjuicio de las observaciones.

OBJETO, PRECIO Y CUANTÍA

10.23 POSIBLE APLICACIÓN DE LA REVISIÓN DE PRECIOS ESTABLECIDA EN LOS ARTÍCULOS 6 A 10 DEL REAL DECRETO-LEY 3/2022, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS PARA LA MEJORA DE LA SOSTENIBILIDAD DEL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA Y DEL FUNCIONAMIENTO DE LA CADENA LOGÍSTICA, Y POR EL QUE SE TRANSPONE LA DIRECTIVA (UE) 2020/1057, DE 15 DE JULIO DE 2020, POR LA QUE SE FIJAN NORMAS ESPECÍFICAS CON RESPECTO A LA DIRECTIVA 96/71/CE Y LA DIRECTIVA 2014/67/UE PARA EL DESPLAZAMIENTO DE LOS CONDUCTORES EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE POR CARRETERA, Y DE MEDIDAS EXCEPCIONALES EN MATERIA DE REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS, A LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE FABRICACIÓN

Resumen: Improcedencia de aplicar la revisión de precios establecida en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo a un contrato de suministro de fabricación. La interpretación del artículo 299 LCSP exige incorporar expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de dicho contrato las disposiciones propias del contrato de obras. El carácter excepcional del régimen de revisión de precios obliga a interpretar su ámbito de aplicación de manera restrictiva.

Examinado, al amparo de lo dispuesto en el apartado III. A.2.º de la Instrucción 1/2005, de 22 de junio, sobre régimen de coordinación de los Convenios de Asistencia Jurídica, su borrador de informe sobre la procedencia de sendas peticiones de revisión de precios instadas por dos contratistas de suministros de SASEMAR al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, la Abogacía General del Estado emite informe en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

1.º La Asesoría Jurídica de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (en adelante «SASEMAR») solicitó informe al Abogado del Estado coordinador del Convenio de asistencia jurídica suscrito con dicha entidad en fecha 13 de abril de 2022 sobre la posibilidad de aplicar la revisión excepcional de precios contemplada en el mencionado Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, a sendos contratos de

suministro y de suministro de fabricación suscritos por SASEMAR con las empresas X. y Z y, en su caso, sobre el modo en que dicha revisión de precios debería ser calculada.

2.º En el borrador de informe que se eleva a consulta se recogen los siguientes antecedentes:

«Primero. Como ya hemos dicho la cuestión que se plantea en las presentes actuaciones gira en torno a la procedencia de la pretensión instada por dos empresas contratadas por SASEMAR, X,y Z.

Según se dice en el escrito de petición de informe, las mismas instaron en su día la revisión excepcional de precios contemplada en el mencionado Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, en relación a dos contratos suscritos por cada una de ellas con SASEMAR. Dichos contratos son descritos en los siguientes términos:

– Contrato de suministro de fabricación de un buque remolcador de altura especializado en salvamento y asistencia marítima para la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (xx), adjudicado a X.

Presupuesto originario de licitación de 53.500.000 euros.

– Contrato de suministro de una patrullera oceánica destinada al salvamento y rescate de vidas y bienes en la mar. (zz), adjudicado a Z.

Presupuesto originario de licitación de 8.300.000 euros.

Segundo. Si reparamos en lo expuesto en el “Cuadro de Características” de los contratos examinados, que acompañan a los correspondientes Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP, s, podemos apreciar en relación al primero de los contratos listados, (“Contrato de suministro de fabricación de un buque remolcador de altura especializado en salvamento y asistencia marítima para la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (xx)”), como este contrato es calificado en el encabezamiento del documento como un “CONTRATO DE SUMINISTRO DE FABRICACIÓN SUJETO A REGULACIÓN ARMONIZADA.”

En el Apartado 1 del mismo documento se dice, “Objeto del contrato”, que el mismo es un:

“Contrato de suministro de fabricación de un buque remolcador de altura especializado en salvamento y asistencia marítima para la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima.”

En el Apartado 5 del propio Cuadro de Características, bajo el epígrafe genérico de “Tramitación del Expediente”, el contrato se califica como, el subrayado es nuestro:

“Contrato de suministro de fabricación, sujeto a regulación armonizada (art. 21) y tramitado por procedimiento abierto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 156 y ss. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

Al contrato se le aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras, salvo las relativas a su publicidad y procedimiento de adjudicación que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro.”

En relación al segundo contrato enviado, (“Contrato de suministro de una patrullera oceánica destinada al salvamento y rescate de vidas y bienes en la mar. (zz)”), podemos apreciar como en el encabezamiento de su “Cuadro de Características” no se verifica ninguna precisión añadida en torno a la naturaleza del mismo más allá de su calificación como contrato de suministro.

En el Apartado 1 de este documento, “Objeto del contrato”, dicho objeto se define en los siguientes términos:

“Contrato de suministro de una patrullera oceánica destinada al salvamento y rescate de vidas y bienes en la mar.”

Mientras que el Apartado 5 del Cuadro de Características, bajo el epígrafe de “Tramitación del Expediente”, el contrato se califica como:

“Contrato tramitado por procedimiento abierto, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 156 y ss. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.”

En definitiva, para cada uno de los contratos cuya revisión de precios se está instando queda reflejado en la documentación correspondiente una calificación específica, de forma que el primero de dichos contratos se define como un “Contrato de suministro de fabricación”, mientras que el segundo es calificado como “Contrato de suministro.”

Tercero. SASEMAR entendió en su día que el Real Decreto Ley 3/2022 de 1 de marzo resulta de aplicación a los dos contratos enviados, en cuanto a la revisión excepcional de precios que se aprueba en el mismo, detallando la problemática que generaría a su aplicación.

La cuestión que debe resolverse en este informe se centra en determinar si resulta procedente aplicar a estos contratos la revisión excepcional de precios prevista Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, como resulta ser el criterio de SASEMAR; y, si ese fuera el caso, cómo podría calcularse dicha revisión.»

3.º A partir de los antecedentes expuestos, el borrador de informe elevado a consulta recoge la siguiente conclusión:

«Considerando el carácter excepcional de la revisión de precios regulada en los artículos 6 y siguientes del Real Decreto-ley 3/2022, así como el contenido de la Exposición de Motivos de la citada norma, hemos de entender que dicha revisión debe ser aplicada exclusivamente a los contratos de obras, entendidos estos en sus términos estrictos atendiendo a su objeto específico, y no a los contratos de suministro de fabricación, en función de la remisión normativa prevista en el artículo 299 de la LCSP.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Desde la Asesoría Jurídica de SASEMAR se formula consulta sobre las siguientes cuestiones:

1) Si el mecanismo de la revisión excepcional de precios previsto en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, resulta de aplicación a los contratos de suministro de fabricación.

2) En caso afirmativo, sobre el modo en el que dicha revisión de precios debería ser calculada en cada uno de los expedientes.

Este Centro Directivo comparte el criterio del borrador de informe que se eleva a consulta, con arreglo al cual no es procedente aplicar el mecanismo de la revisión excepcional de precios previsto en el Real Decreto-ley 3/2022 a los dos contratos identificados en los antecedentes de hecho del presente informe.

II

Se ha de partir, en el examen de esta cuestión, de dos premisas:

1. Concepto y regulación de los contratos de fabricación. Son objeto de consulta dos contratos de objeto análogo, si bien uno de ellos es calificado como de suministro de fabricación y el segundo simplemente como de suministro, lo que nos ha de conducir a la regulación que, respecto de ellos, se contiene en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante) y, en particular, a los artículos 16.3 c), 103.2 y 299.

De acuerdo con el art. 16.3.c) de la LCSP, se considerarán contratos de suministro, entre otros, los siguientes:

«c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.»

Por su parte, el art. 299 de la LCSP establece que:

«A los contratos de fabricación se les aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publicidad y procedimiento de adjudicación que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro.»

Los preceptos citados no pueden estudiarse, en lo que ahora nos interesa, sin tener en cuenta lo previsto, con carácter general, para la revisión de precios en el artículo 103.2 de la LCSP, el cual, bajo la rúbrica «revisión de precios en los contratos de las entidades del Sector Público», dispone en su apartado segundo que:

«Previo justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado.»

Esta regulación general de la revisión de precios pone de manifiesto, en primer lugar, que solo determinados tipos de contratos, expresamente seleccionados por el legislador, pueden acogerse a la misma.

En segundo lugar, el hecho de que, dentro de esa relación de contratos que, con carácter general, pueden ser objeto de revisión periódica y predeterminada se incluyan, junto al contrato de obra, determinados suministros de fabricación, no implica que éstos puedan, *mutatis mutandis*, acogerse también a la revisión extraordinaria de precios regulada en el Real Decreto-ley 3/2022. Y ello no solo por la excepcionalidad del mencionado Real Decreto-ley 3/2022 (a la que luego se aludirá), sino también porque el artículo 103.2 se refiere expresa y específicamente a una determinada tipología de suministros de fabricación (los de armamento y equipamiento), cuyo objeto se concreta en la Orden HFP/940/2022, de 23 de septiembre, sobre los índices de precios de la mano de obra y materiales, sobre los índices de precios de los materiales específicos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento, así como sobre los índices de precios de componentes de transporte de viajeros por carretera, para el primer trimestre de 2022, aplicables a la revisión de precios de contratos de las Administraciones Públicas, y que limita la revisión dentro de estos concretos suministros de fabricación a una serie de materiales específicos, como son las cabezas explosivas, materiales textiles o materiales minerales no metálicos.

Partiendo de este marco normativo, habida cuenta de las dudas suscitadas acerca de la forma en la que ha de entenderse el mandato contenido en el artículo 299 de la LCSP, se hace necesario llevar a cabo una labor de interpretación para así entender el significado de las disposiciones cuya aplicación nos interesa en el presente caso, partiendo para ello del artículo 3.1. del Código Civil, según el cual:

«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 aquéllas.»

La interpretación ha de realizarse, pues, desde una triple perspectiva: teleológica o finalista, literal e histórica.

Comenzando por la interpretación literal, la lectura del art. 299 LCSP evidencia claramente que se prevé la aplicación a los contratos de fabricación de las disposiciones normativas propias de los contratos de obra, pero, en lo que aquí interesa, con una importante limitación, cual es la aplicación de aquellas «normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares». El precepto exige, por tanto, una labor de especificación por parte del órgano de contratación en los pliegos sin que baste una remisión genérica a las normas del contrato de obras.

En segundo lugar, una interpretación guiada por el criterio histórico ha de conducir, asimismo, a la conclusión de que el art. 299 LCSP no viene a establecer una remisión *in totum* de la regulación del contrato de obras en el suministro de fabricación, sino tan solo de aquellas normas que se hubieran previsto expresamente en los pliegos por el órgano de contratación.

Siendo así que el criterio histórico obliga a tomar en consideración los antecedentes históricos de una disposición, en la medida en que éstos revelan qué es lo que el legislador quiso mantener o alterar respecto del marco normativo precedente, hemos de partir del marco normativo establecido en el artículo 84 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, en el que se establecía una remisión total de lo establecido para el contrato de obras al contrato de suministro de fabricación, con la salvedad de que tales normas no resultaran

contrarias a las disposiciones reguladoras del contrato de suministro o fueran privativas del régimen propio del contrato de obra.

Sin embargo, a partir de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995, de 18 de mayo, se condiciona la aplicación de las normas reguladoras del contrato de obras al contrato de suministro de fabricación, a que las normas cuya aplicación se pretende —exceptuadas las relativas al régimen de publicidad y procedimiento de adjudicación—, sean las expresamente determinadas por el órgano de contratación en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.

En este sentido, el artículo 176.1 de la referida Ley establecía lo siguiente:

«Contratos de fabricación.

1. A los contratos de fabricación, a los que se refiere el artículo 173.1.c), se les aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publicidad que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro.»

En términos idénticos se pronunciaron las normas promulgadas con posterioridad: (i) 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, artículo 175.1; (ii) Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, artículo 267.1 y (iii) 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, artículo 291.1.

Términos idénticos, también, a los que, consolidando la regulación anterior y confirmando la exigencia de que las concretas normas del contrato de obras que hayan de aplicarse al contrato de suministro de fabricación deban ser expresamente determinadas en el correspondiente pliego, ha mantenido el actual artículo 299 de la LCSP.

Avala el anterior argumento el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado número 51/1997, de 2 de marzo de 1998 que, reproduciendo el contenido de la Ley de 18 de mayo de 1995, vigente en ese momento, en relación a un contrato para la construcción de un barco, dice en su Consideración Jurídica Segunda:

«El régimen jurídico de los contratos de suministro fabricación viene determinado en el artículo 176 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al señalar que a los mismos se les aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publicidad que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro.

El comentario que este último precepto sugiere es el de que el legislador ha configurado el contrato de suministro fabricación, en lo relativo a su régimen jurídico, como propio contrato de suministro, si bien teniendo en cuenta sus especialidades, en cuanto en cierta manera lo acercan a un contrato de obras, si bien sobre bienes muebles, permite que en el pliego de cláusulas administrativas particulares el órgano de contratación determine las normas generales y especiales del contrato de obras que resulten aplicables, sin que esta determinación pueda alcanzar a las normas relativas a su publicidad que, como indica el artículo 176 se acomodarán, es decir, se aplicarán, en todo caso, las propias del contrato de suministro y no las del contrato de obras.»

En esta misma línea se pronuncia el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado número 19/1999, de 30 junio:

«La posible aplicación a estos contratos de la cifra que figura en el artículo 121 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pretende basarse en otro fundamento, cual es el artículo 176.1 de la propia Ley, a cuyo tenor a los contratos de fabricación a los que se refiere el artículo 173.1 c) se les aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publicidad que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro.

El primer comentario que el precepto transcrito sugiere es el de que la determinación de las normas generales y especiales del contrato de obras aplicables al contrato de fabricación ha de realizarse, por exigencia expresa del artículo que se examina, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, por lo que la inexistencia de tal pliego en los contratos menores supone un obstáculo insalvable para llevar a cabo tal determinación.

[...]

Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su interpretación del precedente del artículo 176.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, constituido por el artículo 84, segundo párrafo de la Ley de Contratos del Estado, prácticamente de idéntico contenido, ha venido sosteniendo que la finalidad del precepto era resolver cuestiones que la regulación del contrato de fabricación no abordaba y si la regulación del contrato de obras y, concretamente, la revisión de precios inexistente en la legislación anterior para los contratos de suministro y que se aplicaba a los mismos por esta vía de incorporar a los pliegos las normas del contrato de obras.»

De lo expuesto se concluye que la normativa aplicable admite la posibilidad de que las disposiciones propias del contrato de obras sean aplicables al suministro de fabricación, pero siempre que las mismas hubieran quedado incorporadas al PCAP. Si no se obra esa incorporación expresa decae el presupuesto de base previsto en el vigente artículo 299 de las LCSP.

Por último, si atendemos al criterio de interpretación teleológico, esto es, aquél que justifica la elección de aquella interpretación, de entre todas las posibles, que conduzca a una aplicación de la norma interpretada en la que el fin perseguido por la norma responda mejor o en mayor medida a los presupuestos y las necesidades del momento en que va a ser aplicada la norma que interpretamos, llegamos a idéntica conclusión. Así, a la vista de cuanto se ha expuesto parece claro que el legislador ha querido reservar la posible aplicación de las normas del contrato de obras al contrato de suministro de fabricación solo en casos puntuales en los que esta integración del régimen jurídico establecido para el contrato de suministro se haya advertido como necesaria o conveniente por el propio órgano de contratación. De otra manera, ni el legislador habría recogido expresamente esta exigencia, ni se habría separado del antecedente legislativo de la Ley de 1965.

En definitiva, el procedimiento para poder aplicar las disposiciones propias de la revisión de precios de los contratos de obras a un contrato de fabricación concreto pasaría por incorporar de forma expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de fabricación las disposiciones propias del contrato de obras.

Delimitado el alcance del artículo 299 de la LCSP, procede examinar el alcance del mecanismo de revisión de precios previsto en los artículos 6 a 10 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo.

2. Carácter excepcional del régimen de revisión de precios en los contratos de obras establecido por el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo. Concretado el alcance del art. 299 LCSP, hemos de analizar la naturaleza excepcional del régimen de revisión de precios establecido por el Real Decreto-ley 3/2022, cuyo artículo sexto, bajo la rúbrica «Casos susceptibles de revisión excepcional de precios en los contratos de obras», dispone que:

«1. Excepcionalmente, en los contratos públicos de obras, ya sean administrativos o privados, adjudicados por cualquiera de las entidades que formen parte del sector público estatal que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de este real decreto-ley, o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, se reconocerá al contratista la posibilidad de una revisión excepcional de precios siempre que concurra la circunstancia establecida en este real decreto-ley.

Igual posibilidad de revisión excepcional de precios se le reconocerá al contratista en aquellos contratos públicos de obras, ya sean administrativos o privados, adjudicados por cualquiera de las entidades que forman parte del sector público estatal, cuyo anuncio de licitación se publique en la plataforma de contratos del sector público en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto ley y cuyo pliego de cláusulas administrativas particulares establezca una fórmula de revisión de precios, siempre que concurra la circunstancia establecida en este real decreto-ley.»

Este precepto consagra un mecanismo excepcional para un tipo de contratos específicos, esto es, los contratos de obra, para los que se prevé la posibilidad de acordar, bajo determinadas circunstancias, una revisión excepcional de precios, que ha de ser objeto de una interpretación estricta.

Ello, en primer lugar, porque ese carácter excepcional del mecanismo que analizamos —que nos obliga a mantener una labor interpretativa estricta—, se desprende directamente de las previsiones establecidas en la propia norma, en particular, del régimen definido en los artículos 6 a 10 del Título II, así como en el título mismo del Real Decreto-ley 3/2022 y su Exposición de motivos.

Así, tanto el título mismo del Real Decreto-ley, como el epígrafe general de su Título II, que lleva por rúbrica «Medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público», evidencian esa vocación de excepcionalidad y carácter tasado del mecanismo de revisión de precios que se establece. Igualmente, el artículo 6 con el que principia ese Título II del Real Decreto-ley, regula los «Casos susceptibles de revisión excepcional de precios en los contratos de obras», siendo así que el espíritu de excepcionalidad está igualmente reflejado en los epígrafes generales de los artículos 7 a 10 de la propia norma.

No menos relevante que las referencias anteriores resulta ser la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2022, habida cuenta de que es reiterada la doctrina jurisprudencial que entiende que los Preámbulos y Exposiciones de Motivos de cualquier tipo de norma constituyen un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa y, por ello, para la adecuada

interpretación de la norma analizada, como ha reconocido, entre otras muchas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 mayo de 2011 (Recurso de casación núm. 1962/2009), cuyo Fundamento de Derecho Séptimo recuerda que:

«Debemos recordar, con carácter previo al examen del contenido de dicha Exposición, la 2011, RJ 2011\4101, Recurso de Casación núm. 1962/2009, que dice:

“En fin, la virtualidad de los preámbulos y exposiciones de motivos como instrumentos de primer orden para la interpretación de las normas jurídicas ha sido subrayada desde hace mucho tiempo por la doctrina y por la jurisprudencia. La sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional es bien expresiva al respecto, pero antes, en supuestos menos conflictivos que el contemplado en ella, el supremo intérprete de la Constitución ha enfatizado su idoneidad para precisar e integrar el sentido de las disposiciones normativas a las que anteceden [entre otras, en las sentencias 36/1981 (RTC 1981, 36), 212/1996 (RTC 1996,212), 173/1998, 15/2000, 193/2004 (RTC 2004, 193), 222/2006, 68/2007, 49/2008 (RTC 2008, 49), 90/2009 (RTC 2009, 90)]”».

En la Exposición de motivos de la disposición legislativa que estamos examinando, concretamente en su apartado tercero, se recoge lo siguiente:

«Por otro lado, este real decreto-ley viene a establecer, en su Título II, una serie de medidas urgentes y de carácter excepcional que deben tomarse para, únicamente en los supuestos que se contemplan en este real decreto-ley, permitir una revisión excepcional de los precios de los contratos de obras del sector público.»

En segundo lugar, resulta que esta interpretación restrictiva de las disposiciones de carácter excepcional en materia de contratación es la reflejada tradicionalmente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se puede citar como ejemplo de lo dicho el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2015, recurso de casación 2785/2014, según el cual:

«La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (“ius variandi” o “factum principis”), o por hechos que se consideran “extra muros” del normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de “ius variandi”, “factum principis”, y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

[...]

Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio solo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla.»

Criterio jurisprudencial que asume también la Audiencia Nacional en la reciente sentencia 269/2022, de 31 de marzo de 2023 (Recurso Apelación 52/2022), en cuyo Fundamento de Derecho quinto recuerda que:

«[...] más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio solo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla.»

Destacando el carácter tasado y, por tanto, de interpretación estricta, de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato se ha pronunciado asimismo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Informe 27/2022), en el que, a propósito del artículo 6.3 del Real Decreto-ley 3/2022, señala lo siguiente:

«Adicionalmente, téngase en cuenta que el principio de revisión de precios constituye una excepción al principio general de “pacta sunt servanda” que, como ha señalado el Tribunal Supremo, “llevado a sus últimos términos y en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, en el campo estricto del Derecho Administrativo, está influido por los principios de equidad y buena fe, cuando hechos o eventos trascendentales, extraordinarios o inéditos concurren en las situaciones jurídicas” (STS de 30-04-2001). El carácter excepcional de la revisión de precios se debe a que esta institución jurídica “pugna con una serie de principios básicos de la contratación administrativa, como son el de riesgo y ventura, el de precio cierto y el de inmutabilidad del contrato” (STS 18-3-1999). [...] por todo ello los mencionados principios de “pacta sunt servanda” y de “riesgo y ventura” deben ser aplicados con carácter general, sin que quepan más excepciones que las que contempla la normativa básica estatal.»

En esta misma línea, y apuntando a la necesidad de tener en cuenta las consecuencias financieras que podrían derivarse de una aplicación generalizada del mecanismo establecido en el Real Decreto-ley 3/2022, destaca el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 22 de diciembre de 2022 (número de expediente: 1784/2022-Política Territorial) en el que, a propósito del recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Decreto-ley de la Junta de Andalucía 4/2022, de 12 de abril, por el que se aprueban medidas extraordinarias y urgentes en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras en desarrollo de las medidas previstas en el Título II del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, y se crea la marca «Corazón Andaluz» y se regula el procedimiento para su uso, se señala que:

«El régimen excepcional de revisión de precios introducido por el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, del Gobierno de la nación, después de que las Comunidades Autónomas de Extremadura y Galicia hubieran tomado la iniciativa, tiene un alcance materialmente limitado, tanto por el tipo de contratos a los que se aplica, como por el elenco de materiales cuyo coste se tiene en cuenta para la revisión de oficio, como, en fin, por la vigencia temporal de las mismas.

No cabe duda de que, a la hora de adoptar estas medidas, el Estado debe tener en cuenta las consecuencias de orden financiero que se derivarían de una generalizada aplicación de este mecanismo o de cualesquiera otros diseñados con el mismo fin, cohonestando el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de los contratos públicos con la disciplina presupuestaria. Pero tal consideración no ha impedido que los sectores interesados hayan cuestionado la suficiencia de la norma estatal ni que,

por la misma razón, algunas comunidades autónomas, como Andalucía y Aragón, hayan extendido la aplicación de las medidas de revisión de precios a contratos y supuestos no previstos en el Real Decreto-ley 3/2022, dentro de lo que consideran un legítimo desarrollo —luego veremos si lo es— de la legislación básica del Estado.»

Términos que son idénticos a los recogidos en el Dictamen del Consejo de Estado de la misma fecha (número de expediente: 1852/2022-Política Territorial), relativo a la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública de Aragón, que apuntan, en la línea antes expuesta, a evitar una aplicación generalizada de los mecanismos de mantenimiento del equilibrio económico, más allá de los supuestos concretos para los que ha querido establecerlo el legislador.

Finalmente, se advierte que en el mismo sentido que las resoluciones y dictámenes antes mencionados se pronuncia, asimismo, el informe de este Centro Directivo (Ref.: A. G. Entes Públicos 14/23 [R-113/2023]), señalando lo siguiente:

«3. A este último respecto, y, en tercer lugar, el mecanismo habitual para compensar el incremento del coste de los materiales empleados en la ejecución de un contrato de obra es la revisión de precios, mecanismo que, ante la insuficiencia de la regulación general de la LCSP para hacer frente a la excepcional coyuntura económica actual, cuenta con una manifestación normativa adicional: la revisión extraordinaria de precios regulada en el Real Decreto-ley 3/2022.

El Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2022 vincula la revisión extraordinaria de precios que en dicha norma se regula a “la magnitud y el carácter imprevisible del alza experimentada en el último año por los precios de un número limitado de materias primas indispensables para la realización de determinadas obras”. Así, se afirma que:

“Las excepcionales circunstancias sociales y económicas que ha producido la pandemia desencadenada por el virus SARS-CoV-2 han repercutido de una manera directa en la ejecución de determinados contratos del sector público. Tras el descenso experimentado en 2020, los precios de las materias primas han subido con fuerza en 2021 en el contexto de la recuperación económica. El alza extraordinaria del coste de determinadas materias primas que resultan necesarias para la ejecución de ciertas unidades de obra, ha repercutido de manera intensa en los contratos de obras.

Todo ello ha tenido como consecuencia que la ejecución de un número significativo de contratos se haya dificultado notablemente, pues los contratistas han visto cómo se alteraba fuertemente la economía de estos contratos por causa de un incremento extraordinario de ciertos costes, incremento que era imprevisible en el momento de la licitación y que excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público.”

Añade el Preámbulo que las medidas relativas a la revisión extraordinaria de precios del Real Decreto-ley 3/2022 “complementan las ya adoptadas para amortiguar el impacto de la subida de los precios mayoristas de la electricidad en la tarifa de los hogares y empresas”, “con lo que no procede una doble revisión injustificada de este componente que redundase en un impacto doble sobre los presupuestos públicos.”

Quiere ello decir que el legislador, siendo sensible a la imprevisible escalada de precios derivada de la actual coyuntura económica, ha regulado una revisión extraordinaria de precios aplicable solo a determinado tipo de contratos y, dentro de

ellos, solo a determinados materiales que se han visto afectados por esa elevación de costes de una manera especialmente intensa.»

Cabe añadir que el legislador ha ido regulando de forma muy detallada y precisa el objeto de la revisión extraordinaria de precios, circunscribiéndolo en el Real Decreto-ley 3/2022 a los contratos de obras (artículos 6 a 10) y a los de servicios de transporte de mercancías por carretera (disposición transitoria primera). Y, respecto de los contratos de suministro, la disposición adicional segunda de la Ley 26/2022, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, ha regulado una revisión excepcional de precios limitada específicamente a los contratos de suministro de material ferroviario rodante y componentes necesarios para su fabricación y mantenimiento. Por tanto, cada tipo de contrato tiene sustantividad propia, y cuando el legislador ha querido admitir la revisión extraordinaria de precios así lo ha dispuesto de manera expresa.

En tercer y último lugar, la interpretación restrictiva del alcance de la revisión de precios establecida en el Real Decreto-ley vendría justificada por el artículo 4.2 del Código Civil, conforme al cual:

«Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.»

Previsión que implica que todo lo no integrado expresamente en la norma excepcional deba quedar sometido a la norma general.

En definitiva, de cuanto se ha expuesto y habida cuenta de que el Real Decreto-ley 3/2022 en ningún momento hace mención ni expresa ni tácita a los contratos de suministro de fabricación como incluidos en el ámbito de las medidas excepcionales que en el mismo se recogen, ha de concluirse necesariamente que son los contratos de obras en sentido estricto y no los contratos de fabricación, los únicos cuya revisión de precios prevé el Real Decreto-ley 3/2022 y sin que dicha norma puede ser excepcionada en función de la remisión general al contrato de obras prevista en el artículo 299 de la LCSP.

III

Constatada así la naturaleza excepcional y tasada de las medidas contempladas en el Real Decreto-ley 3/2022, debemos proceder a la aplicación de las anteriores consideraciones a los dos contratos objeto del presente informe, a fin de determinar si, en este caso concreto, cabe la revisión de precios propuesta por SASEMAR.

En el supuesto que se examina, concurren los presupuestos subjetivos y temporales exigidos para la aplicación de la revisión extraordinaria de precios prevista en el artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2022, pues nos encontramos ante sendos contratos, celebrados por una entidad del sector público estatal (en el que se integra SASEMAR, en su condición de Entidad Pública Empresarial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 84.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) y que se encontraban en ejecución en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2022.

Concurre también, a tenor de los antecedentes facilitados, el presupuesto de hecho previsto en el artículo 7 del Real Decreto-ley 3/2022: esto es, que el incremento del coste

de los materiales empleados para el contrato de obras haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización.

Así las cosas, cumpliéndose los requisitos temporales y subjetivos exigidos por el Real Decreto-ley, queda por examinar si se cumple también el requisito objetivo, lo que pasa por determinar si la revisión de precios debe entenderse aplicable a categorías contractuales no expresamente previstas en él; examen que, por los motivos expuestos en los fundamentos anteriores, ha de recibir necesariamente una respuesta negativa.

En primer lugar, por lo que se refiere al contrato de suministro de fabricación de un buque remolcador de altura especializado en salvamento y asistencia marítima para la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, como se ha puesto de manifiesto, se califica como un contrato de suministro de fabricación, no pudiendo ser identificado con la categoría específica de los contratos de obras en sentido estricto.

Resulta además de la documentación contractual remitida —siendo éste un dato decisivo— que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se hace constar expresamente la no procedencia de la revisión de precios.

Pliego que constituye, de acuerdo a reiteradísima jurisprudencia, la «ley del contrato», lo que significa que las determinaciones del mismo, si no son impugnadas en su momento, quedan consentidas y firmes y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de mayo de 2016 y resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales n.º 178/2013, 17/2013, 45/2013 y 613/2018).

Por tanto, no solo es que, conforme a lo indicado, la remisión genérica en el pliego a las «normas generales y especiales del contrato de obras» resulte claramente insuficiente, sino que el propio pliego, al regular el régimen de revisión de precios aplicable a este contrato de suministro de fabricación, excluye expresamente dicha revisión.

Así pues, atendiendo al tenor literal de los pliegos y al carácter excepcional del Real Decreto-ley 3/2022, cuya aplicación debe limitarse a los supuestos regulados de forma estricta en el mismo, es por lo que debemos concluir que la revisión de precios instada en relación al contrato de suministro de fabricación de un buque remolcador de altura especializado en salvamento y asistencia marítima para SASEMAR, expediente xx, no resulta procedente.

En segundo lugar, por lo que se refiere al contrato de suministro de una patrullera oceánica destinada al salvamento y rescate de vidas y bienes en la mar, éste es calificado directamente como contrato de suministro, sin mayor referencia o mención añadida a la categoría del contrato de fabricación o de suministro de fabricación, por lo que resultaría improcedente la aplicación a estas actuaciones de las disposiciones propias del contrato de suministro de fabricación, y por ello, del contrato de obras al amparo del artículo 299 de la LCSP, ya que en modo alguno podría alterarse a posteriori la calificación que de un contrato se hizo en su propio expediente de contratación.

IV

Determinado que no resulta procedente la aplicación de las medidas que sobre revisión excepcional de precios aprueba el Real Decreto-ley 3/2022 a los contratos analizados, no ha lugar a entrar en el análisis de la segunda cuestión planteada, referida al modo en el que dicha revisión de precios debería ser calculada en cada uno de los expedientes.

En consideración a lo expuesto, la Abogacía General del Estado formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Este Centro Directivo comparte el criterio del borrador de informe que se eleva a consulta, con arreglo al cual la revisión de precios establecida en los artículos 6 a10 del Real Decreto-ley 3/2022 debe ser aplicada exclusivamente a los contratos de obras, entendidos estos en sus términos estrictos atendiendo a su objeto específico, y no a los contratos de suministro de fabricación, en función de la remisión normativa genérica prevista en el artículo 299 de la LCSP.

RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL

11.23 PRESUPUESTOS DETERMINANTES DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL RIESGO IMPREVISIBLE

Resumen: Procedencia de compensar la mayor onerosidad de un contrato administrativo, como consecuencia de la inasistencia de un elevado número de empleados públicos a las citas de reconocimientos médicos comunicadas por la Administración contratante a la empresa adjudicataria del contrato licitado. No procede la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, al no poder apreciar la concurrencia de una situación totalmente imprevista y excepcional que determine una grave alteración del alea normal del contrato, haciendo perder la funcionalidad propia del principio de riesgo y ventura.

La Abogacía General del Estado ha examinado el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Justicia sobre determinadas cuestiones que suscita la inasistencia de un elevado número de empleados públicos a las citas de reconocimientos médicos agendadas con la adjudicataria de los lotes 1 y 8 del expediente de contratación «Contratación por lotes (8) de la especialidad de vigilancia y salud y otras actividades complementarias en la Administración de Justicia con un Servicio de Prevención ajeno» En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

1.º) La Subdirección General de Programación y Gestión Económica del Servicio Público de Justicia —unidad proponente y responsable del contrato «especialidad de vigilancia y salud y otras actividades complementarias en la Administración de Justicia con un Servicio de Prevención ajeno»—, formula consulta a la Abogacía del Estado en el Ministerio de Justicia en la que expone las siguientes consideraciones previas:

«[...] Desde esta Unidad se entiende que:

1.º El contrato se ha configurado en función de las necesidades de la Administración, y esta ha trasladado al contratista una petición con un número determinado de reconocimientos médicos, 3.163.

2.º El contratista ha dispuesto todos los medios necesarios para la correcta ejecución de la prestación, soportando los costes derivados.

3.º El adjudicatario ha facturado únicamente los 2.604 reconocimientos completados con informe médico.

4.º Por causa no imputable al contratista, no se han completado un total de 551 reconocimientos médicos. Esto representa un 17,42% del total de citaciones, lo que supone un volumen lo suficientemente relevante como para alterar el equilibrio del contrato. En términos monetarios el valor económico de las citas cerradas que no han concluido con informe médico asciende a 24.299,10 euros, casi un 10% del importe máximo de los contratos.

5.º Según el PCAP, y la Memoria justificativa del expediente, el concepto a retribuir es Reconocimientos médicos. Esto nos lleva a plantear dos cuestiones:

a. Si, al tratarse de un contrato de servicios en función de necesidades, una vez que la Administración traslada la petición de un número determinado de reconocimientos al contratista éste tiene derecho a facturar por el número solicitado, aunque materialmente no se lleven a cabo, siempre que no sea por causas imputables al empresario.

b. Si la obligación del contrato es una obligación de actividad, o de medios, en la que el adjudicatario se compromete a hacer todo lo posible para conseguir un resultado, pero sin comprometerse a este, o bien se trata de una obligación de resultado y de esa manera, solo se puede entender cumplida la prestación una vez que el proceso ha concluido con el informe correspondiente.

En este punto debe tenerse en cuenta que el resultado no depende únicamente del hacer del contratista, sino que precisa de la participación del empleado público, que ha manifestado su voluntad de someterse al reconocimiento y que, sin previo aviso, ha faltado a su cita.»

De modo específico, la consulta versa sobre las siguientes cuestiones.

«1. Según la LCSP los contratos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista. En contratos en función de necesidades el riesgo radica en la indeterminación de esas necesidades, dado que la Administración no se compromete a un número determinado de servicios. Una vez que la Administración ha concretado el número de servicios requeridos, ¿la posible inasistencia o, con carácter general, la inexecución de esos servicios por causa no imputable al contratista debe entenderse subsumido en este principio de riesgo y ventura?

2. El Apartado 25.a) del Cuadro resumen del PCAP establece que el concepto a facturar son los Reconocimientos médicos..., efectivamente realizadas de conformidad. En orden a considerar cumplida la prestación por parte del contratista, y teniendo en cuenta que el resultado escapa a su control, y no depende solamente de su hacer, ¿estamos ante una obligación de medios o ante una obligación de resultado?

3. En caso de ser considerada una obligación de medios, ¿la puesta a disposición de los medios humanos y materiales necesarios para la ejecución de los servicios requeridos por la Administración permite considerar efectivamente realizada la prestación y justifica el abono íntegro del precio pactado?

4. En caso de ser considerada una obligación de resultado, ante la imposibilidad de obtener éste pese a haber puesto todos los medios necesarios, y ante la imprevisión en los Pliegos de la inasistencia a reconocimientos o pruebas, habida cuenta de que el contratista soporta una serie de costes como consecuencia de las solicitudes remitidas por la Administración ¿se le podría compensar por los gastos en los que ha incurrido dentro del contrato?, en caso afirmativo ¿cuál sería el importe de la compensación, el precio unitario ofertado?»

2.º) La Abogacía del Estado en el Ministerio de Justicia eleva consulta a este Centro Directivo sobre las referidas cuestiones, adjuntando la correspondiente propuesta de informe en el que, que, tras exponer las consideraciones jurídicas estimadas pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

«Primera. Nos encontramos ante una obligación de resultado.

Segunda. No concurren los supuestos de fuerza mayor, *ius variandi* ni *factum principis*.

En lo atinente a la eventual aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible:

1.º) Se sugiere a la unidad peticionaria que analice cuál es el porcentaje habitual de absentismo de pacientes en este sector. Si el porcentaje que en nuestro caso concurre (17,42%) estuviera situado dentro de las cifras normales— como a priori parece— la doctrina del riesgo imprevisible no sería aplicable.

2.º) En el caso de que el porcentaje de absentismo fuese anormalmente alto comparado con los parámetros ordinarios del sector, la unidad debería determinar si los costes adicionales que ha conllevado dicho absentismo implican la pérdida de la conmutatividad de los contratos de los lotes 1 y 8— considerando los márgenes propios de este sector.

Solamente en el caso de que el porcentaje de absentismo quedara extramuros de las ratios normales y, además, se entendiera que los aludidos costes encierran una ruptura completa de las condiciones de ejecución del contrato, la doctrina del riesgo imprevisible sería de aplicación.

Tercera. En el supuesto de que fuera aplicable la doctrina del riesgo imprevisible el contratista debería, en primer lugar, justificar los costes adicionales en los que habría incurrido y, una vez probados, éstos deberían ser asumidos por mitad entre la Administración y el empresario.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Como ha quedado expuesto, la consulta planteada a este Centro Directivo por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Justicia, se refiere a la procedencia de compensar la mayor onerosidad de un contrato administrativo, como consecuencia de la inasistencia de un elevado número de empleados públicos a las citas de reconocimientos médicos comunicadas por la Administración contratante a la empresa adjudicataria del contrato licitado —previa solicitud individual del servicio por los empleados públicos—, lo que ha determinado que la efectiva realización de los reconocimientos médicos solicitados, en un elevado porcentaje, no se haya podido llevar a cabo por causas no imputables a la empresa adjudicataria.

Enfocada así la cuestión, y como quiera que entre las cuestiones planteadas se consulta sobre si la obligación del contratista —en lo que se refiere a la prestación de los reconocimientos médicos—, ha de considerarse como una obligación de resultado, o por el contrario, está configurada en los pliegos rectores como una obligación de actividad o medial, es necesario examinar con carácter previo este aspecto y, en relación con esta cuestión, en el proyecto de informe se concluye que los pliegos rectores del

contrato examinado configuran la obligación del contratista —en la concreta obligación de realización de reconocimientos médicos, integrada en la prestación de vigilancia de la salud individual—, como una obligación de resultado.

Pues bien, nada debe objetarse a esta primera conclusión, compartiendo este Centro Directivo los razonamientos expuestos en el borrador de informe sobre la consideración de que la obligación del contratista, en lo que se refiere a los reconocimientos médicos integrados en la prestación de vigilancia de salud individual, es una obligación de resultado.

Para alcanzar tal conclusión, se debe partir de la tradicional clasificación doctrinal y jurisprudencial en materia de obligaciones, y que distingue —en atención a su contenido prestacional—, entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. En las obligaciones de resultado el deudor se compromete al cumplimiento de un resultado predeterminado, asegurando al acreedor la consecución del mismo. Por el contrario, en las obligaciones de medios, el deudor se compromete a desarrollar una diligente actividad que tiende a conseguir el resultado esperado —sin garantizar ni comprometer el resultado de la misma—, adoptando para ello medios que razonablemente han de calificarse como adecuados y suficientes.

La diferencia entre ambos tipos de obligaciones tiene incidencia en el ámbito de la responsabilidad que asume el deudor. En las obligaciones de resultado el deudor responde, cualquiera que sea la causa y la diligencia empleada, de la frustración del resultado pactado, en cambio, en las obligaciones de medios basta que el deudor emplee los medios precisos y suficientes, y los utilice con una diligencia razonable, con independencia del resultado obtenido.

Sentada la anterior distinción, se ha de considerar que el contrato al que se refiere la consulta es un contrato administrativo —sujeto a regulación armonizada, y cuya preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción se rigen por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), a tenor de lo dispuesto en el artículo 25.2 de dicho texto legal—, y que tiene por objeto la prestación de un servicio de prevención ajeno para las especialidades de Vigilancia de la Salud y otras actividades complementarias en materia de prevención de riesgos laborales para el personal empleado público del Ministerio de Justicia, por lo que ha de calificarse como un contrato de servicios, de acuerdo con la definición que recoge el artículo 17 de la LCSP.

Específicamente, dentro de las prestaciones que integran el objeto del contrato se encuentra la realización de reconocimientos médicos de los empleados públicos destinados en los edificios administrativos y sedes judiciales adscritos a las Gerencias Territoriales.

Sentado lo anterior, y partiendo de la distinción entre obligaciones de resultado y obligaciones de actividad, del contenido obligacional del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se desprende que la obligación, que para esta concreta prestación asume el contratista —realización de reconocimientos médicos—, es claramente una obligación de resultado, y ello, en atención al sistema de retribución, por precios unitarios, que para la realización de reconocimientos médicos, contempla el PCAP.

En efecto, se debe destacar, como bien hace en este punto el borrador de informe elaborado por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Justicia, que, conforme establece el apartado 25.a) del Cuadro Resumen del PCAP —para la prestación correspondiente

a los reconocimientos médicos—, la Administración se obliga a abonar al contratista los reconocimientos médicos efectivamente realizados.

Más concretamente, la cláusula 5.3 del PCAP, señala que:

«En todo caso, la Administración solo abonará las prestaciones efectivamente realizadas, sin que el adjudicatario tenga derecho a indemnización alguna en caso de que algunos de los componentes o unidades de la prestación se supriman o sustituyan por otros contenidos en el contrato.»

Por tanto, a la vista de dichas cláusulas, se puede establecer, como primera conclusión, que el contrato que se examina —en la obligación relativa a la realización de reconocimientos médicos—, se configura como una obligación de resultado: la de realizar reconocimientos médicos por el precio convenio.

Sentada esta conclusión, lo verdaderamente relevante para resolver la cuestión nuclear que plantea la consulta —la posibilidad de compensar la mayor onerosidad en la ejecución del contrato que, como consecuencia de la inasistencia de un elevado número de empleados públicos a las citas de reconocimientos médicos previamente solicitadas y agendadas, reclama el contratista—, es la configuración del contrato dentro del régimen jurídico que contempla la disposición adicional trigésima tercera de la LCSP, bajo la rúbrica «contratos de suministros y servicios en función de las necesidades» y que dispone:

«En los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto limitativo, en los cuales el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, deberá aprobarse un presupuesto máximo.

En el caso de que, dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación. A tales efectos, habrá de preverse en la documentación que rija la licitación la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia, en los términos previstos en el artículo 204 de esta Ley. La citada modificación deberá tramitarse antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado, reservándose a tal fin el crédito necesario para cubrir el importe máximo de las nuevas necesidades.»

En efecto, el apartado 14 del Cuadro Resumen del PCAP configura el sistema de determinación del precio del contrato que se examina como un sistema mixto: a tanto alzado para la prestación correspondiente a la vigilancia de la salud colectiva y, por «precios unitarios, en función de necesidades, para los reconocimientos médicos, mediciones ambientales y mediciones de formaldehído, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional trigésima tercera de la LCSP.»

En la misma línea, el apartado 13 a) del Cuadro Resumen del PCAP —al determinar el presupuesto base de licitación—, dispone que:

«En el caso de los servicios identificados como “reconocimientos médicos”, “mediciones ambientales” y “mediciones de formaldehído”, su número es estimativo. Por lo tanto, el número de servicios finalmente ejecutado podrá ser diferente al

estimado, no pudiendo ser causa de indemnización o variación del precio establecido en su proposición.»

Por lo que respecta a este tipo de contratos, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el informe n.º 23/2022, dispone que:

«Se trata de contratos en los que el objeto se define por determinados bienes a entregar o por determinados servicios a ejecutar de forma sucesiva y por precio unitario, según las necesidades de la Administración, hasta el límite de una determinada cuantía que deberá aprobarse como presupuesto máximo, agotado el cual se extingue el contrato salvo que se haya acordado la modificación del mismo para atender necesidades superiores a las inicialmente previstas. Por el contrario, si las necesidades de la Administración se sitúan por debajo del presupuesto inicial y se demandan un número de bienes o una entrega de servicios por debajo de las previsiones, no cabe considerar que existe incumplimiento por parte de la Administración contratante.»

Siendo ello así, a la vista del contenido obligacional de los pliegos rectores del contrato que se examina, se puede concluir que configurada la relación contractual con base en el régimen especial que establece la disposición adicional trigésima tercera de la LCSP, la Administración contratante solo queda obligada —para esta concreta prestación— a satisfacer el precio de los reconocimientos médicos efectivamente realizados, sin que pueda desprenderse del contenido obligatorio de la relación contractual la existencia de un compromiso de la Administración contratante a satisfacer el precio correspondiente a un número mínimo de reconocimientos médicos —coincidente con los previamente estimados—, con independencia de su efectiva realización.

II

Sentado lo anterior, procede examinar si en atención a las circunstancias que se exponen en el escrito de consulta —y que fija en un 17,42% del total de citas confirmadas, el número de reconocimientos médicos no efectuados y no facturados, sin renuncia comunicada o anulación—, ha de considerarse posible la adopción de medidas destinadas al reequilibrio económico del contrato en aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible.

Para ello, debemos realizar una serie de consideraciones previas sobre los principios que tradicionalmente han informado y siguen informando el régimen de la contratación administrativa en la legislación española.

Así, por lo que respecta al principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas como norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico, su concreta plasmación en el ámbito de la contratación pública se encuentra en el artículo 189 de la LCSP, cuando dispone:

«Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas.»

La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación en relación con las consecuencias de la alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público, se refiere a la inmutabilidad del contrato en los siguientes términos:

«Una vez firmado el contrato se aplica el principio clásico *pacta sunt servanda* conforme al cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos (Arts. 1091 y 1258 del CC). Este principio ha sido unánimemente reconocido por la Jurisprudencia (STS 5365/2013 y STS 10/12/1990, 06/11/1992 y 15/11/2000) y se refuerza en el caso de los contratos públicos mediante el establecimiento en nuestras leyes contractuales del principio de vinculación al contenido contractual (Artículo 189 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) conforme al cual los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas. Bajo estas condiciones se predica del contrato la inmutabilidad de las condiciones bajo las cuales se ha prestado el consentimiento mutuo de las partes (STS de 28 de octubre de 2015).»

A continuación, la referida Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado hace referencia a uno de los principios esenciales de los contratos públicos, cual es el principio de riesgo y ventura —al que se refiere el artículo 197 de la LCSP— señalando que:

«A la inmutabilidad del contrato debe añadirse como premisa esencial propia de los contratos públicos la atribución al contratista del riesgo y ventura del contrato. Así lo declara el Artículo 197 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público cuando señala que “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239.”

La concreción de este principio supone que el contratista asume los riesgos normales que son inherentes a la ejecución del contrato, de modo que la mera variación de las circunstancias bajo las que se firmó el mismo no permitiría que el contratista pidiera unilateralmente la modificación del contrato. Señala el Tribunal Supremo que “en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura hace que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depara la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución” (STS de 20 de julio de 2016). Esta misma sentencia nos recuerda que la proclamación legal del principio de riesgo y ventura lleva inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.»

El Tribunal Supremo ha definido el principio de riesgo y ventura en los siguientes términos (por todas, sentencia de 27 de abril de 2009):

«Cuarto. Atendidos los términos en que se plantea este recurso, hemos de partir para su resolución de la consideración de que el contrato de obras, configurado esencialmente como un contrato de resultado por el que el contratista se obliga a la realización de la obra por el precio convenido, se rige para su ejecución por el principio de riesgo y ventura.

Dicho principio estaba ya recogido en la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (art. 46 y art. 132 del Reglamento aprobado por Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre), como en la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 99 -art. 98 Real Decreto Legislativo 2/) y, como señalan

las Sentencias de 14 de mayo y 22 de noviembre de 2001, “el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial.”

Ello implica que si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados la Administración no podrá reducir el precio mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización.»

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su informe 38/2020, recuerda que:

«[...] La normal aplicación del principio de riesgo y ventura en los contratos públicos se recoge, siguiendo una larga tradición de nuestra normativa, en el artículo 197 de la LCSP. Como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016, la proclamación legal del principio de riesgo y ventura lleva inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.»

Definido el principio de riesgo y ventura en los términos anteriormente expuestos, debe precisarse que este principio despliega su natural eficacia en el denominado «alea normal del contrato», es decir, en el estado o situación que las partes —especialmente el contratista— prevén como normal en el curso del desenvolvimiento de la relación contractual.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a la aleatoriedad de los contratos administrativos, como consecuencia de la mayor onerosidad sobrevenida de una relación contractual y, que puede resultar de tres supuestos diferentes:

- Modificación del objeto del contrato en virtud del ejercicio de la potestad o prerrogativa que la legislación sobre contratación pública atribuye a estos efectos a la Administración contratante.
- Adopción de disposiciones o medidas de intervención u ordenación económica cuyos efectos inciden o pueden incidir en la relación contractual.
- Hechos o acontecimientos, imprevistos o imprevisibles al tiempo de la celebración del contrato, y que resultan completamente ajenos a la Administración contratante.

Esta distinción ha sido acogida por una consolidada jurisprudencia, pudiendo citar, entre otras, la sentencia de 20 de julio de 2016 en la que el Alto Tribunal dispone que:

«[...] para que proceda el reequilibrio financiero del contrato mediante una indemnización compensatoria, regirá la regla general, presente en nuestra legislación de contratos públicos, de que no bastará con que su economía haya resultado alterada, sino

que será preciso que la causa de esa alteración haya sido el *factum principis*, el ejercicio del *ius variandi* o la concurrencia de circunstancias calificables de “hecho imprevisible”.»

En efecto, no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de «*ius variandi*», «*factum principis*», y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987, dispone que: «El obligado mantenimiento del principio de riesgo y ventura tiene por consecuencia impedir que la regla del equilibrio económico-financiero se convierta en un seguro integral de los intereses del concesionario cargo de la Administración, lo que resulta contrario a la esencia de la concesión.»

Partiendo de lo anterior y, por lo que resulta pertinente para la consulta, han de descartarse los dos primeros supuestos —*factum principis* y ejercicio del *ius variandi*—, puesto que el hecho que está en la base del desequilibrio alegada por el contratista —inasistencia de un elevado número de empleados públicos a las citas de reconocimientos médicos previamente solicitadas y programadas, sin renuncia previa o anulación—, es un hecho ajeno a la actuación de la Administración contratante, lo que nos lleva a analizar la técnica de reequilibrio económico consistente en la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible, que tiene su correlato, en el ámbito del Derecho privado, en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, y que es precisamente la técnica que trata de corregir el desequilibrio económico del contrato en el supuesto de hechos imprevisibles y ajenos a la Administración contratante.

Por lo que respecta a la doctrina del riesgo imprevisible, en el informe de este Centro Directivo A. G. Entes Públicos 81/17 (R-652/2017) se hacían las siguientes consideraciones:

«La doctrina del riesgo imprevisible, nacida en el seno de la concesión de servicios públicos y trasladada después al resto de contratos administrativos, fue construida por el Consejo de Estado francés a partir del conocido *arrêt Gaz de Bordeaux*, de 30 de marzo de 1916, siendo precisada en sucesivas decisiones de dicho órgano tanto respecto de concesiones de servicios públicos como de otros contratos administrativos (*arrêts* de 8 de febrero de 1918, *Société d'éclairage de Poissy*; 27 de junio de 1919, *Gaz de Nice*; 3 de diciembre de 1920, *Fromasol*; 25 de noviembre de 1921, *Cie. Générale des Automobiles Postals*), pudiendo definirse en los siguientes términos: «cuando en un contrato oneroso conmutativo con prestaciones sucesivas o de ejecución diferida, un acontecimiento en absoluto independiente de las partes, que excede y es ajeno a la acción u omisión de ambas, no hace imposible la ejecución del contrato, pero torna sumamente oneroso el cumplimiento de las prestaciones, alterando la economía del contrato por encima de lo que las partes han podido razonablemente prever, la Administración debe acudir en auxilio del contratista soportando parte de las consecuencias onerosas que la situación ha originado.»

Tal doctrina —que surgió como contrapeso del principio de riesgo y ventura característico de la contratación administrativa—, tiene por finalidad el de garantizar que el servicio concedido continúe prestándose de manera regular en las situaciones excepcionales en que la economía del contrato se haya visto notoriamente alterada en perjuicio del concesionario, amenazando así dicha continuidad, por la aparición de circunstancias sobrevenidas e independientes de la voluntad de las partes.

En el citado informe A. G. Entes Públicos 81/17 (R-652/2017) de este Centro Directivo se hacían las siguientes consideraciones sobre los criterios que la formulación jurisprudencial de la doctrina del riesgo imprevisible toma en consideración para su aplicación:

a) Que el riesgo sea esencialmente imprevisible. No obstante, esta exigencia debe entenderse muy modulada por la reformulación jurisprudencial de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* a que más adelante se hará referencia, dada la concomitancia entre ésta y la doctrina del riesgo imprevisible.

b) Que se haya producido la ruptura grave de la economía del contrato.

c) Que, como consecuencia de lo anterior, el supuesto determinante de la apreciación de la situación de riesgo imprevisible no quede comprendido en el ámbito del principio de riesgo y ventura, dado que este último delimita a aquélla. El equilibrio económico-financiero a cuya garantía tiende la doctrina del riesgo imprevisible constituye un mecanismo que tiene su límite natural en el principio de riesgo y ventura que constituye el elemento definidor básico de la relación contractual, impidiendo que el equilibrio económico-financiero se convierta en una garantía ordinaria total de los intereses de la empresa, trasladándolos íntegramente a la Administración, debiendo, por tanto, quedar a cargo del contratista lo que se ha denominado «alea normal del contrato» (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985).

d) Que la situación sobrevenida sea independiente y ajena a la buena gestión del contratista.

Concurriendo las circunstancias indicadas, la doctrina del riesgo imprevisible tiene por obligada consecuencia el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.

Trasladando los presupuestos determinantes de la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible —como limitación del principio de riesgo y ventura por la aparición de circunstancias imprevisibles y excepcionales que alteran gravemente el alea normal del contrato—, a fin de dar respuesta a la cuestión nuclear que se consulta, se debe concluir que no resulta admisible la aplicación de alguna técnica o mecanismo compensatorio por los gastos asumidos por el contratista como consecuencia de las solicitudes de reconocimientos médicos remitidas por la Administración contratante, y por las razones invocadas en el escrito de consulta —imprevisión en los pliegos de la inasistencia a reconocimientos médicos o pruebas—, y ello, en atención a las siguientes consideraciones:

Se ha indicado anteriormente que la grave alteración del alea normal del contrato por la aparición de circunstancias imprevistas y excepcionales se traduce en la aplicación de técnicas o mecanismos que garanticen la continuidad y la regularidad en la prestación del servicio en esas circunstancias completamente anormales.

Pues bien, no resulta posible apreciar que haya una sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles, puesto que la inasistencia de los empleados públicos a los reconocimientos médicos —una vez programados por el contratista como consecuencia de las solicitudes individuales recibidas, y remitidas al contratista por la Administración contratante—, siendo un porcentaje ciertamente elevado, no es imprevisible, y ello, en atención al régimen especial al que se sujeta el contrato —el previsto en la disposición adicional trigésima tercera de la LCSP, bajo la rúbrica «contratos de suministros

y servicios en función de las necesidades» tal y como resulta de lo dispuesto en el apartado 14 del Cuadro Resumen del PCAP—, en los términos expuestos en el fundamento jurídico anterior.

Conviene recordar que en el apartado 13 a) del Cuadro Resumen del PCAP se especificaba que «En el caso de los servicios identificados como “reconocimientos médicos” [...], su número es estimativo. Por lo tanto, el número de servicios finalmente ejecutado podrá ser diferente al estimado, no pudiendo ser causa de indemnización o variación del precio establecido en su proposición.»

Y el apartado 25 a) del Cuadro Resumen del pliego regulador, al determinar la periodicidad del régimen de pagos, establece que será «semestral en el caso de los reconocimientos médicos [...], por las efectivamente realizadas de conformidad.»

En la misma línea, la cláusula 5.3 del PCAP, dispone que:

«En todo caso, la Administración solo abonará las prestaciones efectivamente realizadas, sin que el adjudicatario tenga derecho a indemnización alguna en caso de que algunos de los componentes o unidades de la prestación se supriman o sustituyan por otros contenidos en el contrato.»

Así las cosas, estas determinaciones contractuales dejan muy claro que el volumen de reconocimientos médicos previsto en los pliegos, constituía una estimación y que, en consecuencia, la contraprestación a abonar por la Administración consistía en un máximo estimado que no se comprometía a alcanzar.

Lo anterior implica, lógicamente, que, sin ser «aleatorio», el contrato celebrado entre las partes, estaba inevitablemente afectado de cierta «aleatoriedad», ante la imposibilidad de conocer apriorísticamente la cantidad de reconocimientos médicos efectivamente realizados y, por eso mismo, y para este tipo de contratos sujetos al régimen especial previsto en la disposición adicional trigésima tercera de la LCSP, si se realiza un número de reconocimientos médicos por debajo de las previsiones, no cabe considerar que exista incumplimiento por parte de la Administración contratante.

El contratista aceptó, por tanto, al firmar el contrato, que la Administración abonaría el precio que se correspondiese con los reconocimientos médicos realmente prestados, fueran estos más o fueran menos, puesto que el clausulado de los pliegos rectores deja claro que el riesgo de que los servicios prestados —en la realización de los reconocimientos médicos—, resultase ser inferior al estimado tendría que asumirlo el contratista.

No obsta a lo anterior el hecho de que la Administración hubiera concretado el número de servicios requeridos —comunicando al contratista las solicitudes de reconocimientos médicos—, puesto que la cláusula 5.3 del PCAP prevé expresamente que la Administración solo abonará las prestaciones efectivamente realizadas, «sin que el adjudicatario tenga derecho a indemnización alguna en caso de que algunos de los componentes o unidades de la prestación se supriman o sustituyan por otros contenidos en el contrato.»

En suma, y a modo de recapitulación, el hecho determinante de la reclamación del contratista —inasistencia a las citas de reconocimientos médicos programadas—, forma parte del alea normal del contrato y es un riesgo propio de la ejecución del mismo, riesgo que el contratista debe soportar, sin que proceda trasladar a la Administración el «alea» asumido por el contratista.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado somete a su consideración las siguientes:

CONCLUSIONES

Primera. En atención a los pliegos rectores del contrato, la prestación asumida por el contratista de realización de reconocimientos médicos ha de considerarse como una obligación de resultado.

Segunda. La configuración del contrato dentro del régimen jurídico que contempla la disposición adicional trigésima tercera de la LCSP, impide apreciar la existencia de un compromiso de la Administración contratante dirigido a garantizar el abono correspondiente a un número mínimo de reconocimientos médicos —coincidente con los previamente estimados—, con independencia de su efectiva realización.

Tercera. En razón de las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico II de este informe, ha de entenderse que no procede la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, al no poder apreciar la concurrencia de una situación totalmente imprevista y excepcional que determine una grave alteración del alea normal del contrato, haciendo perder la funcionalidad propia del principio de riesgo y ventura.

EXPROPIACIÓN FORZOSA

ANUNCIOS

12.23 ADMISIÓN DE PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE ANUNCIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXPROPIACIÓN FORZOSA Y EN EL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY 37/2015, DE CARRETERAS

Resumen: Cuestiones relativas a la publicación de anuncios en los procedimientos de expropiación forzosa y en el trámite de información pública del art. 12 de la Ley 37/2015, de Carreteras. De acuerdo con una interpretación sociológica y teleológica o finalista, cabe entender que las publicaciones en prensa exigidas en el procedimiento de urgencia del artículo 52 de la LEF pueden insertarse válidamente en diarios y periódicos digitales. El artículo 45.4 de la de la Ley 39/2015 solo permite sustituir la publicación en el tablón de anuncios o edictos exigida por disposición legal o reglamentaria por la publicación en el diario oficial correspondiente, pero no ampara la supresión de otros medios de publicidad adicionales expresamente exigidos en la normativa aplicable.

Examinado, al amparo de lo dispuesto en la Instrucción 3/2010, de 17 de mayo, sobre identificación y tratamiento de asuntos relevantes en el ámbito de la Abogacía del Estado y actuación procesal y consultiva de los Abogados del Estado, su borrador de informe sobre determinadas cuestiones relativas a la publicación de anuncios en los procedimientos de expropiación forzosa y en el trámite de información pública del artículo 12 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, la Abogacía General del Estado emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

1.º) La Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña formula consulta a la Abogacía del Estado en dicha Comunidad Autónoma en los siguientes términos:

«I. Como es sabido, conforme a lo establecido en el artículo 12 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras, la aprobación definitiva de los proyectos de carreteras del Estado implica la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes, modificación de servicios y adquisición de derechos correspondientes, a los fines de expropiación, de ocupación temporal o de imposición o modificación de servidumbres.

En la práctica, ya sea en el acto de aprobación provisional o con posterioridad, suele declararse la urgencia del proyecto, en cuyo caso, dicha aprobación definitiva implica la urgencia a los fines de expropiación.

II. Lo anterior conlleva que la adquisición de bienes y derechos se realice mediante el procedimiento regulado en el artículo 52 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (LEF) y concordantes de su Reglamento. Dicho precepto, en su apartado segundo, último párrafo, indica lo siguiente:

“2. Se notificará a los interesados afectados, según los artículos tercero y cuarto de esta Ley, el día y hora en que ha de levantarse el acta previa a la ocupación. Esta notificación se llevará a efecto con una antelación mínima de ocho días y mediante cédula. Caso de que no conste o no se conozca el domicilio del interesado o interesados, se entregará la cédula al inquilino, colono y ocupante del bien de que se trate, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo quinto de esta Ley. Con la misma anticipación se publicarán edictos en los tablones oficiales y, en resumen, en el Boletín Oficial del Estado y en el de la Provincia, en un periódico de la localidad y en dos diarios de la capital de la provincia, si los hubiere.”

En cuanto al último punto del citado párrafo, le interesa a esta Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña conocer si es posible realizar las distintas publicaciones en las versiones electrónicas de los diarios de prensa omitiendo las publicaciones en formato papel.

Habiéndose examinado la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente, así como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, solo se han encontrado referencias a la sustitución de las publicaciones de actos y comunicaciones en el tablón de anuncios o edictos por la publicación en la sede electrónica del organismo correspondiente.

No se encuentran referencias a la publicación electrónica en los diarios de prensa y sustitución de la publicación en formato papel; por ello se realiza la presente consulta a esa Abogacía del Estado rogando fije su criterio respecto a dicho extremo para aplicarlo en adelante a los procedimientos expropiatorios por la vía de urgencia.

III. Subsidiariamente, interesa conocer si se puede obviar la publicación edictal y en diarios de prensa del artículo 52.2 de la LEF por aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en cuanto indica que: “4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, la publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deba practicarse en tablón de anuncios o edictos, se entenderá cumplida por su publicación en el Diario oficial correspondiente.”

IV. Asimismo, por último, para el caso de que a criterio de esa Abogacía del Estado proceda prescindir de las publicaciones edictales y en diarios de prensa regulada en el artículo 52.2 de la LEF, interesa también a esta Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña conocer si dicho criterio sería extensible a las publicaciones reguladas en los artículos 17, 18 y 19 de la LEF así como artículo 12 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras (información pública de proyectos).»

2.º) La Abogacía del Estado en Cataluña eleva consulta a este Centro Directivo sobre las referidas cuestiones, adjuntando la correspondiente propuesta de informe en el que, previas las consideraciones jurídicas que estima pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

«Primera. Las publicaciones en diarios de prensa que prevé la LEF pueden realizarse en periódicos en formato digital.

Segunda. En el trámite de información pública prevista para el procedimiento general, únicamente se puede prescindir de la inserción del anuncio en los tablones municipales de edictos o anuncios, por lo que debe conservarse la publicación del trámite de información pública en el BOE, el diario oficial de la provincia correspondiente y en el periódico de mayor circulación de la provincia.

Tercera. Igualmente, en el procedimiento de expropiación urgente, en lo que respecta a la publicación de la citación para extender el acta previa de ocupación, solo resulta procedente omitir los anuncios en los tablones de edictos.

Cuarta. Para el trámite de información pública de los proyectos de carreteras regulado en el art. 12.6 de la LC, no es aplicable el art. 45.4 de la LPAC, en tanto que aquel precepto no hace ninguna referencia a tablones de anuncios, remitiéndose solamente a la normativa general reguladora del procedimiento administrativo común, por lo que será suficiente la publicación del trámite en el BOE.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Se plantean en el escrito de consulta diversas cuestiones que, desde un punto de vista práctico y jurídico, tienen una trascendencia general:

a) Posibilidad de que las publicaciones en prensa exigidas en el procedimiento de urgencia del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 16 de diciembre de 1954 (y, por extensión, en cualquier otra norma legal o reglamentaria) puedan insertarse en diarios y periódicos digitales (por contraposición a las publicaciones en formato papel).

b) Posibilidad de que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), la publicación edictal y en los diarios de prensa exigida en el artículo 52.2 de la LEF pueda ser sustituida por la publicación en el Diario Oficial correspondiente, consulta que se hace extensible a las publicaciones exigidas en el artículo 18 de la LEF, respecto del procedimiento de expropiación forzosa general, y en el artículo 12 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras (LC), en lo que se refiere al trámite de información pública de proyectos.

Este Centro Directivo comparte los acertados razonamientos del borrador de informe que se eleva a consulta, y ello por los motivos que seguidamente se exponen.

II

El artículo 52 de la LEF, relativo a la regulación del procedimiento expropiatorio por la vía de urgencia, establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

«2. Se notificará a los interesados afectados, según los artículos tercero y cuarto de esta Ley, el día y hora en que ha de levantarse el acta previa a la ocupación. Esta notificación se llevará a efecto con una antelación mínima de ocho días y mediante cédula. Caso de que no conste o no se conozca el domicilio del interesado o interesados, se entregará la cédula al inquilino, colono y ocupante del bien de que se trate, sin

perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo quinto de esta Ley. Con la misma anticipación se publicarán edictos en los tablones oficiales y, en resumen, en el Boletín Oficial del Estado y en el de la Provincia, en un periódico de la localidad y en dos diarios de la capital de la provincia, si los hubiere.»

El precepto parcialmente transcrito, al regular el trámite de información pública en el procedimiento expropiatorio de urgencia, no indica el formato al que deben ajustarse los anuncios de prensa que exige publicar a la Administración expropiante. Al tiempo de promulgarse la LEF, las publicaciones en prensa a las que alude el artículo 52.2 de dicho texto legal (en un periódico de la localidad y en dos diarios de la capital de la provincia), forzosamente habían de identificarse con publicaciones en formato papel, pues el desarrollo de la prensa digital se corresponde con un estadio de desarrollo tecnológico muy posterior, que resultaba impensable para el legislador al tiempo a aprobarse la LEF, en el año 1954.

Ello no obstante, el artículo 3.1 del Código Civil dispone que las normas habrán de interpretarse —entre otros criterios—, según «la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas», atendiendo, además, fundamentalmente, «al espíritu y finalidad» de dichas normas. El alcance y contenido actual del artículo 52.2 de la LEF ha de considerarse, en consecuencia, bajo el prisma de los criterios de interpretación sociológico y finalista.

Efectivamente, si el contexto histórico existente al tiempo de la aprobación de una norma ha cambiado sustancialmente, el criterio de interpretación sociológico exige adaptar el contenido de dicha norma a la realidad social del momento. Pues bien, la aplicación del criterio de interpretación sociológico en el supuesto que se examina determina que, en la actualidad, la publicación de anuncios de prensa impuesta en el artículo 52.2 de la LEF (así como en otras normas legales o reglamentarias, salvo que en ellas se disponga expresamente otra cosa) pueda cumplimentarse válidamente tanto en formato papel como en formato digital, dado que el uso de éste último es el que se está imponiendo paulatinamente en la sociedad.

Ello enlaza también con el criterio de interpretación teleológico o finalista, al que el artículo 3.1 del Código Civil atribuye un carácter preferente respecto de los restantes criterios hermenéuticos. Si la finalidad que persigue la norma al imponer a la Administración la publicación de anuncios en varios diarios o periódicos es lograr la mayor publicidad posible del concreto acto administrativo de que se trate (en el supuesto del artículo 52.2, el día y hora en que se levantará el acta previa a la ocupación), dicha finalidad indudablemente se cumple si la Administración acude, a tales efectos, al medio de prensa que garantiza una mayor difusión, que es lo que sucede hoy en día con la prensa digital.

Cabe añadir que, conforme al artículo 70.2 de la LPACAP, la tramitación del expediente administrativo ha de efectuarse hoy en día de forma electrónica, por lo que ningún inconveniente planteará la incorporación a dicho expediente electrónico de los anuncios insertados en la prensa digital.

Por lo expuesto, procede concluir que las publicaciones en prensa exigidas en el procedimiento de urgencia del artículo 52 de la LEF (y en cualquier otra norma legal o reglamentaria, salvo que en ella se disponga expresamente otra cosa) pueden válidamente insertarse en diarios y periódicos digitales.

III

Se formula consulta, en segundo lugar, sobre si el artículo 45.4 de la LPACAP ampara que la publicación edictal y en los diarios de prensa exigida en el artículo 52.2 de la LEF pueda ser sustituida por la publicación en el Diario Oficial correspondiente, consulta que se hace extensible a las publicaciones exigidas en los artículos 17, 18 y 19 de la LEF, respecto del procedimiento de expropiación forzosa general, y en el artículo 12 de la LC, respecto del trámite de información pública de proyectos.

El artículo 45.4 de la LPACAP establece lo siguiente:

«4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, la publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deba practicarse en tablón de anuncios o edictos, se entenderá cumplida por su publicación en el Diario oficial correspondiente.»

Por su parte, el artículo 44 de la LPACAP, al que remite el precepto transcrito, regula la «notificación infructuosa» en los términos siguientes:

«Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Estado.”

Asimismo, previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el «Boletín Oficial del Estado.»

En consecuencia, a efectos de notificaciones infructuosas, el artículo 44 de la LPACAP impone como preceptiva la publicación de un anuncio en el Boletín Oficial del Estado, siendo facultativa la publicación en los boletines oficiales de otras Administraciones Públicas y en los tabloneros de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado; y sin perjuicio de otras formas complementarias y facultativas de notificación, que en ningún caso excluyen la preceptiva publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Y, al regular la publicación, el artículo 45.4 de la LPACAP dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, la publicación de actos que, por disposición legal o reglamentaria, deba practicarse en tablón de anuncios o de edictos, se entenderá cumplida por su publicación en el Diario oficial correspondiente —hay que entender, al ámbito territorial de la Administración actuante—.

Comparte este Centro Directivo el criterio del borrador de informe que se eleva a consulta, con arreglo al cual esta previsión legal del artículo 45.4 de la LPACAP (que tiene su antecedente en el artículo 12 de la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos), atiende a razones de eficacia administrativa pues, a día de hoy, los tradicionales tabloneros de anuncios o de edictos (especialmente, en grandes poblaciones o núcleos urbanos) tienen mucha menos utilidad que antaño y son medios de publicidad con una efectividad mucho más limitada que la de los diarios oficiales, que adoptan el formato de edición electrónica y son de fácil acceso y consulta por los ciudadanos. Manifestaciones de

ello son, en el ámbito administrativo, el Tablón Edictal Único del Boletín Oficial del Estado (creado por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa), como diario oficial de la entera organización estatal, en el que todas las Administraciones Públicas pueden insertar sus anuncios, y en el que todos los interesados pueden acceder a los anuncios de las notificaciones que les afecten; y, en el ámbito procesal, el Tablón Edictal Judicial Único, introducido por la Ley 3/2000, de 18 de septiembre, y regulado en el artículo 236 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en el artículo 35 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Ahora bien, el artículo 45.4 de la LPACAP solo permite —siendo éste el concreto alcance del precepto— sustituir la publicación en el tablón de anuncios o edictos que venga exigida por disposición legal o reglamentaria, por la publicación en el Diario Oficial correspondiente. No alcanza la regla del artículo 45.4 de la LPACAP a otros supuestos distintos de publicidad, como son la publicación de anuncios en periódicos, diarios o boletines oficiales.

En la medida en que el artículo 52.2 de la LEF exige, como se ha indicado, la publicación de edictos en los tabloneros oficiales, en el Boletín Oficial del Estado y en el de la Provincia, en un periódico de la localidad y en dos diarios de la capital de la provincia, si los hubiere, ha de entenderse que el artículo 45.4 de la LPACAP solo permite sustituir la publicación de edictos en tabloneros oficiales por la publicación en el Boletín Oficial del Estado, sin que dicho precepto permita prescindir de los restantes anuncios que, a fin de garantizar el mayor grado de publicidad de la actuación expropiatoria, la LEF, con una finalidad claramente tuitiva de los derechos de los expropiados, exige adicionalmente.

Esta conclusión resulta extensible a otros supuestos en los que la normativa aplicable exija a la Administración la publicación de anuncios no solo en los tabloneros edictales, sino también en diarios, periódicos o boletines oficiales: el artículo 45.4 de la LPACAP solo afecta a las publicaciones en los tabloneros de anuncios y edictos (que se entenderán cumplidas con la publicación en el Boletín Oficial del Estado), no así a otros medios de publicidad adicionales expresamente exigidos en la normativa general o especial que en cada caso resulte de aplicación.

Tal es el caso de los preceptos mencionados en el escrito de consulta, en concreto:

— El artículo 18.2 de la LEF que, dentro de la regulación del procedimiento de expropiación general, y refiriéndose a la relación concreta e individualizada de los bienes o derechos que se considere de necesaria expropiación, dispone que «Cuando se trate de expropiaciones realizadas por el Estado, dicha relación habrá de publicarse en el “Boletín Oficial del Estado” y en el de la provincia respectiva y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, si lo hubiere, comunicándose además a los Ayuntamientos en cuyo término radique la cosa a expropiar para que la fijen en el tablón de anuncios.»

— En el ámbito de las carreteras, y como bien se indica en el proyecto de informe que se eleva a consulta, el trámite de información pública del expediente de expropiación es distinto del trámite de información pública regulado en la normativa sectorial respecto de la aprobación de estudios y proyectos de carreteras.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (RJ.2016/3700), tras recordar que, pese al silencio del artículo 52 de la LEF, el trámite de información pública resulta también preceptivo en el procedimiento expropiatorio de urgencia conforme

al artículo 56 del Reglamento de dicha Ley, declara, tras citar pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, lo siguiente:

«En esta misma sentencia recordábamos que dicho trámite no queda suplido por el trámite de información pública que prevén determinadas leyes sectoriales respecto del proyecto que se pretende ejecutar, como es el caso del art. 10.4 de la Ley de Carreteras, siendo necesario acudir al trámite de información pública previsto en el procedimiento expropiatorio. Y esta exigencia se produce, según la citada sentencia, cuando el trámite previsto en la ley sectorial se refiere a las características generales de la carretera proyectada, no a las concretas fincas que se deberán expropiar para su construcción; es decir, esos trámites versan sobre la oportunidad de la obra que justifica la expropiación, no sobre bienes determinados.»

En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018 (RJ.2018/3708), con cita de las anteriores sentencias del Alto Tribunal de 2 de febrero de 2015 (RJ.2015/320) y de 20 de febrero de 2015 (RJ.2015/806), declaró lo siguiente:

«En tales sentencias y las que se citan se parte de la regla general del procedimiento ordinario de expropiación, según la cual, la declaración de necesidad de ocupación ha de ir precedida del trámite de información pública que regula el art. 18 y siguientes de la LEF y desde esta situación se examinan los supuestos de existencia de legislación sectorial en la que se dispone que la aprobación del correspondiente proyecto implica la declaración de utilidad pública y necesidad de urgente ocupación, como es el caso, planteándose la necesidad de conceder ese trámite de información pública y el momento adecuado para ello en los procedimientos expropiatorios tramitados por la vía de urgencia, respondiendo a dichas cuestiones en el sentido de que: en primer lugar, en dichos procedimientos se mantiene la exigencia del trámite de información pública, que además debe ser plena y en las condiciones exigidas por los arts. 18 y 19.1 de la LEF, sin que pueda limitarse a la simple denuncia de errores en la relación de bienes y derechos (art. 19.2) y sin que pueda sustituirse por el trámite de información pública previsto en las normas sectoriales, que tiene un objeto distinto; y en segundo lugar, que en estos casos no se requiere que el trámite de información pública tenga carácter previo a la declaración de necesidad de ocupación, que se ha producido por la aprobación del proyecto según el art. 52.1 de la LEF (S. 14 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 424), Rec. 2939/1996).»

En consecuencia, en el trámite de información pública del procedimiento expropiatorio (ordinario o de urgencia) que tramite la Demarcación de Carreteras, en la medida en que los artículos 18.2 y 52.2 de la LEF, respectivamente, exigen medios de publicidad adicionales a los anuncios en tabloneros oficiales, el artículo 45.4 de la LPACAP permitirá únicamente sustituir los anuncios edictales en los tabloneros oficiales por la publicación en el Boletín Oficial correspondiente, pero no excluye la necesidad de cumplimentar la publicidad adicional (en los boletines oficiales, periódicos o diarios) exigida en dichos preceptos.

Y, respecto al trámite de información pública regulado en el procedimiento de aprobación de los estudios de carreteras del artículo 12 de la LC, el apartado 6 de dicho precepto dispone que «Con independencia de la información oficial en los casos en los que ésta sea preceptiva se llevará a cabo, en la forma prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, un trámite de información pública del estudio correspondiente

durante un período de treinta días hábiles, en el cual deberán ponerse de manifiesto expresamente las limitaciones al uso y a la propiedad que conllevará la actuación que al regular la aprobación definitiva de los proyectos de carreteras remite a la regulación de la LEF». Dicho precepto remite, en la actualidad, al artículo 83.2 de la LPACAP que, al regular el trámite de información pública en el procedimiento administrativo, exige publicar un anuncio «en el Diario Oficial correspondiente». En la medida en que el artículo 12.6 de la LC, por remisión al artículo 83.2 de la LPACAP, exige únicamente la publicación de un anuncio en el Boletín Oficial del Estado, no resulta aplicable el artículo 45.4 de dicho texto legal, pues no se impone en este supuesto la publicación de anuncios en un tablón oficial (único supuesto al que se refiere el artículo 45.4 de la LPACAP, como ya se ha indicado).

En consideración a lo expuesto, la Abogacía General del Estado confirma el criterio del borrador de informe que se eleva a consulta y formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. De acuerdo con los criterios de interpretación sociológico y teleológico o finalista, procede entender que las publicaciones en prensa exigidas en el procedimiento de urgencia del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 16 de diciembre de 1954 (y, por extensión, en cualquier otra norma legal o reglamentaria que no establezca expresamente otra cosa) pueden insertarse válidamente en diarios y periódicos digitales (y no solo en publicaciones en formato papel).

Segunda. El artículo 45.4 de la de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, solo permite sustituir la publicación en el tablón de anuncios o edictos exigida por disposición legal o reglamentaria por la publicación en el Diario Oficial correspondiente, pero no ampara la supresión de otros medios de publicidad adicionales expresamente exigidos en la normativa general o especial que en cada caso resulte de aplicación.

EXTRANJERÍA

13.23 ESCRITO DE OPOSICIÓN DEL ABOGADO DEL ESTADO AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR TRES CIUDADANOS EXTRANJEROS ANTE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO. RC 1373/2023

Resumen: Las cuestiones casacionales a determinar son a) si el cumplimiento del deber de comunicación al ACNUR de la solicitud de protección internacional exige que quede constancia en el expediente administrativo de su efectiva recepción por parte de aquél; y, b) si incide en la respuesta a la referida cuestión el hecho de que conste en la propuesta de resolución formulada por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio que esta última se reunió con asistencia de todos sus miembros y del ACNUR. El Abogado del Estado defiende la tesis de la sentencia de instancia que consideró que las comunicaciones al ACNUR habían sido correctas.

El Abogado del Estado, formula Escrito de Oposición al recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 92.5 LRJCA y en los siguientes términos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Los términos en los que el Auto de 6 de julio 2023 de la Sala ha admitido el presente Recurso de Casación y considerado que la cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, son los siguientes:

Admitir el recurso de casación n.º 1373/2023 preparado por la representación procesal D. XXXX, D YYYYY y Doña ZZZZ Nieto contra la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2022 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo n.º 1677/2020.

Declarar que las cuestiones planteadas en el recurso que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en determinar:

a) si el cumplimiento del deber de comunicación al ACNUR de la solicitud de protección internacional exige que quede constancia en el expediente administrativo de su efectiva recepción por parte de aquél; y,

b) si incide en la respuesta a la referida cuestión el hecho de que conste en la propuesta de resolución formulada por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio que esta última se reunió con asistencia de todos sus miembros y del ACNUR.

Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación los siguientes: artículos 18.1.c) y 34 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre (RCL 2009, 2051), reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y 6 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, puestos en relación con los artículos 23.2, 24.2 y 35.1 de la referida Ley 12/2009, de 30 de octubre, y todos ellos con los artículos 47.1.e) y 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

II

Las normas a interpretar son: (subrayados y negrita son propios)

2.1 Ley 12/ 2009, de 30 de octubre, de Asilo y Protección Subsidiaria.

Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes.

1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

- a) a ser documentado como solicitante de protección internacional;
- b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete;
- c) a que se comunique su solicitud al ACNUR;

[...]

2.2 Artículo 23. Órganos competentes para la instrucción.

1. La Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio del Interior, es el órgano competente para la tramitación de las solicitudes de protección internacional, sin perjuicio de las demás funciones que reglamentariamente se le atribuyan.

2. La Comisión Interministerial de Asilo y Refugio es un órgano colegiado adscrito al Ministerio del Interior, que está compuesto por un representante de cada uno de los departamentos con competencia en política exterior e interior, justicia, inmigración, acogida de los solicitantes de asilo e igualdad.

2.3 Artículo 24. Procedimiento ordinario.

1. Toda solicitud de protección internacional admitida a trámite dará lugar al inicio, por parte del Ministerio del Interior, del correspondiente procedimiento, al que se incorporarán las diligencias de instrucción del expediente.

2. Finalizada la instrucción de los expedientes, se elevarán a estudio de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, que formulará propuesta al Ministro del Interior, quien será el competente para dictar la correspondiente resolución por la que se conceda o deniegue, según proceda, el derecho de asilo o la protección subsidiaria.

2.4 Intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Artículo 34. Intervención en el procedimiento de solicitud.

La presentación de las solicitudes de protección internacional se comunicará al ACNUR, quien podrá informarse de la situación de los expedientes, estar presente en las audiencias a la persona solicitante y presentar informes para su inclusión en el expediente.

A estos efectos, tendrá acceso a las personas solicitantes, incluidas las que se encuentren en dependencias fronterizas o en centros de internamiento de extranjeros o penitenciarios.

2.5 Artículo 35. Intervención en la tramitación de protección internacional.

1. El representante en España del ACNUR será convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.

2. Asimismo será informado inmediatamente de la presentación de las solicitudes en frontera y podrá entrevistarse, si lo desea, con los solicitantes. Con carácter previo a dictarse las resoluciones que sobre estas solicitudes prevén los apartados primero, segundo y tercero del artículo 21 de la presente Ley, se dará audiencia al ACNUR.

3. En los casos en los que se tramiten las solicitudes mediante el procedimiento de urgencia, y en los casos de admisión a trámite del artículo 20, si la propuesta de resolución de la Oficina de Asilo y Refugio fuese desfavorable se dará un plazo de diez días al ACNUR para que, en su caso, informe.

2.6 RD 203/ 1995 Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

Artículo 6. Remisión de la solicitud a la Oficina de Asilo y Refugio y comunicación a los organismos y entidades interesadas.

1. La remisión y comunicación de solicitudes de asilo e informes sobre las mismas a los órganos competentes y entre los organismos y entidades interesadas, se realizará utilizando las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos más avanzados de que se disponga.

2. Las solicitudes de asilo presentadas en el extranjero serán cursadas a la Oficina de Asilo y Refugio a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, acompañadas del correspondiente informe de la Misión Diplomática u Oficina Consular.

3. En los demás casos, las solicitudes de asilo, acompañadas de la documentación correspondiente, se remitirán por las dependencias mencionadas en el artículo 4 a la Oficina de Asilo y Refugio de forma directa e inmediata.

4. La Oficina de Asilo y Refugio comunicará la presentación de toda solicitud de asilo al representante en España del ACNUR. Esta comunicación se realizará dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, a partir de su recepción por parte de la Oficina de Asilo y Refugio.

2.7 Ley 39/ 2015 de Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 47. Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) 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.

2.8 Artículo 48. Anulabilidad.

1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

2. No obstante, el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

III

Antecedente: La sentencia impugnada, cuyos razonamientos jurídicos consideramos acertados en base a los hechos que se aceptan como probados.

3.1 La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional, desestimó el recurso contencioso-administrativo mediante sentencia al considerar, en esencia, que, con cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, la solicitud de protección internacional fue comunicada al ACNUR (según los datos obrantes en el expediente administrativo).

En el fundamento 4.º de la Sentencia se indicaba: (el subrayado es propio)

Fdo 4.º: Criterio de la Sala y decisión del recurso.

Por razones metodológicas, la primera cuestión a resolver es la relativa a la denuncia de la infracción de los artículos 34 y 35.3 de la Ley 12/2009, que se hace soportar en las circunstancias de no haberse comunicado al ACNUR la presentación de la solicitud ni habersele comunicado, tampoco, la propuesta desfavorable.

Este motivo no puede ser acogido. // El artículo 35.3 sobre el informe del ACNUR, citado como infringido, se refiere a las solicitudes tramitadas por el procedimiento de urgencia, esto es, el regulado en el artículo 25 de la Ley, de manera que no es de aplicación al caso en que las solicitudes se tramitaron por el procedimiento ordinario, regulado en el artículo 24, en el que el expediente es estudiado por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR). // Por lo demás, constan las comunicaciones a ACNUR a los folios 51 y 52 del expediente, debiendo tenerse en cuenta que no es preceptivo que en el procedimiento ordinario el ACNUR emita informe [STS 27 de marzo de 2012 (casación 2742/201) y 16 septiembre 2013 (Rec. 377/2013)]. Por lo demás, consta en la propuesta de la CIAR que a la reunión celebrada el 7 de julio de 2020 en que fueron examinadas las solicitudes, asistió el representante del ACNUR

IV

Alegaciones del Recurso de Casación.

Sostiene la parte recurrente la nulidad del procedimiento por no considerar la comunicación obrante en el expediente administrativo porque no se acreditaría ni la

efectiva comunicación ni la recepción por el Organismo. Alega que ACNUR no había sido efectivamente convocado a la concreta sesión de la CIAR en que se examinó la solicitud del peticionario.

Solicita la nulidad de la resolución administrativa impugnada, con retroacción de las actuaciones al momento en que debió comunicarse al ACNUR la solicitud del peticionario, por considerar que (según dice en folio 3 del recurso y en el suplico del mismo: «debe constar en el expediente administrativo constancia suficiente de la recepción de dicha comunicación para entender cumplido lo establecido en el artículo 34 de la Ley 12/ 2009»).»

V

Motivación de la Oposición al Recurso de Casación por entender que la sentencia impugnada, es la más ajustada a Derecho.

5.1 La Sentencia de la Sala C-A de la Audiencia Nacional sigue la misma línea desestimatoria de la primera sentencia AN que ha desestimado este tipo de pretensión, la Sentencia 6 julio 2022 Sección 3.ª Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Rca 1099/ 2021). En esta primera Sentencia de 6-7-2022 la Audiencia Nacional, Sección 3.ª, desarrollaba más extensamente las razones por la que consideraba que el fallo debía ser desestimatorio y las alegaciones del recurrente (las mismas del recurrente en Casación de los autos que ahora nos ocupan) no podían estimarse.

5.2 Decía la SAN de 6-7-2022 en su fundamento 3.º: (los subrayados y negrita son propios).

La solicitud fue comunicada al ACNUR que no emitió informe al particular del caso del recurrente por las razones que solo le competen y que estuvo presente en la reunión de la CIAR que examinó el caso del actor sin que conste opinión manifestada en contrario (Comunicación al ACNUR pág. 45 a 46).

El art. 34 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, incluido dentro del Capítulo IV, «Intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)», dispone que: «La presentación de las solicitudes de protección internacional se comunicará al ACNUR, quien podrá informarse de la situación de los expedientes, estar presente en las audiencias a la persona solicitante y presentar informes para su inclusión en el expediente.// A estos efectos, tendrá acceso a las personas solicitantes, incluidas las que se encuentren en dependencias fronterizas o en centros de internamiento de extranjeros o penitenciarios.»

Añade el art. 35 que:

«1. El representante en España del ACNUR será convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio...»

Sobre el papel que la Ley 12/2009 atribuye al ACNUR en la investigación de las solicitudes de asilo, se pronuncia expresamente la STS de 17/12/2013 (RC 3421/2012).

«[...] No consta que la Administración tuviera en cuenta lo apuntado por el ACNUR en sus dos informes, donde se puso de manifiesto la posible condición de la solicitante de ser víctima de trata y violencia sexual, pues no figura ninguna mención o razonamiento

sobre ellos, lo que supone una evidente infracción de la Ley 12/2009, que atribuye a este Organismo un trascendente papel en la investigación de las solicitudes de asilo, tal y como se resalta en la propia exposición de motivos de la Ley, que indica: “Mención específica debe hacerse en este punto al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), a quien se le reconoce el importante papel que desempeña en la tramitación de las solicitudes de asilo en España, reforzando así las garantías del procedimiento», y se resalta en los artículos 34 y 35.» (FJ 3°).

La jurisprudencia ha enfatizado la existencia de dos obligaciones diferenciadas por parte de la Administración en relación con el ACNUR: la obligación de comunicar al ACNUR la presentación de la solicitud (ex art. 34 de la Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre); y la obligación de convocar al ACNUR para asistir a la reunión de la CIAR (ex art. 35 de la Ley de Asilo 12/2009, de 30 de octubre). STS de 22 de junio de 2011 (RC 733/2010).

«[...] Maticemos que el artículo 5.5 y el artículo 6.2 tienen contenidos distintos. El primero simplemente ordena a la Administración que se comunique al ACNUR cada presentación de solicitud de asilo; mientras que el segundo da un paso más, y exige una comunicación y convocatoria específica al ACNUR para asistir a la reunión de la CIAR que examinará la solicitud. Por eso, aun cuando se haya dado efectivo cumplimiento a lo primero, no por ello queda liberada la Administración de cumplir lo segundo. Por eso, la constatación de que lo ordenado por el artículo 5.5 fue observado no implica que el artículo 6.2 también lo haya sido; y precisamente por eso la Sala de instancia debió resolver sobre el efectivo cumplimiento de lo ordenado por el artículo 6.2. [...]» (FJ 5°).

Téngase en cuenta que, lo esencial, es la comunicación al ACNUR sobre la petición de asilo formulada, pero no es preceptivo el informe del ACNUR. Así lo resalta la STS de 27/03/2012 (RC 2742/201):

«Aplicando al presente caso la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, vigente durante la tramitación del expediente de asilo del recurrente, y, en concreto, el artículo 5 en sus apartados 5 y 6, queda patente la obligación de la comunicación al ACNUR de las solicitudes de asilo, y de la facultad del Alto Comisionado para presentar informes verbales o escritos, ante el Ministro del Interior. A su vez el artículo 24.3 del RD 203/1995, Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de asilo modificada por la Ley 9/1994, establece que “asimismo, se incorporarán al expediente, en su caso, los informes del ACNUR y de las asociaciones legalmente reconocidas que, entre sus objetivos, tengan el asesoramiento y ayuda del refugiado.” Por ello, lo esencial e inexcusable es la comunicación al ACNUR sobre la petición de asilo formulada, pero no es preceptivo el informe del ACNUR, basta que la solicitud de asilo se haya comunicado al Alto Comisionado para que, en ese concreto aspecto, haya sido debidamente efectuado el procedimiento administrativo como ha quedado acreditado en este expediente administrativo. El Alto Comisionado no está obligado a remitir un informe individualizado sobre cada petición de asilo, de modo que la falta de dicho informe no vicia de nulidad el procedimiento mismo ni su resolución ulterior. f.] En el expediente administrativo obra la remisión al ACNUR por fax, en fecha 19 de agosto a las 10:45 horas, de la solicitud del visado, entre otros, de [...], cumpliéndose con ello el procedimiento establecido que exige esta comunicación al Alto Comisionado. Se constata, pues, a través de dicho documento obrante en autos, que la solicitud de asilo del recurrente fue efectivamente comunicada al citado organismo, lo que permite entender que realmente el ACNUR pudo intervenir, por haber sido oportunamente informado, en la tramitación del procedimiento aunque finalmente no haya optado por

emitir el correspondiente informe referido al concreto solicitante de asilo, razón por la que cabe concluir que se ha observado correctamente el preceptivo trámite que la ley prevé.

Además, la resolución denegatoria del asilo, del Ministerio del Interior, de fecha 19 de noviembre de 2009, indica con toda claridad en su antecedente fáctico tercero que el ACNUR asistió a la reunión de 28 de octubre de 2009, y que la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio formuló la propuesta de resolución. [...]» (FJ 5°).

En igual sentido la STS de 29/09/2011 (RC 5327/2010):

«[...] en el sistema de la Ley de Asilo 5/84, de 26 de marzo, no existe obligación alguna por parte del ACNUR de emitir informe individualizado respecto de las solicitudes de asilo que le sean comunicadas, bastando con que sea informado de su existencia.» (FJ 9.º)

5.3 Y continuaba la Sentencia Audiencia Nacional de julio 2022:

Pues bien, ha quedado acreditado por el expediente (folios 11 y 12), que la solicitud, admitida a trámite y tramitada por el procedimiento ordinario, fue comunicada al Alto Comisionado (con clara indicación del número de expediente, nombre, fecha de nacimiento, país de nacionalidad, sexo, domicilio en España, fecha y lugar de entrada, y fecha y lugar de la solicitud) y que la CIAR, prevista en el art. 23 de la Ley 12/2009, se reunió contando con la asistencia de todos sus miembros y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), y examinó, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24.2 de la citada Ley, el expediente relativo a la solicitud de protección internacional formulada. Cosa distinta es que ACNUR no decidiera, previamente, informarse de forma particularizada, del expediente del recurrente, solicitándolo así, ni emitiera informe al particular del caso, por las razones que solo le competen. // En conclusión, ACNUR no emitió informe alguno, ni manifestó una postura contraria a la propuesta de la OAR en la reunión de la CIAR en la que estuvo presente, como se ha señalado, cumpliéndose más que sobradamente las exigencias de motivación en la propuesta y en la resolución (cuestión distinta es la mera discrepancia con lo motivadamente resuelto algo que pone en evidencia los propios términos de la demanda).

5.4 Existiendo pues los precedentes de las dos sentencias STS indicadas, las cuestiones que ahora se plantean a la Excm. Sala TS son matices de indudable importancia:

a) si el cumplimiento del deber de comunicación al ACNUR de la solicitud de protección internacional exige que quede constancia en el expediente administrativo de su efectiva recepción por parte de aquél; y,

b) si incide en la respuesta a la referida cuestión el hecho de que conste en la propuesta de resolución formulada por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio que esta última se reunió con asistencia de todos sus miembros y del ACNUR.

5.5 Y, respecto a ello hemos de manifestar que, aplicando los principios generales del Artículo 3.º de la Ley 40/ 2015, la actuación del órgano administrativo fue de buena fe y con eficacia administrativa, de tal forma que comunicó al ACNUR la solicitud de protección internacional y esa manifestación, que entendemos certificada en el expediente administrativo, es de suyo suficiente para así considerarlo, salvo que se pudiera acreditar falsedad de alguna forma (por ejemplo mediante una comunicación administrativa del ACNUR al interesado, recabada por éste en cualquier momento

posterior a los hechos, en la que el ACNUR manifestara que no tenía conocimiento de esa comunicación).

Una falsedad o incerteza en esta materia podría dar lugar a responsabilidad administrativa de los funcionarios implicados, ya por culpa o negligencia o por dolo si se diera el caso. Ningún indicio, ninguno, hay de ello en el expediente administrativo.

5.6 Por otra parte, si hubiera de documentarse en el expediente administrativo un acuse de recibo del ACNUR, y si éste debiera ser postal o electrónico, no lo establece como obligación la Ley de Asilo, pero sin duda que la Administración actuante lo efectuaría así, de considerarlo la Sala TS como una obligación complementaria de la obligación ineludible legal de comunicación al ACNUR de la solicitud de asilo.

Actualmente no existe normativamente obligación de documentar formalmente la recepción por el ACNUR de la comunicación de la Oficina de Extranjería, existe la obligación de comunicar al ACNUR y así se hace constar en el expediente administrativo: que se ha comunicado.

Progresando en el razonamiento anterior, diremos que, de haber dudas sobre la comunicación al ACNUR, que figura en el expediente administrativo como efectuada, (de haber dudas de la recepción en el ACNUR) lo determinante es si esa sospecha de no recepción ha producido indefensión o de alguna manera ha afectado al interesado, a lo que ha de responderse que no en este caso porque el ACNUR asistió efectivamente a la Reunión en la que se trató el Caso del solicitante y el ACNUR tuvo completa conciencia del mismo, pudiendo oponer los reparos o disconformidades que tuviera por conveniente (y no constan efectuados).

5.7 En fin, añadiremos que no apreciamos duda en que el Acta administrativa de la reunión deberá certificarse en la forma prevista para las Actas de órganos colegiados, constando los asistentes y en el presente supuesto consta como asistente el representante del ACNUR no figurando prevención alguna o reparo en relación con el presente Caso. La propia asistencia del representante del ACNUR a esa sesión acredita de forma completa que tuvo o pudo tener a su alcance todos los datos y todas las posibilidades de preguntas y respuestas sobre el Caso, lo que excluye cualquier negligencia administrativa sobre el supuesto.

5.8 En definitiva: entendemos que la comunicación al ACNUR se cumple en el expediente por constancia en el mismo por el o los funcionarios competentes, instructores del expediente y que, en todo caso, cualquier duda de afectación o indefensión del solicitante en este concreto aspecto, queda resuelta si el representante del ACNUR comparece y asiste a la reunión en la que se trate el caso del solicitante.

5.9 Aplicando estos razonamientos al presente Caso, debe confirmarse la sentencia dictada ya que consta en el expediente la comunicación al ACNUR y, en todo caso, un representante del ACNUR compareció a la reunión resolutoria en la que se trató el Caso del solicitante, no quedando afectado ni indefenso éste respecto a la formulación de su solicitud de asilo, que al fin le fue denegada por razones sustantivas. La obligación de comunicación al ACNUR entendemos que no requiere de una especial acreditación o vigilancia del órgano administrativo actuante, cuando este órgano hace constar administrativamente que sí ha comunicado al ACNUR.

No ha acaecido motivo de nulidad ni de anulabilidad alguna, ni siquiera formal, en la actuación administrativa objeto de los autos resueltos por la Sala de la Audiencia Nacional con sentencia desestimatoria y, en todo caso, no ha habido indefensión alguna del interesado.

VI

Sobre la pretensión deducida por el recurrente y el pronunciamiento que solicita de la sala.

A la luz de lo expuesto, entendemos que las respuestas jurisprudenciales a las cuestiones planteadas debieran ser la confirmación de la interpretación efectuada por la Sala C-A de la Audiencia Nacional en su sentencia, reforzando y complementando así la doctrina establecida por la Sala TS en sus sentencias de los años 2011 (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 29 de abril y de 8 de julio de 2011, (recursos 2530/2009 y 6201/2008) y 2012, STS de 27/03/2012 (RC 2742/201), arriba citadas.

Como afirma el propio Auto de admisión de la Sala TS, sobre cuestión similar, la misma Sección ha admitido ya el recurso de casación n.º 6951/2022 por auto de 8 de febrero de 2023, en el que este mismo Abogado del Estado ha efectuado ya la primera contestación-oposición respeto a la cuestión.

FUNCIÓN PÚBLICA

CONTRATOS DE ALTA DIRECCIÓN

14.23 CONTRATOS DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN Y CONTRATOS MERCANTILES VINCULADOS A LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES

Resumen: Se estudia la procedencia de reconocimiento al personal vinculado a las sociedades mercantiles estatales mediante contratos de alta dirección y contratos mercantiles, presidentes y consejeros delegados, de un complemento retributivo de prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal o licencia por enfermedad, y en su caso, si dicho reconocimiento debe serlo en los mismos términos que esté previsto en el convenio colectivo de aplicación al resto del personal laboral de la sociedad.

La Abogacía del Estado en este Ministerio, en contestación a la consulta elevada a instancia del Sr. Director General del Patrimonio del Estado, sobre la procedencia de reconocimiento al personal vinculado a las sociedades mercantiles estatales mediante contratos de alta dirección y contratos mercantiles (Presidentes y Consejeros Delegados) de un complemento retributivo de prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal o licencia por enfermedad, y en su caso, si dicho reconocimiento debe serlo en los mismos términos que esté previsto en el convenio colectivo de aplicación al resto del personal laboral de la sociedad; analizados los términos de la consulta y la normativa de pertinente aplicación, se emite el presente con fundamento en las siguientes,

I. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1.1 Primera. Sobre los antecedentes de la consulta.

La consulta elevada desde la Dirección General del Patrimonio del Estado parte del régimen retributivo singular de los máximos responsables y directivos de las sociedades mercantiles estatales regulado en:

- la Disposición Adicional octava de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,
- el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades y

— las Órdenes Ministeriales de 30 de marzo de 2012 que lo desarrollan, así como en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

En efecto, el apartado Tercero de la Disposición Adicional Octava de la Ley 3/2012 prescribe que:

1. Las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección del sector público estatal se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias.

2. Las retribuciones básicas lo serán en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado, por razón del grupo de clasificación en que resulte catalogada la entidad por parte de quien ejerza el control o supervisión financiera de esta o, en su caso, por el accionista.

3. Las retribuciones complementarias, comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuiría las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuiría la consecución de unos objetivos previamente establecidos. Estos complementos serán asignados por parte de quien ejerza el control o supervisión financiera de la entidad o, en su caso, por el accionista.

4. Lo dispuesto en los tres apartados anteriores será de aplicación a las sociedades mercantiles estatales. Para el resto de entes sometidos al ámbito de aplicación de esta disposición se estará al desarrollo que apruebe el Gobierno, de conformidad con lo establecido en el apartado seis.

Además, su régimen retributivo se concreta en el artículo 7 del Real Decreto 451/2012 con los siguientes conceptos retributivos y sus limitaciones:

1. Las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección se clasifican en básica y complementarias.

2. La retribución básica, que constituye la retribución mínima obligatoria, se fijará por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en función del grupo en que se sitúe la entidad, de acuerdo con el artículo 6 de este real decreto.

La retribución básica no podrá exceder, en cómputo anual, de los siguientes importes:

- a) Las entidades del grupo 1: 105.000 euros.
- b) Las entidades del grupo 2: 80.000 euros.
- c) Las entidades del grupo 3: 55.000 euros.

3. Las retribuciones complementarias comprenden un complemento de puesto y, en su caso, un complemento variable.

a) El complemento de puesto, que retribuye las características específicas de las funciones desarrolladas o de los puestos directivos desempeñados, será asignado por quien ejerza el control o supervisión financiera de la entidad, por el accionista o, en su defecto, por el ministerio de adscripción, con arreglo a los siguientes criterios:

1.º Competitividad externa, entendiéndose por tal, la situación retributiva del directivo en comparación con puestos similares del mercado de referencia.

2.º Estructura organizativa dependiente del puesto.

3.º Peso relativo del puesto dentro de la organización.

4.º Nivel de responsabilidad.

El complemento de puesto no podrá superar el porcentaje máximo fijado para el grupo en el que se clasifique la entidad.

b) El complemento variable, que tendrá carácter potestativo, retribuye la consecución de unos objetivos previamente establecidos conforme a parámetros evaluables por quien ejerza el control o supervisión financiera de la entidad, por el accionista o, en su defecto, por el ministerio de adscripción, por lo que su percepción se halla condicionada a la consecución de unos objetivos. El complemento variable no podrá superar el porcentaje máximo fijado para el grupo en el que se clasifique la entidad.

4. Las retribuciones en especie que, en su caso, se perciban computarán a efectos de cumplir los límites de la cuantía máxima de la retribución total.

5. La estructura y la cuantía de las retribuciones de los máximos responsables y directivos que estén asimilados a efectos retributivos a altos cargos de la Administración General del Estado se ajustarán a lo dispuesto para los mismos, con independencia de la naturaleza mercantil o de alta dirección del contrato que, en su caso, les vincule con la entidad.

Por otro lado, la consulta apostilla que, en términos análogos se recoge la retribución del personal en los modelos de contrato mercantil y de alta dirección aprobados por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas de 30 de marzo de 2012.

En definitiva, y dado que nos hallamos ante relaciones laborales especiales, la consulta indica que, es de aplicación el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. El artículo 1 de este Real Decreto 1382/1985, tras la reforma introducida por el Real Decreto 451/2012 indica que:

El presente real decreto se aplicará a los máximos responsables y personal directivo a que se refiere el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, sobre régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que no estén vinculados por una relación mercantil, en aquello que no se oponga al mismo ni al Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

En el sistema de fuentes para la regulación de estas relaciones laborales especiales, el artículo 3 del Real Decreto 1382/1985 establece el siguiente:

Uno. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación.

Dos. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, solo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto, o así se haga constar específicamente en el contrato.

Tres. En lo no regulado por este Real Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales.

Por lo que respecta al Régimen General de la Seguridad Social, acudiendo a su vigente Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, su acción protectora se extiende a las contingencias de enfermedad común

y accidente no laboral, y a la enfermedad profesional y accidente de trabajo con las siguientes prestaciones para el personal laboral:

— Enfermedad común y accidente no laboral: 60 % de la base reguladora desde el 4.º día de la baja hasta el 20.º inclusive y el 75 % desde el día 21 en adelante.

— Enfermedad profesional o accidente de trabajo: 75 % de la base reguladora desde el día siguiente al de la baja en el trabajo.

En especial y acudiendo a los convenios colectivos de las sociedades mercantiles el Centro Directivo consultante indica que, se recogen para el personal laboral complementos de incapacidad temporal, en virtud de los cuales la empresa se hace cargo de la diferencia existente entre la prestación que deriva del Régimen General de la Seguridad Social y la retribución que correspondería de estar prestando sus servicios normalmente.

Concretando en el personal con contrato de alta dirección y con contrato mercantil, nos hallamos ante un vacío normativo, pues las sociedades mercantiles estatales carecen de una normativa específica reguladora de los complementos a las prestaciones de la Seguridad Social por incapacidad temporal.

Con ello, se muestra una aparente discriminación o tratamiento desigual en relación con el personal laboral de las sociedades mercantiles estatales y este mismo tratamiento discriminatorio aparece si comparamos con el personal al servicio de las Administraciones Públicas, pues la disposición adicional quincuagésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, establece una regulación específica de la prestación económica en la situación de incapacidad temporal en los siguientes términos:

Uno. Cada Administración Pública podrá determinar, previa negociación colectiva, las retribuciones a percibir por el personal a su servicio o al de los organismos y entidades públicas dependientes, en situación de incapacidad temporal y en el caso del personal funcionario al que se le hay expedido licencia por enfermedad, de acuerdo con las siguientes reglas:

1.ª Respecto al personal funcionario incluido en el Régimen General de Seguridad Social y al personal estatutario y laboral, se podrá establecer un complemento retributivo desde el primer día de incapacidad temporal que, sumado a la prestación del Régimen General de la Seguridad Social, alcance hasta un máximo del cien por cien de sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal.

2.ª Respecto al personal funcionario incluido en el Régimen de Mutualismo Administrativo, de acuerdo con el régimen retributivo establecido en su normativa, además del subsidio de incapacidad temporal, cada Administración Pública podrá acordar, previa negociación colectiva, para el período de tiempo que no comprenda la aplicación del subsidio de incapacidad temporal, la percepción de hasta el cien por cien de las retribuciones, básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal. Durante la percepción del subsidio por incapacidad temporal, éste podrá ser complementado por el órgano encargado de la gestión de personal, previa negociación colectiva, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que el funcionario hubiera percibido el mes de inicio de la incapacidad temporal.

Para el período de tiempo en el que ya se aplique el subsidio por incapacidad temporal, se estará a lo previsto en su actual normativa reguladora.

Dos. Para la determinación de lo previsto en los apartados anteriores podrán, en su caso, establecerse diferentes escenarios retributivos en función del tipo de contingencia que haya dado lugar a la incapacidad temporal o a la duración de la misma, sin que en ningún caso el régimen de seguridad social de pertenencia pueda justificar un trato más perjudicial para uno u otro colectivo, computando para ello tanto las prestaciones o subsidios a que se tengan derecho como las retribuciones que se abonen por la Administración respectiva, para lo cual dicha Administración deberá aprobar, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, el abono de unas retribuciones que permitan garantizar esta equivalencia de percepciones.

Los supuestos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, así como los que afecten a la mujer gestante, deberán tener necesariamente el trato más favorable de los acordados por la Administración respectiva.

Tres. Por las distintas Administraciones Públicas deberá regularse la forma de justificación de las ausencias por causa de enfermedad o que den lugar a una incapacidad temporal, mediante la exigencia del correspondiente parte de baja o documentación acreditativa, según proceda, desde el primer día de ausencia.

Cuatro. Cada Administración Pública diseñará un plan de control del absentismo, que deberá ser objeto de difusión pública, a través del respectivo Portal de Transparencia. En dicho portal serán igualmente objeto de publicación los datos de absentismo, clasificados por su causa, con una periodicidad al menos semestral.

Cinco. Lo previsto en esta disposición resulta de aplicación al personal de la Carrera Judicial y Fiscal, del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, a los funcionarios de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia y al personal de los órganos constitucionales.

Seis. En el caso de la Administración del Estado, la regulación a la que se refieren los apartados Uno y Dos de esta disposición se aprobará por decreto del Consejo de Ministros.

Siete. Esta disposición tiene carácter básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.7.^a, 149.1.13.^a y 149.1.18.^a de la Constitución.

A la vista de lo anterior, se consulta a esta Abogacía del Estado si procede que por las sociedades mercantiles estatales se reconozca al personal vinculado a las mismas mediante contrato de alta dirección el derecho a percibir un complemento retributivo a la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal o licencia por enfermedad y, en caso afirmativo, si dicho reconocimiento debe serlo en los mismos términos que esté previsto en el convenio colectivo de aplicación al resto del personal laboral de la sociedad.

Igual consulta se plantea respecto a los máximos responsables vinculados a las sociedades mercantiles estatales mediante contrato mercantil (Presidentes y Consejeros Delegados).

1.2 Sobre el régimen retributivo del personal con contratos de alta dirección y contratos mercantiles y su compatibilidad con las prestaciones complementarias en materia de Seguridad Social.

Como bien apunta la consulta, no existe previsión expresa al reconocimiento de estas prestaciones en caso de situaciones de incapacidad temporal por enfermedad común o enfermedad profesional y en su caso, por accidente laboral o no laboral, si bien, lo que la circunstancia de que no esté prevista en la normativa reguladora de

estas relaciones laborales especiales y contratos mercantiles no significa que estén prohibidas, sin más, no han sido previstas por el ordenamiento jurídico regulador de dichas relaciones jurídicas.

En efecto, tal situación ya fue planteada en otra consulta dirigida a la Abogacía General del Estado con un tema no idéntico, empero similar al que ahora nos ocupa. La situación tratada en el Dictamen de la Dirección General de lo Consultivo de 9 de octubre de 2023 (Ref. A. G. ENTES PÚBLICOS 127/23 /R-941/2023), se centraba en los complementos retributivos por incapacidad temporal durante el embarazo y maternidad de una trabajadora con contrato de alta dirección de un organismo público, el Ente Público Puertos del Estado.

En este Dictamen de la Dirección General de lo Consultivo se centró jurídicamente la polémica en la correcta interpretación y aplicación de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el 2018 (LPGE 2018) y se advierte que:

En cumplimiento de lo ordenado en este precepto, el Consejo de Ministros aprobó mediante Real Decreto 956/2018, de 27 de julio el Acuerdo adoptado por la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado el 23 de julio de 2018, en relación al régimen retributivo de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración General del Estado y Organismos o Entidades Públicas dependientes.

Conforme al artículo único, apartado 3 de este Real Decreto 956/2018, de 27 de julio será directamente aplicable el contenido del citado acuerdo desde la entrada en vigor de este real decreto, en virtud de lo establecido en el artículo 38.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, sin perjuicio de las modificaciones reglamentarias o adecuación de las normas convencionales que, en su caso, pudiera proceder. Añade el apartado 4 de este artículo único que El presente real decreto se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y surtirá efectos desde el día siguiente de su publicación. Publicada la norma en el Boletín Oficial del Estado el 30 de julio de 2018, produce efectos directos, como norma de Derecho necesario, desde el 31 de julio de 2018.

Pues bien, en el instrumento anexo al Real Decreto 956/2018, de 27 de julio, se acuerda:

1. Aprobar para todo el personal, funcionario, estatutario o laboral, al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades públicas dependientes, incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, que el complemento retributivo desde el primer día en situación de incapacidad temporal o licencia por enfermedad, sumado a la prestación del Régimen General de la Seguridad Social, alcance el cien por cien de sus retribuciones ordinarias del mes de inicio de la incapacidad temporal.

2. Aprobar para todo el personal funcionario incluido en el Régimen de Mutualismo Administrativo al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades públicas dependientes, en situación de incapacidad temporal al que se le haya expedido la correspondiente licencia, que las retribuciones a percibir durante el período que no comprenda la aplicación del subsidio por incapacidad temporal previsto en dicho Régimen sean del cien por cien de las retribuciones, básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones ordinarias del mes de inicio de la incapacidad temporal; estándose a lo previsto en su actual normativa reguladora

para el período de tiempo en el que ya se aplique el subsidio por incapacidad temporal contemplado en el Régimen de Mutualismo Administrativo.

3. Aprobar que el complemento de productividad, incentivos al rendimiento u otros conceptos retributivos de naturaleza análoga se regirán por las reglas y criterios de aplicación que estén establecidos para cada uno de ellos, sin que resulte de aplicación lo establecido en los puntos anteriores.

[...]

Por ello, en la concreción del ámbito subjetivo de este Real Decreto, el Dictamen referido de la Dirección General de lo Consultivo de 9 de octubre de 2023, señala que:

Por tanto, desde la entrada en vigor del Real Decreto 956/2018, de 27 de julio, todo el personal funcionario, estatutario y laboral al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades públicas dependientes tiene derecho a que las retribuciones que perciba en situación de incapacidad temporal sean similares a las que venía cobrando antes del inicio de esta situación. Este objetivo, tratándose del personal incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, se logra mediante la percepción del complemento retributivo desde el primer día en situación de incapacidad temporal o licencia por enfermedad, de modo que, sumado dicho complemento a la prestación del Régimen General de la Seguridad Social, se alcance por la persona empleada el cien por cien de las retribuciones ordinarias del mes de inicio de la incapacidad temporal.

Y prosigue:

La generalidad con la que se expresa el acuerdo aprobado por el Real Decreto 956/2018, de 27 de julio, que se refiere a todo el personal funcionario, estatutario o laboral... incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, determina que su ámbito de aplicación comprenda tanto el personal laboral sujeto a convenio colectivo como al personal fuera de convenio y al contratado en régimen especial de alta dirección —téngase en cuenta que el artículo 11.1 del del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP) define al personal laboral como el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas quienes tendrán derecho al complemento retributivo en los términos indicados cualquiera que sea la causa determinante de la situación de incapacidad temporal.

Pues bien, centrándonos en el personal laboral de alta dirección y en su caso, en los contratos mercantiles, el Dictamen de la DGC indica cuanto sigue:

Esto es así también para las personas con contratos laborales de alta dirección aunque el contrato de trabajo y el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, guarden silencio al respecto, por actuar, según se ha indicado, el Acuerdo aprobado por el Real Decreto 956/2018, de 27 de julio, como norma de Derecho necesario, que debe ser aplicada en todo caso y como fuente de la relación laboral especial de alta dirección ex artículo 3. Uno del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, conforme al cual Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la

voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación, normas entre las que se encuentra el Real Decreto 956/2018, de 27 de julio y el Acuerdo que el mismo aprueba.

Por consiguiente, se considera como norma de Derecho necesario el Real Decreto 956/2018, de 27 de julio y el Acuerdo que aprueba dicha disposición reglamentaria.

La situación jurídica de no estar previstas dichas prestaciones complementarias en situaciones de incapacidad en el régimen retributivo del Real Decreto 451/2012 no significa que estén prohibidas para el personal laboral de alta dirección y para los contratos mercantiles de los Directores y Consejeros Delegados de las sociedades mercantiles estatales, pues su no reconocimiento implica una situación de tratamiento discriminatorio ante los supuestos de incapacidad temporal dependiendo de la calificación jurídica que una al trabajador con el empleador o empresario, pues si son laborales ordinarios si gozan de tales complementos, mientras que si la relación laboral es de carácter especial o es un contrato mercantil, se niegan tales complementos.

1.3 El principio de seguridad jurídica y la extensión subjetiva de la D. A. quincuagésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y del Real Decreto 956/2018, de 27 de julio al personal de alta dirección y contratos mercantiles de los Directores y Consejeros Delegados de las sociedades mercantiles estatales.

El tenor del ámbito de aplicación tanto de la D. A. quincuagésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 como del Real Decreto 956/2018 se concreta en el personal funcionario, estatutario o laboral al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades Públicas dependientes, que se encuentre en la situación legal de incapacidad temporal, garantizando durante esta situación la percepción del cien por cien de las retribuciones ordinarias correspondientes al mes de inicio de la incapacidad temporal y por ende, no se comprenden expresamente las sociedades mercantiles públicas.

Tal preterición no puede causar una situación discriminatoria en relación con los que prestan sus servicios en régimen de contrato laboral especial de alta dirección en organismos y entidades públicas dependientes con las personas que con iguales contratos prestan sus servicios en sociedades mercantiles estatales (artículo 84 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

La falta de contemplación expresa del personal de las sociedades mercantiles estatales y, por ende, la denegación de tales complementos ante situaciones de incapacidad temporal quebranta el principio constitucional a la igualdad de trato y no discriminación y sin perjuicio de la eventual consideración del Real Decreto.

En el sistema de fuentes de estas relaciones laborales especiales, el artículo 3 del Real Decreto 956/2018, de 27 de julio, como norma de *ius cogens* o de derecho necesario, el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española exige que *de lege ferenda* se corrija esta situación para alcanzar el fin de que el personal laboral de alta dirección y contratos mercantiles de los directivos de las sociedades mercantiles estatales gocen de estos complementos en los términos previstos en la normativa reguladora de la Seguridad Social.

Con base en las consideraciones jurídicas anteriormente expuestas, esta Abogacía del Estado en el Ministerio de Hacienda y Función Pública formula las siguientes,

II. CONCLUSIONES

2.1 El hecho de que el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, no regule en el artículo 7 ni mencione los complementos retributivos ante situaciones de incapacidad temporal o licencia por enfermedad, no significa que estén prohibidos, ni incluidos dichos complementos en los topes limitativos de sus retribuciones básicas y complementarias según la clasificación dada a las sociedades mercantiles estatales.

2.2 Las personas vinculadas con contratos laborales de alta dirección y contratos mercantiles de los Directores y Consejeros Delegados de las sociedades mercantiles estatales incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, tienen derecho, aunque sus respectivos contratos no lo prevean expresamente, a que el complemento retributivo desde el primer día en situación de incapacidad temporal o licencia por enfermedad, sumado a la prestación del Régimen General de la Seguridad Social, alcance el cien por cien de sus retribuciones ordinarias del mes de inicio de la incapacidad temporal en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del el Acuerdo adoptado por la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado el 23 de julio de 2018, en relación al régimen retributivo de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración General del Estado y Organismos o Entidades Públicas dependientes, aprobado por Real Decreto 956/2018, de 27 de julio.

2.3 La aplicación analógica de dicho Real Decreto 956/2018 a las sociedades mercantiles, pues no están expresamente citadas en su ámbito subjetivo *personal al servicio de la Administración General del Estado y Organismos o Entidades Públicas dependientes* hace necesario desde el punto de vista del principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) y de *lege ferenda* prever la cobertura de dicho vacío normativo y por consiguiente, también su extensión subjetiva al personal de las sociedades mercantiles estatales con contratos de alta dirección y en su caso, contratos mercantiles para sus Presidentes y Consejeros Delegados.

2.4 Estas consideraciones y conclusiones han sido ratificadas por oficio de la Abogada General del Estado de fecha 19 de enero del 2024, referencia AE, Hacienda y Función Pública, 26/23-R-1616/2023.

ORGANIZACIÓN

FUNDACIONES ESTATALES

15.23 AUTORIZACIONES A LAS QUE SE SOMETE UNA FUNDACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL PARA PODER OTORGAR Y CONCEDER SUBVENCIONES

Resumen: Necesidad de que las fundaciones estatales cuenten con autorización para otorgar subvenciones. Autorización, como control, para conceder ayudas por importe total superior a doce millones de euros. Excepciones previstas en el Real Decreto-ley 36/2020: diferencias entre una autorización para poder otorgar y otra para conceder subvenciones.

Se ha recibido en esta Abogacía del Estado solicitud de informe procedente de la Secretaría General Técnica en relación con la aplicabilidad de la excepción prevista en el artículo 60.1 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, a la autorización previa del Consejo de Ministros para conceder subvenciones prevista en la Disposición Adicional Decimosexta.1, en relación con el artículo 10.2, ambos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre (en adelante, LGS), respecto de convocatorias financiadas con fondos del PRTR por la Fundación Escuela de Organización Industrial¹.

Examinados la consulta formulada y el razonamiento que refiere el oficio de consulta, se tiene el honor de emitir el presente informe de conformidad con las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I

La cuestión por la que se nos formula consulta parte de la necesidad de diferenciar dos extremos o trámites diferentes como son, por un lado, la necesidad de contar, con carácter general, con autorización del Consejo de Ministros para poder conceder subvenciones de cuantía superior a 12 millones de euros, prevista en el artículo 10.2 de la LGS; y por otro, con la necesidad de que, para que una fundación del Sector Público estatal pueda conceder subvenciones, se encuentre debidamente autorizada para ello, en la medida en que tal tipo de actuaciones implica el ejercicio de potestades públicas que, en principio, no pueden residenciarse en entidades que, como las fundaciones, están sometidas a derecho privado.

¹ Informe emitido el 23 de junio de 2023 por D. Oscar Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso, Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

En efecto, y en relación con el segundo extremo apuntado en el párrafo precedente, la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), supuso una reordenación de las funciones que podían acometer las entidades del sector público, así como una mayor clarificación de los casos en los que las que perteneciendo a dicho ámbito público, se sometían a derecho privado.

En particular, la LRJSP clarificó la sumisión de estas entidades a derecho privado íntegramente y, al tiempo, que, si se deseaba que las mismas ejerciesen potestades públicas, ello debiera ser con carácter excepcional y acudiendo a mecanismos normativos igualmente excepcionales.

En particular, para sociedades mercantiles estatales, el artículo 113 de dicho texto, en su inciso final, declara que dichas entidades «*En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas*»; y la similar regla se predica de fundaciones estatales, cuando el artículo 128.2, segundo párrafo, inciso final, refiere para ellas que «*Las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas.*»

Sin embargo, la LGS en su Disposición Adicional Decimosexta previó, en su redacción inicial, que las fundaciones estatales pudiesen realizar «entregas dinerarias sin contraprestación», figura de naturaleza similar a la donación o a la subvención.

Dicha adicional se vio afectada también por la LRJSP, que en su Disposición Final Séptima.2 la modificó, entrando en vigor tal cambio el 3-10-2015, y permitiendo en consecuencia una excepción a la regla general antes indicada del 128.2 de dicho texto, en la medida en que una Ley, con sus condicionantes —los que pasaba a incorporar la referida adicional modificada—, permitía que las fundaciones ejerciesen potestades públicas en el área subvencional.

II

Por el contrario, la regla general del artículo 10 de la LGS es la fijación de quién resulta competente, sin perjuicio de que se puedan acordar delegaciones (conforme a las reglas generales de la LRJSP) o desconcentraciones (conforme al punto 3 de dicho artículo), para conceder subvenciones con carácter general, previéndose (en consonancia además con lo que disponen los artículos 61 p) y 62.2 h) de la LRJSP, pero sin incorporar la regla, para subsecretarios, del artículo 63.1 j) del mismo texto) que lo sean los Ministros y Secretarios de Estado, pero con una particularidad, que es que para la concesión de subvenciones de cuantía superior a 12 millones de euros el punto 2 del artículo exige la previa autorización del Consejo de Ministros, a obtener antes de la aprobación de la convocatoria si las ayudas son en concurrencia competitiva.

Esta regla se entiende referida, pese a la poca claridad del texto legal, al importe total de las subvenciones convocadas y no a la cuantía que, en su caso, pueda percibir un mismo beneficiario, y se concibe sin perjuicio de la aprobación del gasto y la resolución que deba dictarse, que corresponden siempre al órgano competente, como refiere el último párrafo del artículo 10.2.

El sentido de esta regla es, como ocurre con los contratos (art. 324.1 a) de la LCSP) o con los convenios (art. 74.5 de la LGP) cuando superan los 12 millones de euros, crear una cautela adicional o control previo que se limita a actos de especial trascendencia,

en este caso económica, por el elevado importe de gasto que suponen y, además, en el caso de subvenciones, por ser disposiciones dinerarias sin contraprestación directa del beneficiario, supeditadas al cumplimiento de objetivos concretos y que deben tener por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública (art. 2.1 de la LGS).

Esta regla, no obstante, y para ayudas nutridas con fondos del PRTR, se ve excepcionada, como la consulta plantea, en el artículo 60.1 del Real Decreto-ley 36/2020, en el que se indica que «En la concesión de subvenciones y ayudas a las que resulte de aplicación la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, no será exigible la autorización del Consejo de Ministros prevista en el artículo 10.2 de dicha ley», y esta excepción obedece, como señala el expositivo XIII del propio Real Decreto-ley a que «Se simplifica la tramitación de subvenciones relacionadas con el uso de fondos europeos, previéndose la posible utilización del procedimiento de urgencia, cuando razones de interés público lo aconsejen, al tiempo que se eliminan requisitos de informes y autorizaciones preceptivas.»

Esto es, la necesaria agilización de los mecanismos de empleo de fondos del PRTR ha llevado a la supresión de determinadas autorizaciones e informes, entre los que el citado precepto prevé la excepción de la referida autorización prevista en el artículo 10.2 de la LGS.

III

La problemática se centra, en consecuencia, en si la referida excepción se traslada no solo a lo expresamente previsto para el artículo 10.2 de la LGS, sino también a lo que señala la Disposición Adicional Decimosexta.1 del mismo texto legal, y esto en suma es lo que la consulta nos plantea.

A juicio de esta Abogacía del Estado, la excepción del artículo 60.1 del Real Decreto-ley 36/2020 no abarca a la autorización que prevé la Disposición Adicional Decimosexta.1 de la LGS, en atención a los motivos que a continuación se exponen.

En nuestros informes 612/2022, de 14 de mayo, y 726/2022, de 11 de julio, citados en el oficio de consulta, se recalcó particularmente las no pocas interpretaciones doctrinales y administrativas a que ha llevado la redacción de dicha Disposición Adicional, y se detallaron los numerosos informes que respecto de la misma la Abogacía del Estado ha realizado en su interpretación, señalándose en ellos de manera constante la necesidad imperiosa de desarrollo normativo de muchos aspectos de tal adicional.

En particular, hicimos en dichos informes particular cita y transcripción parcial del Dictamen de la Abogacía General del Estado 9 de junio de 2017 (A. G. - ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD 6/17 [R-516/2017]), que por una evidente cuestión de jerarquía y de unificación de doctrina se asumió por esta Abogacía del Estado en el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, que es el que nos da la clave para entender la diferencia entre la «autorización para conceder» subvenciones del artículo 10.2 de la LGS, y la autorización para que una Fundación del Sector Público estatal pueda ejercer una potestad subvencional (lo que cabe concebir como «autorización para otorgar»), autorizaciones que, en consecuencia, tienen una naturaleza y fines completamente diferentes, la primera de control, y la segunda de superación de un obstáculo legal para que las Fundaciones puedan ejercer funciones que no les corresponden.

Se señaló en nuestros informes lo que es una de las conclusiones del referido informe, concretamente la tercera, en la que se señala literalmente que «La competencia para autorizar el otorgamiento, por parte de las fundaciones del sector público estatal, de subvenciones de cuantía superior a 12 millones de euros corresponde al Consejo de Ministros.»

También se transcribió en nuestros informes la particular naturaleza de la «autorización para otorgar» según se refería en el informe de la Abogacía General del Estado indicado, en cuya consideración III se indica lo siguiente (pgs. 8 a 11, los resaltados son nuestros):

«Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la competencia para autorizar a una fundación del sector público estatal el otorgamiento de subvenciones, entiende este Centro Directivo que la solución de esta segunda cuestión viene determinada por la regla de competencia indicada para la aprobación de las bases de la subvención, y ello en razón de lo que seguidamente se expone.

Las bases reguladoras son a la subvención lo que el pliego de cláusulas administrativas es al contrato. Constituyen, en efecto, las bases reguladoras —“ley de la subvención”— las condiciones que definen los derechos y obligaciones del beneficiario, sin perjuicio de que regulen también otros extremos que atañen propiamente a los requisitos de capacidad de los beneficiarios y al procedimiento de concesión de la ayuda pública, como así resulta del artículo 17.3 de la LGS.

Desempeñando las bases reguladoras de la subvención la función indicada, el apartado 1, párrafo primero, de la disposición adicional decimosexta de la LGS supedita la posibilidad de que las fundaciones del sector público estatal otorguen subvenciones a que así se autorice a cada fundación por el Ministerio de adscripción.

Esta autorización constituye el mecanismo jurídico por virtud del cual se integra o completa la falta de capacidad (entendida en su sentido técnico-jurídico de capacidad de obrar) de las fundaciones del sector público para otorgar subvenciones o ayudas públicas. El sometimiento a autorización de la posibilidad, por parte de esas fundaciones, de otorgar ayudas públicas presupone, y tal es la situación jurídica de la que parte la regla legal, su falta de capacidad para concederlas que queda así completada mediante la técnica de la autorización; concedida ésta, se completa o integra, como se ha dicho, esa falta de capacidad, cumpliéndose así el requisito necesario para poder otorgar válidamente subvenciones. En suma, la autorización que ahora se trata incide directamente, y tal es su objeto, en el status jurídico de la fundación, ampliando, en punto a la posibilidad abstracta y general de otorgar subvenciones, su capacidad de obrar.

Pues bien, siendo esta la funcionalidad de la autorización de que se trata, ha de entenderse que la competencia para otorgarla corresponde al titular del Departamento ministerial al que esté adscrita la fundación, dado que si para un acto de menor entidad o transcendencia jurídica, como es indiscutiblemente la aprobación de las bases reguladoras de la subvención, la competencia corresponde, según lo dicho, al titular del Departamento ministerial a que esté adscrita la fundación, con mayor motivo ha de corresponderle también la autorización para que la fundación pueda otorgar subvenciones, al ser indudablemente esta autorización un acto de mayor transcendencia o entidad que el acto de aprobación de las bases reguladoras.

La autorización a una fundación para que pueda otorgar subvenciones, en cuanto amplía la capacidad de obrar de las fundaciones para que estas entidades puedan otorgar subvenciones, constituye un prius lógico-jurídico, esto es, el presupuesto del que parte la

concesión de ayudas públicas por las entidades fundacionales y sin el cual no es legalmente admisible el otorgamiento de tales ayudas. Se pone así de manifiesto la máxima relevancia que tiene el acto de autorización, y que, como fácilmente se comprende, se sobrepone a los demás actos jurídicos —públicos y privados— que integran la relación jurídica concesional que se constituya entre la fundación y el beneficiario de la ayuda. Pues bien, si el acto de autorización de que ahora se trata precede en el orden lógico y cronológico a la aprobación de las bases reguladoras de la subvención (al constituir el fundamento necesario de esa aprobación) y si este acto de aprobación de dichas bases es de la exclusiva competencia del titular del Departamento ministerial al que esté adscrita la fundación, a dicho titular ha de corresponder la competencia para un acto de mayor y más decisiva transcendencia, cual es la autorización para que una fundación pueda otorgar subvenciones.

[...]

Debe, pues, concluirse, que la competencia para otorgar la autorización a que se refiere la disposición adicional decimosexta.1, párrafo primero, de la LGS corresponde al titular del Departamento ministerial al que está adscrita la fundación.

Por lo que se refiere, en tercer lugar, a la competencia para autorizar el otorgamiento de una ayuda pública por cuantía superior a 12 millones de euros, su determinación no suscita especial cuestión, ya que el apartado 1, párrafo primero, de la disposición adicional de continua referencia viene a establecer una concreta y específica regla de competencia desde el momento en que se remite al artículo 10.2 de la LGS (“... y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10.2”). En consecuencia, y por aplicación de dicho precepto legal, la competencia para autorizar el otorgamiento de subvenciones de la cuantía indicada corresponde al Consejo de Ministros, sin perjuicio, como prevé dicho precepto, de que esta competencia pueda ser objeto de desconcentración.»

En consecuencia, atendida la finalidad del Real Decreto-ley, que prevé una aligeración de trámites de subvenciones, pero contrastada la diferente naturaleza de la autorización (para conceder) del artículo 10.2 respecto de la autorización (para poder otorgar, levantando un obstáculo legal) de la Disposición Adicional Decimosexta.1, cabe entender que la excepción del artículo 60.1 del Real Decreto-ley alcanza a la primera, pero por sí misma no tiene, como norma excepcional que es (art. 4.2 CC: «Las leyes... excepcionales... no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas»), entidad suficiente para entender que suponga una excepción que permita suplir la falta de capacidad jurídica de las fundaciones para otorgar subvenciones, y es por ello que, si la norma no aclara este extremo, debe entenderse que no lo abarca («ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus»).

O dicho en otras palabras, una cosa es dispensar una autorización concebida como control adicional, y otra bien diferente, si no está expresamente prevista, es dispensar una autorización cuyo fin es suplir una falta de capacidad general para conceder subvenciones, y es por ello que si el Real Decreto-ley 36/2020 no lo prevé expresamente, deberá ceñirse la excepción que prevé para el estricto supuesto para el que fue concebida, sin ampliarla de manera que suponga una alteración del esquema de capacidad jurídica de las Fundaciones estatales y sus cometidos.

Ahora bien, una vez levantado por Consejo de Ministros el obstáculo legal para otorgar ayudas por importe superior a 12 millones por una fundación, tal autorización se entiende deberá ser única, por su naturaleza, sin que sea necesaria para cada línea que supere tal cuantía, salvo que desde el propio Consejo de Ministros se decida autorizarla y acotarla solo para una línea.

En virtud de todo lo expuesto procede formular las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. La excepción que establece el artículo 60.1 del Real Decreto-ley 36/2020 no puede trasladarse a la autorización que contempla la Disposición Adicional 16.ª1 de la LGS, atendida la diferente naturaleza de la autorización prevista en dicha adicional frente a la regla general de competencias que contiene el artículo 10.2 del mismo texto legal, pues mientras el segundo establece un control adicional por la importancia económica de las ayudas a conceder, la primera implica un mecanismo legal que persigue dotar de capacidad subvencional a entidades que en principio y legalmente no la ostentan.

Segunda. La referida autorización para otorgar puede ser única para todas las líneas de ayudas que superen tal importe, salvo que el propio Consejo de Ministros decida por motivos de oportunidad acotarla a líneas concretas.

Es cuanto nos cumple informar, sin perjuicio de lo cual V. S. acordará lo que mejor proceda.

ORGANISMOS PÚBLICOS

16.23 RÉGIMEN DE ABSTENCIÓN DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS. CLASES DE ABSTENCIÓN Y EFECTOS, RESPECTO A LAS MAYORÍAS EXIGIBLES PARA LA ADOPCIÓN DE SUS ACUERDOS

Resumen: Consulta sobre los efectos de la abstención de los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a efectos de la determinación de las mayorías exigibles para la adopción de sus acuerdos. Distinción entre la abstención activa o voluntaria (que es uno de los sentidos en los que puede materializarse el ejercicio del derecho al voto), y la abstención pasiva u obligatoria, que afecta a los consejeros en quienes concorra alguna causa de abstención legal del artículo 23.2 de la LRJSP. En los supuestos de abstención voluntaria, y a efectos de determinar las mayorías necesarias para entender válidamente adoptado un acuerdo, hay que estar a la mayoría de los votos de los consejeros asistentes, incluyendo a los consejeros que se abstengan en la votación. La concurrencia de una causa legal de abstención obligatoria conllevará que ese miembro no pueda participar en las deliberaciones ni en la votación, por lo que no se le computa a efectos de determinar las mayorías aplicables para la aprobación del acuerdo.

Examinado, al amparo de lo dispuesto en el apartado III. A.2.º de la Instrucción 1/2005, de 22 de junio, sobre régimen de coordinación de los Convenios de Asistencia Jurídica, su borrador de informe sobre los efectos de la abstención de los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el régimen de mayorías exigibles para la adopción de acuerdos, la Abogacía General del Estado emite informe en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

1.º) La propuesta de informe que eleva a consulta la Abogada del Estado coordinadora del Convenio de asistencia jurídica suscrito con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) recoge los antecedentes de la cuestión en los siguientes términos:

«La consulta formulada versa sobre la abstención voluntaria en la adopción de acuerdos del Consejo de la CNMC y, en particular, sobre los efectos de su cómputo para entender conformada la voluntad de dicho órgano y de las dos Salas del mismo.

En particular, en la consulta se exponen brevemente tanto el régimen de adopción de acuerdos como el régimen de abstención previsto en la regulación de la CNMC, al señalar:

En cuanto al régimen de adopción de acuerdos, la normativa específica aplicable establece con carácter general el régimen de mayoría de votos de los asistentes, con el voto dirimente del presidente de la reunión:

Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos de los asistentes. En caso de empate, decidirá el voto de quien presida la reunión (artículo 16.1 Ley 3/2013 y artículo 10.1 del Reglamento de Funcionamiento Interno; artículo 17.5 de la Ley 40/2015).

El Pleno puede recabar para sí asuntos de especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión, por mayoría de seis votos y a propuesta del presidente o de tres miembros del Consejo (art. 21.1.c) Ley 3/2013 y 12 del Estatuto Orgánico aprobado por Real Decreto 657/2013).

El Pleno aprobará por mayoría de seis votos el régimen de rotación entre salas (artículo 13 del Estatuto Orgánico y artículo 5 del Reglamento de Funcionamiento Interno).

— No podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del Consejo y sea acordada la inclusión del asunto por el voto favorable de la mayoría (artículo 8 del Reglamento de Funcionamiento Interno y artículo 17.4 de la Ley 40/2015).

— La aprobación del Reglamento requerirá el voto favorable de, al menos, seis de los miembros del Consejo (artículo 26 Ley 3/2013).

— El Pleno o la Sala correspondiente determinarán, por mayoría de sus miembros, el turno por el que el Presidente encomendará el análisis preliminar o seguimiento de un asunto (artículo 29.3 del Reglamento de Funcionamiento Interno).

En cuanto al régimen de abstención, únicamente la normativa específica refiere al régimen de abstención obligatorio, al señalar que serán de aplicación a los miembros del Consejo las normas sobre abstención establecidas en la Ley 40/2015, en cuanto a los asuntos que por dicho órgano se traten (artículo 10.2 a 10.5 del Reglamento de Funcionamiento Interno).

Asimismo, se señala que, ante ausencia de previsión específica, de conformidad con el artículo 19.3 de la Ley 40/2015, uno de los deberes de los miembros del órgano colegiado es:

“c) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican. No podrán abstenerse en las votaciones quienes, por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados, en virtud del cargo que desempeñan.”

Únicamente, la normativa específica refiere la aplicación de la exención de responsabilidad que pueda derivarse de los acuerdos para los miembros del Consejo que voten en contra o se abstengan. (Artículo 11.4 del Reglamento de Funcionamiento Interno, en consonancia con la previsión del artículo 17.6 de la Ley 40/2015).

Finalmente, la normativa específica señala que en el acta figurarán, a solicitud de los miembros del Consejo, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención, los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable (artículo 11.2 del Reglamento de Funcionamiento Interno).

En definitiva, a la luz de las referencias normativas indicadas en cuanto al régimen de adopción de acuerdos, se significa que para el Consejo de la CNMC no se recoge mención alguna relativa a la denominada abstención activa o voluntaria.

Se cita también en la consulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003, que señala que “La postura de abstención voluntaria de los miembros de un órgano colegiado —llamada en ocasiones, para distinguirla de la abstención obligatoria o pasiva, ‘abstención activa’— es en principio compatible con la adopción del acuerdo.

Basta con que concurren votos favorables de otros miembros para la formación de la mayoría necesaria.”

Sentado lo anterior, las cuestiones que se plantean de forma concreta son las siguientes:

A los efectos de determinar la adopción de un acuerdo por mayoría de votos, ¿han de computarse todos los votos emitidos por todos los presentes, incluidas las abstenciones activas o voluntarias?

¿Las abstenciones obligatorias o pasivas quedarían fuera de este cómputo?»

2.º) La Abogada del Estado coordinadora del Convenio de asistencia jurídica suscrito con la CNMC eleva consulta sobre las anteriores cuestiones a este Centro Directivo, adjuntando la correspondiente propuesta de informe en el que, previas las consideraciones jurídicas que estima pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

«1. A los efectos de determinar las mayorías para entender adoptado un acuerdo en el seno del Consejo o de las Salas de la CNMC, habrá que estar a la mayoría de votos de asistentes, y por tanto, se necesitan más votos a favor que en contra del total de consejeros asistentes —con independencia de que voten o no—, y no sobre el total de consejeros que, asistiendo, emiten su voto (positivo o negativo).

2. Las abstenciones obligatorias o pasivas no alteran la regla anterior y habrá que fijar la mayoría en función del número total de asistentes a la reunión, según lo expuesto.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Según se desprende de los anteriores antecedentes, procede examinar los efectos de la abstención —tanto voluntaria como obligatoria— de los consejeros de la CNMC, a efectos de conformar las mayorías exigidas para la adopción de acuerdos por el Consejo y por las Salas de dicha Administración independiente.

Las disposiciones que procede examinar, a estos efectos, son la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (artículos 13 y siguientes); el Estatuto Orgánico de dicha Comisión, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, y el Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC, aprobado por el Consejo en virtud de la habilitación prevista en la citada Ley 3/2013. Por remisión expresa del artículo 10.5 del Reglamento de Funcionamiento Interno, resultan de aplicación a los miembros del Consejo de la CNMC las normas sobre abstención establecidas en los artículos 24.1.c) y 28 de

la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —que se corresponden con los artículos 19.3.c) y 23 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)—.

Con carácter previo a cualquier otra consideración procede distinguir, desde un punto de vista conceptual, entre la abstención voluntaria o activa, que es uno de los sentidos en los que puede emitirse el voto, y la abstención obligatoria o pasiva, que impide al miembro del órgano colegiado afectado participar en la toma de decisión de un determinado asunto por concurrir en él una situación de conflicto de interés.

Respecto de la primera, abstención voluntaria, el artículo 19.3 de la LRJSP (artículo 24.1.c) de la derogada Ley 30/1992) dispone que los miembros del órgano colegiado deberán «c) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican. No podrán abstenerse en las votaciones quienes, por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados, en virtud del cargo que desempeñan». La abstención voluntaria se configura, por tanto, como uno de los sentidos en los que puede materializarse el ejercicio del derecho al voto, y la LRJSP solo priva de ese derecho a quienes tengan la condición de miembros natos del órgano colegiado. A tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 3/2013 —con arreglo al cual los miembros del Consejo de la CNMC serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión, previa comparecencia de la persona propuesta ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados—, cabe concluir que, en principio, no existen miembros natos del Consejo de la CNMC que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.3 de la LRJSP, no tuvieran derecho a abstenerse en las votaciones del Consejo de la Comisión y de sus Salas.

En definitiva, constituyendo el ejercicio del derecho al voto la contribución de los miembros del órgano colegiado a la formación de la voluntad colectiva del mismo, el sentido del voto puede ser positivo o negativo, pero también puede el miembro del órgano colegiado (siempre que no se trate de miembros natos) abstenerse de ejercitar su derecho a pronunciarse expresamente en sentido negativo o positivo sobre algún punto del orden del día.

Respecto de la segunda modalidad de abstención —abstención obligatoria—, la concurrencia de una causa de conflicto de interés de las enumeradas en el artículo 23.2 de la LRJSP impide al consejero afectado ejercer el derecho al voto, debiendo apartarse de la toma de decisión en cuestión: «Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente se abstendrán de intervenir en el procedimiento...» (artículo 23.1 de la LRJSP). En la misma línea, el artículo 19.3, *in fine*, de la LRJSP dispone, tras enumerar las funciones de los miembros de los órganos colegiados (entre las que se incluye la de ejercer el derecho al voto), que los mismos «no podrán ejercer estas funciones cuando concurra conflicto de interés.»

Bajo las anteriores premisas, se examinarán seguidamente las concretas cuestiones objeto de consulta.

II

Tanto la Ley 3/2013 como el Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC establecen una serie de reglas para la válida constitución de los órganos y para la adopción de los acuerdos. Así, y de forma muy sintética:

– El Consejo de la CNMC está integrado por diez miembros (artículo 14.2 de la Ley 3/2013).

– El Pleno del Consejo se entenderá válidamente constituido con la asistencia del Presidente o persona que le sustituya, el Secretario y cinco miembros del Consejo (artículo 17.2 de la Ley 3/2013).

– El Consejo consta de dos Salas. Cada una de ellas se entenderá válidamente constituida con la asistencia de su Presidente o persona que le sustituya, el Secretario del Consejo y, al menos, dos consejeros (artículo 18 de la Ley 3/2013 y 6.1 del Reglamento de Funcionamiento Interno).

– Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos de los asistentes. En caso de empate, decidirá el voto de quien presida la reunión (artículo 16.1 de la Ley 3/2013 y artículo 10.1 del Reglamento de Funcionamiento Interno).

– Por lo demás, la asistencia a las reuniones del Consejo es obligatoria, salvo casos debidamente justificados (artículo 16.1 de la Ley 3/2013).

El Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC contiene diversas referencias expresas a la abstención voluntaria de los consejeros. Así:

– En su artículo 11.2 dispone que, en el acta de cada sesión del Consejo, el Secretario hará constar, «a solicitud de los miembros del Consejo, el voto contrario al acuerdo alcanzado, su abstención, los motivos que la justifiquen o el sentido del voto favorable». Reproduce el precepto lo dispuesto en el artículo 19.5 de la vigente LRJSP, a cuyo tenor «En el acta figurará, a solicitud de los respectivos miembros del órgano, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable.»

– El artículo 11.4 del Reglamento de Funcionamiento Interno dispone, en consonancia con lo establecido en el artículo 17.6 de la LRJSP, que «cuando los miembros del Consejo voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.»

– Y, como ya se ha indicado, el artículo 10.5 del Reglamento Interno de Funcionamiento de la CNMC remite a las «normas sobre abstención» establecidas —en lo que aquí interesa—, en el artículo 24.1.c) de la Ley 30/1992 (actual artículo 19.3.c) de la LRJSP).

De lo expuesto se desprende que, siendo jurídicamente admisible la abstención (salvo en el ya aludido supuesto de los consejeros natos), es posible, aunque no necesario, reflejar en el acta de la sesión (y siempre a instancia del propio consejero) los motivos que la justifican. Y que los consejeros que se abstengan quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos adoptados.

Pues bien, en la medida en que la normativa aplicable exige que los acuerdos de la CNMC se adopten por «la mayoría de votos de los asistentes», ha de concluirse que la determinación de dicha mayoría ha de efectuarse computando todos los consejeros asistentes, incluyendo los que se abstengan, puesto que indudablemente concurre en

ellos la condición de miembros asistentes a la sesión. La abstención carece de contenido decisorio y no puede considerarse como voto positivo ni negativo, pero los consejeros que adoptan esta actitud no deben por ello ser excluidos del cómputo de los asistentes.

El artículo 17.2 de la LRJSP (y, en el mismo sentido, artículo 17.2 de la Ley 3/2013) establece que «Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la asistencia, presencial o a distancia, del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes les suplan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros». En consecuencia, la constitución del órgano exige comprobar la efectiva concurrencia de las personas exigidas para la celebración de la sesión y la adopción de acuerdos. Y a efectos de adopción de acuerdos, se exige una mayoría de votos que queda expresamente referida a la mayoría de los miembros «asistentes», entre los que se incluyen los consejeros que se abstengan en la votación.

Cabe añadir que, en un ámbito muy distinto al que nos ocupa como es el del Derecho de sociedades, resulta esclarecedora la Resolución de la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) de 5 de julio de 1988, que aclara que un acuerdo se considera válidamente adoptado cuando cuenta con más de la mitad de los votos posibles, es decir, con más votos que todas las demás opciones conjuntamente, incluidas las abstenciones así como, en su caso, los votos en blanco y los votos inválidos o nulos.

La computación entre los asistentes de los votos de abstención puede hacer más complicada la adopción de acuerdos, dado que se exige que más de la mitad de los asistentes se pronuncien en favor de la propuesta, y entre los asistentes se incluyen, como se ha indicado, los consejeros que se abstengan. Pero este inconveniente práctico no permite apartarse del sentido, muy claro, de la norma.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003 (RJ 2003\5964) declara lo siguiente:

«Cuarto. Ha subrayado la doctrina que, en el ámbito estrictamente político, la abstención voluntaria o activa constituye una forma normal de manifestar la voluntad. El artículo 86 del Reglamento del Congreso de los Diputados, por ejemplo, relativo a la votación pública por llamamiento, admite como respuestas “sí”, “no” o “abstención.”

En el ámbito de los órganos colegiados de naturaleza administrativa las cosas no son, en principio, diferentes, pues estos órganos se rigen por el principio democrático de la mayoría para formar su voluntad. De esta forma, el deber de decidir se cumple suficientemente en los órganos colegiados mediante la expresión del voto. La voluntad administrativa se forma en ellos cuando se alcanza la mayoría establecida en cada caso. Si no se obtiene dicha mayoría debe entenderse inexistente aquella voluntad y, en consecuencia, si la norma no determina otra cosa explícita o implícitamente, no aprobada la propuesta o no adoptado el acuerdo.

La postura de abstención voluntaria de los miembros de un órgano colegiado —llamada en ocasiones, para distinguirla de la abstención obligatoria o pasiva, “abstención activa”— es en principio compatible con la adopción del acuerdo. Basta con que concurren votos favorables de otros miembros para la formación de la mayoría necesaria. La abstención contribuye, en estas circunstancias, a la formación de la voluntad del órgano, impidiendo que la propuesta incremente su grado de aquiescencia con el voto favorable del que la ejercita. Con arreglo a una máxima conocida, *wer sich der Stimme enthält, stimmt doch* [quien se abstiene de votar, también vota]. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común, aun cuando, como veremos, prohíbe la abstención de los funcionarios, admite implícitamente la abstención voluntaria o activa como expresión del voto de los restantes miembros de un órgano colegiado, y no solo su sentido afirmativo o negativo.

Esta prescripción pretende compaginar la obligación de decidir de los titulares de un órgano administrativo con el principio democrático por el que se rige el funcionamiento de los órganos colegiados. De acuerdo con este principio, no puede obligarse al votante a expresar su parecer afirmativo o negativo respecto de la propuesta. Puede ocurrir que ni la afirmación ni la oposición a la misma sean suficientemente expresivas de su parecer favorable a la adopción de otro acuerdo, a seguir un procedimiento distinto para su adopción o a introducir modificaciones o variaciones en la motivación o decisión del acuerdo que no dependen de su única voluntad. Puede ocurrir, incluso, que el miembro del órgano colegiado considere la abstención como la forma más idónea de salvar su responsabilidad, si entiende que el procedimiento seguido o el contenido de la propuesta no se ha formulado con regularidad, que el órgano carece de competencia o que él mismo no dispone de la información suficiente para decidirla cuando no está en su mano obtenerla.

[...]

Noveno. La doctrina tampoco es unánime en cuanto a la bondad de admitir la abstención activa de los miembros-expertos, pues se ha manifestado que la abstención de éstos supone una dejación de funciones que frustra las finalidades que el Ordenamiento persigue al crear el órgano. Sin embargo, esta Sala estima que esta propuesta solo puede tener valor *lege ferenda* [para la ley futura]. Ante la dicción legal y el carácter del precepto, que impone su interpretación restrictiva, solo cabe, en estos casos, la prohibición de abstención: a) establecida por un mandato específico de la norma; b) impuesta de forma indirecta al atribuir a los miembros del órgano colegiado la condición de funcionarios públicos; o c) impuesta de forma implícita al configurar el voto del miembro del órgano no como adhesión a una propuesta, sino como obligación de emitir un parecer resolutorio o de realizar una valoración.

De todo ello existen múltiples ejemplos en nuestro Ordenamiento. Así, el artículo 14.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el artículo 101.5 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado y el artículo 76.4 del Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual prohíben expresamente la abstención. El artículo 35 del Reglamento de Expropiación Forzosa la prohíbe implícitamente al atribuir la condición de funcionarios a los miembros del Jurado de Expropiación. Finalmente, la jurisprudencia considera que en los concursos de méritos la abstención es incompatible con el deber de valoración impuesto por la norma. La sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1998, recurso 162/1996 (RJ 1998, 4522), ha estimado que la abstención de valoración de los nombrados como representantes sindicales miembros de la Comisión de Valoración en un concurso de méritos para cubrir puesto de trabajo de un órgano sujeto al régimen administrativo no se halla cubierta por el artículo 24.1 c) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dichos representantes, en efecto —además de no defender unos intereses distintos de los propios de la Administración en la Comisión de Valoración a la que son llamados como representantes sindicales en su calidad de funcionarios, como ha subrayado la doctrina— como miembros de la Comisión tienen encomendada expresamente una función de valoración cuya exclusión del cómputo solo se prevé para las puntuaciones máxima y mínima.»

Por tanto, el Alto Tribunal ratifica tanto la admisión de la abstención como modo normal de manifestación de voluntad de los consejeros en el ejercicio del derecho al voto, como la compatibilidad de la abstención con las reglas de adopción del acuerdo, pues «Basta con que concurren votos favorables de otros miembros para la formación de la mayoría necesaria». Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de excluir expresa y normativamente el derecho de abstención en determinados órganos colegiados. A este respecto cabe añadir que, si en función de la naturaleza o especialización de un determinado órgano colegiado su adecuado funcionamiento aconseja que todos sus miembros manifiesten su parecer mediante un voto positivo o negativo, cabrá excluir normativamente el derecho de abstención, si se considera que su ejercicio puede frustrar las finalidades que el ordenamiento jurídico persigue con la creación de ese órgano.

A lo anterior debe añadirse una consideración adicional: estando legal y jurisprudencialmente admitido el derecho de abstención de los consejeros de los órganos colegiados, el ejercicio diligente del cargo impide hacer un uso abusivo o injustificado de tal derecho. La LRJSP permite al consejero explicar, en el acta de la sesión, las razones de su abstención. No existiendo obligación legal de hacerlo, la función esencial de los miembros del órgano colegiado es propiciar, con su voto, la adopción o el rechazo de acuerdos, de donde se desprende que el derecho de abstención ha de ejercerse de forma mesurada y razonable, máxime cuando, como se ha indicado, puede afectar al quórum necesario para el correcto funcionamiento del órgano colegiado.

Por todo lo expuesto cabe concluir que, a efectos de determinar las mayorías necesarias para entender válidamente adoptado un acuerdo por el Consejo o las Salas de la CNMC, hay que estar a la mayoría de los votos de los consejeros asistentes (más votos a favor de los consejeros asistentes), debiendo computarse a estos efectos como asistentes a los consejeros que se abstengan.

III

Un supuesto distinto del anterior es el de la abstención necesaria u obligatoria (también llamada abstención pasiva), por concurrencia en el consejero de alguna causa legal de abstención.

La abstención administrativa conlleva que el miembro del órgano colegiado que se vea afectado no participe en un determinado procedimiento o, en caso de órganos colegiados, en la adopción de un determinado acuerdo. El artículo 23 de la LRJSP lo impone como un deber, por concurrir en el consejero en cuestión una determinada circunstancia que implica un conflicto de interés y que puede contaminar su imparcialidad, en contra del mandato general de objetividad previsto en el artículo 103.1 de la Constitución.

Pues bien, el artículo 23 de la LRJSP (al que hay que entender que remite actualmente el artículo 20.5 del Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC), antes de enumerar las concretas causas legales de abstención, se refiere a sus efectos, al indicar que su concurrencia implicará la obligación de abstenerse de intervenir en el procedimiento:

«1. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

2. Son motivos de abstención los siguientes:

a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.»

Y, como se ha indicado, el artículo 19.3, último párrafo de la LRJSP, tras enumerar las funciones de los miembros de los órganos colegiados, excluye su ejercicio cuando concurra conflicto de interés:

«3. Los miembros del órgano colegiado deberán:

a) Recibir, con una antelación mínima de dos días, la convocatoria conteniendo el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros en igual plazo.

b) Participar en los debates de las sesiones.

c) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican. No podrán abstenerse en las votaciones quienes, por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados, en virtud del cargo que desempeñan.

d) Formular ruegos y preguntas.

e) Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.

f) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

Los miembros de un órgano colegiado no podrán atribuirse las funciones de representación reconocidas a éste, salvo que expresamente se les hayan otorgado por una norma o por acuerdo válidamente adoptado, para cada caso concreto, por el propio órgano.

[...]

Los miembros del órgano colegiado no podrán ejercer estas funciones cuando concurra conflicto de interés.»

Cabe, por todo ello, concluir que la concurrencia de una causa legal de abstención en un miembro del órgano colegiado conllevará que ese miembro no pueda participar en las deliberaciones ni en la votación del asunto en cuestión. No se trata aquí, se insiste,

de que un consejero asistente a la sesión del órgano decida, en ejercicio del derecho al voto, abstenerse en una votación (abstención voluntaria), sino de la concurrencia de una causa legal de abstención que impide legalmente al consejero afectado participar en la deliberación y votación de un asunto en el que incurre en conflicto de interés (abstención obligatoria). En consecuencia, en el concreto asunto del orden del día en el que el consejero en cuestión esté conflictuado no tendrá la consideración de asistente, dado que legalmente no puede ejercer sus funciones de consejero. Al no ser considerado asistente en ese punto del orden del día, no deberá computarse como tal, a efectos de determinar las mayorías aplicables para la aprobación del acuerdo en cuestión.

Acudiendo de nuevo, en busca de una interpretación integradora, al muy distinto ámbito societario, el art. 228.e) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) aprobado por Real Decreto legislativo 1/2010, «2 de julio, incluye como manifestación del deber de lealtad de los administradores la obligación de «Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto». Conforme al artículo 230.1 del TRLSC, «El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo». Este carácter imperativo permite afirmar que el deber de abstención en caso de situación de conflicto (extensible a la participación en las deliberaciones y votaciones en las que concurra dicha situación) debe ser respetado por todas las sociedades de capital.

La asistencia de los consejeros a las reuniones de Consejo de administración de las sociedades de capital —a diferencia de lo que sucede con la asistencia a la Junta General de accionistas—, no es un derecho, sino un deber que es manifestación del principio de diligencia, y ello para garantizar la concurrencia necesaria de miembros para la válida constitución del Consejo. Pues bien, una vez constituido el órgano válidamente, se procede después a descontar, del montante sobre el que calcular la mayoría de los presentes establecida en la ley, los consejeros afectados por el conflicto, de forma que el número de vocales concurrentes a la reunión sobre el que se ha de calcular la mayoría exigida por el art. 248.1 del TRLSC, debe ser minorado en la cifra de vocales conflictuados.

Por tanto, en el ámbito societario también se excluye a los consejeros conflictuados del cómputo de asistentes, a efectos de determinar las mayorías exigibles para la válida adopción del acuerdo.

La regla que aquí se sostiene —exclusión del consejero afectado con causa legal de abstención en el cómputo de los consejeros asistentes—, tampoco está exenta de posibles inconvenientes prácticos, en aquellos improbables y «patológicos» casos en los que, no existiendo suplentes designados (artículo 19.3 de la LRJSP), el significativo número de vocales afectados por el conflicto impida el funcionamiento normal del órgano colegiado y su válida constitución y, en su caso, que puedan alcanzarse las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos. Ello no obstante, los inconvenientes prácticos asociados a esos supuestos anormales y ciertamente infrecuentes no permiten alterar la regla general indicada, que opera en garantía de la imparcialidad del órgano colegiado.

Cabe añadir dos consideraciones adicionales:

— La abstención forzosa por causa legal ha de formalizarse y reflejarse en el acta de la sesión pues, como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril

de 1998 (RJ 4522/1998) «tal “abstención de valoración”, sin una previa abstención de intervenir en el procedimiento y sin una previa resolución al respecto de aceptación o no aceptación de esta última clase de abstención, única posible, se traduce en una irregularidad de fondo en la propia composición de la Comisión y en su actuación y funcionamiento,...»

— En los casos en los que concurra causa legal de abstención en algún miembro del órgano colegiado lo procedente sería —dado que el consejero afectado no puede ejercer sus derechos de participación en la deliberación y voto— que, manifestada y acreditada la causa de abstención invocada, se ausente físicamente de la reunión, facilitando y materializando así su necesaria exclusión en el cómputo de los consejeros asistentes. Téngase en cuenta que la ratio o fundamento de la abstención obligatoria es la salvaguarda de la imparcialidad del consejero afectado y, por ende, del propio órgano colegiado. Y que la mera presencia en la sesión del consejero que, por estar incurso en causa de abstención, legalmente no puede participar en las deliberaciones ni emitir su voto en un determinado asunto, puede influir en la deliberación e incluso en el sentido del voto de los restantes consejeros, afectando a la apariencia de imparcialidad del propio órgano colegiado.

En consideración a lo expuesto, la Abogacía General del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. En los supuestos de abstención voluntaria, y a efectos de determinar las mayorías necesarias para entender válidamente adoptado un acuerdo por el Consejo o las Salas de la Comisión Nacional de la Competencia, hay que estar a la mayoría de los votos de los consejeros asistentes, debiendo incluirse en el cómputo de los asistentes a los consejeros que se abstengan en la votación.

Segunda. La concurrencia de una causa legal de abstención en un miembro del órgano colegiado (abstención obligatoria) conllevará que ese miembro no pueda participar en las deliberaciones ni en la votación del asunto en cuestión. En consecuencia, en el concreto asunto del orden del día en el que el consejero en cuestión esté conflictuado no tendrá la consideración de asistente, y no deberá ser computado como tal, a efectos de determinar las mayorías aplicables para la aprobación del acuerdo en cuestión.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

17.23 MODELO 720, RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR DE LA OBLIGACIÓN DE LOS RESIDENTES EN ESPAÑA QUE SEAN SUJETOS PASIVOS DE DECLARAR SUS BIENES EN EL EXTRANJERO EN LA DECLARACIÓN DE LOS IMPUESTOS DE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y DE SOCIEDADES.

Resumen: Análisis jurídico general de las reclamaciones presentadas por responsabilidad del Estado Legislador a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 27 de enero de 2022, por la que se declara contraria al Derecho de la Unión la regulación relativa a la obligación de los residentes fiscales en España que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Persona Físicas y del Impuesto de Sociedades, de declarar sus bienes en el extranjero, y el régimen sancionador establecido en caso de incumplimiento.

La Abogacía del Estado en este Ministerio, en contestación a la consulta elevada a instancia de la Sra. Subdirectora General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia, sobre el análisis jurídico general de las reclamaciones presentadas por responsabilidad del Estado Legislador a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 27 de enero de 2022, por la que se declara contraria al Derecho de la Unión la regulación relativa a la obligación de los residentes fiscales en España que sean sujetos pasivos del IRPF y del Impuesto de Sociedades, de declarar sus bienes en el extranjero, y el régimen sancionador establecido en caso de incumplimiento; analizado el expediente remitido y la normativa de pertinente aplicación se emite el presente, con fundamento en las siguientes,

I. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1.1 Primera. Sobre los antecedentes de la consulta.

Con fecha 27 de enero de 2022, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado Sentencia por la que se declara contraria al Derecho de la Unión la regulación relativa a la obligación de los residentes fiscales en España que sean sujetos pasivos del IRPF y del Impuesto de Sociedades, de declarar sus bienes en el extranjero, y el régimen sancionador establecido en caso de incumplimiento. A raíz de la publicación de dicha Sentencia se han recibido en esta Subdirección General diversas reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Dada la entidad de las mismas, cuya resolución es competencia del Consejo de Ministros y teniendo en consideración las recientes Sentencias del Tribunal Supremo n.º 251/2023, de 28 de febrero y n.º 292/2023, de 8 de marzo, se solicita informe de esta Abogacía del Estado sobre la concurrencia en estos supuestos de los requisitos legalmente exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad, y especialmente sobre los siguientes:

– Existencia de infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea.

– Nexos de causalidad, especialmente en los supuestos de responsabilidad derivados de la imposición de sanciones.

– Valoración de la aplicabilidad del principio de seguridad jurídica en relación con los daños producidos con anterioridad al plazo general de prescripción de 4 años (sic).

Se remiten las reclamaciones presentadas por dos de los reclamantes, las cuales, a juicio de esta Subdirección, pueden servir de base para la emisión del informe solicitado.

1.2 Sobre los requisitos de la responsabilidad del Estado Legislador ante el cumplimiento de la normativa de la Unión Europea.

A pesar del pronunciamiento del TJUE en Sentencia de 27 de enero de 2022 (asunto C-788/19) publicada en el DOUE de 14 de marzo de 2022, que resuelve una demanda presentada por la Comisión contra España y declara contrario al Derecho de la Unión Europea la regulación del modelo 720 declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero, no concurren en las reclamaciones presentadas los presupuestos legales para que nazca la acción por responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, prevista en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En efecto, el referido precepto literalmente advierte que:

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra

la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Pues bien, en relación con los requisitos que prevé el vigente artículo 32 de la LRJSP para que nazca la responsabilidad del Estado Legislador ante estos supuestos de normas declaradas contrarias al Derecho de la Unión Europea, los reclamantes, han de acreditar los siguientes requisitos de forma conjunta o cumulativa:

A) Los daños han de derivar de la aplicación de una norma española contraria al Derecho de la Unión Europea (requisito del artículo 32.3, letra a) de la LRJSP).

B) El particular ha de obtener, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria del recurso contra la actuación administrativa causante del daño (requisito del artículo 32.5 de la LRJSP).

C) El particular tuvo que alegar en dichas instancias jurisdiccionales internas la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente así declarada en virtud de una Sentencia del TJUE (requisito del artículo 32.5 de la LRJSP).

D) El derecho a reclamar prescribe al año de la publicación en el DOUE de la Sentencia del TJUE que declare la contrariedad de la norma española al Derecho de la Unión Europea (requisito del artículo 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC).

E) Solo serán indemnizables los daños producidos en el plazo de cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare que la norma es contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa (requisito del artículo 34.1 de la LRJSP).

Sobre esta materia ha impactado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022 (invocada por los reclamantes), empero con posterioridad a ésta, el propio Tribunal Supremo en varios pronunciamientos recientes del año en curso, ha analizado y ha mantenido la exigencia de los presupuestos legales del artículo 32.4 y 5 de la LRJSP y así en su Sentencia n.º 251/2023, de 28 de febrero advierte que:

En esta sentencia del TJUE no se ponen reparos al requisito que venimos analizando —haber obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño—, pero siempre que el ejercicio de acciones judiciales contra el acto causante del daño no ocasione dificultades excesivas o suponga una exigencia irrazonable, como cuando el daño deriva de un acto u omisión del legislador contrario al Derecho de la Unión sin que exista una actuación administrativa que el particular pueda impugnar.

En esta sentencia —y en otras posteriores, Sentencias n.º 266/2023, 2 de marzo y n.º 292/2023, 8 de marzo de 2023— el Tribunal Supremo pone de manifiesto, en relación con el citado requisito, que la persona perjudicada debe dar pruebas de haber adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, que no puede obviarse su

incumplimiento cuando el solicitante ha tenido a su disposición la posibilidad de obtener un pronunciamiento desestimatorio frente a la actuación administrativa que le ocasionó el daño y que, en definitiva, la actora no reaccionó frente a las autoliquidaciones del IEH cuyo importe ahora reclama por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, a pesar de tener a su alcance un procedimiento administrativo específico para ello, procedimiento de rectificación de autoliquidación y devolución de ingresos indebidos, que le abría la puerta para obtener la sentencia desestimatoria exigida por el art. 32.5 de la Ley 40/2015, razón por la cual no puede accederse a su reclamación (STS n.º 266/2023, de 2 de marzo).

1.3 Sobre la actuación reactiva del particular: la obtención, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño.

En el conjunto de reclamaciones registradas y pendientes de resolución por Acuerdo del Consejo de Ministros, se han de distinguir en los expedientes de responsabilidad del Estado Legislador, aquellas en las que los interesados no reaccionaron frente a las autoliquidaciones cuya indemnización ahora reclama al socaire de la Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022, por la que se declara contraria al Derecho de la Unión la regulación relativa a la obligación de los residentes fiscales en España que sean sujetos pasivos del IRPF y del Impuesto de Sociedades.

El aquietamiento de los reclamantes ante el tributo autoliquidado enerva su derecho a solicitar una indemnización a título de responsabilidad del Estado legislador, por incumplimiento del requisito exigido en el apartado 5 del artículo 32 de la LRJSP.

De esta forma lo ha declarado el Tribunal Supremo en la Sentencia n.º 700/2023, de 24 de mayo:

A diferencia de lo sostenido en la demanda, en esta sentencia del TJUE no se oponen reparos, desde la perspectiva del principio de efectividad, al requisito consistente en haber obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño —siempre referido al supuesto contemplado en el artículo 32.5 de la Ley 40/2015—, siempre que el ejercicio de acciones judiciales contra el acto causante del daño deriva de un acto u omisión del legislador contrario al Derecho de la Unión Europea sin que exista una actuación administrativa que el particular pueda impugnar.

Y ninguna de estas objeciones concurre en el caso que nos ocupa en el que la interesada tenía a su alcance la posibilidad de accionar fácilmente frente a las autoliquidaciones presentadas mediante el correspondiente procedimiento de rectificación de autoliquidación y devolución de ingresos indebidos previsto en el artículo 221 de la LGT.

Por consiguiente, todas aquellas reclamaciones en las que no se aporte la obtención de una sentencia desestimatoria firme contra la actuación administrativa causante del daño, procede elevar una propuesta de resolución desestimatoria por venir este requisito legal exigido en el artículo 32.5 de la LRJSP.

1.4 Sobre el requisito legal del incumplimiento suficientemente caracterizado del artículo 34.5 letra b) de la LRJSP.

En los demás supuestos, esto es, en el segundo bloque de reclamaciones en las que los interesados aporten la existencia de sentencias desestimatorias firmes de recursos

contra las autoliquidaciones del modelo 720¹, hemos de analizar la concurrencia de otro requisito legal ex artículo 34.5 letra b) esto es, el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte de la norma interna ha de estar suficientemente caracterizada.

Antes de iniciar nuestro análisis, y dada su relevancia, conviene poner de manifiesto que este requisito del artículo 32, apartado 5, letra b), LRJSP no ha sido puesto en cuestión por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 28 de junio de 2022, dictada en el asunto Comisión/España, C-278/20 (ECLI: EU: C:2022:503), en la que se declararon contrarios al Derecho de la Unión y al principio de efectividad determinados aspectos de la regulación española relativa a la responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho de la Unión.

Constatado lo anterior, abordamos seguidamente la configuración y requisitos que el TJUE ha establecido en su jurisprudencia para apreciar concurrente el mencionado requisito: el incumplimiento suficientemente caracterizado del Derecho de la Unión Europea.

Con carácter general, en el régimen de responsabilidad extracontractual de las instituciones, órganos u organismos de la Unión se exige la concurrencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares.

Es una condición *sine qua non*², y constituye uno de los tres requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJUE para que se genere este tipo de responsabilidad, junto con la realidad del daño y la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al autor del acto y el daño sufrido por los perjudicados. Estos tres requisitos han de darse cumulativamente, de modo que la ausencia de cualquiera de ellos inviabiliza el que se genere dicha responsabilidad³.

La exigencia de una violación suficientemente caracterizada, tal y como ha sido jurisprudencialmente configurado este requisito por el TJUE, consta de dos vertientes o elementos diferenciados. El primero de ellos, relativo a la naturaleza de la norma cuya infracción genera la responsabilidad extracontractual, que debe ser una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares; el segundo, relativo a la gravedad de la infracción cometida.

Respecto del primero de estos dos elementos, el relativo a la naturaleza de la norma infringida, como reseña el Abogado General Szpunar⁴ la jurisprudencia del TJUE ha ido evolucionando con el tiempo. Inicialmente se utilizó por el Tribunal el concepto de norma jurídica superior que protege a los particulares, si bien posteriormente se pasó a emplear el de norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares.

Este concepto ha sido interpretado en un sentido sumamente amplio en la jurisprudencia del TJUE, de modo que se han entendido incluidos en el mismo una extensa variedad de tipologías: desde *los principios que garantizan la protección de los derechos fundamentales de la persona, como los principios de igualdad de trato entre*

¹ El artículo 28 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo y la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRLIRNR), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

² Sentencia TJUE de 16 de junio de 2022, SGL Carbon SE y otros, C-65/21 P, ECLI: EU: C:2022:470, apdo. 43.

³ Auto TJUE de 12 de marzo de 2020, EMB Consulting y otros/BCE, C-571/19 P, EU: C:2020:208, apdo. 29 y jurisprudencia citada.

⁴ Conclusiones del Abogado General M. Szpunar presentadas el 3 de febrero de 2022 en los asuntos acumulados C-65/21 P y C-73/21 P a C-75/21 P, SGL Carbon SE y otros, ECLI: EU: C:2022:78, apdo. 34.

las empresas, de irretroactividad de las decisiones, de proporcionalidad, de respeto de la confianza legítima y de respeto de la vida privada y familiar⁵. Se ha establecido también que el incumplimiento de la obligación de motivación puede quedar incluida en el concepto, al considerarse que *la obligación de motivación constituye la máxima protección frente a la arbitrariedad en el proceso de toma de decisiones*⁶.

Como muestra de la amplitud del ámbito objetivo de aplicación del concepto, el TJUE ha llegado a admitir la posibilidad, en circunstancias excepcionales, de que un ciudadano pueda demostrar que el Defensor del Pueblo ha cometido una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión en el ejercicio de sus funciones⁷.

Son por tanto pocas las tipologías normativas, o incluso de actuación administrativa que, excluidas de este concepto empleado por el TJUE, que no obstante sí ha excluido expresamente del mismo las normas meramente procedimentales o de reparto competencial que no tengan por finalidad la protección de los particulares⁸.

Es preciso, en definitiva, que la norma cuya infracción genere la responsabilidad extracontractual tenga esa finalidad de conferir derechos a los particulares. Con ello se ha limitado jurisprudencialmente este tipo de responsabilidad a aquellas situaciones *en las que el comportamiento ilícito de las instituciones, de los órganos y de los organismos de la Unión haya causado un daño a un particular menoscabando sus intereses específicamente protegidos por el Derecho de la Unión*⁹.

Respecto del segundo elemento o manifestación del requisito examinado, y que concierne al propio concepto de infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica, el mismo ha sido configurado por el TJUE como aquella vulneración que implique, por parte de la institución, órgano u organismo perpetrador de la misma, una inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a su facultad de apreciación¹⁰, *habida cuenta, en particular, del grado de claridad y de precisión de la referida norma, las dificultades de interpretación o de aplicación que puedan derivarse y la complejidad de la situación que debe ser regulada*¹¹. También debe ser apreciada su concurrencia a la luz del *margen de apreciación que la norma infringida deja a la institución de la Unión*¹².

Y es precisamente en estos casos en que la institución u órgano comunitario dispone de un margen de apreciación a la hora de interpretar y aplicar la norma jurídica, cuando más sentido adquiere esta exigencia de que el error cometido en dicha labor sea manifiesto y grave, a fin de que pueda entenderse completado el requisito de que la vulneración generadora de la responsabilidad extracontractual sea suficientemente caracterizada¹³.

⁵ Conclusiones del Abogado General M. Szpunar presentadas el 3 de febrero de 2022 en los asuntos acumulados C-65/21 P y C-73/21 P a C-75/21 P, SGL Carbon SE y otros, ECLI: EU: C:2022:78, apdo. 38.

⁶ Conclusiones del Abogado General G. Hogan, presentadas el 28 de mayo de 2020, en el asunto C-134/19 P, Bank Refah Kargarán/Consejo, ECLI: EU: C:2020:396, apdo. 80.

⁷ Sentencia TJUE de 23 de marzo de 2004, Defensor del Pueblo Europeo/Frank Lamberts, C-234/02 P, ECLI: EU: C:2004:174, apdo. 52.

⁸ Sentencias TJUE de 19 de abril de 2012, Artegodan/Comisión (C-221/10 P, EU: C:2012:216), apdo. 81; de 10 de septiembre de 2019, HTTS/Consejo (C-123/18 P, EU: C:2019:694), apdo. 103; de 6 de octubre de 2020, Bank Refah Kargarán/Consejo (C-134/19 P, EU: C:2020:793), apdo. 62, y de 25 de febrero de 2021, Dalli/Comisión (C-615/19 P, EU: C:2021:133), apdos. 56 a 63.

⁹ Sentencia TJUE de 25 de febrero de 2021, Dalli/Comisión, C-615/19 P, EU: C:2021:133, apdo. 128.

¹⁰ Sentencia TJUE de 23 de marzo de 2004, Médiateur/Lamberts, C-234/02 P, EU: C:2004:174, apdo. 49.

¹¹ Sentencia TJUE de 22 de septiembre de 2022, IMG, C-619/20 P, ECLI: EU: C:2022:722, apdo. 146.

¹² Sentencia TJUE de 10 de septiembre de 2019, HTTS/Consejo, C-123/18 P, EU: C:2019:694, apdo. 33 y jurisprudencia citada.

¹³ Sentencia TJUE de 4 de abril de 2017, Médiateur/Staelen, C-337/15 P, EU: C:2017:256, apdo. 37.

No obstante, también puede apreciarse la concurrencia de esta segunda condición en aquellos supuestos en que el margen de apreciación de la institución u órgano de la Unión a la hora de aplicar la norma jurídica sea muy reducido e incluso inexistente. En estos casos, siempre según la jurisprudencia del TJUE, la mera infracción del Derecho de la Unión puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada de dicho Derecho, que puede generar la responsabilidad extracontractual de la Unión¹⁴.

En definitiva, según el TJUE este segundo elemento debe apreciarse en el sentido de que *únicamente la comprobación de una irregularidad que, en circunstancias análogas, no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente permite que se genere la responsabilidad extracontractual de la Unión*¹⁵.

Lo que hemos expuesto hasta ahora resulta de una jurisprudencia del TJUE que viene referida a supuestos en que lo que se reclama es la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea, por actos cometidos por sus instituciones, órganos y organismos. Sin embargo, debe recordarse que el TJUE alineó el régimen de responsabilidad de la Unión con el de la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares al infringir el Derecho de la Unión cuando en su sentencia *Bergaderm y Goupil/Comisión*¹⁶, y con cita de las históricas sentencias *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, se refirió a este requisito que venimos examinando, afirmando que *por lo que se refiere a la responsabilidad de la Comunidad con arreglo al artículo 215 del Tratado como en lo que atañe a la responsabilidad de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario, el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación*.

En efecto, y con claridad en la citada sentencia *Bergader*¹⁷, el TJUE estableció el paralelismo entre la responsabilidad de los Estados miembros y la de la Unión, entendiendo que en ambos casos se utilizan los mismos criterios. Cabe por tanto trasladar tales criterios que venimos de exponer, a la exigencia del requisito establecido en el artículo 32, apartado 5, letra b) LRJSP.

Esto queda también confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en relación con el requisito que venimos exponiendo se ha pronunciado en diversas ocasiones, acogiendo la configuración que del mismo ha construido el TJUE. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2018 (ECLI: ES: TS:2018:1578, RC 4759/2016), cuyo F. D. 4.º afirmó:

Reducido así nuestro ámbito de enjuiciamiento a resolver si en el caso enjuiciado la normativa vulnerada merece el calificativo de suficientemente caracterizada o lo que es lo mismo, si debe reputarse la infracción como manifiesta y grave, para su resolución ha de tenerse en cuenta una reiterada jurisprudencia que si bien reconoce que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe apreciar la concurrencia de ese requisito, ha venido estableciendo pautas orientativas, entre las que cabe citar las siguientes: a) el grado o nivel de claridad o precisión de la norma vulnerada, b) el mayor o menor margen

¹⁴ Sentencia TJUE de 28 de abril de 2021, *Vialto Consulting Kft*, C-650/19 P, ECLI: EU: C:2021:879, apdo. 142.

¹⁵ Sentencia TJUE de 10 de septiembre de 2019, *HTTS/Consejo* (C-123/18 P, EU: C:2019:694), apdo. 43.

¹⁶ Sentencia TJUE de 4 de julio de 2000, *Bergaderm y Goupil/Comisión*, C-352/98 P, EU: C:2000:361, apdo. 43).

¹⁷ *Ibidem*, apdo. 46.

de apreciación de que disponga el estado miembro respecto a la norma vulnerada, c) el carácter intencionado o involuntario de la infracción o del perjuicio, d) la naturaleza excusable o inexcusable de un eventual error de derecho, e) la hipotética contribución de una institución comunitaria en la comisión de la infracción, y f) el mantenimiento en el tiempo de medidas contrarias al derecho comunitario (SSTJUE de 5 de marzo de 1996, caso *Brasserie Du Pêcheur S. A.*, de 26 de marzo de 1996, caso *Dillenkofer*, 8 de octubre de 1996, caso *British Telecommunications*, y las de esta Sala de 12 de junio de 2003 —recurso 46/1998— y 18 de enero de 2016 —recurso 194/2015—, entre otras).

Cabe citar también la más reciente sentencia del Alto Tribunal de 26 de mayo de 2021 (ECLI: ES: TS:2021:2143, RC 352/2019), cuando en su F. J. 8.º establece lo siguiente sobre el mencionado requisito:

En relación con este requisito relativo a la exigencia de que la violación del Derecho comunitario resulte suficientemente caracterizada, debemos señalar, de conformidad con la jurisprudencia expresada, que es conveniente tener en cuenta las peculiaridades del Derecho europeo, en el que su principal fuente normativa está constituida por normas, las Directivas, que no tiene una aplicación directa en los Estados miembros, porque su vinculación comporta que adopten las medidas normativas internas con la finalidad de alcanzar un determinado resultado impuesto en la norma comunitaria. Es decir, existe un importante margen de discrecionalidad en los Estados para el cumplimiento del Derecho Comunitario, que no puede ignorarse a la hora de imponer la obligación de estos —también de las propias instituciones comunitarias—, de incurrir en responsabilidad por incumplimiento del mandato europeo plasmado en sus normas.

Sobre esa premisa, se ha sistematizado la que constituye una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en relación con el mencionado requisito, en la STJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-168/15), con abundante cita que se remontan a las SSTJUE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93; de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01 y de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04; en la que se declara que, para calificar de suficientemente caracterizada la infracción, ha de valorarse el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, el hecho de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión hayan podido contribuir a la adopción o al mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero... cuando se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.

Ello permite, en definitiva, considerar que el Tribunal Supremo ha ratificado la aplicación, a los efectos de considerar concurrente el requisito establecido en el artículo 32, apartado 5, letra b), LRJSP, de la caracterización del mismo resultante de la jurisprudencia del TJUE que venimos de exponer.

Pues bien, en estas reclamaciones de responsabilidad del Estado Legislador con aportación por las reclamantes de sentencias desestimatorias en cuyos contenciosos se alegó la vulneración del Derecho de la Unión Europea, el hecho de que la norma vulnerada sea una libertad reconocida en el TFUE no califica por sí misma la violación cometida.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2018, y las de 15-12-18 y 27 y 28-3-19 citadas por la reciente Sentencia n.º 292/2023 (recurso n.º 258/2020), apuntan a una violación evidente del derecho comunitario pero dicha declaración se efectúa sobre la base de sentencias del TJUE posteriores a la entrada en vigor del TRIRNR, con una única excepción, constituida por la STJUE 6-6-2000, asunto C-35/98, que solamente se invoca para señalar que los dividendos pueden incluirse entre las materias que pueden ser objeto de protección al amparo de la libertad de capitales del artículo 63 TFUE.

Recapitulando, en estos supuestos no puede afirmarse que concurra el requisito legal del artículo 34.5 de la LRSP pues no es posible achacar al Legislador Nacional que cuando aprobó el Texto Refundido de la LIRNR debía haber conocido la jurisprudencia del TJUE y una correcta interpretación de los artículos 63 y ss del TFUE, ya que aún NO existía.

Además, no existe un incumplimiento suficientemente caracterizado dado que no concurre el carácter intencionado de la infracción del Derecho de la Unión Europea pues parece suficiente insistir en que, para alguno de los órganos jurisdiccionales que ha conocido de los múltiples recursos interpuestos por instituciones de inversión colectiva no residentes, era claro que la normativa no vulneraba el derecho comunitario.

Por otro lado, el comportamiento del Estado español fue diligente, reaccionando con rapidez una vez que se produce el requerimiento de la Comisión, reformando la norma mediante la Ley 2/2010. La aplicación de esa norma a partir de 1 de enero de 2010 y no respecto de los ejercicios anteriores no fue discutida por la Comisión Europea, pues archivó el procedimiento de infracción y, además, como ya se ha señalado, fue interpretada por algunos órganos jurisdiccionales admitiendo su compatibilidad con el derecho comunitario.

En último recurso abunda en la inexistencia de un incumplimiento suficientemente caracterizado, el error cometido como error excusable dada la complejidad de esa materia, afirmación que tal y como hace el TS en la Sentencia n.º 292/2023, queda corroborada por la multitud de pronunciamientos prejudiciales que el propio TJUE ha emitido para aclarar la cuestión sobre la tributación de dividendos en relación con la libertad de circulación de capitales.

En conclusión, esta Abogacía del Estado, atendidas las consideraciones jurídicas que acabamos de exponer, no puede afirmarse la existencia de una infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea en los expedientes de responsabilidad del Estado Legislador a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 27 de enero de 2022, por la que se declara contraria al Derecho de la Unión la regulación relativa a la obligación de los residentes fiscales en España que sean sujetos pasivos del IRPF y del Impuesto de Sociedades, de declarar sus bienes en el extranjero, y el régimen sancionador establecido en caso de incumplimiento.

1.5 Sobre la inexistencia de la relación de causalidad entre la Sentencia del TJUE que declara contraria al Derecho de la Unión la regulación relativa a la obligación de los residentes fiscales en España que sean sujetos pasivos del IRPF y del Impuesto de Sociedades, de declarar sus bienes en el extranjero y las sanciones impuestas.

Por último, el artículo 32.5 de la LRJSP exige que;

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido a los particulares.

Y por ello, la Subdirección General consultante solicita criterio sobre, el nexo de causalidad, especialmente en los supuestos de responsabilidad derivados de la imposición de sanciones.

A tal efecto, no se aprecia la existencia de una relación causa-efecto entre la declaración del TJUE sobre el modelo 720 y las sanciones tributarias impuestas a los reclamantes por incumplimiento de sus obligaciones tributarias formales y materiales en esta materia.

No olvidemos que, la normativa aplicada se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de Medidas para la Prevención y Lucha contra el Fraude (en vigor desde 31 octubre 2012), que incluyó en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria una Disposición Adicional Decimoctava según la cual los residentes en España deben suministrar a la Administración tributaria información sobre bienes y derechos de que sean titulares en el extranjero, y en concreto, sobre cuentas bancarias; títulos, activos o valores representativos de la participación en el capital de entidades o fondos, y sobre bienes inmuebles.

Esta obligación, que debe cumplirse con los requisitos y límites regulados en los arts. 42 bis, 42 ter y 54 bis RGAT, se realiza mediante la declaración informativa modelo 720, cuyo plazo de presentación tiene lugar desde el 1 de enero al 31 de marzo de cada año respecto a los bienes del ejercicio anterior (salvo en 2012, en el que el plazo fue de 1 de febrero a 30 de abril de 2013).

El incumplimiento de la referida obligación de información determinaba que, de acuerdo con lo previsto en la *DA 18.ª de la LGT*, resultase de aplicación un régimen de infracciones y sanciones formales (régimen sancionador eliminado por la DF 4.ª de la Ley 5/2022, de 9 de marzo, por la que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas).

Pero la principal consecuencia de la falta de presentación, o presentación fuera de plazo, de la declaración informativa de bienes y derechos en el extranjero, era el efecto previsto en el caso de las personas físicas en el artículo 39.2 de la Ley 35/2006 (LIRPF), consistente en la imputación de una ganancia patrimonial no justificada por el importe de los bienes y derechos en el extranjero, salvo que se acreditara su adquisición con rentas declaradas o en períodos en los que el contribuyente no fuera residente en España. En concreto, el art. 39.2 LIRPF, en su redacción vigente desde 31.10.2012 (apartado suprimido desde el 11.3.2022 por la DF 5.ª de la Ley 5/2022), establecía:

En todo caso tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas y se integrarán en la base liquidable general del periodo impositivo más antiguo entre los no prescritos susceptible de regularización, la tenencia, declaración o adquisición de bienes o derechos respecto de los que no se hubiera cumplido en el plazo establecido al efecto la obligación de información a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

No obstante, no resultará de aplicación lo previsto en este apartado cuando el contribuyente acredite que la titularidad de los bienes o derechos corresponde con rentas declaradas, o bien con rentas obtenidas en periodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de contribuyente por este Impuesto.

Esta ganancia patrimonial imputada con arreglo al art. 39.2 LIRPF determinaba la comisión de *una infracción tributaria muy grave*, sancionable con multa pecuniaria proporcional del 150 % de la cuota íntegra resultante en el IRPF correspondiente a dicha ganancia patrimonial. Así lo establecía la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2012, que regulaba el régimen sancionador en supuestos de ganancias patrimoniales no justificadas y de presunción de obtención de rentas (precepto sancionador derogado por la D. Derogatoria Única de la Ley 5/2022):

La aplicación de lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, y en el artículo 134.6 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, determinará la comisión de infracción tributaria, que tendrá la consideración de muy grave, y se sancionará con una multa pecuniaria proporcional del 150 por ciento del importe de la base de la sanción

Como hemos expuesto, al inicio del presente Dictamen, el régimen normativo referido ha sido afectado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de enero de 2022, Comisión/España, asunto C-788/19, que analiza si la normativa supone, o no, una restricción no justificada de la libertad de circulación de capitales.

La Sentencia resuelve la demanda presentada por la Comisión Europea contra España por vulneración del TFUE y del Acuerdo sobre el EEE, y, en contra de lo que propuso el Abogado General, estima las pretensiones de la Comisión, considerando, en síntesis, que:

— La normativa española persigue objetivos legítimos de lucha contra el fraude fiscal, [...] dado que la información de que disponen las autoridades nacionales en relación con los activos que sus residentes fiscales poseen en el extranjero es, globalmente, inferior a la que poseen en relación con los activos situados en su territorio, aun teniendo en cuenta la existencia de mecanismos de intercambio de información o de asistencia administrativa entre los Estados miembros. (Párrafo 24).

— Las dos medidas utilizadas para conseguir dichos fines (establecer una obligación de información específica de los bienes situados en el extranjero y la presunción de existencia de rentas ocultas cuando esta obligación se incumple), son aceptadas por el TJUE: la normativa controvertida resulta adecuada para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos. No obstante, debe comprobarse si no va más allá de lo necesario para alcanzarlos. (Párrafo 24).

— El TJUE aprecia que tres concretos aspectos de la normativa analizada van más allá de lo necesario, y son, por tanto, desproporcionados: la calificación de los activos poseídos en el extranjero como ganancias patrimoniales no justificadas, sin posibilidad de acogerse a la prescripción, y los importes que pueden alcanzar las multas pecuniarias que puedan imponerse, la del 150 % de la cuota liquidada por la citada ganancia patrimonial no justificada y las multas pecuniarias fijas.

Del análisis de la normativa española que hace la Sentencia citada podemos extraer las siguientes conclusiones relevantes para el presente expediente:

— El TJUE confirma que respeta la normativa comunitaria el establecimiento de una obligación de información específica de los bienes situados en el extranjero que poseen sus residentes, al constatar que con ella se suple la menor información que sobre ellos se tiene, en comparación con la disponible sobre los bienes situados en España.

— El TJUE confirma que es conforme a la normativa comunitaria que el artículo 39.2 de la LIRPF considera ganancia no justificada de patrimonio la tenencia, declaración o adquisición de bienes o derechos respecto de los que no se hubiera cumplido en plazo la obligación de información ya citada, esto es, que se configure como premisa fáctica de una presunción (*iuris tantum*) de existencia de renta oculta.

Se explica que esta presunción de existencia de renta oculta no infringe la jurisprudencia comunitaria, que no aceptaría una presunción general de fraude y evasión fiscal basada en el mero hecho de poseer bienes o derechos fuera del territorio español, ya que, por un lado, solo entra en juego tras el previo incumplimiento de las obligaciones de declaración específicas, y, por otro, no es una presunción incondicionada ya que admite prueba en contrario, como expresamente indica el propio precepto, el artículo 39.2 LIRPF:

32. En estas circunstancias, la presunción establecida por el legislador español no resulta desproporcionada en relación con los objetivos de garantizar la eficacia de los controles fiscales y luchar contra el fraude y la evasión fiscales.

Ni siquiera afecta al sostenimiento de la figura del artículo 39.2 LIRPF el hecho de que contenga un aspecto concreto (la falta de freno de la presunción ante la prescripción) que, como ya hemos dicho, sí merecerá reprobación del TJUE:

33. La imposibilidad de que el contribuyente destruya esta presunción alegando que los bienes o derechos respecto de los cuales no cumplió la obligación de información o lo hizo de manera imperfecta o extemporánea se adquirieron durante un período prescrito no enerva esta conclusión. En efecto, la invocación de una norma de prescripción no sirve para desvirtuar una presunción de fraude o de evasión fiscales, sino que únicamente permite evitar las consecuencias que debería acarrear la aplicación de dicha presunción.

— El TJUE, aunque afirma que [...] el legislador nacional puede establecer un plazo de prescripción ampliado con el fin de garantizar la eficacia de los controles fiscales y de luchar contra el fraude y la evasión fiscales derivados de la ocultación de activos en el extranjero (Apartado 38), pero rechaza de modo claro que se puedan establecer [...] mecanismos que, en la práctica, equivalgan a prolongar indefinidamente el período durante el cual puede efectuarse la imposición o que permitan dejar sin efecto una prescripción ya consumada. (Apartado 38), por lo que no acepta que mediante la aplicación de la regla de la *actio nata*, se pueda [...] retrasar el momento inicial del cómputo del plazo de prescripción y fijarlo en la fecha en que la Administración tributaria tenga conocimiento por primera vez de la existencia de los bienes o derechos en el extranjero, ya que esta opción conduce, en la práctica, a permitir a la Administración gravar durante un período indefinido las rentas correspondientes al valor de esos activos, sin tener en cuenta el ejercicio o el año respecto de los que se adeudaba normalmente el impuesto correspondiente a esas rentas. (Apartado 35).

Por ello concluye que se ha incumplido la libertad de circulación de capitales en un aspecto muy concreto de la regulación del artículo 39.2 LIRPF:

al disponer que el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto o extemporáneo de la obligación informativa relativa a los bienes y derechos situados en el extranjero tiene como consecuencia la imposición de las rentas no declaradas correspondientes al valor de esos activos como «ganancias patrimoniales no justificadas» sin posibilidad, en la práctica, de ampararse en la prescripción;

La conclusión de lo expuesto es clara: la ganancia patrimonial no justificada del artículo 39.2 LIRPF es plenamente válida, pero sus consecuencias no pueden desconocer los plazos de prescripción del derecho a liquidar las rentas ocultas descubiertas.

En consecuencia, no puede exigirse responsabilidad patrimonial por las sanciones tributarias y/o por los recargos girados por presentaciones extemporáneas de las autoliquidaciones pues el nexo de causalidad se quebranta por la actuación de los reclamantes a los que se les reprocha el elemento subjetivo de lo injusto manifestado en el incumplimiento de sus obligaciones tributarias.

1.6 Sobre el plazo general de prescripción de cuatro años (sic).

Dispone el artículo 34 de la LRJSP:

1. Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

De *lega lata* no pueden reclamarse por años producidos más allá de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la Sentencia en el DOUE, teniendo la acción de exigencia de responsabilidad del Estado Legislador un plazo de prescripción de un año a contar desde la publicación de la Sentencia en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 67.1 in fine de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

La Subdirección General en su consulta, se refiere a los daños producidos por actuaciones tributarias anteriores al plazo de prescripción de cuatro años, plazo que aras al principio de seguridad jurídica consagra el artículo 66 de la LGT, dados los efectos que sobre el artículo 34.1 de la LRJSP puede haber provocado la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022.

A tal respecto, esta Abogacía del Estado ha de tener en cuenta la normativa vigente, esto es, la aplicación preferente del plazo de los cinco años del artículo 34.1 de la LRJPS, quedando a la expectativa de la reforma normativa de *lege ferenda* que se pueda introducir en este precepto y que, aconseja razonable no afectar a daños provocados en actuaciones tributarias ya prescritas, esto es, de aplicación el plazo de los cuatro años del artículo 66 de la LGT.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos extraer las siguientes,

II. CONCLUSIONES

2.1. El aquietamiento de los reclamantes ante el tributo autoliquidado y/o ante las sanciones impuestas, enerva su derecho a solicitar una indemnización a título de

responsabilidad del Estado legislador, por incumplimiento del requisito exigido en el apartado 5 del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, por ello, todas aquellas reclamaciones que no aporten la obtención de una sentencia desestimatoria firme obtenida de un recurso contra la actuación administrativa causante del daño y en el que se hubiera invocado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada en Sentencia del TJUE, han de ser desestimadas por mor de lo exigido en el artículo 32.5 de la LRJSP.

2.2. En las demás reclamaciones de responsabilidad del Estado Legislador con aportación por las reclamantes de sentencias desestimatorias firmes en cuyos contenciosos se alegó la vulneración del Derecho de la Unión Europea, el hecho de que la norma vulnerada sea una libertad reconocida en el TFUE no califica por sí misma la violación cometida. En estos casos, procede proponer la desestimación de éstas por falta de un incumplimiento suficientemente caracterizado (artículo 32. 5 letra b) de la LRJSP)

2.3. No puede exigirse responsabilidad patrimonial al Estado Legislador por las sanciones tributarias y/o por los recargos girados por presentaciones extemporáneas de las autoliquidaciones del modelo 720 pues el nexo de causalidad se quebranta por la actuación de los reclamantes a los que se les reprocha el elemento subjetivo de lo injusto manifestado en el incumplimiento de sus obligaciones tributarias formales y materiales (artículo 32.5 de la LRJSP).

2.4. De *lega lata* solo serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea (artículo 34.1 de la LRJSP), pues se ha de aplicar con preferencia el plazo de los cinco años del artículo 34.1 de la LRJPS, quedando a la expectativa de la reforma normativa de *lege ferenda* que se pueda introducir en este precepto a raíz de la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022 y que, aconseja razonable no afectar a daños provocados en actuaciones tributarias ya prescritas, esto es, de aplicación el plazo de los cuatro años del artículo 66 de la Ley General Tributaria.

2.5 Estas consideraciones y conclusiones han sido ratificadas por oficio de la Abogada General del Estado de fecha 19 de enero del 2024, referencia AE, Hacienda y Función Pública, 26/23-R-1616/2023.

PROPIEDADES PÚBLICAS

PATRIMONIO DEL ESTADO

18.23 EL PARTIDO NACIONALISTA VASCO, SIGLAS EAJ-PNV, PRESENTA LAS SIGUIENTES SOLICITUDES: RESTITUIR EL INMUEBLE INCAUTADO SITO EN AVENUE DE MARCEU NÚMERO 11, PARÍS Y LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR OTROS DOS INMUEBLES SITOS EN NOYON Y COMPANS, FRANCIA

Resumen: Se trata de varias cuestiones jurídicas planteadas a raíz de las peticiones formalizadas por el Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV) para la restitución de un inmueble incautado en Avenue de Marceau, n.º 11 de París y para la compensación económica por incautación de otros dos inmuebles sitios en Noyon y Compans (Francia) al amparo de la Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.

La Abogacía del Estado en este Ministerio, en contestación a la consulta elevada a instancia del Sr. Director General del Patrimonio del Estado, sobre varias cuestiones jurídicas planteadas a raíz de las peticiones formalizadas por el Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV) para la restitución de un inmueble incautado en Avenue de Marceau, n.º 11 de París y para la compensación económica por incautación de otros dos inmuebles sitios en Noyon y Compans (Francia) al amparo de la Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática¹; analizada la documentación remitida y la normativa de pertinente aplicación emite el presente, con fundamento en las siguientes,

I. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1.1 Sobre los antecedentes de la consulta y cuestiones jurídicas planteadas.

La consulta elevada desde la Dirección General del Patrimonio del Estado plantea varias cuestiones a raíz de dos reclamaciones presentadas por el Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV) registradas con fecha 27 de enero de 2023.

Se trata de dos reclamaciones idénticas al amparo de la nueva Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática relacionadas con la incautación de bienes inmuebles sitios en Francia, una para instar la restitución del inmueble y otra, para suplicar la compensación económica.

¹ Expedientes Servicios Centrales 202347400080 y 202347400081

A saber:

1.1.1 Restitución del edificio n.º 11 de la Avenue Marceau de París (Francia).

Sobre este bien inmueble, el reclamante sostiene que:

Su compra fue llevada a cabo con fondos dinerarios de personas vinculadas ideológicamente al Euzko Alderdi Jeltzalea-Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV), con la voluntad, finalidad y destino de que la propiedad quedase residenciada en dicho Partido Político.

En el extenso escrito de reclamación se pretende razonar la titularidad dominical del citado inmueble sito en la Avenida Marceau, n.º 11 de París, a través del tracto sucesivo de titularidades aparentes que actuaban como testaferros de EAJ-PNV bajo la figura jurídica de negocios fiduciarios.

La cadena de negocios fiduciarios en cascada tras varias personas físicas alcanza hasta una persona jurídica testaferro, Finances et Entreprises, S. A., tras su venta por D. Marino de Gamboa, quien junto con el partido EAJ-PNV deciden la constitución de esta mercantil y así se expresa que:

De ahí que, siendo su objeto principal, el poner de manifiesto que dicha Sociedad, Finances et Entreprises, S. A., no era más que un instrumento societario, en régimen fiduciario, una entidad testaferro en la que subyacía la verdadera propiedad y titularidad, tanto de la sociedad como de sus bienes a favor de Euzko Alderdi Jeltzalea-Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV), nos vamos a ceñir a este aspecto concreto, sin perjuicio, si fuera el caso necesario, ampliar esta información y documentación con el detalle que sea requerido.

Y continúa, el partido político reclamante:

Siendo ese hilo conductor, tras días después de su constitución, Finances et Entreprises, S. A., compra a D. Marino de Gamboa el edificio n.º 11 de la Avenue Marceau de París (Francia), por 1.350.000 francos franceses.

A juicio del solicitante de la restitución del inmueble se presencia la existencia inequívoca de un vínculo fiduciario, pues la entidad jurídica Finances et Entreprises, S. A., era una sociedad fachada, un testaferro del partido político EAJ-PNV.

1.1.2 Compensación económica por dos bienes inmuebles incautados en las localidades de Noyon y Compans (Francia).

De igual modo, con fundamento en la Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, el partido EAJ-PNV insta a la Administración del Estado para que proceda a la compensación económica de dos bienes inmuebles radicados en el extranjero, también en Francia, en las localidades de Noyon y Compans, tratándose a su juicio, de una reclamación distinta a la enjuiciada por el Tribunal Supremo que confirmó la Resolución del Consejo de Ministros de 22 de enero de 2001.

En efecto, la defensa del partido EAJ-PNV sostiene que no puede operar la institución de cosa juzgada material de la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2003 (recurso 215/2001) por la que se confirmó la legalidad de la Resolución del Consejo de Ministros denegatoria de la petición, al amparo de la Ley 43/1998, formulada por partido político, de restitución o en su caso de compensación de determinados bienes.

La Resolución recurrida a juicio del TS se ajustaba a Derecho, ya que los bienes de que se trataba no se ajustaban a los requisitos que exige el artículo 1 de aquella Ley 43/1998, conforme al cual debe tratarse de bienes inmuebles o derechos de contenido patrimonial, que fueren incautados a partidos políticos o a personas jurídicas a ellos vinculadas, y que fuera llevada a cabo con aplicación del Decreto de 13 de septiembre de 1936, la Ley de 9 de febrero de 1939, la Ley de 19 de febrero de 1942 y la Orden de 9 de junio de 1943.

Recordemos que el contenido de la Resolución del Consejo de Ministros de fecha 22 de enero de 2001 resolvió lo siguiente:

Primero. Desestimar la solicitud del Partido Nacionalista Vasco-Euzko Alderdi Jeltzalea (PNV-EAJ), de compensación por la incautación de un inmueble, situado en París (Francia), Avenue Marçeau n.º 11, por no concurrir los presupuestos necesarios para la devolución o compensación establecidos por la Ley 43/1998, de 15 de diciembre.

Segundo. Desestimar la solicitud del Partido Nacionalista Vasco-Euzko Alderdi Jeltzalea (PNV-EAJ), de compensación por la incautación de otros inmuebles, situados uno en Noyon (Francia), Hotel de Mont Renaud en Boulevard Carnot n.º 77, y otro en Compans, denominado Ferme de l' Hôtel de Dieu, por haberse formulado la solicitud fuera del plazo establecido al efecto por la Ley 43/1998, de 15 de diciembre.

Ante la nueva Ley 20/2022 la defensa del partido EAJ-PNV considera que se reabren estas dos nuevas reclamaciones y que, no ha de surtir efectos la institución de cosa juzgada.

Pues bien, en lo tocante a los inmuebles situados en Noyon y Compans, también se considera que son de titularidad del partido EAJ-PNV pues las titularidades anteriores son una cadena de negocios fiduciarios y así a modo de conclusiones, la reclamación expresa que:

Que la entidad Finances et Entreprises, S. A., fue una sociedad pantalla, testafiero, en régimen fiduciario de un verdadero titular Euzko Alderdi Jeltzalea-Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV).

Que sus fuentes de financiación provinieron de recursos dinerarios obtenidos por Euzko Alderdi Jeltzalea-Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV) a través de la sociedad fiduciaria Continental Transit Limited.

Que los inmuebles objeto de la presente reclamación sitos en las localidades de Noyon y Compans en la República francesa fueron adquiridos por una sociedad fiduciaria del Partido Político, Finances et Entreprises, S. A., con dinero del Euzko Alderdi Jeltzalea-Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV).

En definitiva, dado que, a juicio del partido político reclamante queda constatada la imposibilidad de restituir la propiedad de dichos inmuebles, se solicita ahora su compensación económica a favor del partido EAJ-PNV conforme a la valoración pericial que se establezca en el curso de este procedimiento.

A raíz de estas dos reclamaciones, la Dirección General del Patrimonio del Estado demanda asesoramiento jurídico a esta Abogacía del Estado en el Departamento, sobre los siguientes extremos:

1. Sobre el momento de incautación a efectos de las valoraciones. En concreto, teniendo en cuenta que los inmuebles fueron objeto de una doble toma de posesión

por el Estado, una inicial en el año 1943 y una segunda y definitiva en el año 1951, separadas por un periodo en el que volvieron al poder del solicitante, por ello, se consulta cuál de ellas debe considerarse como momento de la incautación, a efectos de las valoraciones.

2. Sobre el momento de la valoración de los bienes y sus mejoras. En particular, se consulta si tanto la valoración del bien como la de las mejoras, con vistas a la restitución o compensación, debe hacerse tomando como fecha de referencia la de entrada en vigor de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, tal como prevé el artículo 2 de esta Ley (excluyendo, por tanto, las mejoras efectuadas con posterioridad a esa fecha), o la de entrada en vigor de la Ley 20/2022, de 19 de octubre.

3. Sobre el concepto de mejoras. Se consulta sobre qué debe entenderse por mejoras que supongan una alteración física del inmueble a efectos de la compensación o restitución, y qué normativa de referencia debería tenerse en cuenta para distinguir las mejoras de las obras de conservación y mantenimiento.

1.2 Sobre la legitimación del partido político reclamante: prueba material de la titularidad dominical de los bienes inmuebles reclamados (restitución y compensación económica).

En la consulta elevada a esta Abogacía del Estado no existe un interrogante expreso sobre este tema, dirigido al examen de la verdadera titularidad jurídica a favor del partido político EAJ-PNV en los que funda su derecho a la restitución de un inmueble y a la compensación económica de los otros dos, los situados en Noyon y Compans; todo ello fundado en la existencia de negocios fiduciarios, donde el verdadero titular se dice que era el citado partido EAJ-PNV.

Hemos de partir de la Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática que literalmente prescribe cuanto sigue:

Disposición adicional novena. Bienes y derechos incautados en el extranjero.

1. Las disposiciones previstas en la [Ley 43/1998, de 15 de diciembre](#), de Restitución o Compensación a los Partidos Políticos de Bienes y Derechos Incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939, serán de aplicación a los bienes y derechos obtenidos en el extranjero en ejecución del Acuerdo Internacional firmado entre el Estado Español y la República de Francia, el 25 de febrero de 1939 (Acuerdo Bérard-Jordana), la Ley de 30 de enero de 1940 y el Decreto de 6 de mayo de 1940; aun cuando el título de propiedad del Reino de España hubiera venido a ser atribuido por resoluciones administrativas o judiciales de estados extranjeros.

2. Además de los beneficiarios previstos en el [artículo 3 de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre](#), lo serán también los partidos políticos respecto a los bienes inmuebles y derechos de contenido patrimonial o económico que hubiesen pertenecido a personas físicas o jurídicas vinculadas a dichos partidos políticos con carácter fiduciario o bajo cualquier forma de cobertura jurídica sustentada en negocios o pactos de interposición personal.

En el caso de estos bienes inmuebles, se abre un plazo de un año para el ejercicio de derechos y acciones de reclamación que comenzará a partir del día siguiente a la entrada en vigor de la presente ley, según el procedimiento de tramitación y resolución previsto por el artículo 6 de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre.

Esta nueva Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2022 amplía el ámbito objetivo de los bienes o derechos de contenido patrimonial susceptibles de restitución o de compensación económica por lo que salva el obstáculo impeditivo puesto de manifiesto por la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2002 (Rec. 215/2001), pues ahora la restitución o compensación también alcanza a los bienes y derechos obtenidos en el extranjero en ejecución del Acuerdo Internacional firmado entre el Estado Español y la República de Francia, el 25 de febrero de 1939 (Acuerdo Bérard-Jordana), la Ley de 30 de enero de 1940 y el Decreto de 6 de mayo de 1940; aun cuando el título de propiedad del Reino de España hubiera venido a ser atribuido por resoluciones administrativas o judiciales de estados extranjeros (Tribunal Civil del Sena-Sentencia de 21 de julio de 1943).

No obstante, pese a que no se ha planteado la cuestión y ante las dudas razonables de los negocios fiduciarios relacionados en las reclamaciones, sería conveniente en la fase de instrucción de los procedimientos, investigar la verdadera titularidad jurídica y material de los bienes inmuebles pues la referida Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001 apunta la falta de acreditación de la titularidad a favor del partido PNV y en concreto en su Fundamento Jurídico Primero se subraya la falta de acreditación de la titularidad del PNV y la vinculación de la sociedad pantalla Finances et Entreprises, S. A., con el Gobierno Vasco y no con el PNV.

En todo caso, hemos de insistir que para los bienes inmuebles referidos en las reclamaciones se ha ampliado el ámbito de restitución o compensación por mor de la Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2022 y que ha de ser en la fase de instrucción de estos procedimientos donde se ha de indagar sobre la titularidad real de los bienes inmuebles a favor del partido político EAJ-PNV.

Además, hemos de entender que la Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2022 reabre el plazo para el ejercicio de los derechos de recuperación o compensación económica, por lo que también queda salvado el obstáculo impeditivo de la prescripción opuesta a los bienes inmuebles radicados en Noyon y Compans y reconocida por la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2003 (Rec. 215/2001), empero también en estos inmuebles, en fase instructora del expediente, se ha de examinar la verdadera titularidad dominical a favor del partido EAJ-PNV o en su caso, a favor del Gobierno Vasco.

La palabra *fiducia*, en latín, significa confianza y así en el Derecho Romano, el negocio basado en la *fiducia* era una transmisión de la propiedad por *mancipatio* o *in iure cesio*, pero que desde el punto de vista económico solo daba al adquirente una seguridad para el crédito (*fiducia cum creditore*) o una posibilidad de administración libre y segura de la cosa confiada (*fiducia cum amico*): el adquirente devenía propietario quedando obligado a devolver la cosa tras la extinción de la deuda o de la administración. Pues bien, se ha de examinar si en efecto, la cascada de negocios fiduciarios y en especial, la sociedad pantalla Finances et Entreprises, S. A., responde a una mera apariencia de titularidad bajo la cual el real propietario es el partido EAJ-PNV y no un tercero (Gobierno Vasco).

1.3 Sobre el momento de incautación a efectos de las valoraciones.

El Centro Directivo consultante plantea en concreto que, teniendo en cuenta que los inmuebles fueron objeto de una doble toma de posesión por el Estado, una inicial en el año 1943 y una segunda y definitiva en el año 1951, separadas por un periodo en el

que volvieron al poder del solicitante, se consulta cuál de ellas debe considerarse como momento de la incautación, a efectos de las valoraciones.

Realmente el momento de incautación también es significativo para la determinación de la valoración intrínseca del bien, pues puede ser necesaria para el cálculo de las mejoras y la liquidación de los estados posesorios.

En el marco jurídico sobre el que renace el derecho a la restitución o compensación económica de los bienes incautados, la Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2022 nos remite a la Ley 43/1998, de Restitución o Compensación a los Partidos Políticos de Bienes y Derechos Incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939, reformada por la Ley 50/2007, de 26 de diciembre.

Para abordar la cuestión planteada y bajo el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española) hemos de acudir a la Exposición de Motivos de esta Ley 43/1998 para entender cuál es el momento de la incautación de bienes a los partidos políticos. Así el Preámbulo de la norma legal expresa que:

En la actualidad parece llegado el momento de avanzar en dicho proceso reparador, creando el marco jurídico necesario para reintegrar a los partidos políticos los bienes y derechos de que fueron desposeídos durante la guerra civil o al finalizar ésta, en línea con uno de los objetivos que inspiró nuestra actual Constitución de garantizar la convivencia de todos los españoles, superando las consecuencias de la guerra civil, y en consonancia con el papel relevante que la misma otorga a los partidos políticos, a los que incardina en la médula del Estado democrático, mediante la precisión de su concurrencia a la formación y manifestación de la voluntad popular, lo que exige de ese Estado democrático un acto de justicia histórica como es el de devolución a los mismos de aquello que les fue arrebatado, dándoles, por otra parte, un trato idéntico al ya dado en su día a las organizaciones sindicales.

Como bien, expone la Ley 43/1998, estas premisas básicas —bajo el prisma del principio de seguridad jurídica y protección de los derechos de terceros poseedores de buena fe—, permiten reconocer, en primer término, el derecho a la restitución y acotar después los ámbitos objetivo y subjetivo de la Ley, tarea llena de graves dificultades técnico-jurídicas, ya que será preciso delimitar qué se restituye (bienes, derechos de contenido patrimonial, derechos personales, frutos, rentas, etcétera), y quiénes son los beneficiarios de la devolución, siendo todo ello sumamente complejo.

Dado que según se apunta en la consulta, hubo dos incautaciones de los bienes ahora reclamados por el partido EAJ-PNV (restitución en uno y compensación económica en otros dos inmuebles), una inicial en el año 1943 y una segunda y definitiva en el año 1951, separadas por un periodo en el que volvieron al poder del solicitante, y pese a que la norma no contempla este supuesto, el vacío legal se ha de cubrir desde los principios inspiradores de la propia Ley 43/1998; para entender que se ha de tener en consideración las incautaciones definitivas, esto es, las practicadas en 1951.

No olvidemos que, la devolución afecta, como no podía ser de otra forma, a los propios bienes que en su momento fueron objeto de incautación, por lo cual, si la restitución no fuese ya posible, por haber sido transmitidos y adquiridos legítimamente dichos bienes por terceros de buena fe o por haber sufrido alteraciones sustanciales que impidan su conversión a su forma originaria, el Estado compensará pecuniariamente al partido político desposeído, por el valor del bien o bienes de que se trate.

1.4 Sobre el momento de la valoración de los bienes y sus mejoras: la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1998 (17 de diciembre de 1998).

En particular, se consulta si tanto la valoración del bien como la de las mejoras, con vistas a la restitución o compensación, debe hacerse tomando como fecha de referencia la de entrada en vigor de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, tal como prevé el artículo 2 de esta Ley (excluyendo, por tanto, las mejoras efectuadas con posterioridad a esa fecha), o la de entrada en vigor de la Ley 20/2022, de 19 de octubre.

En primer lugar, hemos de aclarar las consecuencias jurídicas que provoca la Ley 20/2022 mediante su Disposición Final Novena, son:

Primera, ampliar el derecho de restitución o de compensación respecto de los bienes y derechos incautados en el extranjero.

Segunda. reconocer este derecho a los partidos políticos respecto a los bienes inmuebles y derechos de contenido patrimonial o económico que hubiesen pertenecido a personas físicas o jurídicas vinculadas a dichos partidos políticos con carácter fiduciario o bajo cualquier forma de cobertura jurídica sustentada en negocios o pactos de interposición personal.

Tercera, conceder la reapertura del plazo de un año para el ejercicio de dichos derechos.

Dicho esto, en todo lo demás se remite a la Ley 43/1998; por lo que hemos de atender a las prescripciones de esta ley.

El artículo 6 de la Ley 43/1998 (reformado por la Ley 50/2007) dispone en cuanto a la tramitación y resolución de las solicitudes de restitución o de compensación, cuanto sigue:

1. La tramitación de las solicitudes de restitución o compensación de los bienes y derechos a que se refiere esta Ley, se llevará a cabo por la Dirección General del Patrimonio del Estado que instruirá los oportunos expedientes, de acuerdo con el procedimiento que reglamentariamente se establezca y propondrá las valoraciones de los bienes y derechos a los efectos compensatorios previstos en esta Ley.

La resolución de los procedimientos incoados, que será motivada, corresponderá al Consejo de Ministros, previo informe y a propuesta de la citada Dirección General, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, acordando la desestimación o la restitución total o parcial o el derecho a la compensación, constituyendo la declaración de restitución título suficiente para la inscripción de los bienes y derechos en el Registro de la Propiedad.

2. En aquellos casos en que habiéndose acreditado el perjuicio patrimonial sufrido por el partido político no hubiera podido determinarse ni siquiera por medios indiciarios la totalidad de los elementos del mismo, el Consejo de Ministros podrá fijar equitativamente una compensación.

La técnica de la remisión normativa a un procedimiento desarrollado por virtud de un reglamento, nos hace traer a colación el Real Decreto 610/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, de Restitución o Compensación a los Partidos Políticos de Bienes y Derechos Incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939.

Es el artículo 11 del Real Decreto 610/1999, que regula el informe técnico de valoración, establece las reglas para la evacuación del informe técnico de evaluación que, ha de ser previo a la emisión de la propuesta de resolución de la Dirección General del Patrimonio del Estado. A tal efecto, el indicado precepto reglamentario establece que:

2. Sin perjuicio de otros extremos, el informe técnico se pronunciará sobre los siguientes supuestos:

a) Respecto de aquellos bienes y derechos cuya restitución proceda, con arreglo a la Ley 43/1998 y el presente Reglamento:

1.º Si hubieren experimentado alteraciones físicas mediante la incorporación de mejoras desde su incautación hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1998, se determinará el valor pecuniario de éstas, con indicación, en su caso, de si representan más del 25 por 100 del valor total de los bienes o derechos cuya restitución se pretende.

2.º Si hubieren sido gravados por el Estado con cargas de carácter real que impliquen una disminución del valor de los mismos, se determinará el valor pecuniario de éstas con referencia a la entrada en vigor de la Ley 43/1998.

b) Respecto de aquellos bienes y derechos cuya restitución no sea posible, por concurrir alguno de los supuestos previstos en la Ley 43/1998 y el artículo 4 del presente Reglamento, y proceda su compensación pecuniaria, se determinará su valor pecuniario según los criterios fijados en el apartado 1 del presente artículo, con referencia a la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1998. El cálculo de dicho valor se efectuará en función de las condiciones físicas y jurídicas que tuviera el bien o las condiciones jurídicas que tuviera el derecho en el momento de la incautación, sin que en ningún caso se tengan en cuenta, en la fijación del mismo, los incrementos de valor que respondan a mejoras específicamente incorporadas por el Estado o terceras personas desde la incautación hasta el momento de entrada en vigor de la Ley 43/1998.

En el sentido propio de las palabras (artículo 3.1.º del Código Civil) se infiere que el momento de la valoración de los bienes inmuebles y sus mejoras ha de ser la de la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1998, pues los efectos jurídicos de la Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2022 es la reapertura por un año del plazo para instar la solicitud de restitución o de compensación de los bienes incautados, pero no modifica las reglas de valoración contenidas en la Ley 43/1998 y su desarrollo reglamentario operado por el Real Decreto 610/1999.

La determinación de la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1998 a la que hace referencia el precepto reglamentario transcrito (artículo 11.2 Real Decreto 610/1999) tiene su refrendo, para el cálculo de las compensaciones económicas, en el artículo 2 de la reiterada Ley 43/1998 afectado también por las modificaciones introducidas por la Ley 50/2007, cuyo tenor literal reza así:

1. Si los bienes o derechos a que se refieren los artículos anteriores no pudieran ser devueltos total o parcialmente por no haber quedado suficientemente identificados, por pertenecer a terceras personas distintas del Estado, por encontrarse en el supuesto contemplado en el artículo 7 de la presente Ley, o por cualquier otra causa, el Estado compensará pecuniariamente su valor teniendo presente criterios de mercado.

Dicho valor será fijado, en su caso, por el Consejo de Ministros, a propuesta del centro directivo a que se refiere el artículo 6 de esta Ley, con referencia a la fecha de su entrada en vigor.

No procederá restitución ni compensación alguna en aquellos casos en que ya se hubiese producido la restitución o compensación en aplicación de cualquier otra normativa.

2. En el supuesto de que los bienes hubiesen experimentado alteraciones físicas mediante la incorporación de mejoras, el beneficiario de la devolución vendrá obligado a abonar al Estado el valor de dichas mejoras, con referencia a la fecha prevista en el número anterior, salvo que éstas representen más del 25 por 100 del valor total de los bienes o derechos, en cuyo caso el Estado podrá optar por la percepción de la compensación derivada del aumento de valor, o por el mantenimiento de su titularidad, abonando la compensación correspondiente al valor de los bienes o derechos.

De una hermenéutica sensata de los artículos 2 de la Ley 43/1998 y del artículo 11. 2.º de su Reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 610/1999 se deducen las siguientes conclusiones aplicables al caso objeto de la presente consulta:

1. Para el bien inmueble sito en la Avenue Marceau, 11 de París (Francia), si el partido solicitante EAJ-PNV de la restitución acreditase su titularidad material (cascada de negocios fiduciarios) mediante la aportación de la documentación relacionada en el artículo 8 del Real Decreto 610/1999, la fecha de la entrada en vigor de la Ley 43/1998 ha de ser la determinante para la liquidación del estado posesorio y el abono al Estado de dichas mejoras.

2. Para los inmuebles incautados y radicados en Noyon y Compans (Francia), si el partido solicitante EAJ-PNV de la compensación económica, acreditase su titularidad material (cascada de negocios fiduciarios) mediante la aportación de la documentación del artículo 8 del Real Decreto 610/1999, la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1998 es la determinante para materializar la liquidación económica, teniendo presente criterios de mercado a dicha fecha. Así la letra b) del artículo 11.2 del Real Decreto 610/1999 ratifica este criterio:

b) Respecto de aquellos bienes y derechos cuya restitución no sea posible, por concurrir alguno de los supuestos previstos en la Ley 43/1998 y el artículo 4 del presente Reglamento, y proceda su compensación pecuniaria, se determinará su valor pecuniario según los criterios fijados en el apartado 1 del presente artículo, con referencia a la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1998. El cálculo de dicho valor se efectuará en función de las condiciones físicas y jurídicas que tuviera el bien o las condiciones jurídicas que tuviera el derecho en el momento de la incautación, sin que en ningún caso se tengan en cuenta, en la fijación del mismo, los incrementos de valor que respondan a mejoras específicamente incorporadas por el Estado o terceras personas desde la incautación hasta el momento de entrada en vigor de la Ley 43/1998.

1.5 Sobre el concepto de mejoras y liquidación del estado posesorio.

Finalmente se consulta sobre qué debe entenderse por mejoras que supongan una alteración física del inmueble a efectos de la compensación o restitución, y qué normativa de referencia debería tenerse en cuenta para distinguir las mejoras de las obras de conservación y mantenimiento.

En primer lugar y por remisión a la consideración jurídica anterior, la normativa a tener en cuenta para la valoración de las mejoras es la propia de la Ley 43/1998, pues

en efecto, para el inmueble situado en la avenida Marceau n.º 11 de París, en el caso de acceder a la restitución se ha de liquidar su estado posesorio y, por ende, el Estado ha de cuantificar las mejoras incorporadas al inmueble que impliquen una alteración física del mismo.

La cuantificación de las mejoras que hayan implicado una alteración física del inmueble a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 43/1998 han de ser todas aquellas que no sean susceptibles de ser retiradas por el Estado y que hayan implicado un incremento efectivo del valor del inmueble como las obras de reforma o rehabilitación.

En concreto sobre el concepto de mejoras y su valoración el artículo 2.2 de la Ley 43/1998 afirma:

2. En el supuesto de que los bienes hubiesen experimentado alteraciones físicas mediante la incorporación de mejoras, el beneficiario de la devolución vendrá obligado a abonar al Estado el valor de dichas mejoras, con referencia a la fecha prevista en el número anterior (fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1998), salvo que éstas representen más del 25 por 100 del valor total de los bienes o derechos, en cuyo caso el Estado podrá optar por la percepción de la compensación derivada del aumento de valor, o por el mantenimiento de su titularidad, abonando la compensación correspondiente al valor de los bienes o derechos.

Además de esta norma legal (artículo 2.2 de la Ley 43/1998), hemos de acudir supletoriamente a las normas sobre liquidación de los estados posesorios contempladas en el Código Civil en los artículos 453 y 454.

El artículo 453 del Código Civil:

Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero solo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.

Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

Por su parte, el artículo 454 del Código Civil:

Los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.

Por ende, y exceptuando las mejoras ordinarias realizadas para el uso y conservación del inmueble, sí que son cuantificables y por ende, compensables las mejoras que hayan supuesto un aumento del valor del inmueble, realizadas hasta la fecha de la entrada en vigor de la Ley 43/1998 y en relación con las mejoras de ornato, se ha de traer a colación el *ius tollendi* o derecho a retirar o separar dichas mejoras, salvo que el recuperante del inmueble decida quedárselas, para lo cual, también se ha de cuantificar su valoración.

De las consideraciones jurídicas expuestas, hemos de extraer las siguientes,

II. CONCLUSIONES

2.1. La Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática amplía el ámbito objetivo de los bienes o derechos de contenido

patrimonial susceptibles de restitución o de compensación económica por lo que salva el obstáculo impositivo puesto de manifiesto por la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2003 (Rec. 215/2001), dado que, ahora la restitución o compensación también alcanza a los bienes y derechos obtenidos en el extranjero en ejecución del Acuerdo Internacional firmado entre el Estado Español y la República de Francia, el 25 de febrero de 1939 (Acuerdo Bérard-Jordana), la Ley de 30 de enero de 1940 y el Decreto de 6 de mayo de 1940; aun cuando el título de propiedad del Reino de España hubiera venido a ser atribuido por resoluciones administrativas o judiciales de estados extranjeros (Tribunal Civil del Sena-Sentencia de 21 de julio de 1943).

Esta Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2022 reabre un plazo de un año para el ejercicio del derecho de recuperación o del derecho de compensación de bienes incautados, no obstante, en cuanto a los requisitos y al procedimiento se remite a la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, de Restitución o Compensación a los Partidos Políticos de Bienes y Derechos incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939.

2.2. Puesto que hubo dos incautaciones de los bienes ahora reclamados por el partido EAJ-PNV (restitución en uno y compensación económica en otros dos inmuebles), una inicial en el año 1943 y una segunda y definitiva en el año 1951, separadas por un periodo en el que volvieron al poder del solicitante, y pese a que la norma no contempla este supuesto, el vacío legal se ha de cubrir desde los principios inspiradores de la propia Ley 43/1998; para entender que se ha de tener en consideración las incautaciones definitivas, esto es, las practicadas en 1951.

2.3. Por lo que respecta al momento de la valoración de los bienes inmuebles y sus mejoras ha de ser la de la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1998, pues los efectos jurídicos que provoca la Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2022 es la reapertura por un año del plazo para instar la solicitud de restitución o de compensación de los bienes incautados, pero no modifica las reglas de valoración contenidas en la Ley 43/1998 y su desarrollo reglamentario operado por el Real Decreto 610/1999 (artículos 2 y 11, respectivamente).

Para el inmueble de la Avenue Marceau de París, si se considerase que procede la restitución se han de valorar la incorporación de las mejoras que impliquen alteraciones físicas del mismo y que se hayan producido desde la fecha de la incautación definitiva hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1998, con indicación, en su caso, de si representan más del 25 por 100 del valor total del inmueble cuya restitución se reclama.

Para los inmuebles en las localidades de Noyon y Compans (Francia) su compensación pecuniaria, si procediera, se determinará su valor pecuniario según los criterios fijados en el apartado 1 del artículo 11 del Real Decreto 610/1999, con referencia a la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1998. El cálculo de dicho valor se efectuará en función de las condiciones físicas y jurídicas que tuviera el bien o las condiciones jurídicas que tuviera el derecho en el momento de la incautación, sin que en ningún caso se tengan en cuenta, en la fijación del mismo, los incrementos de valor que respondan a mejoras específicamente incorporadas por el Estado o terceras personas desde la incautación hasta el momento de entrada en vigor de la Ley 43/1998.

2.4. Sobre el concepto de mejoras y su cuantificación, se entienden como tales las que hayan implicado una alteración física del inmueble a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 43/1998 (y hasta dicha fecha) y que hayan implicado un incremento efectivo del valor del inmueble como las obras de reforma o rehabilitación.

Además de lo previsto en el artículo 2.2 de la Ley 43/21998, hemos de acudir a la liquidación de los estados posesorios contemplados en el Código Civil en los artículos 453 y 454.

La normativa de referencia que ha de tenerse en cuenta para distinguir las mejoras de las obras de conservación y mantenimiento son las propias del Código Civil, de tal forma que no son compensables las propias del mantenimiento del edificio, pero si las que hayan implicado un incremento patrimonial del inmueble.

Sobre las mejoras de ornato procede el derecho a ser retiradas *ius tollendi* salvo que el recuperante del inmueble decida quedárselas, para lo cual, también se ha de cuantificar su valoración a la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1998.

2.5. Tanto las consideraciones jurídicas como las conclusiones del presente han sido ratificadas por la Dirección General de lo Consultivo-Abogacía del Estado mediante informe emitido el 4 de abril de 2023. Referencia AE, Hacienda y Función Pública 10/23, R-316/2023.

SANCIONADOR

19.23 CONSULTA SOBRE CUESTIONES RELATIVAS A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 2/2023, DE 20 DE FEBRERO, REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN («LEY DEL DENUNCIANTE»)

Resumen: Examen de diversas cuestiones relativas a la Ley 2/2023, de 20 de febrero: 1) objeto y contenido de dicha Ley y la naturaleza jurídica de los procedimientos que regula; 2) Incidencia de las investigaciones penales o administrativas en los procedimientos en curso; 3) cómputo del plazo máximo de tres meses previsto para dar respuesta al informante y posibilidad de acordar la suspensión de dicho plazo; 4) reglas aplicables a los grupos de empresas en el sector público; 5) régimen aplicable a las sociedades mercantiles estatales situadas en el extranjero; 6) estatuto jurídico de la persona a la que se refiere la información; 7) figura de los asistentes del informante; 8) forma de dar cumplimiento a la obligación del artículo 8.3 de la Ley 2/2023 (comunicar a la Autoridad Independiente de Protección al Informante la designación del Responsable del Sistema Interno de Información), en tanto no esté formalmente constituida la A. A. I.

Examinada la consulta formulada por el Secretario del Consejo y Director de Asuntos Jurídicos de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), sobre diversas cuestiones relativas a la aprobación e implantación de los instrumentos necesarios para cumplir las obligaciones previstas en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, la Abogacía General del Estado emite el siguiente informe:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

El Secretario del Consejo y Director de Asuntos Jurídicos de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (en adelante, SEPI) formula a este Centro Directivo una serie de cuestiones relacionadas con la aprobación e implantación de los instrumentos necesarios para cumplir las obligaciones previstas en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Antes de abordar el examen de las concretas cuestiones objeto de consulta, se considera necesario efectuar una serie de consideraciones generales sobre el objeto y contenido de la Ley 2/2023, y sobre la naturaleza jurídica de los procedimientos que

las entidades sujetas a dicha Ley han de tramitar para investigar y dar respuesta a las informaciones sobre supuestas infracciones normativas que reciban a través de los Sistemas internos de información.

La Ley 2/2023 incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones al Derecho de la Unión, Directiva que tiene por objeto, conforme a su artículo 1, «reforzar la aplicación del Derecho y las políticas de la Unión en ámbitos específicos mediante el establecimiento de normas mínimas comunes que proporcionen un elevado nivel de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.»

El Considerando 5 de la citada Directiva destaca que «Deben aplicarse las normas mínimas comunes que garanticen una protección efectiva de los denunciantes en lo que respecta a aquellos actos y ámbitos en los que sea necesario reforzar la aplicación del Derecho, en los que la escasez de denuncias procedentes de denunciantes sea un factor clave que repercuta en esa aplicación, y en los que las infracciones del Derecho de la Unión puedan provocar graves perjuicios al interés público. Los Estados miembros podrían decidir hacer extensiva la aplicación de las disposiciones nacionales a otros ámbitos con el fin de garantizar que exista un marco global y coherente de protección de los denunciantes a escala nacional». En consonancia con ello, el artículo 2 de la Directiva (UE) 2019/1937 delimita su ámbito de aplicación, que se circunscribe al establecimiento de unas normas mínimas comunes para la protección de las personas que informen sobre una serie de infracciones del Derecho de la Unión, añadiendo en su apartado 2 que «La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en el apartado 1.»

Acogiéndose a esa posibilidad prevista en el artículo 2.2 de la Directiva (UE) 2019/1937, el Preámbulo de la Ley 2/2023 declara lo siguiente:

«La finalidad de la norma es la de proteger a las personas que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o muy graves y las comuniquen mediante los mecanismos regulados en la misma.

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, además de proteger a quienes informen sobre las infracciones del Derecho de la Unión previstas en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, esta ley abarca también las infracciones penales y administrativas graves y muy graves de nuestro ordenamiento jurídico.

Se ha considerado necesario, por tanto, ampliar el ámbito material de la Directiva a las infracciones del ordenamiento nacional, pero limitado a las penales y a las administrativas graves o muy graves para permitir que tanto los canales internos de información como los externos puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad.»

A tal efecto, el artículo 2 de la Ley 2/2023 delimita su ámbito objetivo de aplicación incluyendo, además de las acciones y omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea, las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave en el ordenamiento jurídico interno.

Desde el punto de vista subjetivo, y en consonancia con el artículo 4 de la Directiva (UE) 2019/1937, el artículo 3 de la Ley 2/2023 incluye en el ámbito

personal de aplicación de la Ley a «los informantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional», concepto que comprende, en todo caso, a los empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena, autónomos, accionistas, partícipes y miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, y cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores. La Ley también se aplica a los informantes que comuniquen información obtenida en el marco de una relación laboral o estatutaria ya finalizada, voluntarios, becarios, trabajadores en periodos de formación y aquellos cuya relación laboral todavía no haya comenzado, cuando la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual.

La Directiva (UE) 2019/1937 establece dos vías de denuncia, la interna y la externa:

— En cuanto a la primera (canal interno), indica el Considerando 33 que, «En general, los denunciadores se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos». Y añade (Considerando 47) que «Para la detección y prevención efectivas de infracciones del Derecho de la Unión es fundamental, en la medida de lo posible, que la información pertinente llegue rápidamente a quienes están más próximos a la fuente del problema y tienen más posibilidades de investigarlo y competencias para remediarlo. Así pues, por principio, debe animarse a los denunciadores a utilizar en primer lugar los canales de denuncia interna e informar a su empleador, si dichos canales están a su disposición y puede esperarse razonablemente que funcionen. [...] Como consecuencia, las entidades jurídicas de los sectores privado y público deben establecer procedimientos internos adecuados para la recepción y el seguimiento de denuncias.»

Los canales internos de denuncia pueden gestionarse por una persona o departamento de la entidad designado al efecto, o ser proporcionados externamente por un tercero (artículo 8.5 de la Directiva (UE) 2019/1937 y artículo 6 de la Ley 2/2023).

La obligación de establecer canales de denuncia interna se impone en el artículo 8 de la Directiva a todas las entidades jurídicas de los sectores privado y público (si bien se excluye a las personas jurídicas del sector privado que tengan menos de 50 trabajadores).

— En cuanto al canal externo de denuncia, los Considerandos 63 y 64 de la Directiva (UE) 2019/1937 señalan lo siguiente:

«(63). La falta de confianza en la eficacia de las denuncias es uno de los principales factores que desalientan a los denunciadores potenciales. En consecuencia, existe la necesidad de imponer una obligación clara a las autoridades competentes para que establezcan canales de denuncia externa adecuados, sigan con diligencia las denuncias recibidas y, en un plazo razonable, den respuesta a los denunciadores.

(64) Debe corresponder a los Estados miembros determinar qué autoridades son competentes para recibir la información sobre infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva y seguir adecuadamente las denuncias. Dichas autoridades competentes podrían ser autoridades judiciales, organismos de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, o autoridades con una competencia más general a escala central dentro de un Estado miembro, autoridades encargadas del cumplimiento del Derecho, organismos de lucha contra la corrupción o defensores del pueblo.»

El legislador español ha optado, en la Ley 2/2023, por articular el canal externo de información a través de una autoridad independiente de nueva creación, la «Autoridad Independiente de Protección del Informante» (A. A. I.), regulada en los artículos 16 y siguientes. Interesa destacar que los cauces de información interno y externo son compatibles, y que la A. A. I. conocerá de las informaciones de acciones u omisiones incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley que reciban «ya directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno». A estos efectos, y en consonancia con el Considerando 59 y con el artículo 13.b) de la Directiva (UE) 2019/1937, el artículo 9.2.b) de la Ley 2/2023, exige que el procedimiento del Sistema interno de información que incumbe aprobar a las personas jurídicas públicas o privadas incluya «información clara y accesible sobre los canales externos de información ante las autoridades competentes...»

Centrándonos en los canales de información internos, el artículo 8 de la Directiva (UE) 2019/1937 exige, como ya se ha indicado, establecer canales de denuncia interna y de seguimiento tanto a las personas jurídicas del sector privado (que cuenten con 50 o más trabajadores) como a las personas jurídicas del sector público. En el mismo sentido se expresa el artículo 10 de la Ley 2/2023.

El artículo 13 de la Ley 2/2023, bajo la rúbrica «Sistema interno de información en el sector público», establece lo siguiente:

«1. Todas las entidades que integran el sector público estarán obligadas a disponer de un Sistema interno de información en los términos previstos en esta ley.

A los efectos de esta ley se entienden comprendidos en el sector público:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, ciudades con Estatuto de Autonomía y las entidades que integran la Administración Local.

b) Los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública, así como aquellas otras asociaciones y corporaciones en las que participen Administraciones y organismos públicos.

c) Las autoridades administrativas independientes, el Banco de España y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

d) Las universidades públicas.

e) Las corporaciones de Derecho público.

f) Las fundaciones del sector público. [...]

g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d) y g) del presente apartado sea superior al cincuenta por ciento, o en los casos en que, sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

2. También deberán dotarse de un Sistema interno de información, en los mismos términos requeridos para las entidades del sector público enunciados en el apartado anterior, los órganos constitucionales, los de relevancia constitucional e instituciones autonómicas análogas a los anteriores.

[...]»

Por tanto, las sociedades mercantiles estatales quedan sujetas, como entidades incluidas en el sector público, a la obligación de implementar un Sistema interno de información conforme a la Ley 2/2023.

El legislador español, en la Ley 2/2023, establece una serie de disposiciones generales aplicables al Sistema interno de información (artículos 4 a 9) y, seguidamente, regula de forma diferenciada cuestiones específicamente aplicables al sector privado (artículos 10 a 12) y al sector público (artículos 13 a 15).

Dentro de las disposiciones generales relativas al sistema interno de información, el artículo 9 de la Ley 2/2023 regula, en su apartado 1, el órgano competente para aprobar el «procedimiento de gestión de informaciones» —que será «el órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado por esta Ley»—, y en su apartado 2 desarrolla el contenido mínimo y los principios de dicho procedimiento:

«[...] En particular, el procedimiento responderá al contenido mínimo y principios siguientes:

- a) Identificación del canal o canales internos de información a los que se asocian.
- b) Inclusión de información clara y accesible sobre los canales externos de información ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea.
- c) Envío de acuse de recibo de la comunicación al informante, en el plazo de siete días naturales siguientes a su recepción, salvo que ello pueda poner en peligro la confidencialidad de la comunicación.
- d) Determinación del plazo máximo para dar respuesta a las actuaciones de investigación, que no podrá ser superior a tres meses a contar desde la recepción de la comunicación o, si no se remitió un acuse de recibo al informante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de efectuarse la comunicación, salvo casos de especial complejidad que requieran una ampliación del plazo, en cuyo caso, este podrá extenderse hasta un máximo de otros tres meses adicionales.
- e) Previsión de la posibilidad de mantener la comunicación con el informante y, si se considera necesario, de solicitar a la persona informante información adicional.
- f) Establecimiento del derecho de la persona afectada a que se le informe de las acciones u omisiones que se le atribuyen, y a ser oída en cualquier momento. Dicha comunicación tendrá lugar en el tiempo y forma que se considere adecuado para garantizar el buen fin de la investigación.
- g) Garantía de la confidencialidad cuando la comunicación sea remitida por canales de denuncia que no sean los establecidos o a miembros del personal no responsable de su tratamiento, al que se habrá formado en esta materia y advertido de la tipificación como infracción muy grave de su quebranto y, asimismo, el establecimiento de la obligación del receptor de la comunicación de remitirla inmediatamente al Responsable del Sistema.
- h) Exigencia del respeto a la presunción de inocencia y al honor de las personas afectadas.
- i) Respeto de las disposiciones sobre protección de datos personales de acuerdo a lo previsto en el título VI.
- j) Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea.»

El precepto transcrito (artículo 9.2 de la Ley 2/2023) recoge el contenido procedimental mínimo del Sistema interno de información que han de implantar, en ejecución de la Ley 2/2023, tanto las entidades obligadas del sector privado como las entidades del sector público.

Al margen de este precepto (el artículo 9.2), y en lo que se refiere —por ser el objeto del presente informe— al canal interno de información, la Ley 2/2023 solo contiene previsiones de carácter procedimental en los apartados 3 a 5 del artículo 13, si bien específicamente referidas a los organismos públicos con funciones de comprobación o investigación:

«3. En caso de organismos públicos con funciones de comprobación o investigación de incumplimientos sujetos a esta norma, se distinguirá, al menos, entre un canal interno referente a los propios incumplimientos del organismo o su personal, y el canal externo referente a las comunicaciones que reciba de los incumplimientos de terceros cuya investigación corresponda a sus competencias.

4. En caso de que un organismo público con competencias en materia de investigación reciba informaciones referentes a los incumplimientos de terceros en el plazo de duración establecido en la letra d) del artículo 9.2, se resolverá si procede o no iniciar una comprobación o investigación del sujeto afectado dando traslado de ello al informante.

Una vez ultimado el procedimiento de comprobación o investigación, se comunicará al informante el resultado de la comprobación. Si los datos e informes que figuran en el expediente tienen carácter reservado o confidencial de acuerdo con alguna disposición con rango de ley, el contenido del resultado que se traslade al informante tendrá carácter genérico.

5. Las decisiones adoptadas por los organismos públicos con funciones de comprobación o investigación en relación con las informaciones no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativa.»

Las numerosas dudas que se suscitan en torno a la naturaleza jurídica del «informante» y del propio procedimiento previsto en la Ley 2/2023 quedan un tanto disipadas si se atiende a la Exposición de Motivos de dicha Ley que, tras destacar que «la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), aplicable con carácter básico a todos los procedimientos administrativos, establece que toda comunicación de hechos que puedan constituir una infracción ha de ser considerada como una denuncia (artículo 62.1 LPAC)», añade posteriormente lo siguiente:

«Debe tenerse en cuenta que el informante por el hecho de comunicar la existencia de una infracción penal o administrativa no tiene la condición de interesado, sino de colaborador con la Administración. De manera que las investigaciones que lleve a cabo tanto en el marco del Sistema interno de información del sector público como en el marco del procedimiento que desarrolla la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A. A. I. se inician siempre de oficio y de conformidad con el procedimiento establecido en la LPAC.»

De lo expuesto se desprende que tanto la Directiva (UE) 2019/1937 como la Ley 2/2023 responden al objetivo de garantizar una protección efectiva de los denunciantes («informantes», en la terminología de la Ley 2/2023), imponiendo a las entidades jurídicas del sector público y del sector privado la carga de implementar

un sistema interno de información que garantice con efectividad los derechos del informante (confidencialidad, anonimato, protección de datos personales, prohibición de represalias...) y de aprobar el procedimiento de gestión de informaciones, con el contenido y los principios mínimos que detalla el artículo 9.2, debiendo sujetarse las investigaciones en el Sistema interno de información del sector público «al procedimiento establecido en la LPAC», esto es, al procedimiento administrativo común regulado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Esta afirmación tan categórica de la Exposición de Motivos de la Ley 2/2023 plantea ciertas dudas jurídicas, en lo que se refiere a los entes del sector público que tienen naturaleza jurídico-privada (como es el caso de las sociedades mercantiles estatales), que no son, conceptualmente, Administraciones ni organismos Públicos y que, con carácter general, no ajustan su actuación a los cauces del procedimiento administrativo. De acuerdo con el artículo 2.2.b) de la LPACAP, las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (como son las sociedades mercantiles estatales) solo quedan sujetas a lo dispuesto en las normas de dicha Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas. Por su parte, el artículo 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), establece que las sociedades mercantiles estatales se rigen «por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas.»

En el informe de este Centro Directivo de 21 de septiembre de 2020 (Ref. A. E. Hacienda 20/20, R. 742/20) se indica que con el concepto técnico— jurídico de potestad se alude al «poder jurídico conferido por norma con rango de ley cuyo ejercicio incide en la esfera jurídica del administrado imponiéndole una determinada situación sin su consentimiento.»

Como se ha indicado, el establecimiento de un Sistema interno de información para atender las comunicaciones de los informantes, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 2/2023, es una obligación que el legislador comunitario y el legislador interno imponen sin distinción a las personas jurídicas públicas y privadas, por lo que no puede decirse que estemos ante prerrogativas legal y específicamente atribuidas a las Administraciones Públicas que impliquen el ejercicio de potestades públicas, sino ante obligaciones o cargas que se imponen de forma general e indiferenciada a todo tipo de personificaciones jurídicas, en transposición de una Directiva comunitaria, y con la finalidad de garantizar una protección integral de los informantes de infracciones normativas.

Así las cosas, el procedimiento de gestión de informaciones que, en ejecución del mandato legal impuesto en el artículo 9.2 de la Ley 2/2023, cada persona jurídica (del sector público o privado) apruebe, debería ajustarse a las normas jurídicas que en cada caso resulten aplicables, en función de la concreta naturaleza jurídica de la entidad de que se trate.

El procedimiento administrativo es el cauce formal al que ha de sujetarse la actuación de las Administraciones Públicas para el cumplimiento de sus funciones o, como indicaba la Exposición de Motivos de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, «el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin». La Exposición de Motivos de la vigente Ley 39/2015 lo define

como «el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración». En fin, como ha destacado el Tribunal Supremo (por todas, sentencia n.º 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020) «la tramitación del procedimiento administrativo es esencial para la adopción de las decisiones de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades públicas y [...] dicho procedimiento está sometido a las normas que lo regulan.»

Salvo cuando ejerzan potestades administrativas (lo que no es el caso), las sociedades mercantiles estatales no realizan actuaciones administrativas ni sujetan su actuación al cauce del procedimiento administrativo regulado en la LPACAP. En consecuencia, el procedimiento de gestión de informaciones que al efecto aprueben las sociedades mercantiles estatales no será, en puridad, y desde un punto de vista técnico-jurídico, un «procedimiento administrativo» sujeto a la LPACAP. Ello no obstante, cabe entender, con el fin de dar sentido y aplicación a lo expresado en la Exposición de Motivos de la Ley 2/2023, que el legislador interno pretende que la tramitación de las informaciones recibidas al amparo de la Ley 2/2023 por parte de Sociedades Estatales se ajuste, en la medida de lo posible, a los principios y trámites esenciales previstos en la LPACAP, por ser el cauce procedimental que mayores garantías recoge para los administrados.

Sin perjuicio de lo expuesto, también se plantean dudas en cuanto a la naturaleza jurídica de los procedimientos administrativos propiamente dichos que las Administraciones y organismos públicos tramiten en aplicación de la Ley 2/2023. Tradicionalmente, en el Derecho administrativo interno se ha considerado que el denunciante no tiene la condición de interesado y que, por tal motivo, no tiene derecho al procedimiento ni derecho al recurso.

Como se indicó en el Dictamen del Consejo de Estado de 28 de noviembre de 1957, «El particular que pone en conocimiento de la Administración, para que las corrija, si ha lugar, supuestas infracciones en un procedimiento administrativo, desarrolla la actividad propia de un denunciante y carece de un derecho administrativo a exigir una determinada actividad administrativa. En consecuencia, no puede recurrir en alzada contra la decisión administrativa de que los hechos no se estimen probados». En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1987 declaró que «Al no tener la condición de interesado, sino la de mero testigo cualificado, el denunciante no tiene derecho al procedimiento.»

En consonancia con ello, el artículo 62.5 de la LPACAP, siguiendo los antecedentes normativos, dispone que «la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento.»

Pues bien, esta tradicional configuración del denunciante propia del Derecho español se ve en cierto modo matizada cuando, en transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, se trate de denunciantes (informantes) de la Ley 2/2023. La Exposición de Motivos de dicho texto legal remite, como se ha indicado, al artículo 62.1 de la LPACAP (que regula la denuncia como modo de inicio del procedimiento administrativo), pero no al artículo 62.5 de la LPACAP, que aclara que el denunciante no tiene la condición de interesado en el procedimiento. Y, si bien se establece que contra las decisiones que se adopten en el procedimiento interno de investigación no cabrá recurso alguno (como es lo propio del tradicional concepto de «denuncia»), sí se impone, de forma novedosa, la obligación de atender la denuncia y tramitar un procedimiento para investigar los hechos denunciados (sin perjuicio de que se pueda acordar, previos los trámites oportunos, la inadmisión de la información o denuncia). A estos efectos, el Considerando 63 de la

Directiva (UE) 2019/1937 explicita «la necesidad de imponer una obligación clara a las autoridades competentes para que establezcan canales de denuncia adecuados, sigan con diligencia las denuncias recibidas y, en un plazo razonable, den respuesta a los denunciantes.»

También pueden suscitarse dudas sobre si el procedimiento de investigación de informaciones de la Ley 2/2023 es, en todo caso, un procedimiento sancionador. En cuanto a la forma en que se ha de concretar el resultado de los procedimientos de gestión de información tramitados por las personas jurídicas obligadas del sector privado y del sector público, con carácter general la Ley solo exige dar respuesta a las actuaciones de investigación en el plazo de tres meses (artículo 9.2.d) de la Ley 2/2023). Tratándose de organismos públicos con competencias en materia de investigación, el artículo 13.4 añade que «una vez ultimado el procedimiento de comprobación e investigación, se comunicará al denunciante el resultado de la comprobación. Si los datos e informes que figuran en el expediente tienen carácter reservado o confidencial de acuerdo con alguna disposición con rango de ley, el contenido del resultado que se traslade al informante tendrá carácter genérico». De este precepto, y de las reglas generales en materia de competencia sancionadora (cfr. artículo 25.2 de la LRJSP) se desprende que el procedimiento de gestión de informaciones regulado en la Ley 2/2023 solo podrá materializarse en la imposición de una sanción cuando la entidad que recibe la información y tramita el procedimiento tenga normativamente atribuidas las competencias para sancionar esas actuaciones específicas, y cuando las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de gestión de informaciones de la Ley 2/2023 permitan dar cumplimiento a todos los trámites exigidos en el procedimiento sancionador aplicable. Si esto último no ha sido posible, el procedimiento de gestión de informaciones podrá concluir con la mera apreciación de indicios suficientes para fundamentar la incoación de un ulterior procedimiento sancionador, sujeto a su normativa específica. Y, en todo caso, cuando la persona jurídica que reciba la información carezca de competencias sancionadoras en el ámbito al que se refiera la información, el resultado de la investigación se deberá limitar, de apreciarse indicios de infracción, a declararlo así y a remitir la información y las actuaciones practicadas al órgano o autoridad competente para conocer de esas concretas infracciones normativas. Así se indica en el Considerando 65 de la Directiva (UE) 2019/1937:

«Como destinatarias de las denuncias, las autoridades a las que se designe como competentes deben tener las capacidades y competencias necesarias para garantizar un seguimiento adecuado, también para valorar la exactitud de las alegaciones formuladas en la denuncia y para ocuparse de las infracciones denunciadas, a través de la apertura de una investigación interna, de una investigación, del enjuiciamiento, de una acción de recuperación de fondos u otras medidas correctoras adecuadas, de conformidad con su mandato. Alternativamente, dichas autoridades deben tener las competencias necesarias para remitir la denuncia a otra autoridad que deba investigar la infracción denunciada, y garantizar que haya un seguimiento adecuado por parte de dicha autoridad.»

En el mismo sentido, el artículo 11.6 de la Directiva dispone que:

«6. Los Estados miembros velarán por que cualquier autoridad que haya recibido una denuncia, pero que no tenga competencias para dar tratamiento a la infracción denunciada, la transmita a la autoridad competente dentro de un plazo razonable y de manera segura y por que el denunciante sea mantenido al corriente, sin demora, de dicha transmisión.»

A modo de recapitulación, el procedimiento de investigación de informaciones de la Ley 2/2023 podrá concluir con la imposición de sanciones al afectado solo si, apreciándose la comisión de una infracción grave o muy grave, la entidad jurídica que tramita el procedimiento tiene normativamente atribuidas las competencias sancionadoras y el cauce procedimental aplicado en ejecución de la Ley 2/2023 respeta los trámites y garantías del procedimiento sancionador aplicable. En otro caso, el procedimiento de la Ley 2/2023 tendrá por objeto meras actividades de investigación y comprobación que, en su caso, podrán dar lugar a un posterior procedimiento sancionador propiamente dicho, tramitado por la entidad u organismo competente y con arreglo al procedimiento en cada caso aplicable.

Finalmente, y como ya se ha indicado, el artículo 13.5 de la Ley 2/2023 dispone que las decisiones adoptadas por los organismos públicos con funciones de comprobación o investigación en relación con las informaciones no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativa. Esta previsión del artículo 13.5 hay que entenderla referida al resultado de las investigaciones que se comunique al informante (que no será susceptible de recurso), pero no a la resolución sancionadora propiamente dicha que, en su caso, acuerde imponer la persona jurídica —que tenga competencias sancionadoras específicas—, en el seno del procedimiento de investigación de la Ley 2/2023 a la persona denunciada, pues lo propio de la resolución que ponga fin a un procedimiento administrativo sancionador es su recurribilidad, debiendo recoger la resolución una indicación expresa de los recursos que proceden contra la misma (artículo 88.2 de la LPACAP). En suma, la tramitación de informaciones recibidas al amparo de la Ley 2/2023 no puede materializarse en la imposición de sanciones no recurribles, pues ello implicaría una merma de los derechos que la Ley reconoce al interesado en el procedimiento administrativo sancionador. Parece lógico entender que las decisiones no recurribles con las que concluya el procedimiento de la Ley 2/2023 consistirán en la comunicación genérica del resultado de la investigación al informante (y al afectado), en los términos indicados (apreciación o no de infracción o de indicios de infracción), siendo la resolución sancionadora que, en su caso, se dicte simultánea o posteriormente, susceptible de los recursos previstos, con carácter general, en el ordenamiento jurídico.

Bajo las anteriores premisas se expondrán seguidamente cada una de las consultas formuladas por SEPI y la respuesta que, en Derecho, considera aplicable este Centro Directivo a cada una de ellas, debiendo subrayarse que el análisis que a continuación se expone tiene carácter general y ha de entenderse sin perjuicio de las consideraciones adicionales que puedan realizarse con ocasión del examen de cuestiones más concretas y de las derivadas penales o procesales que de ellas puedan resultar.

II

El escrito de consulta plantea, en primer lugar, las siguientes cuestiones:

«1. Sobre la incidencia que pueda tener la iniciación de investigaciones oficiales sobre la investigación interna derivado del principio *Le criminel tient le civil en état* se observan diversos elementos en nuestro ordenamiento jurídico que evidencian la obligación de suspender cualesquiera investigaciones cuando la jurisdicción penal comienza oficialmente la suya. Ello conviene al principio de seguridad jurídica, evitando pronunciamientos contradictorios o mutuamente excluyentes y asegura

el correcto ejercicio de la ultima ratio legis cuando la importancia de los hechos investigados lo demandan.

Plasmaciones de esta idea las encontramos, por ejemplo, en el artículo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la Policía Judicial, o en el artículo 773 in fine de la misma Ley para el Ministerio Fiscal, y así lo reitera la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal.

Tratándose de la concurrencia de procesos judiciales, la jurisdicción penal resulta en todo caso preferente y excluyente, como así se infiere del artículo 44 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“LOPJ”), así como de la regulación de las cuestiones prejudiciales —artículos 10 de la misma Ley Orgánica y 40 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil—.

En el ámbito de los procedimientos administrativos, el hoy derogado Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora recogía en su artículo 7 la obligación de suspender el procedimiento administrativo sancionador mientras se substanciará el proceso penal, quedando las resultas de aquél vinculadas a las de éste. Ello igualmente permite satisfacer las exigencias del principio non bis in ídem en su vertiente procesal.

La Ley 2/2023 es igualmente aplicable al ámbito de las infracciones administrativas graves o muy graves, cuya investigación y sanción correspondería a la Administración Pública.

Partiendo de lo anterior se formulan las siguientes preguntas:

(i) Si abierta una investigación al amparo de la Ley 2/2023 se tuviera conocimiento de la existencia de una investigación penal, ¿puede continuar la investigación interna o debe suspenderse?

(ii) Igualmente, si abierta una investigación al amparo de la Ley 2/2023 se tuviera conocimiento de la existencia de una investigación administrativa por la Administración titular de la potestad sancionadora, ¿puede continuar la investigación interna o debe suspenderse?

(iii) En caso de que la respuesta a las anteriores preguntas implicase la obligación de suspender la investigación, ¿podría en cualquier caso continuarse la misma a los solos efectos de elaborar las propuestas de medidas preventivas o de mejora de la gestión interna que la investigación evidencie como aconsejables?.»

De acuerdo con lo expuesto procede examinar, en primer lugar, si las actuaciones de investigación y comprobación que se desarrollen al amparo de la Ley 2/2023 deben suspenderse cuando se tuviera conocimiento de una investigación penal sobre los mismos hechos.

En el informe de 9 de septiembre de 2022 (Ref. A. G. Cultura y Deporte 4/22, R. 708/2022), este Centro Directivo examinó la vigencia de la regla que impone la suspensión del procedimiento administrativo sancionador cuando de los hechos objeto del mismo está conociendo un órgano judicial del orden jurisdiccional penal (artículo 7 del derogado Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, citado en el escrito de consulta), y ello, al no haber sido recogida esa regla ni en la LPACAP ni en la LRJSP.

Este Centro Directivo concluyó que dicha norma se encuentra plenamente vigente, por los siguientes motivos:

— En el plano de la legalidad ordinaria, la regla que se considera aparece expresamente recogida en muy diversas normas sectoriales con rango de ley. Así, sin ánimo de exhaustividad, se citaban el artículo 52.3 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; el artículo 56 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre; el artículo 114.2 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados; o el artículo 83 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. No tendría sentido entender que aquella regla ha perdido su vigencia cuando son numerosas las normas con rango de ley, anteriores, coetáneas y posteriores a las leyes de 1 de octubre de 2015 (LPACAP y LRJSP), que la establecen expresamente.

— Adicionalmente, se efectuaban en el referido informe las siguientes consideraciones:

«2) En segundo lugar, y ya en el terreno o plano de la legalidad constitucional, ha de tenerse en cuenta que la regla de continua referencia no es sino una consecuencia lógica del principio *non bis in idem* que integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora que establece el artículo 25.1 de la Constitución, principio que, a su vez, comporta la posición institucional de subordinación de la Administración a la Jurisdicción.

En este sentido, debe traerse a colación la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 2/2003, de 16 de enero, oportunamente citada en el escrito de consulta.

En esta resolución judicial se dice, a propósito del principio *non bis in idem*, lo siguiente:

“a) La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona (STC 66/1986, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, FJ 3).

La garantía material de no ser sometido a *bis in idem* sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones (SSTC 2/1981, FJ 4; 66/1986, FJ 4; 154/1990, FJ 3; y 204/1996, FJ 2), tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.”

Junto a este aspecto o vertiente material de dicho principio, la propia sentencia 2/2003, de 16 de enero, destaca la vertiente o aspecto formal o procedimental del repetido principio, declarando a este respecto lo siguiente:

“Junto a esta vertiente, este Tribunal ha dotado de relevancia constitucional a la vertiente formal o procesal de este principio, que, de conformidad con la STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 3), se concreta en la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no solo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal. En efecto, en esta Sentencia (FJ 2) declaramos que, si bien nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que la ha admitido en el art. 25.3, dicha aceptación se ha efectuado sometiéndole a ‘las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos’. Entre los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 CE, en lo que aquí interesa, se declaró la necesaria subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial. De esta subordinación deriva una triple exigencia: “a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.”

Pues bien, si la regla de la suspensión del procedimiento administrativo sancionador cuando de los hechos objeto del mismo está conociendo un órgano judicial del orden jurisdiccional penal es, como se ha dicho, una regla vinculada, como consecuencia necesaria, al principio non bis in idem y si, a su vez, este principio integra el derecho fundamental que sanciona el artículo 25.1 de la Constitución, es obligado concluir en la vigencia de aquella regla por su íntima vinculación a una garantía constitucional que, obviamente, no puede ser suprimida por ninguna otra norma jurídica.

Debe, pues, entenderse, a la vista de las consideraciones precedentes, que la regla de la suspensión del procedimiento administrativo sancionador cuando de los hechos objeto del mismo esté conociendo un órgano judicial del orden jurisdiccional penal es una regla vigente y, por tanto, de necesaria aplicación.»

Aunque, según lo expuesto, el procedimiento que regula la Ley 2/2023 no tiene que ser, necesariamente y en todo caso, un procedimiento administrativo sancionador, sí puede serlo si la entidad que recibe las informaciones tiene competencias sancionadoras ad hoc. La Ley 2/2023 alude expresamente a la procedencia de suspender las actuaciones de investigación y de dar traslado de forma inmediata al Ministerio Fiscal, cuando de las informaciones facilitadas pudiera desprenderse indicio de ilícito penal, tanto al regular el canal interno de información como al referirse al canal externo ante la A. A. I.

Así, en cuanto al canal externo, se indica lo siguiente en la Exposición de Motivos de la Ley 2/2023:

«El título III aborda de manera sistemática la regulación específica del canal externo ante el que podrán informar las personas físicas a las que se refiere el artículo 3 de la ley, ya sea directamente, ya con posterioridad a la previa formulación de información ante el canal interno. Tras detallar el procedimiento de recepción de las comunicaciones, que pueden llevarse a cabo de forma anónima o con reserva de la identidad del informante,

y de su forma, escrita o verbal, el articulado de la norma aborda el trámite de admisión, en el que después de un análisis preliminar, se decide sobre su admisión a trámite, inadmisión motivada si concurre alguna de las causas tasadas que a tal efecto se prevén, comunicación inmediata al Ministerio Fiscal si la conducta pudiera ser constitutiva de delito o remisión a otra Autoridad u Organismo que pudiera resultar competente para la tramitación de la comunicación.

Admitida a trámite la comunicación, comienza la fase instructora, que culminará mediante la emisión de un informe por la Autoridad Independiente de Protección del Informante. Emitido el informe, la Autoridad Independiente de Protección del Informante podrá acordar el archivo del expediente; el inicio del procedimiento sancionador, sin perjuicio de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal si, pese a no apreciar inicialmente indicios de que los hechos pudieran revestir el carácter de delito, así resultase del curso de la instrucción, o de la Fiscalía Europea cuando resulten afectados los intereses financieros de la Unión Europea, en su caso; o la remisión de la información a otra autoridad u organismo competente, si así procede.»

Y a ello responden las previsiones legales incluidas en los artículos 18.2.a) 3.º y 18.2.c) de la Ley 2/2023.

Y el procedimiento del Sistema interno de información que han de implantar las personas jurídicas del sector público y privado (canal interno de información) debe incluir necesariamente, conforme al artículo 9.2 de la Ley 2/2023, la previsión siguiente:

«j) Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea.»

El mandato que contiene el precepto parcialmente transcrito es claro y terminante, y la exigencia de que la remisión de la información al Ministerio Fiscal tenga que efectuarse «con carácter inmediato» pone de manifiesto el designio del legislador de suspender automáticamente las investigaciones que se estuvieran efectuando en el seno del Sistema interno de información, cuando se aprecie que las acciones u omisiones denunciadas pudieran constituir delito.

Esta obligación terminante se impone, además, desde el momento en que los hechos pudieran ser «indiciariamente» constitutivos de delito, lo que parece descartar la continuación de investigaciones internas al objeto de esclarecer los hechos o sus consecuencias —presumiblemente delictivas—. La posibilidad de que la actuación interna continúe, como se indica en el escrito de consulta, «a los solos efectos de elaborar propuestas de medidas preventivas o de mejora de la gestión interna que la investigación aconsejable», no podrá admitirse si se solapa o entorpece las investigaciones penales por lo que, en caso de duda, resulta aconsejable que dichas medidas preventivas o de mejora (siempre aconsejables) se realicen al margen del procedimiento de gestión de la información recibida.

Las mismas conclusiones resultan aplicables en caso de que, en el seno del procedimiento de gestión de informaciones de la Ley 2/2023, se tenga conocimiento de la existencia de una investigación administrativa sobre los mismos hechos, tramitada por la Administración titular de la potestad sancionadora.

La jurisprudencia constitucional ha declarado que al Derecho administrativo sancionador le son aplicables las garantías y principios del Derecho Penal, con ciertos matices. El

artículo 31.1 de la LRJSP recoge una plasmación del principio *ne bis in ídem* en el ámbito administrativo sancionador, al disponer que “No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”. Este principio general tiene un doble ámbito: material, que impide que pueda imponerse más de una sanción en los supuestos en los que concurra esa triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento; y procesal, que prohíbe que un mismo sujeto se vea sometido a un doble procedimiento por una misma causa.

El ya citado artículo 11.6 de la Directiva (en consonancia con el Considerando 65) dispone que:

«6. Los Estados miembros velarán por que cualquier autoridad que haya recibido una denuncia, pero que no tenga competencias para dar tratamiento a la infracción denunciada, la transmita a la autoridad competente dentro de un plazo razonable y de manera segura y por que el denunciante sea mantenido al corriente, sin demora, de dicha transmisión.»

Razones de prudencia y de eficacia administrativa aconsejan suspender las actuaciones de investigación derivadas de informaciones recibidas al amparo de la Ley 2/2023, ante la constatación de que los mismos hechos están siendo investigados por la Administración titular de la potestad sancionadora, remitiendo a la misma la información recibida y las actuaciones realizadas.

III

El segundo grupo de cuestiones que plantea SEPI en su escrito de consulta se refiere al cómputo de los plazos para dar respuesta al informante y a su posible suspensión. En concreto, plantea SEPI lo siguiente:

«2. Sobre el cómputo de los plazos.

a. Sobre la regla de cómputo del plazo por meses.

La Ley 2/2023 en sus artículos 9.2 d), 20.3 y 32.4 alude a un plazo de tres meses. Ello es coherente con lo previsto en la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (artículos 9.1 f) y 11.2 d) de la citada Directiva).

La Directiva —que solo obliga a los Estados Miembros en lo que hace a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión de acuerdo con su artículo 1— nada establece sobre el cómputo del plazo. Al margen de esta ausencia de previsión en la Directiva, cabe cuestionarse si para las investigaciones internas ajenas a las infracciones del Derecho de la Unión -es decir, en lo que la Ley 2/2023 ha regulado en el ámbito interno más allá de lo que obligaba la Directiva puede aplicarse una regla de cómputo distinta.

Se hace necesario por tanto determinar qué regla o reglas seguir para llevar a cabo el cómputo del plazo. En ausencia de otra previsión, una posible respuesta sería la aplicación de lo previsto en el artículo 5 del Código Civil de acuerdo con el carácter supletorio que establece su artículo 4.3, esto es, de fecha a fecha, sin exclusión de días

inhábiles y cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.

Otra solución posible sería aplicar a las investigaciones internas las reglas previstas en la legislación procesal (i. e. artículos 182 y siguientes de la LOPJ cuando se trate de investigaciones de hechos de trascendencia aparentemente penal) y en la legislación administrativa (i.e. artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas —"Ley 39/2015"— si los hechos a los que se refiere la información aparentemente fueran constitutivos de infracción administrativa grave o muy grave).

b. Sobre si existe la posibilidad de suspender el cómputo de los plazos.

Ni la Ley 2/2023 ni la Directiva establecen la posibilidad de acordar la suspensión del cómputo del plazo de los tres meses. Cuestión distinta es si dicha posibilidad puede preverse en el procedimiento de gestión que, con arreglo al artículo 5 de la Ley 2/2023 implemente el Sistema interno de información de cada entidad, a fin de recoger taxativamente una enumeración de supuestos en los que quepa acordar la suspensión del cómputo del plazo —vid. gr. los casos en que así lo permite el artículo 22 de la Ley 39/2015—.

c. Cuestiones que se formulan.

De lo anterior resultan las siguientes consultas:

- (i) ¿Cuál debe ser la regla para el cómputo de los plazos regulados en la Ley 2/2023?
- (ii) ¿Cabe prever y, en su caso, acordar la suspensión del cómputo de dichos plazos?.»

Comenzando por la determinación de las reglas de cómputo del plazo máximo de tres meses que el artículo 9.2.d) de la Ley 2/2023 contempla para dar respuesta al informante, debe tenerse presente que se trata de un plazo señalado por meses.

Como se ha indicado, el artículo 9 de la Ley 2/2023, que regula el contenido mínimo y los principios del procedimiento de gestión de informaciones, está ubicado dentro de las «Disposiciones generales» del Sistema interno de información que tanto las entidades jurídicas del sector privado como las del sector público deben implementar. Y, como también se ha señalado, respetando esos principios y contenidos mínimos, el procedimiento que cada entidad apruebe deberá ajustarse a la normativa que le resulte aplicable, en función de su concreta naturaleza jurídica.

Al estar las personas jurídico— privadas incluidas entre los sujetos obligados a implementar las medidas de la Ley 2/2023, cabría plantear la aplicación de las reglas de cómputo de plazos del artículo 5 del Código Civil. Aun cuando, conforme al artículo 5.2 del Código Civil, «En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles» (a diferencia de la regla de cómputo de plazos por días de los plazos administrativos, recogida en el artículo 30.3 de la LPACAP), no estamos ante un plazo fijado por días, sino por meses, por lo que rige la regla del apartado 1 de dicho precepto, con arreglo a la cual:

«1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.»

Por lo demás, y como se ha señalado anteriormente, la Exposición de Motivos de la Ley 2/2023 remite, en la tramitación «de las investigaciones que lleve a cabo tanto en el marco del Sistema Interno de información del sector público como en el marco del procedimiento que desarrolla la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A. A. I.», al «procedimiento establecido en la LPAC», lo que revela la voluntad del legislador de unificar las normas aplicables —también en materia de cómputo de plazos—, en todo el sector público. Ello determina que sea aplicable la regla de cómputo de plazos por meses del artículo 30.2 de la LPACAP, que coincide sustancialmente con la regulada en el artículo 5.1 del Código Civil (cómputo de fecha a fecha), si bien el propio artículo 9.2.d) de la Ley 2/2023 concreta expresamente el *dies a quo* en el cómputo del plazo de tres meses (desde la recepción de la comunicación o, si no se remitió un acuse de recibo al informante, a partir de 7 días después de efectuarse la comunicación).

En cuanto a este último plazo de 7 días, parece lógico entender que el apartado d) del artículo 9.2 se está refiriendo al mismo plazo de 7 días que menciona el apartado c) del mismo precepto («c) Envío de acuse de recibo de la comunicación al informante, en el plazo de siete días naturales siguientes a su recepción...»), que aclara expresamente que este plazo, señalado por días, se refiere a días naturales, regla que deberá aplicarse por todas las entidades jurídicas obligadas.

En cuanto a la posibilidad de acordar la suspensión del plazo para dar respuesta al informante, con arreglo al artículo 22 de la LPACAP, la Directiva (UE) 2019/1937 es muy clara al establecer un plazo máximo de tres meses, que no puede suspenderse, sino prorrogarse, excepcionalmente, por otros tres meses más. Así, el Considerando 67 de la Directiva declara lo siguiente:

«(67) El seguimiento y la respuesta al denunciante deben producirse en un plazo razonable, dada la necesidad de abordar con prontitud el problema que sea objeto de denuncia, así como la necesidad de evitar la revelación pública innecesaria de información. El plazo no debe exceder de tres meses, pero podría ampliarse a seis cuando sea necesario debido a circunstancias específicas del caso, en particular la naturaleza y la complejidad del objeto de la denuncia, que puedan justificar una investigación larga.»

En consonancia con ello, el artículo 9.1.f) de la Directiva exige que los procedimientos de denuncia interna y seguimiento recojan:

«f) un plazo razonable para dar respuesta, que no será superior a tres meses a partir del acuse de recibo o, si no se remitió un acuse de recibo al denunciante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de hacerse la denuncia.»

El artículo 11 de la Directiva reitera la obligación de que los canales de denuncia interna y externa:

«d) den respuesta al denunciante en un plazo razonable, no superior a tres meses, o a seis meses en casos debidamente justificados.»

Por tanto, no regula la Directiva suspensión alguna del plazo para dar respuesta a los informantes, sino tan solo la posible prórroga de dicho plazo.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la Directiva es aprobar normas mínimas comunes en los Estados miembros que garanticen una protección efectiva y uniforme de los denunciantes, y que el legislador español ha recogido en el artículo 9.2.d) de la Ley 2/2023 la misma regla de duración máxima del procedimiento de gestión de información que contiene la Directiva, sin establecer posibles causas de suspensión del

procedimiento ni remitir al artículo 22 de la LPACAP, por razones de seguridad jurídica se considera conveniente entender que el plazo máximo para dar respuesta es de tres meses, prorrogables por otros tres meses en casos de especial complejidad.

IV

En tercer lugar, plantea SEPI las siguientes cuestiones relativas a las normas previstas para grupos de empresas:

«3. Sobre la eventual aplicación del artículo 11 de la Ley 2/2023 en el ámbito de las sociedades del grupo SEPI.

El Título II de la Ley 2/2023 contiene Capítulos separados para el sector privado y para el sector público. Las sociedades mercantiles estatales —y también las fundaciones del sector público— aparecen incluidas en el artículo 13.1, supuestos g) y f) respectivamente, como sujetos incluidos en el ámbito del sector público.

Dejando al margen a SEPI —como entidad de Derecho Público— y atendiendo específicamente a los subgrupos que conforman diversas sociedades mercantiles estatales (por ejemplo, Navantia, SA, SME con sus filiales, Correos y Telégrafos, SA, SME con las suyas, ENUSA INDUSTRIAS AVANZADAS, SA, SME, con las suyas, etc.) se suscita la cuestión acerca de si tales grupos pueden acogerse a la regla prevista en el artículo 11 de la Ley 2/2023 para los grupos de sociedades.

Esta figura, prevista para el sector privado sujeto a Derecho mercantil, cumple en un dicho ámbito una finalidad similar a la que en el ámbito del sector público prevé para las Administraciones Públicas el artículo 15, es decir, que unas entidades compartan con otras sus medios, y el artículo 14 específicamente para municipios de menor tamaño.

Si la figura del grupo de sociedades no fuera posible entre las sociedades que, integradas en SEPI, conforman subgrupos de sociedades, igualmente se somete a la consideración de ese Centro Directivo la cuestión de si existen otras fórmulas que permitan que sociedades mercantiles estatales de menor tamaño compartan los medios para cumplir de modo conjunto con las obligaciones dimanantes de la Ley 2/2023. Entre estas fórmulas cabría considerar, por ejemplo, la figura del contrato intragrupo que prevé el artículo 321.6 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. No obstante, se hace preciso señalar como posibles dificultades las siguientes: (i) no en todos los casos las filiales son participadas en un 100% por su sociedad matriz —por ejemplo, así es el caso de Navantia con SAES-5; (ii) no en todos los casos se cumpliría la regla de que las empresas no ostenten el carácter de poder adjudicador y (iii) pudiera ser cuestionado si el encargo es necesario para cumplir el objeto social. Por otra parte, la figura del contrato intragrupo puede tener como desventaja el hecho de que el encargo no pueda tener el alcance que sí permite el artículo 11 de la Ley 2/2023, por contraposición a lo que el artículo 15 tan solo permite —gestión de la recepción de informaciones—, como forma de gestión externa del sistema —artículo 6.1 in fine de la Ley 2/2023—.

Por el contrario, el artículo 14 sí permite a los municipios de menor tamaño compartir el sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y tramitaciones. Similar previsión se hace para las entidades de derecho público de menor tamaño respecto de su Administración de adscripción.»

Como ya se ha señalado, la Ley 2/2023 dedica una serie de normas al sector privado y otras distintas al sector público. Efectivamente, el Capítulo II del Título II de la Ley 2/2023, aplicable al sector privado (artículos 10 a 12), contiene previsiones sobre las entidades obligadas del sector privado, los grupos de sociedades y los medios compartidos en el sector privado. Por su parte, las normas relativas al sistema interno de información en el sector público (Capítulo III del Título II de la Ley 2/2023) incluyen previsiones relativas a las entidades obligadas del sector público, a los medios compartidos por el sector público y a la gestión del sistema interno de información por tercero externo (artículos 13 a 15).

El artículo 11 de la Ley 2/2023 dispone que, en el sector privado, en caso de grupos de empresas conforme al artículo 42 del Código de Comercio, la sociedad dominante aprobará una política general relativa al sistema interno de información y a la defensa del informante, y asegurará la aplicación de sus principios a todas las entidades que lo integran, sin perjuicio de la autonomía o independencia de cada sociedad, subgrupo o conjunto de sociedades integrantes de establecer, en su caso, el respectivo sistema de gobierno corporativo. Y permite que el responsable del Sistema pueda ser uno para cada grupo de sociedades, y que el Sistema interno de información también pueda ser único para todo el grupo.

Al regular el Sistema interno de información aplicable en el sector público, la Ley 2/2023 no contiene una previsión similar a la del artículo 11, aunque sí regula (además de la posibilidad de que compartan medios los municipios de más de 10.000 habitantes, prevista en el artículo 14.1), la posibilidad (artículo 14.2) de que «entidades pertenecientes al sector público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de órganos de las Administraciones territoriales, y que cuenten con menos de cincuenta trabajadores, podrán compartir con la Administración de adscripción el Sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones.»

Aunque la ratio o fundamento que subyace en la regulación de los grupos de empresas en el sector privado (artículo 11 de la Ley 2/2023) parecería, en principio, concurrir también en los grupos de empresas existentes en el sector público (simplificación del Sistema interno de información, especialización y reducción de costes y de cargas), y aunque la ausencia de una previsión normativa similar para el sector público podría parecer que coloca en peor condición a las empresas públicas con respecto a sus competidores privados, lo cierto es que la mención, en el artículo 14.2 de la Ley 2/2023, a un supuesto concreto en el que, dentro del sector público, se admite excepcionalmente compartir el Sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y tramitaciones, lleva a descartar que exista un olvido o descuido del legislador que justifique la aplicación analógica del artículo 11 de la Ley 2/2023 a los grupos de empresas en el sector público. Dicho de otro modo, cuando el legislador, tras regular el régimen de los grupos de empresas en el sector privado (artículo 11), ha previsto en este punto una única regla relativa a los medios compartidos en el sector público institucional (artículo 14.2), que atiende al número de trabajadores (menos de 50) de la entidad del sector público vinculada a una Administración territorial, hay que entender que esa regla especial y no otra es la que desea admitir el legislador interno en el ámbito del sector público, sin que, como es sabido, resulte admisible la interpretación extensiva de las normas de carácter excepcional (artículo 4.2 del Código Civil).

Avala esta conclusión el criterio de interpretación auténtico, que se desprende de la Exposición de Motivos de la propia Ley 2/0223, a cuyo tenor:

«En el ámbito privado, siguiendo la previsión de la Directiva, estarán obligadas a configurar un Sistema interno de información todas aquellas empresas que tengan más de cincuenta trabajadores. En los grupos de empresas será la sociedad dominante la que pueda implantar los principios y políticas que inspiren la organización del Sistema para la adecuada organización y coordinación de los canales en cada una de las entidades que forman parte de aquel.

Siendo conscientes del coste que esta nueva carga pueda generar en las empresas, la ley admite que aquellas que, superando la cifra de cincuenta trabajadores cuenten con menos de doscientos cincuenta, puedan compartir medios y recursos para la gestión de las informaciones que reciban, quedando siempre clara la existencia de canales propios en cada empresa.

No obstante, con independencia del número de empleados, se obliga a contar con un Sistema interno de información a todos los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, así como a las fundaciones que de los mismos dependan, siempre que reciban fondos públicos para su financiación. La razón de esta exigencia se ampara en el singular papel constitucional que tienen estas organizaciones tal y como proclaman los artículos 6 y 7 de la Constitución Española, como manifestación del pluralismo político y vehículo de defensa y protección de los intereses económicos y sociales que les son propios, respectivamente. La existencia de casos de corrupción que han afectado a algunas de estas organizaciones incrementa la preocupación entre la ciudadanía por el recto funcionamiento de las instituciones, por lo que resulta indispensable exigir a estas organizaciones una actitud ejemplar que asiente la confianza en ellos de la sociedad pues de ello depende en buena medida el adecuado funcionamiento del sistema democrático. De ahí la obligación de que se configure, con independencia del número de trabajadores, un Sistema interno de información para atajar con rapidez cualquier indicio de infracción penal o administrativa grave o muy grave contra el interés general. La generalización de un Sistema interno de información facilitará la erradicación de cualquier sospecha de nepotismo, clientelismo, derroche de fondos públicos, financiación irregular u otras prácticas corruptas.

Con relación al sector público, la ley ha extendido en toda su amplitud la obligación de contar con un Sistema interno de información. En consecuencia, han de configurar tal Sistema las Administraciones públicas, ya sean territoriales o institucionales, las autoridades independientes u otros organismos que gestionan los servicios de la Seguridad Social, las universidades, las sociedades y fundaciones pertenecientes al sector público, así como las corporaciones de Derecho Público. En el mismo sentido, se impone también contar con un Sistema interno de información a todos los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, así como aquellos mencionados en los Estatutos de Autonomía.

Como se advierte, preocupa que todas las instituciones, organismos y otras personificaciones que ejercen funciones públicas tengan un sistema eficaz para detectar las prácticas irregulares descritas en esta norma, sin que a estos efectos parezca relevante el tamaño de la entidad o el ámbito territorial en el que ejerza sus competencias.

Así, si bien es cierto que la Directiva atribuye a los Estados miembros la decisión de dispensar de algunas obligaciones a los municipios de menos de diez mil habitantes,

esta ley no contempla esta excepción. En consecuencia, atendiendo a la necesidad de ofrecer un marco común y general de protección de los informantes, de no facilitar resquicios que puedan dañar gravemente el interés general, se extiende a todos los municipios la obligación de contar con un Sistema interno de información. Ahora bien, tal obligación se acompaña de ciertas precisiones con el fin de facilitar su cumplimiento a aquellos municipios cuya población no supere los diez mil habitantes. La ley permite que estos municipios puedan compartir medios para la recepción de informaciones con otras Administraciones que ejerzan sus competencias en la misma comunidad autónoma. Esta posibilidad no exime de que cada administración local tenga un responsable de su sistema interno de informaciones.

En todo caso, hay que insistir en que se considera adecuado que cada municipio cuente con su propio sistema interno de información y de ahí que se destaque la asistencia que pueden prestar otras Administraciones territoriales.»

De la Exposición de motivos de la Ley 2/2023 se desprende claramente que en la regulación relativa a la posible compartición de medios el legislador ha distinguido teniendo en cuenta las circunstancias que afectan al sector privado, a partidos políticos sindicatos y organizaciones empresariales que reciban fondos públicos, y a las entidades del sector público, primando, en este último caso, la deliberada voluntad de que todas las entidades del sector público cuenten con un sistema interno de información propio capaz de detectar las posibles irregularidades e incumplimientos normativos. En suma, el legislador, en el caso del sector público, ha dado prevalencia a motivos de ejemplaridad y prevención, frente a eventuales razones prácticas o económicas.

Por lo expuesto, no cabe entender aplicable a las sociedades mercantiles estatales lo dispuesto para los grupos de sociedades en el artículo 11 de la Ley 2/2023.

Tampoco se considera aplicable, en este punto, el artículo 321.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), con arreglo al cual:

«6. Estarán excluidos de la aplicación de esta Ley los contratos entre dos sociedades mercantiles pertenecientes al sector público que no ostenten el carácter de poder adjudicador, siempre y cuando se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:

a) Que la sociedad contratante ostente de manera directa o indirecta la totalidad del capital social de la contratista o viceversa, o que una tercera sociedad, también del sector público, que tampoco tenga el carácter de poder adjudicador ostente de manera directa o indirecta la titularidad del 100 por 100 del capital social de las dos primeras.

b) Que los contratos tengan por objeto la adquisición de bienes o la prestación de servicios que sean necesarios para la realización de la actividad mercantil propia del objeto social de la entidad contratante.

c) Que los contratos no distorsionen la libre competencia en el mercado.

A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior el Departamento ministerial u organismo al que corresponda la tutela de la sociedad contratante solicitará un informe previo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o, en su caso, de la autoridad de competencia autonómica correspondiente que analice los contratos concretos o categorías generales de contratos de similares características que las sociedades prevean suscribir. El informe será evacuado en el plazo máximo de veinte días hábiles.»

Al margen de que se cumplan o no los requisitos relativos al control exigidos en el apartado a) del artículo 321.6 de la LCSP, el precepto queda expresamente referido a la «adquisición de servicios que sean necesarios para la realización de la actividad mercantil propia del objeto social de la entidad contratante» (apartado b), esto es, a contrataciones directamente vinculadas con la actividad que constituye el objeto social de la sociedad, supuesto en el que no tiene encaje ni guarda relación alguna con la obligación legal de implementar el Sistema interno de información impuesta con carácter general a todas las personas jurídicas del sector público, al margen del concreto objeto social de cada una de las sociedades mercantiles estatales.

V

Se formula consulta, seguidamente, sobre el régimen aplicable a las sociedades mercantiles estatales situadas en el extranjero:

«4. Sobre la aplicación de la Ley 2/2023 a las sociedades mercantiles estatales situadas en el extranjero.

Dependiendo de diversas sociedades mercantiles estatales pertenecientes al grupo SEPI se encuentran distintas sociedades mercantiles igualmente estatales situadas en el extranjero, ya sea dentro del ámbito de la Unión Europea o fuera de ella.

Se hace preciso conocer si, a criterio de ese Centro Directivo, tales sociedades han de quedar sujetas a la aplicación de la Ley 2/2023 y, en caso afirmativo, si con ocasión de dicha sujeción deben observarse las disposiciones normativas del país correspondiente en cuanto puedan ser incompatibles con la Ley 2/2023.»

El artículo 9.11 del Código Civil establece que «La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción». Por tanto, «el funcionamiento» de las personas jurídicas (y, cabe entender dentro de dicho funcionamiento, la sujeción o no a la Ley 2/2023) se rige por la ley personal de la respectiva entidad.

En las sociedades capitalistas (entre las que se incluyen las sociedades mercantiles estatales) la nacionalidad queda determinada por su domicilio social. Conforme al artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, «Serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido.»

En consecuencia, son españolas las sociedades mercantiles domiciliadas en España, cuya ley personal será, en consecuencia, la ley española, en cuyo caso deberán aplicar la Ley 2/2023, y ello aun cuando efectúen actuaciones en el extranjero. Por el contrario, si alguna de estas sociedades mercantiles estuviera domiciliada fuera de España, no se regirán, en principio, por la ley española, por lo que no les será aplicable la Ley 2/2023. Ello sin perjuicio de que, si están domiciliadas en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, les será de aplicación la normativa nacional de trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937 e, incluso, los preceptos de dicha Directiva que, en su caso, sean directamente ejecutivos.

VI

El escrito de consulta también solicita informe sobre el estatuto jurídico de la persona a la que se refiera la información:

«La Ley 2/2023 no establece cuáles sean los derechos de la persona a la que se refiera la información que hayan de ser objeto de investigación, más allá de recoger en el artículo 39 aludir a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al acceso al expediente en los términos de la ley.

Por su parte el artículo 9.2 de la Ley 2/2023 refiere, como reglas del procedimiento, el derecho de la persona afectada a ser informada de la conducta atribuida, el derecho a ser oído en cualquier momento —letra f)—, y el derecho al honor —letra h)—.

El haz de facultades que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos atribuyen al derecho de defensa son notablemente más amplios.

Se hace preciso conocer el criterio de ese Centro Directivo sobre el estatuto jurídico de la persona a la que se refiera la información. En concreto, resulta necesario saber (i) de un lado, si se ha de hacer ilustración de derechos a la persona a la que se refiera la información y (ii) de otro, cuáles hayan de ser tales derechos (vid. gr. artículo 53.2 de la Ley 39/2015 para el caso en que la investigación se refiera a hechos que puedan constituir infracciones graves o muy graves y 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el caso de que los hechos a los que se refiera la información objeto de investigación pudieran revestir carácter delictivo, con las debidas adaptaciones).

Adicionalmente, es preciso conocer si la persona afectada tiene derecho a ser asistida por abogado durante el curso de la investigación, tanto si los hechos atribuidos revisten caracteres de infracción administrativa —para los cuales en el ámbito administrativo la asistencia de abogado no es preceptiva—, como si los mismos pudieran ser constitutivos de delito —para los cuales, salvo los delitos leves, la asistencia de abogado es preceptiva—.

Por último, también es necesario conocer si la persona afectada por la información debe ser ilustrada y si puede ejercer el derecho a ser asistida por la representación legal o sindical de los trabajadores en el curso del proceso y, por ende, con acceso de dicho asesor a la información del expediente.»

La Directiva (UE) 2019/1937 responde a la finalidad primordial de establecer unas normas mínimas comunes que garanticen «un elevado nivel de protección» de los denunciantes de infracciones del Derecho de la Unión (artículo 1). A tal fin, potencia las medidas de protección del informante en el seno del procedimiento interno de investigación, regulando, entre otros aspectos, la prohibición de represalias (artículo 19), medidas de apoyo a los denunciantes (artículo 20) y medidas de protección frente a represalias (artículo 21).

El hecho de que, de forma novedosa, la citada Directiva —y, en transposición de la misma, la Ley 2/2023— haga especial hincapié en los derechos del informante, en modo alguno implica que las personas afectadas por las informaciones o denuncias vean mermados sus derechos. Así se explicita en el Considerando 28 de la Directiva:

«100) Los derechos de la persona afectada deben estar protegidos para evitar daños a la reputación u otras consecuencias negativas. Además, sus derechos de defensa y de acceso a vías de recurso deben ser plenamente respetados en cada fase del procedimiento tras la denuncia, de conformidad con los artículos 47 y 48 de la Carta. Los Estados miembros deben proteger la confidencialidad de la identidad de la persona afectada y garantizar sus derechos de defensa, incluido el derecho de acceso

al expediente, el derecho a ser oído y el derecho a una tutela judicial efectiva contra una decisión que le concierna con arreglo a los procedimientos aplicables establecidos en el Derecho nacional en el contexto de investigaciones o procesos judiciales posteriores.

(101) Toda persona que sufra un perjuicio, ya sea directa o indirectamente, como consecuencia de la denuncia o la revelación pública de información inexacta o engañosa debe gozar de la protección y las vías de recurso de que disponga con arreglo a las normas de Derecho nacional común. En caso de que dicha denuncia o revelación pública inexacta o engañosa haya sido efectuada de forma deliberada y consciente, las personas afectadas deben tener derecho a ser indemnizadas de conformidad con el Derecho nacional.

[...]

(104) La presente Directiva establece normas mínimas y debe ser posible para los Estados miembros introducir o mantener disposiciones que sean más favorables para el denunciante, siempre que dichas disposiciones no interfieran con las medidas para la protección de las personas afectadas [...].»

De acuerdo con esa finalidad, el artículo 22 de la Directiva regula expresamente las «Medidas para la protección de las personas afectadas»:

«1. Los Estados miembros velarán, de conformidad con la Carta, por que las personas afectadas gocen plenamente de su derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos y el derecho a acceder a su expediente.

2. Las autoridades competentes velarán, de conformidad con el Derecho nacional, por que la identidad de las personas afectadas esté protegida mientras cualquier investigación desencadenada por la denuncia o la revelación pública esté en curso.

3. Las normas establecidas en los artículos 12, 17 y 18 referidas a la protección de la identidad de los denunciantes se aplicarán también a la protección de la identidad de las personas afectadas.»

En la misma línea, la Ley 2/2023 alude al «derecho de la persona afectada a que se le informe de las acciones u omisiones que se le atribuyen, y a ser oída en cualquier momento» (artículo 9.2.f); al «respeto a la presunción de inocencia y al honor de las personas afectadas (artículo 9.2.h); al derecho a «que la persona afectada por la información tenga noticia de la misma, así como de los hechos relatados de manera sucinta. Adicionalmente se le informará del derecho que tiene a presentar alegaciones por escrito y del tratamiento de sus datos personales» (artículo 19.2). El artículo 33 regula el derecho a preservar la identidad de la persona afectada, y el artículo 39 contempla «Medidas para la protección de las personas afectadas», con indicación de que:

«Durante la tramitación del expediente las personas afectadas por la comunicación tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho de acceso al expediente en los términos regulados en esta ley, así como a la misma protección establecida para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento.»

En fin, el artículo 19.3 de la Ley 2/2023 dispone expresamente que:

«A fin de garantizar el derecho de defensa de la persona afectada, la misma tendrá acceso al expediente sin revelar información que pudiera identificar a la persona informante, pudiendo ser oída en cualquier momento, y se le advertirá de la posibilidad de comparecer asistida de abogado.»

Por todo lo expuesto, cabe concluir que, durante la sustanciación de los procedimientos internos de investigación regulados en la Ley 2/2023, la persona afectada por la información o denuncia dispone de toda la protección que le dispensa la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el propio ordenamiento jurídico español, reconociendo expresamente el artículo 19.3 de la citada Ley el derecho a comparecer asistida de abogado.

Siendo esto así, no solo es posible, sino recomendable, informar a los afectados de la posibilidad de asistir en el procedimiento interno de investigación asistidos de abogado.

VII

Asimismo, se formula consulta sobre la figura de los asistentes del informante. En concreto, la consulta se formula en los siguientes términos:

«La Ley 2/2023 se refiere en el artículo 3.4 a) a la figura de las personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, asistan al mismo en el proceso, lo que se une a la figura de la representación legal de los trabajadores en el artículo 3.3 de la citada Ley.

Toda vez que es principio rector de la norma preservar la confidencialidad de la información, se hace preciso conocer cuál es el criterio de ese Centro Directivo acerca de quién o quiénes puedan ser válidamente considerados como personas que en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, asistan en el proceso al mismo. En concreto, ¿sería posible que el informante sea asistido por un abogado ajeno a la organización en la que preste servicios?»

Aunque el artículo 25.e) de la Ley 2/2023 exige garantizar el necesario «asesoramiento confidencial», y el artículo 37.1.a) de dicho texto legal incluye, entre las medidas de apoyo a los informantes, el «asesoramiento completo e independiente», dado que la presentación de informaciones falsas y manifiestamente infundadas puede tener consecuencias legales para los informantes, nada obsta, a juicio de este Centro Directivo, a que sean asistidos por un abogado ajeno a la organización en la que el informante presta sus servicios, abogado que, sin perjuicio de la obligación de secreto profesional que le incumbe frente a su cliente, debería firmar una declaración de confidencialidad de los datos reservados de los que, por razón de su asesoramiento, tenga conocimiento en el seno del procedimiento interno de investigación.

VIII

Finalmente, SEPI solicita informe a este Centro Directivo sobre la comunicación de la designación de Responsable del Sistema interno de información, en los siguientes términos:

«Establece el artículo 8.3 de la Ley 2/2023 que [t]anto el nombramiento como el cese de la persona física individualmente designada, así como de las integrantes del órgano colegiado deberán ser notificados a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A. A. I., o, en su caso, a las autoridades u órganos competentes de las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, en el plazo de los diez días hábiles siguientes, especificando, en el caso de su cese, las razones que han justificado el mismo.

SEPI debe cumplir con la obligación de disponer del Sistema interno de información, con su correspondiente Responsable, a partir del 13 de junio de 2023 —cfr. Disposición Transitoria segunda de la Ley 2/2023—.

Sin ser necesarias mayores labores interpretativas en relación con el catálogo de infracciones graves y muy graves, baste señalar que el artículo 63.3.c) de la Ley 2/2023 califica como infracción leve [c]ualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley que no esté tipificado como infracción muy grave o grave. La falta de notificación a que obliga el artículo 8.3 antes citado podría representar, al menos, la comisión de una infracción leve.

Hasta donde se conoce, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A. A. I., no se encuentra constituida ni previsiblemente lo estará el 13 de junio de 2023 para que pueda remitírsele la comunicación sobre la designación del Responsable del Sistema interno de información por parte de SEPI.

En esta tesitura se precisa conocer el criterio de ese Centro Directivo acerca de si SEPI debe esperar hasta la constitución de la indicada Autoridad Independiente para la notificación a que hace mención el artículo 8.3 de la Ley 2/2023, o si se juzga procedente remitir la comunicación a otro órgano, entidad o departamento, como pudiera ser el Ministerio de Justicia al ser el departamento a través del cual la Autoridad quedará vinculada a la Administración General del Estado —artículo 42.2 de la Ley 2/2023— y cuyos Presupuestos transitoriamente financiarán los de la repetida Autoridad ex Disposición Transitoria Tercera.»

Esta última consulta de SEPI plantea la forma de proceder en Derecho si, por falta de constitución efectiva de la A. A. I. a la fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2023 —que, conforme a la disposición transitoria segunda de dicho texto legal, tendrá lugar el 13 de junio de 2023—, no pudiera darse cumplimiento formal a la obligación impuesta en el artículo 8.3 de la Ley 2/2023, que impone a las entidades jurídicas del sector público y del sector privado sujetas a la Ley la obligación de notificar a la A. A. I. el nombramiento del responsable del Sistema interno de información y de los integrantes del órgano colegiado en el plazo de diez días hábiles, y ello por considerarse que el incumplimiento de dicha obligación legal podría constituir una infracción administrativa leve conforme al artículo 63.3.c) de la Ley 2/2023 que, con un contenido residual, tipifica como tal infracción leve «cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley que no esté tipificado como infracción muy grave o grave.»

Si a la fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2023 (el 13 de junio de 2023) no estuviera todavía constituida la A. A. I., el cumplimiento formal de la obligación prevista en el artículo 8.3 de la Ley deviene materialmente imposible para las personas jurídicas obligadas, por lo que en ningún caso podrían ser sancionadas por tal motivo, al depender el cumplimiento de una cuestión completamente ajena a la voluntad de los obligados, faltando, por tanto, la nota de voluntariedad o intencionalidad exigida en el ámbito administrativo sancionador.

Ante una hipótesis como la descrita, las entidades obligadas cumplirían con haber efectuado los referidos nombramientos a la fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2023, sin que se considere necesario (aun siendo posible) dar traslado formal de los mismos al Ministerio de Justicia (como Departamento a través del cual la A. A. I. quedará vinculada a la Administración General del Estado, conforme al artículo 42.2 de la Ley 2/2023), siendo también admisible publicar dichas designaciones en la página web de cada entidad del sector público.

IV. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

20.23 APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (UE) 2019/515, RELATIVO AL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MERCANCÍAS COMERCIALIZADAS LEGALMENTE EN OTRO ESTADO MIEMBRO

Resumen: Varias cuestiones en relación a la aplicación del Reglamento (UE) 2019/515, relativo al reconocimiento mutuo de mercancías comercializadas legalmente en otro estado miembro.

Se ha solicitado informe a esta Abogacía del Estado por el Subdirector General de Inspección, Certificación y Asistencia Técnica de Comercio Exterior, Dirección General de Política Comercial, Secretaría de Estado de Comercio, sobre determinadas cuestiones relacionadas con la aplicación del Reglamento (UE) 2019/515, relativo al reconocimiento mutuo de mercancías comercializadas legalmente en otro estado miembro, el cual, estudiada la normativa aplicable emite en los siguientes términos:

I

Dada la relevancia del asunto, y al mantenerse un criterio divergente del seguido por la Comisión europea, esta Abogacía elevó consulta a la Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales de la Abogacía General del Estado, que ha emitido informe con fecha 21 de julio de 2023 (AUEI/MAEUEC 370/23), confirmatorio del borrador presentado por esta Abogacía y cuyas consideraciones y conclusiones se incorporan al presente informe.

II

En la solicitud de informe se hace un análisis de la legislación aplicable para el control en frontera de productos y un particular estudio del Reglamento (UE) 2019/515, relativo al reconocimiento mutuo de mercancías comercializadas legalmente en otro estado miembro; para a continuación indicar cuál es la posición de la Subdirección General solicitante del informe, respecto a la aplicación de dicho Reglamento, indicando que es discrepante con la mantenida por la Comisión Europea.

Se nos indica que, «la Comisión Europea y España discrepan en cuanto a la aplicación del Reglamento de Reconocimiento Mutuo durante el control de seguridad realizado en frontera por el Servicio de Inspección del SOIVRE, previo al despacho a libre práctica, a productos que proceden de terceros países.

Estas diferencias han surgido a raíz de la importación por el puerto de Valencia de una partida de sillas para *gamers* fabricadas en China y que, según argumenta el interesado, ya se estaban comercializando en otros Estados miembros (EE. MM.) en el momento de presentarlas a control ante el S. I. SOIVRE.»

En dicha solicitud consideran respecto a la aplicación del RRM que,

«Hay razones suficientes para acordar que a los productos sujetos a los controles que se realizan en frontera previos al despacho a libre práctica (por lo tanto, a mercancía todavía no comunitaria), como es el caso de los controles de seguridad que realiza el SOIVRE en España de forma previa a la importación, no les es de aplicación el RRM, el cual, por definición, está limitado a las mercancías sujetas al artículo 34 de TFUE, esto es al comercio entre los EE. MM.»

Y se indica que,

«Aplicar el RRM a productos no armonizados que todavía no han sido despachados a libre práctica cuando entran en juego cuestiones de seguridad y sobre la base de que ya se encuentran comercializados en otro EE. MM., implicaría dar un trato distinto y ventajoso a productos no sometidos a legislación de armonización en comparación a los productos que deben cumplir con la legislación europea de armonización y ello a pesar de que en ambos casos es requisito sine qua non garantizar que todos los productos que se importan en la UE sean seguros.»

Nos indican que la posición de la Comisión es distinta considerando la misma, con independencia del origen del producto:

«que solamente se puede denegar la puesta en el mercado de un producto que se esté comercializado en otro EE. MM. cuando este no responda a los intereses públicos amparados en su normativa nacional y que son las autoridades de ese país las que deben demostrar esta circunstancia.»

Sobre las discrepancias existentes entre la Comisión y el Ministerio en este caso concreto debemos destacar, en los términos del informe AUEI/MAEUEC 370/23, lo siguiente:

— A la vista de la documentación remitida consistente en el intercambio de Cartas entre la Comisión y el Ministerio en el marco de un procedimiento SOLVIT resulta que la cuestión que se suscita es sobre la aplicación del Reglamento 515/2019. La postura defendida por el Ministerio consultante es que este Reglamento no resulta aplicable al caso por no encontrarse los bienes en «libre práctica sino en una fase previa.»

— En cambio, la Comisión sostiene que ese Reglamento 515/2019 sí se aplica dado que su aplicación no depende de la procedencia del bien de un tercer país, sino de que se cumplan los requisitos del artículo 1.

— El Ministerio no niega este argumento de la Comisión y admite en la página 2 de la carta de 1 de febrero 2023 que,

«a different situation is the application of the Mutual recognition Regulation to third country products which are already in free circulation on the Eu market. In this respect, we agree that the origin of the goods is not relevant for the definition of “legally marketed” goods for the purposes of the application of the above regulation and that what is important is whether the goods comply with the technical standards of one of the MS (if there are standards or legal provisions for the goods) and whether they are made available to end-users there.»

— No obstante, lo que niega el Ministerio es que se pueda aplicar este Reglamento 515/2019 antes de que los bienes se encuentren en libre práctica, independientemente del origen:

«In conclusion, we consider that in the above case (gaming chairs) the application of the Mutual Recognition Regulation would not be relevant, since these specific goods are not in free circulation, but in a phase prior to customs clearance. On the contrary, they should be subject to the controls established in the Market Surveillance Regulation and the EU Customs Code, which, in this particular case based on a risk analysis, have resulted in a documentary control. During this control, the operator has not provided any documentation proving that his product was safe and therefore, it cannot entering the EU market.»

— La Comisión insiste, en cambio, en que el Reglamento debe de aplicarse ya que,

«The condition for the application of Regulation (EU) 2019/515 is that the goods are non— harmonised and lawfully marketed in a Member State. There is no provision in the Regulation stating that the Regulation does not apply when the goods are imported directly from a third country and not from the Member State where they are lawfully marketed.» (carta de 9 de febrero 2023).

III

Antes de estudiar las concretas cuestiones planteadas en la solicitud de informe es necesario hacer un análisis de la normativa aplicable y de los conceptos por ella utilizados.

1) Reglamento (UE) 2019/515, relativo al reconocimiento mutuo de mercancías comercializadas legalmente en otro estado miembro (en adelante, RRM).

El principio de reconocimiento mutuo comunitario garantiza el acceso a dicho mercado de mercancías que no están sujetas a la legislación de armonización de la UE, o están sujetas a la misma solo de forma parcial. A este respecto, procede recordar que tanto el principio de confianza mutua entre los Estados miembros como el principio de reconocimiento mutuo, que se basa a su vez en la confianza recíproca entre aquellos, tienen una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permiten la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores (sentencia de 15 de octubre de 2019, Dorobantu, C-128/18, EU: C:2019:857, apartado 46 y jurisprudencia consolidada).

El RRM establece en su artículo 1 como objeto del mismo

«Reforzar el funcionamiento del mercado interior, mediante una mejor aplicación del principio de reconocimiento mutuo y la eliminación de barreras injustificadas al comercio» estableciendo «normas y procedimientos relativos a la aplicación, por parte de los Estados miembros, del principio de reconocimiento mutuo en casos concretos, en relación con mercancías sujetas al artículo 34 del TFUE y comercializadas legalmente en otro Estado miembro, habida cuenta del artículo 36 del TFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.»

Además, el artículo 2 cuando regula su ámbito de aplicación señala que,

«El presente Reglamento se aplica a las mercancías de cualquier tipo, incluidos los productos agrícolas en el sentido del artículo 38, apartado 1, párrafo segundo, del TFUE,

y a las decisiones administrativas adoptadas o por adoptar por parte de una autoridad competente de un Estado miembro de destino en relación con cualquiera de esas mercancías que se haya comercializado legalmente en otro Estado miembro.»

Por tanto, vemos que dos son los conceptos clave para aplicar el RRM: que las mercancías estén sujetas al artículo 34 TFUE y que se hayan comercializado legalmente en otro estado miembro. Esto es:

– Las mercancías sujetas al artículo 34 TFUE: se refiere a productos originarios de los Estados miembros y a los productos procedentes de terceros países que se encuentren en libre práctica (ex artículo 28.2 TFUE). Se encuentran en libre práctica los productos procedentes de terceros países respecto de los cuales se hayan cumplido, en dicho Estado miembro, las formalidades de importación y percibido los derechos de aduana.

– Comercializadas legalmente en otro Estado miembro: De acuerdo con el artículo 3, (1) y el considerando 15 del Reglamento 515/2019 son las mercancías que cumplen las normas pertinentes aplicables en ese Estado miembro o no están sujetas a tales normas en ese Estado miembro, y se ponen a disposición de los usuarios finales en él.

De acuerdo con el informe AUEI/MAEUEC 370/23, resulta de este precepto que el Reglamento se aplica independientemente de la procedencia del bien. Lo determinante es, por un lado, que se trate de un bien originario de un Estado miembro o si es de un tercer país que se encuentre en libre práctica y que, por otro lado, se trate de un bien comercializado legalmente en otro Estado miembro.

La Comisión, en su carta de 9 de febrero 2023 omite uno de estos requisitos y afirma que,

«The condition for the application of Regulation (EU) 2019/515 is that the goods are non-harmonised and lawfully marketed in a Member State. There is no provision in the Regulation stating that the Regulation does not apply when the goods are imported directly from a third country and not from the Member State where they are lawfully marketed.»

Es decir, la Comisión se refiere únicamente a que se trate de bienes comercializados legalmente en otro Estado miembro. Omite, sin embargo, que los bienes importados directamente desde un tercer país, mientras no se encuentren en libre práctica, no pueden considerarse incluidos en el artículo 34 TFUE leído en relación con el artículo 29 TFUE. Y es que, un bien no está en libre práctica mientras no se hayan cumplido, en dicho Estado miembro, las formalidades de importación y percibido los derechos de aduana y cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente exigibles (ex artículo 29).

2) El Código Aduanero Común (Reglamento 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013).

Este CAU contiene, en su artículo 5, algunas definiciones que resultan relevantes para el presente informe:

(7) *Riesgo*: la probabilidad de que se produzca un hecho y su impacto en relación con la entrada, salida, tránsito, circulación o destino final de las mercancías que circulen entre el territorio aduanero de la Unión y otros países o territorios situados fuera de aquel,

o con la presencia en el territorio aduanero de la Unión de mercancías no pertenecientes a la Unión, que:

- a) Impida la correcta aplicación de disposiciones de la Unión o nacionales.
- b) Comprometa los intereses financieros de la Unión y de sus Estados miembros; o
- c) Constituya una amenaza para la seguridad y protección de la Unión y de sus residentes, para la salud pública, la sanidad animal o la fitosanidad, para el medio ambiente o para los consumidores.

(8) *Las formalidades aduaneras*: como todas las operaciones que tengan que ser efectuadas por las personas y por las autoridades aduaneras para cumplir con la legislación aduanera.

(12) *Declaración en aduana*: el acto por el que una persona expresa, en la forma y el modo establecidos, la voluntad de incluir las mercancías en un determinado régimen aduanero, con mención, en su caso, de las disposiciones particulares que deban aplicarse.

(16) *Régimen aduanero*: cualquiera de los regímenes en los que puedan incluirse las mercancías con arreglo al código, a saber:

- a) Despacho de libre práctica.
- b) Regímenes especiales.
- c) Exportación.

(17) *Depósito temporal*: la situación en la que mercancías no pertenecientes a la Unión se almacenan temporalmente bajo vigilancia aduanera en el período entre su presentación en aduana y su inclusión en un régimen aduanero o su reexportación.

(22) *Estatuto aduanero*: el estatuto de una mercancía como mercancía de la Unión o como mercancía no perteneciente a la Unión.

(23) *Mercancías de la Unión*: las mercancías que respondan a alguno de los criterios siguientes:

- a) Se obtengan enteramente en el territorio aduanero de la Unión y no incorporen ninguna mercancía importada de países o territorios situados fuera del territorio aduanero de aquella.
- b) Se introduzcan en el territorio aduanero de la Unión procedentes de países o territorios situados fuera de dicho territorio y se despachen a libre práctica

(24) *Mercancías no pertenecientes a la Unión*: las mercancías no recogidas en el punto 23 o que hayan perdido su estatuto aduanero de mercancías de la Unión.

Pues bien, en el caso que es objeto de consulta parece, de acuerdo con la información remitida, que estamos ante mercancías no pertenecientes a la Unión, dado que no se ha despachado en libre práctica.

Se trataría de mercancía que se encuentran en depósito temporal, por estar bajo vigilancia aduanera en el período entre su presentación en aduana y su inclusión en un régimen aduanero.

De acuerdo con el artículo 201, apartado 3, CAU, el despacho a libre práctica conferirá a las mercancías no pertenecientes a la Unión el estatuto aduanero de mercancías de la Unión.

Para la obtención de un régimen aduanero debe de seguirse un procedimiento determinado que se regula en este CAU y es necesario la obtención de una decisión aduanera. Esta decisión supone, efectivamente, la inclusión de una mercancía en un régimen aduanero.

Pues bien, para ello, la persona interesada deberá, de acuerdo con el artículo 22, facilitar la información que las autoridades aduaneras competentes necesiten para poder adoptar esa decisión. El apartado 6 de este mismo artículo establece que antes de adoptar una decisión que perjudique al solicitante, las autoridades aduaneras comunicarán los motivos en los que pretenden basar su decisión a este último, el cual tendrá la oportunidad de presentar observaciones dentro de un plazo establecido.

De acuerdo con el apartado 7 cuando perjudique al solicitante, la decisión que se adopte deberá exponer los motivos que han llevado a su adopción y mencionará el derecho de recurso que dispone el artículo 44. Este artículo 44 establece que toda persona tendrá derecho a recurrir una decisión de las autoridades aduaneras relativa a la aplicación de la legislación aduanera, cuando esta le afecte directa e individualmente.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 127 CAU, para la introducción de mercancías en el territorio aduanero es necesario la realización de una declaración sumaria que contendrá los datos necesarios para el análisis de riesgos a efectos de seguridad y protección. Ese análisis de riesgos, definidos en el artículo 5, (7), incluye el control de las mercancías no pertenecientes a la Unión que «constituya una amenaza para la seguridad y protección de la Unión y de sus residentes, para la salud pública, la sanidad animal o la fitosanidad, para el medio ambiente o para los consumidores.»

De acuerdo con el artículo 128 CAU ese análisis de riesgos se realiza, esencialmente, a efectos de seguridad y protección.

Por último, el CAU menciona que una manera eficaz de garantizar que no se introduzcan en el mercado de la Unión productos inseguros o no conformes es detectarlos antes de su despacho a libre práctica (régimen establecido en el art. 201 del CAU).

3) La Directiva 2001/95/CE, de 3 de diciembre, de Seguridad general de los productos.

En el propio artículo 2 del RRM se establecen unas excepciones a la aplicación del mismo, estando entre las mismas las relativas a la seguridad de los productos. En efecto, el apartado 6 indica:

«Los artículos 5 y 6 (evaluación de las mercancías y suspensión temporal de acceso) no afectarán a la aplicación de las disposiciones siguientes: a) el artículo 8, apartado 1, letras b) a f), y apartado 3, de la Directiva 2001/95/CE.»

Lo que nos lleva al análisis de otra norma que entra en juego para resolver las cuestiones planteadas: la Directiva 2001/95/CE, de 3 de diciembre, de Seguridad general de los productos que tiene como objetivo garantizar que los productos que se pongan en el mercado sean seguros (artículo 1).

El artículo 8 se refiere las medidas que pueden adoptar las autoridades competentes de los Estados miembros en determinados casos en que se detecte que los productos presentan riesgos de seguridad.

En materia de seguridad de los productos también debemos citar el Reglamento 2019/1020/(UE), de 20 de junio, de Vigilancia del mercado y la conformidad de los productos, cuyo objetivo es:

«Mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el fortalecimiento de la vigilancia del mercado de productos a los que se aplica la legislación de armonización de la Unión mencionada en el artículo 2, a fin de garantizar que solamente se comercialicen en la Unión productos conformes que cumplan los requisitos que proporcionan un nivel elevado de protección de intereses públicos, como la salud y la seguridad en general, la salud y la seguridad en el trabajo, la protección de los consumidores, del medio ambiente y la seguridad pública y cualquier otro interés público protegido por dicha legislación.»

Pues bien, a nivel interno español, cuando se realizan controles de seguridad de productos no agroalimentarios que no cuentan con legislación sectorial de armonización, se aplica el Real Decreto 1801/2003, sobre seguridad general de los productos, transposición de la Directiva 2001/95/CE relativa a la Seguridad General de los Productos (DSGP).

Dicho reglamento regula en su capítulo VII, los productos que entran en el mercado de la Unión, estableciendo unos controles y unas autoridades de vigilancia que aplicaran dichos controles, para garantizar que los productos que se comercialicen en la UE cumplan una serie de requisitos, entre los que está la seguridad de los mismos. El Servicio de Inspección SOIVRE, en el marco de las funciones contempladas en el Real Decreto 330/2008, es una autoridad de vigilancia de mercado en frontera de acuerdo con lo señalado en el dicho Reglamento.

IV

Hecha esta introducción sobre los conceptos y normativa de aplicación pasamos a analizar las cuestiones concretas planteadas en la solicitud de informe.

La primera es del siguiente tenor:

«De acuerdo con el artículo 79 del CAU, el despacho a libre práctica confiere el estatuto aduanero de mercancía comunitaria a una mercancía no comunitaria. Este implica la aplicación de las medidas de política comercial, el cumplimiento de los demás trámites previstos para la importación de unas mercancías y la aplicación de los derechos legalmente devengados.

¿Es posible aplicar el RRM que toma como base el artículo 34 de TFUE a mercancías no comunitarias con carácter previo al despacho a libre práctica?»

Debemos tomar como punto de partida para contestar esta cuestión el ámbito de aplicación del RRM. En este sentido, y tal como señala su parte expositiva y su artículo 1 se aplica «en relación con mercancías sujetas al artículo 34 del TFUE y comercializadas legalmente en otro Estado miembro.»

Por su parte, el artículo 34 del TFUE señala que «Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.»

Cierto es que en el RRM no se hace referencia expresa a si el mismo se aplica a las mercancías o productos no armonizados que se importan entre EEMM y que ya

están comercializados legalmente en otros países comunitarios, cuando los mismos se encuentran en el Estado en cuestión en la fase previa del despacho a libre práctica por ser provenientes de otro país no comunitario.

Pues bien, ello hace necesario analizar el ámbito de aplicación del artículo 34 del TFUE y el concepto de mercancía comercializada legalmente en otro estado miembro, ya que los dos deben concurrir para la aplicación del RRM.

Para ello es importante destacar que el artículo 28.2 del TFUE establece que,

«Las disposiciones del artículo 30 y las del capítulo 3 del presente título se aplicarán a los productos originarios de los Estados miembros y a los productos procedentes de terceros países que se encuentren en libre práctica en los Estados miembros.»

Pues bien, el artículo 34 del TJUE se encuentra precisamente en el capítulo III de dicho título.

Por su parte, el artículo 29 señala lo que se considera despacho en libre práctica en un Estado miembro indicando que serán

«los productos procedentes de terceros países respecto de los cuales se hayan cumplido, en dicho Estado miembro, las formalidades de importación y percibido los derechos de aduana y cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente exigibles, siempre que no se hubieren beneficiado de una devolución total o parcial de los mismos.»

La interpretación conjunta de dichos artículos nos permite razonar que es necesario para aplicar el RRM que se den dos requisitos: el primero, que se trate de mercancías sujetas al artículo 34 TFUE; y, el segundo, que estén legalmente comercializadas en otro EM.

En cuanto al primer requisito, y de acuerdo con el artículo 28.2 del propio Tratado, no se aplicará el artículo 34 del mismo a las mercancías no comunitarias que se encuentren en fase previa al despacho a libre práctica en los Estados miembros.

Por ello, la cuestión fundamental para determinar si se aplica o no el RRM es, respecto a las mercancías de origen no comunitario, que las mismas se encuentren en despacho a libre práctica.

En consecuencia, si no se reúne la primera condición (mercancías sujetas al artículo 34 TFUE) no es necesario analizar si concurre la segunda: que se encuentren legalmente comercializadas en otro EM.

Pues bien, en el caso planteado de productos de terceros países que no están en despacho a libre práctica en el Estado español no es de aplicación el RRM, ya que uno de los requisitos para la aplicación del mismo, según su artículo 1, es que se trate de mercancías sujetas al artículo 34 TFUE, y de acuerdo con el artículo 28.2 del Tratado, el mismo se aplicará a los productos originarios de los Estados miembros y a los productos procedentes de terceros países que se encuentren en libre práctica en los Estados miembros.

Y es que la comercialización es una fase posterior a la importación del bien. Primero debe importarse el bien (procedente de un tercer país) y una vez el producto se encuentra en libre práctica, comercializarse. Es en este momento cuando puede invocarse el reconocimiento mutuo y el momento en el que sería aplicable el artículo 4 y 5 del reglamento 515/2019.

En cuanto a las mercancías sujetas al artículo 34 TFUE resulta especialmente pertinente analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en Sentencia de 22 de septiembre 2016, C-525/14, Comisión/República Checa, en la que se estableció que:

«en lo relativo a la libre circulación de mercancías en el interior de la Unión, los productos que se encuentran en libre práctica están definitivamente y totalmente asimilados a los productos originarios de los Estados miembros y que, por consiguiente, las disposiciones del artículo 34 TFUE se aplicarán indistintamente tanto a los productos originarios de la Unión como a los que se encuentren en libre práctica en cualquiera de los Estados miembros, con independencia de cuál sea el origen primero de tales productos.

Sin embargo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta también que la comercialización constituye una fase posterior a la importación. De la misma forma que un producto legalmente fabricado en la Unión no puede ser comercializado por esta sola circunstancia, la importación legal de un producto no implica que éste sea automáticamente admitido al mercado. Un producto procedente de un país tercero que se encuentra en libre práctica se equipara a los productos originarios de los Estados miembros en lo que atañe a la supresión de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros. Sin embargo, en la medida en que no existe una normativa de la Unión que armonice los requisitos de comercialización de los productos de que se trata, el Estado miembro en el que se introduzcan en libre práctica puede oponerse a su comercialización si no reúnen los requisitos fijados para ello por el Derecho nacional dentro del respeto del Derecho de la Unión. Como ha señalado, en esencia, el Abogado General en los puntos 57 y 58 de sus conclusiones, de las consideraciones anteriores resulta que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, el principio de reconocimiento mutuo establecido por la jurisprudencia recordada en el apartado 35 de la presente sentencia no puede aplicarse al comercio, en el seno de la Unión, de mercancías originarias de países terceros que se encuentran en libre práctica si éstas no han sido, con carácter previo a su exportación a un Estado miembro distinto de aquel en el que están en libre práctica, comercializadas legalmente en el territorio de un Estado miembro.»

Resulta de la lectura de la sentencia que se trata de bienes que se encuentra ya en libre práctica, que han sido comercializados en un Estado miembro y que van a exportarse a otro Estado miembro distinto. En el caso analizado en la consulta no concurren ninguna de las anteriores circunstancias: ni los bienes se han despachado a libre práctica (es decir, no se les ha asignado un régimen aduanero), ni los bienes han sido comercializados en España.

En el mismo sentido, resulta interesante transcribir los apartados 57 y 58 de las Conclusiones del Abogado General:

«57. Además, la lógica del principio del reconocimiento mutuo me lleva a interpretar que su aplicación ha de circunscribirse: a) al comercio intracomunitario de mercancías originarias de la Unión, legalmente fabricadas y puestas a la venta en un Estado miembro de conformidad con su legislación nacional, y b) al comercio de mercancías de terceros países en libre práctica, que se han comercializado legalmente en un Estado miembro y son exportadas a otro.

58. El reverso de lo expuesto con anterioridad es que los importadores no se pueden beneficiar del reconocimiento mutuo para comercializar en la Unión mercancías procedentes de terceros países que no cumplen la normativa de ningún Estado

miembro. (30) La aplicación de la técnica del reconocimiento mutuo en el comercio internacional de la Unión con terceros países requiere la celebración de un tratado internacional específico (31) o la incorporación de disposiciones al respecto en un acuerdo comercial más amplio, que sean compatibles con las normas de la Organización Mundial del Comercio.»

A *sensu contrario*, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE un producto procedente de un país tercero que se encuentra en libre práctica se equipara a los productos originarios de los Estados miembros en lo que atañe a la supresión de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros (sentencias de 30 de mayo de 2002, *Expo Casa Manta*, C-296/00, EU: C:2002:316, apartados 31 y 32, y de 12 de julio de 2005, *Alliance for Natural Health* y otros, C-154/04 y C-155/04, EU: C:2005:449, apartado 95).

A mayor abundamiento, y aunque se pudiera concluir que a la mercancía en cuestión (independientemente de su origen) se le aplica el RRM, siempre se podría impedir la comercialización en España si la misma no reúne los requisitos de seguridad exigibles, conforme con lo señalado en el apartado 6 del artículo 2 de dicho Reglamento. Para ello debe seguirse el procedimiento previsto en el artículo 5 del Reglamento.

«A fin de determinar si las mercancías o mercancías de ese tipo se comercializan legalmente en otro Estados miembro y, de ser así, si los intereses públicos legítimos amparados por la norma técnica nacional aplicable del Estado miembro de destino están adecuadamente protegidos...»

Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el apartado 3 de este artículo 5, entretanto, «Se permitirá al agente económico comercializar las mercancías en el mercado del Estado miembro de destino mientras la autoridad competente lleva a cabo la evaluación con arreglo al apartado 1 del presente artículo y podrá seguir haciéndolo a menos que el agente económico reciba una decisión administrativa que restrinja o deniegue el acceso al mercado de dichas mercancías.»

Únicamente se podría suspender la comercialización en los casos previstos en el artículo 6.

No podemos concluir la cuestión planteada sin hacer referencia al caso concreto que dio origen a esta diferente interpretación del ámbito de aplicación del RRM en los términos que recoge la consideración jurídica cuarta del informe AUEI/MAEUEC 370/23:

En cualquier caso, debemos señalar que la Comisión defiende una postura contraria, puesto que, en su opinión, el Reglamento 2010/515 resulta aplicable a un supuesto como el actual por tratarse de un tipo de productos que, según indica, se comercializan legalmente en otro Estado miembro, con independencia de que se hallan despachado o no en libre práctica.

En este punto, en primer lugar, como argumento subsidiario, y teniendo en cuenta que según parece desprenderse de los antecedentes de hecho, tras haberse efectuado en España un control documental y requerido la presentación de documentos, no hubo ninguna actuación ulterior de importador que optó por dirigirse directamente al mecanismo solvit y siempre que estas premisas fueran ciertas, puede señalarse lo siguiente:

Aun cuando se entendiera, *quod non*, que por el hecho de que en un Estado miembro se haya admitido el despacho a libre práctica y comercialización de determinadas mercancías (por cumplir la normativa relativa a la seguridad de los productos) los demás

Estados miembros por los que ulteriormente se pretenda que accedan al territorio de la Unión idénticas o similares mercancías quedan obligados al despacho a libre práctica, en el caso concreto analizado seguiría faltando un principio fundamental que contempla el reglamento: el previo reconocimiento en Dinamarca. No ha quedado acreditado, al menos ante las autoridades españolas, que ese tipo de sillas de *gaming* cumpla con los requisitos del Derecho nacional del Estado miembro, Dinamarca, por el que entró al territorio de la Unión una partida similar, por cuanto no parece ser conocido si se realizó un control, al menos documental, de los requisitos que debieran cumplir conforme al Derecho nacional danés.

En segundo lugar, descartado también lo anterior, si se parte de que el Reglamento resulta aplicable como sostiene la Comisión, en ese caso para restringir la comercialización deberá seguirse el procedimiento previsto en su artículo 5 y, en su caso, adoptar la decisión prevista en él. A ello se refiera la Comisión en su última carta de 3 de febrero 2023 al preguntar sobre si se ha dictado o no la decisión prevista en el artículo 5 del Reglamento 515/2019.

Sobre esto, debe de tenerse en cuenta las competencias que la Comisión tiene reconocidas y las consecuencias que pueden derivarse de la no adopción de esta decisión. En efecto, como resulta del considerando 40 del mismo reglamento

«El dictamen de la Comisión sobre una decisión administrativa por la que se restrinja o deniegue el acceso al mercado solo debe abordar la cuestión de si la decisión administrativa es compatible con el principio de reconocimiento mutuo y con los requisitos del presente Reglamento. Ello sin perjuicio de las facultades de la Comisión con arreglo al artículo 258 del TFUE y de la obligación de los Estados miembros de cumplir el Derecho de la Unión, cuando hagan frente a problemas sistémicos detectados en cuanto a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.»

V

La segunda cuestión planteada es la siguiente:

«Dado que la aplicación del Reglamento (UE) 2019/1020 no distingue entre productos armonizados y no armonizados, si se aplicase el RRM en frontera, se estaría dando un trato preferencial a este tipo de productos frente a los armonizados que también pueden estar ya circulando por el territorio de la UE.

¿Es esta discriminación jurídicamente admisible?»

Como hemos señalado en el fundamento anterior el que se aplique el RRM depende de que se den cumulativamente las condiciones señaladas en su artículo 1: mercancías sujetas al artículo 34 TFUE y que estén legalmente comercializadas en otro EM, y para que se aplique el artículo 34 TJUE a mercancías no comunitarias es necesario que se encuentren en despacho a libre práctica en los Estados miembros.

En cuanto a la existencia de discriminación para apreciarse la misma es necesario que ante supuestos iguales las soluciones sean distintas, pero en el caso planteado las situaciones no son las mismas ya que se está diferenciando entre productos sujetos a legislación armonizada y productos no sujetos a la misma; por lo que el supuesto de hecho en ambos casos es diferente y por ello no se puede hablar de discriminación. Para

que existiera discriminación habría que justificar que estamos ante supuestos iguales con consecuencias jurídicas distintas.

A mayor abundamiento, y de acuerdo con el informe AUEI/MAEUEC 370/23, la Comisión, en la carta de 14 de noviembre 2023, afirma erróneamente que el Reglamento 2019/1020 no distingue entre los productos armonizados y no armonizados. Sin embargo, de la lectura del ámbito de aplicación y del objeto del reglamento sí parece que se refiere a los «productos a los que se aplica la legislación armonizada de la Unión.»

De acuerdo con el artículo 1 de este reglamento 2019/1020:

«1. El objetivo del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el fortalecimiento de la vigilancia del mercado de productos a los que se aplica la legislación de armonización de la Unión mencionada en el artículo 2,

2. El presente Reglamento establece normas y procedimientos para los operadores económicos en relación con los productos sujetos a determinada legislación de armonización de la Unión.»

El artículo 2 también se refiere a los armonizados:

«1. El presente Reglamento se aplicará a los productos sujetos a la legislación de armonización de la Unión enumerada en el anexo I (en lo sucesivo, “legislación de armonización de la Unión”),

Los artículos 25 a 28 se aplicarán a los productos regulados por el Derecho de la Unión, en la medida en que no existan disposiciones específicas en el Derecho de la Unión relativas a la organización de controles sobre los productos que entran en el mercado de la Unión.»

VI

La siguiente cuestión planteada es del siguiente tenor:

«El RRM habla de normas técnicas nacionales aplicadas por los EE. MM. y que pueden entrar en contradicción con otras normas nacionales que apliquen otros EE. MM. La DSGP (transformada a día de hoy en un Reglamento) es un acto de armonización horizontal de la Unión.

¿Puede ser considerada la DSGP en este contexto como una norma técnica nacional?»

La definición de norma técnica nacional se encuentra en el artículo 2.2 del RRM que señala que, se entiende por «norma técnica nacional», «cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa de un Estado miembro que se ajuste a las características siguientes:

a) Abarque mercancías o aspectos de las mercancías que no están sujetos a armonización a nivel de la Unión;

b) Prohíba la comercialización de mercancías, o mercancías de un tipo determinado, en el mercado de ese Estado miembro o haga obligatorio su cumplimiento, de hecho, o de Derecho, cada vez que una mercancía, o mercancías de un tipo determinado, se comercialice en ese mercado; y

c) Se ajuste, al menos, a uno de los aspectos siguientes:

i) Establezca las características exigidas de las mercancías o de las mercancías de un tipo determinado, como los niveles de calidad, funcionamiento o seguridad, o sus dimensiones, incluidos los requisitos aplicables a esas mercancías con respecto a las denominaciones con las que se venden, la terminología, los símbolos, los ensayos y los métodos de ensayo, el embalaje, el marcado o el etiquetado, y los procedimientos de evaluación de la conformidad,

ii) con el fin de proteger a los consumidores o el medio ambiente, imponga otros requisitos a las mercancías o mercancías de un tipo determinado, que afecten al ciclo de vida de las mercancías tras su comercialización en el mercado de ese Estado miembro, como las condiciones de uso, el reciclaje, la reutilización o la eliminación, cuando tales condiciones puedan afectar significativamente a la composición o naturaleza de las mercancías, o a su comercialización en el mercado de ese Estado miembro.»

Por tanto, una Directiva comunitaria no cumple el requisito previo establecido para ser norma técnica nacional consistente en ser una norma de un Estado Miembro. Otra cuestión distinta, y que aquí no se ha planteado, es si el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, de Seguridad general de los productos, cumple dichos requisitos para considerarse norma técnica nacional. En todo caso, sería necesario analizar si el mismo cumple los requisitos señalados en el artículo 2.2 del RRM.

VII

Pasamos a analizar otra de las cuestiones que se plantea de la siguiente forma:

«De acuerdo con los criterios de evaluación de la conformidad de la DSGP (que están igualmente incorporados en el RD 1801/2003) para demostrar la seguridad del producto puede utilizarse una norma común europea que recoja las especificaciones técnicas.

¿Habida cuenta que en el caso que nos ocupa existe una norma EN de aplicación en toda la UE, cabe plantearse en estas condiciones recurrir al principio de reconocimiento mutuo en los términos establecidos en el RRM?»

Respecto a esta cuestión nos remitimos a lo dicho en el fundamento tercero sobre los requisitos para la aplicación del RRM. Es decir, si se dan las condiciones para que sea aplicable el RRM habrá que aplicar el mismo, si bien se podrá limitar la entrada de determinadas mercancías en el Estado de destino si se dan los supuestos y por el procedimiento establecido en el artículo 5 de dicho Reglamento.

VIII

Por último, se nos plantea la siguiente cuestión:

«El RRM reconoce excepciones a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo por cuestiones de seguridad.

¿Debe interpretarse bajo este reglamento y cuando hay cuestiones de seguridad en juego que es la autoridad del EEMM la que debe demostrar que el producto en cuestión no es seguro y no el operador como exige la normativa de seguridad europea?»

¿O pueden, por el contrario, las autoridades de vigilancia de mercado exigir al importador la documentación que permita verificar que el producto alcanza los niveles de seguridad exigibles en el E. M. donde se pretende comercializar el mismo?»

La pregunta parte de la base de un supuesto en que la mercancía está dentro del ámbito de aplicación del RRM y se aplicara un bloqueo de entrada en España por cuestiones de seguridad del producto. En estos casos, el RRM establece en el artículo 2.6, relativo al ámbito de aplicación, que «Los artículos 5 y 6 no afectarán a la aplicación de las disposiciones siguientes: a) el artículo 8, apartado 1, letras b) a f), y apartado 3, de la Directiva 2001/95/CE.»

Es decir, que en la evaluación administrativa de mercancías sujetas al principio de reconocimiento mutuo se podrán tener en cuenta las medidas y controles de seguridad establecidos en la Directiva 2001/95/CE.

El artículo 8 de dicha Directiva se refiere a las medidas que pueden adoptar las autoridades competentes de los Estados miembros cuando los productos que se van a introducir en el estado español puedan resultar peligrosos.

Ahora bien, cuando se está evaluando la decisión a tomar conforme al apartado 9 del artículo 5 del RRM (que puede ser por motivos de seguridad del producto) es importante tener en cuenta lo señalado en el apartado 11 del mismo, cuando señala:

«En la decisión administrativa a que se refiere el apartado 9 se incluirá, en particular, la información siguiente:

- a) La norma técnica nacional en la que se basa la decisión administrativa;
- b) Las razones legítimas de interés público que justifican la aplicación de la norma técnica nacional en la que se basa la decisión administrativa;
- c) Las pruebas técnicas o científicas que la autoridad competente del Estado miembro de destino haya tomado en consideración, incluido, en su caso, cualquier cambio relevante en el estado de la técnica que haya tenido lugar desde que entró en vigor la norma técnica nacional;
- d) Un resumen de los argumentos presentados por el agente económico interesado que sean pertinentes para la evaluación a que se refiere el apartado 1, de existir;
- e) Las pruebas que demuestren que la decisión administrativa es adecuada para alcanzar el objetivo perseguido y que la decisión administrativa no excede de lo necesario para alcanzarlo.»

De acuerdo con lo ya expuesto en el fundamento jurídico tercero de este informe, el RRM se aplica a las mercancías del artículo 34 TJUE (de origen comunitario o de terceros países en libre práctica), no sujetas a legislación armonizada y comercializadas legalmente en otro EM; si bien la autoridad nacional de destino, en determinados casos en que se demuestra que los productos son peligrosos y no cumplen la normativa de seguridad pueden denegar el acceso al mercado del producto motivándolo debidamente y acompañando una serie de documentos.

Ahora bien, como hemos expuesto, el propio RRM cuando establece la posibilidad de evaluación de las mercancías y la denegación de acceso al mercado en el Estado de destino exige que se acompañe, entre otros documentos, «las pruebas técnicas o científicas que la autoridad competente del Estado miembro de destino haya tomado en consideración», de lo que no podemos sino concluir que solo se podrá denegar la autorización cuando existan dichas pruebas, ya que así lo exige el RRM.

Además, el considerando 31 del Reglamento 515/2019 señala «La Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (6) precisa que solo pueden introducirse en el mercado productos seguros y establece las obligaciones de los productores y los distribuidores con respecto a la seguridad de los productos. Permite a las autoridades competentes prohibir con efecto inmediato todo producto peligroso o prohibirlo temporalmente, durante el período necesario para efectuar las diferentes inspecciones, verificaciones o evaluaciones de seguridad. Dicha Directiva describe, asimismo, el procedimiento que han de seguir las autoridades competentes para aplicar medidas adecuadas si los productos entrañan riesgos, como las que figuran en su artículo 8, apartado 1, letras b) a f), y establece también la obligación de los Estados miembros de notificar dichas medidas a la Comisión y a los demás Estados miembros.»

Por tanto, las autoridades competentes deben poder seguir aplicando dicha Directiva y, en particular, su artículo 8, apartado 1, letras b) a f), y apartado 3.»

IX

En resumen, y como conclusión más relevante del presente informe, esta Abogacía del Estado considera que el Reglamento (UE) 2019/515, relativo al reconocimiento mutuo de mercancías comercializadas legalmente en otro estado miembro, no es aplicable al caso concreto que originó la solicitud de informe, al no estar ante bienes que se encuentran en libre práctica sino en una fase previa a ello, todo ello de conformidad con el artículo 1 del propio Reglamento que exige para su aplicación dos requisitos de forma cumulativa: que las mercancías estén sujetas al artículo 34 TFUE (en libre práctica) y que se hayan comercializado legalmente en otro estado miembro. Esta conclusión ha sido confirmada por la Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales de la Abogacía General del Estado, que ha emitido informe con fecha 21 de julio de 2023 (AUEI/MAEUEC 370/23).

Esto es todo lo que procede informar. No obstante, usted decidirá.

VI. DERECHO CONSTITUCIONAL

COMPETENCIAS ESTADO - COMUNIDADES AUTÓNOMAS

21.23 INFORME SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS ACTOS INSTITUCIONALES DE CARÁCTER MILITAR ORGANIZADOS POR LA GUARDIA CIVIL EN RELACIÓN CON LA NORMATIVA AUTONÓMICA DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS DE CANTABRIA

Resumen: La consulta versa sobre el régimen de los actos institucionales de carácter militar de la Guardia Civil, en relación con la normativa autonómica de espectáculos públicos de Cantabria. Tras analizar el régimen de dichos actos, la normativa autonómica y la distribución de competencias, el informe concluye que la normativa autonómica de espectáculos no es aplicable a los actos militares de la Guardia Civil, ya que ello incidiría en la competencia exclusiva del estado sobre «Defensa y Fuerzas Armadas» (art. 149.1.1.^a de la Constitución).

Se ha recibido en esta Abogacía del Estado consulta en relación a diversos aspectos del régimen de los actos institucionales de carácter militar de la Guardia Civil en Cantabria, específicamente en relación a cuestiones concretas relativas a la posible aplicación a los mismos de la Ley 3/2017, de 5 de abril, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Cantabria.

El órgano consultante precisa lo que debe entenderse como actos institucionales de carácter militar de la Guardia Civil en lo relativo al presente informe:

«Los actos de carácter militar, en términos generales, tienen su régimen jurídico específico en el Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares, desarrollado en el ámbito concreto de la Guardia Civil por la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012, de honores militares en la Guardia Civil. Son actos de naturaleza netamente institucional [...]»

Según precisa un informe remitido por el propio órgano consultante, las cuestiones que se plantean serían dos:

— Primera, si la Ley 3/2017, de 5 de abril, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Cantabria es aplicable o no a los actos institucionales de carácter militar de la Guardia Civil.

— Segunda, si a los actos militares objeto de este informe les es aplicable la obligación de constituir un seguro de responsabilidad civil, prevista en el art. 15 de la Ley 3/2017, de 5 de abril, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Cantabria.

Examinada la documentación facilitada se realiza el presente informe de acuerdo con las siguientes:

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Sobre la aplicación de la Ley de Espectáculos de Cantabria a actos militares de la Guardia Civil.

I. En primer lugar, debemos analizar si la Ley 3/2017, de 5 de abril, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Cantabria (en adelante, «LEPCan») es aplicable o no a los actos institucionales de carácter militar de la Guardia Civil.

II. Concepto de actos institucionales de carácter militar de la Guardia Civil. A los efectos de este informe se consideran como tales, como precisa el órgano consultante, los previstos en la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012, de honores militares en la Guardia Civil.

Dicha Orden General, desarrolla la previsión del art. 35.1 del Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares (en adelante, «Reglamento de Honores Militares»):

«Artículo 35. Honores militares a rendir por la Guardia Civil.

1. Los honores militares establecidos en este reglamento, serán rendidos por fuerzas de la Guardia Civil en sus actos específicos, así como en aquellos otros en los que se disponga su participación junto a las Fuerzas Armadas.»

Es relevante destacar que el citado Reglamento de Honores Militares se dictó «al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.4.ª de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre Defensa y Fuerzas Armadas», de conformidad con su disposición final primera.

En desarrollo de la previsión del art. 35.1 del Reglamento de Honores Militares, que hace referencia a los «actos específicos» de la Guardia Civil, la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012 contiene normas específicas sobre el desarrollo de lo que denomina «actos militares organizados por la Guardia Civil». En concreto, el art. 7 de la citada Orden, establece:

«Artículo 7. Desarrollo de actos militares organizados por la Guardia Civil.

El desarrollo de los actos militares, en cuanto a aquellos extremos no previstos en los artículos anteriores, se realizará conforme a las prescripciones generales que para cada uno de ellos se establecen en el Anexo II de la presente Orden.»

En definitiva, constituyen el objeto de este informe los *actos militares organizados por la Guardia Civil* previstos y regulados en la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012, de honores militares en la Guardia Civil.

III. El art. 1 de la LEPCan define su objeto y ámbito de aplicación.

«Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

1. La presente ley tiene por objeto, en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria, la regulación de todas las actividades relativas a la organización y celebración de los espectáculos públicos y actividades recreativas, así como de las condiciones que deben reunir los establecimientos públicos y las instalaciones portátiles o desmontables donde aquellos se celebren, con independencia de que sus titulares u organizadores sean entidades públicas o privadas, personas físicas o jurídicas, tengan o no finalidad lucrativa. [...]»

En definitiva, la norma define su ámbito de aplicación de dos formas: por un lado, el subjetivo, es decir, los sujetos cuyas actividades resultan reguladas y; por otro lado, el ámbito objetivo, es decir, qué clase de actividades son las reguladas.

IV. Ámbito subjetivo. La LEPCan define su ámbito subjetivo de forma muy amplia «con independencia de que sus titulares u organizadores sean entidades públicas o privadas, personas físicas o jurídicas, tengan o no finalidad lucrativa». La Guardia Civil se encuentra integrada en la Administración General del Estado (art. 9.b Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y art. 4 Real Decreto 734/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior), por lo que encaja dentro del ámbito subjetivo, como órgano de tal persona jurídico-pública.

V. Ámbito objetivo. La LEPCan define su ámbito objetivo de diversas formas: primera, estableciendo una descripción general, con las correspondientes definiciones de los términos empleados; segunda, estableciendo unas exclusiones expresas, y, tercera, incluyendo un catálogo sin carácter exhaustivo.

V.1 Primero, los actos de carácter militar o, incluso institucional, no aparecen recogidos en el catálogo del anexo. En dicho catálogo se describen únicamente los «espectáculos públicos, establecimientos públicos, y actividades recreativas » y en ninguno de los grupos o supuestos concretos que se recogen tienen encaje los actos objeto de este informe.

V.2 Segundo, los actos objeto de este informe tampoco se recogen entre las exclusiones incluidas en el art. 2 de la LEPCan.

V.3 Tercero, a falta de mención clara en los dos supuestos anteriores, lo relevante es determinar si los actos objeto de este informe tienen encaje en la definición general de su ámbito que hace el art. 1 de la LEPCan. En concreto, dicho precepto define su ámbito objetivo en torno a dos cuestiones: primera, una de carácter competencial «en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria» y, segunda, una de carácter conceptual: «todas las actividades relativas a la organización y celebración de los espectáculos públicos y actividades recreativas.»

En definitiva, para que resulte aplicable la Ley, deben darse dos requisitos: por un lado, que el acto pueda conceptuarse como «espectáculos públicos y actividades recreativas» y; por otro lado, que la cuestión entre dentro «de las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria.»

V.3.1 Por un lado, debe analizarse si los actos militares previstos en la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012, de honores militares en la Guardia Civil, encajan dentro del concepto de «espectáculos públicos y actividades recreativas» de la LEPCan. La LEPCan contiene una definición de espectáculos públicos y de actividades recreativas en el art. 1.2.

En cuanto a los espectáculos públicos, el citado art. 1.2 LEPCan establece:

«a) Espectáculos públicos: serán aquellos acontecimientos que congregan a un público que acude con el objeto de presenciar una representación, actuación, exhibición, proyección o distracción de naturaleza artística, cultural, deportiva o análoga que le es ofrecida por los organizadores o por artistas, intérpretes, actores, deportistas o ejecutantes que intervengan por cuenta de aquellos, bien en un local cerrado o abierto, o en recintos al aire libre, espacios abiertos o en la vía pública.»

Desde un punto de vista de interpretación literal, la LEPCan establece que la actuación debe ser de «naturaleza artística, cultural, deportiva o análoga». Si acudimos a la definición de tales términos del Diccionario de la Real Academia Española: artística sería lo «Perteneiente o relativo a las artes, especialmente a las bellas artes»; cultural sería lo «Perteneiente o relativo a la cultura» y, deportiva, lo «Perteneiente o relativo al deporte». Por tanto, a continuación, debe analizarse si los actos militares objeto de este informe encajan en alguno de esos ámbitos, o alguno análogo.

Los actos militares previstos en la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012, con independencia de que congreguen a un público o no, no pueden calificarse como «una representación, actuación, exhibición, proyección o distracción de naturaleza artística, cultural, deportiva o análogo», ya que su ámbito, finalidad y significado es claramente distinto. El preámbulo de la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012 define la naturaleza y finalidad de los actos militares objeto de este informe, vinculándolo con una exteriorización de la disciplina propia de las actividades de una organización de naturaleza militar:

«La Orden PRE 1983/2012, de 14 de septiembre, por la que se declaran de aplicación a la Guardia Civil diversas normas del ordenamiento militar sobre mando, disciplina y régimen interior, encarna la voluntad institucional de la Guardia Civil de que la disciplina, el ejercicio del mando y las normas de régimen interior, aspectos esenciales para las organizaciones militares como la Guardia Civil o los Ejércitos, sigan rigiéndose, como hasta ahora venía sucediendo, por una regulación común y compartida.

[...]

Como aspecto estrechamente vinculado a la exteriorización de la disciplina, en el Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares se vienen a especificar los que ha de rendir la Guardia Civil en su condición de Instituto armado de naturaleza militar. En este contexto, y en primer lugar, la presente Orden General trata de facilitar el desarrollo de los mismos cuando se lleven a cabo por unidades del Cuerpo; en segundo término, y de acuerdo al artículo 4 de la Orden PRE 1983/2012, de 14 de septiembre, esta norma procura y facilita la aplicación de alguna de las previsiones que sobre actos solemnes y su ceremonial se contienen en las ordenanzas de los ejércitos.»

En el mismo sentido, el Reglamento de Honores Militares, que la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012 desarrolla, regula los honores militares como una manifestación de respeto, vinculada a la naturaleza y actuación propia de las Fuerzas Armadas. Así, el preámbulo del citado Reglamento de Honores Militares indica:

«En representación de la Nación y en nombre de los poderes del Estado, las Fuerzas Armadas rinden honores militares como homenaje y manifestación de respeto a la Bandera de España, al Rey y a determinadas personalidades, autoridades y mandos militares.

[...]

También se recogen los honores que rendirá la Guardia Civil, dada su condición de Instituto armado de naturaleza militar.»

Más específicamente, el art. 1 del Reglamento de Honores Militares define los Honores allí regulados como una actividad propia de las Fuerzas Armadas: «Las Fuerzas Armadas son las encargadas de rendir honores militares [...]» El art. 35.1 extiende esta misma función, propia de las Fuerzas Armadas, a la Guardia Civil: «Los honores militares

establecidos en este reglamento, serán rendidos por fuerzas de la Guardia Civil en sus actos específicos.»

En definitiva, los actos militares objeto de este informe no pueden ser considerados como «Espectáculos públicos» a los efectos, de la LEPCan, ya que no tienen una «naturaleza artística, cultural, deportiva o análoga.». Por el contrario, forman parte de las actividades propias y específicas de las Fuerzas Armadas de las que participa la Guardia Civil, en su condición de instituto armado de carácter militar.

En cuanto a las actividades recreativas, el art. 1.2 LEPCan las define de la siguiente manera:

«b) Actividades recreativas: serán aquellas que congregan a un público o a espectadores que acuden con el objetivo principal de participar en la actividad o recibir los servicios desarrollados por una persona o conjunto de personas físicas o jurídicas, tendentes a ofrecer o procurar al público aislada o simultáneamente con otra actividad distinta, situaciones de ocio, diversión, deporte, esparcimiento o consumición de bebidas y alimentos. »

Podemos trasladar las consideraciones antes realizadas respecto a los espectáculos públicos. La naturaleza y finalidad de los actos militares objeto de este informe, anteriormente analizada, impide definirlos como «tendentes a ofrecer o procurar al público aislada o simultáneamente con otra actividad distinta, situaciones de ocio, diversión, deporte, esparcimiento o consumición de bebidas y alimentos.»

Excluido el carácter de espectáculo público o actividad recreativa de los actos militares objeto de este informe, no es posible considerarlos como «Espectáculos públicos o actividades recreativas, denominadas conmemorativo o efeméride de un acontecimiento», cuestión que específicamente analiza el órgano consultante. Dichos actos de carácter conmemorativo o efeméride, constituyen únicamente un subtipo de los espectáculos públicos o actividades recreativas antes definidos. La propia definición del art. 1.2 LEPCan se refiere a ellos indicando que «serán aquellos que» incluyendo además en su denominación «Espectáculos públicos o actividades recreativas», de los que el carácter conmemorativo constituye una mera precisión («denominadas conmemorativo o efeméride»). Por tanto, excluido que los actos militares objeto de este informe encajen en el concepto principal (sustantivo) de «Espectáculos públicos o actividades recreativas», no es posible que encajen en el sub-tipo (adjetivo) de las «denominadas conmemorativo o efeméride de un acontecimiento.»

En cualquier caso, a más abundamiento, se consideran acertadas las reflexiones realizadas por el órgano consultante para excluir los actos militares objeto de este informe de los «Espectáculos públicos o actividades recreativas, denominadas conmemorativo o efeméride de un acontecimiento»:

«Es fundamental determinar si los actos militares institucionales pueden ser incardinados en dicho artículo 1.2. d), por ser esta categoría la única que plantea dudas conceptuales respecto al objeto de este informe. El precepto parece sentar dos categorías:

1. Actos o eventos de carácter conmemorativo o efeméride, es decir, aquellos destinados a recordar, ya sea el tipo de hechos que relaciona la norma (relevante, histórico, científico, cultural o socialmente reconocido), o bien a una persona, por extensión del propio término (alusivos a la expresión: “aquellos que se celebren...”).

2. Actos o eventos de carácter formal que consisten en el desarrollo público de un determinado acontecimiento, que no forzosamente implique conmemoración de un hecho o circunstancia pasado. Serían aquellos que el artículo menciona como: “o se desarrollan...”.

La existencia de dos categorías de supuestos de hecho de aplicación de la norma estaría subordinada a que los términos conmemorar y celebrar no sean sinónimos para el legislador, puesto que, en tal caso, solo cabría predicar la aplicación del artículo 1.2. d) respecto de aquellos actos públicos que específicamente tuvieran carácter conmemorativo o de celebración de una efeméride concreta, sin que quepa hablar de dos categorías de actos, sino tan solo de una, la de conmemoración o efeméride.

Centrándose en el sentido gramatical, en relación con una interpretación sistemática de la Ley 3/2017, esta última parece ser la intención del legislador, teniendo en consideración que las restantes referencias que figuran en la norma relativas a la categoría de actos que se relacionan en el artículo 1.2. d) solo contienen la expresión “conmemorativos”, lo que excluye en principio los actos oficiales militares ordinarios (juras de Bandera, entregas de Bandera de Unidad, desfiles, etc.), por no ser su finalidad la conmemoración de un acontecimiento pasado de la índole que fuera. Por otra parte, el apartado normativo principia bajo la categoría denominada “Espectáculos públicos o actividades recreativas denominadas conmemorativo o efeméride de un acontecimiento”»

En conclusión, los actos militares objeto de este informe no encajan dentro del concepto de «espectáculos públicos y actividades recreativas», que define el objeto y ámbito de aplicación de la LEPCan.

V.3.2 Por otro lado, debe analizarse si la regulación de los actos militares objeto de este informe entra dentro «de las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria», a los efectos de lo previsto por la LEPCan.

La mención que hace el art. 1 LEPCan al «marco de las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria» es plenamente coherente con el principio de interpretación conforme con la Constitución. Dicho principio impone la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento Jurídico y, proclamado desde fechas muy tempranas por el Tribunal Constitucional (SSTC 2 de febrero de 1981 y 30 de marzo de 1981), está expresamente recogido en el art. 5.1 LOPJ:

«La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.»

En el caso de una norma autonómica, como la LEPCan, es esencial para su interpretación tener en cuenta las competencias autonómicas en base a las que se dicta, especialmente cuando se plantea su aplicación a actuaciones de un órgano estatal, como es el presente caso. La norma autonómica podrá aplicarse a todo aquello para lo que ostente competencias la Comunidad Autónoma, pero no en un ámbito en el que no ostenta competencias, ya que ello implicaría una interpretación contraria a la Constitución.

El preámbulo de la LEPCan indica que se dicta en base a las competencias de la CA de Cantabria sobre espectáculos públicos:

«La Comunidad Autónoma de Cantabria basa sus títulos competenciales para la aprobación de esta ley, en los artículos 24.27 y 24.32 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, según los cuales la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva

sobre espectáculos públicos y sobre procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia, competencias que serán ejercidas en los términos dispuestos en la Constitución.

La Ley Orgánica 2/1994, de 24 de marzo, modificó el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Cantabria aprobado por Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de forma que procedió —entre otras cuestiones— a la ampliación del ámbito competencial de ésta y, entre las nuevas competencias asumidas como exclusivas, se encuentran las correspondientes a los espectáculos públicos y el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia. »

Por el contrario, los actos militares previstos en la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012, de honores militares en la Guardia Civil, constituyen el desarrollo, para la Guardia Civil, de lo previsto en el Reglamento de Honores Militares. Como indica la exposición de motivos del citado Reglamento de Honores Militares: «los honores que rendirá la Guardia Civil, dada su condición de Instituto armado de naturaleza militar». Dicho Reglamento de Honores Militares se dictó «al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.4.^a de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre Defensa y Fuerzas Armadas», de conformidad con su disposición final primera.

La competencia prevista en el art. 149.1.4.^a de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva sobre «Defensa y Fuerzas Armadas». De su forma de redacción, la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la totalidad de la materia y no solo sobre alguna función (como «legislación básica» o «legislación»). Sobre la extensión y contenido de tal título competencial, en relación a leyes autonómicas que pueden incidir en la actuación de las Fuerzas Armadas, podemos hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional («TC») núm. 192/2014 de 20 noviembre (Recurso de Inconstitucionalidad núm. 3508/2005). En dicho recurso se analizaba la validez de la Ley del País Vasco 1/2005, de 4 febrero, para la prevención y corrección de la contaminación del suelo, ya que preveía su aplicación a suelos destinados a uso de las Fuerzas Armadas. Como analiza el TC:

«la eventual actuación del órgano autónomo vasco previsto en la Ley para la supervisión de todas las medidas de protección y reparación de los suelos y actividades potencialmente contaminantes, necesariamente incidirá en el ámbito propio del funcionamiento de las Fuerzas Armadas, que constituyen uno de los elementos esenciales del ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de defensa. »

El TC concluyó que el País Vasco no podía someter la actividad de «Defensa» al completo régimen de la Ley sin establecer acotación o modulación, ya que la actuación de los órganos autonómicos competentes necesariamente incidiría en el ámbito propio del funcionamiento de las Fuerzas Armadas:

«La inclusión del epígrafe 75.22, referido a la actividad o a las instalaciones de “Defensa”, en la relación establecida en el anexo II —que recoge las que potencialmente son susceptibles de generar contaminación del suelo—, sin establecer ningún tipo de acotación o de modulación en relación con las obligaciones que se establecen supone una interferencia y una perturbación del ejercicio de las competencias estatales. Así, la Comunidad Autónoma Vasca no puede sujetar los suelos afectos al uso militar al régimen general y completo de control establecido por la Ley autonómica pues la eventual actuación del órgano autónomo vasco previsto en la Ley para la supervisión de todas las medidas de protección y reparación de los suelos y actividades potencialmente contaminantes —y que

incluye, entre otras, la posibilidad de que se ordene al titular de la actividad o instalación la adopción de medidas, el sometimiento a autorización autonómica de la ampliación de la actividad o ciertas potestades de inspección y vigilancia, todas ellas acompañadas de un régimen sancionador para quienes incumplan las prescripciones impuestas—, necesariamente incide en el ámbito propio del funcionamiento de las Fuerzas Armadas, que constituye uno de los elementos esenciales del ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de defensa.»

En definitiva, podemos deducir que el TC no considera constitucional una normativa autonómica que somete algún aspecto del funcionamiento de las Fuerzas Armadas a un régimen específico, con actuación de órganos autonómicos competentes, sin modulación ni acotación, ya que «incide en el ámbito propio del funcionamiento de las Fuerzas Armadas, que constituye uno de los elementos esenciales del ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de defensa». Por tanto, se dan dos elementos: primero, una norma autonómica que incide en el «ámbito propio del funcionamiento de las Fuerzas Armadas» y; segundo, que lo haga sin establecer una modulación ni acotación.

Las anteriores consideraciones deben trasladarse al supuesto objeto de este informe desde el prisma del principio de interpretación conforme. Primero, la LEPCan, no establece ninguna precisión ni norma específica dirigida a los actos militares objeto de este informe.

Segundo, debe determinarse si los actos militares previstos en la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012, de honores militares en la Guardia Civil forman parte del «ámbito propio del funcionamiento de las Fuerzas Armadas». Como se ha analizado anteriormente, las normas que regulan dichos actos, el Reglamento de Honores Militares y la Orden que lo desarrolla en el ámbito de la Guardia Civil, se dictan en desarrollo de la competencia estatal en materia de «Defensa y Fuerzas Armadas», como indica la disposición final primera del Reglamento de Honores Militares. En el mismo sentido, el art. 1 del Reglamento de Honores Militares vincula tales Honores a una actividad propia de las Fuerzas Armadas: «Las Fuerzas Armadas son las encargadas de rendir honores militares [...]». Por tanto, la actuación de la Guardia Civil en el desarrollo de dichos actos militares implica el ejercicio de una función derivada de «su condición de Instituto armado de naturaleza militar», como indica el art. 35.1 del Reglamento de Honores Militares. Por tanto, el desarrollo por la Guardia Civil de los actos militares objeto de este informe constituye un «ámbito propio del funcionamiento de las Fuerzas Armadas.»

Por lo tanto, la incidencia de una normativa autonómica que pudiera someter los citados actos militares a determinados requisitos o previa actuación, autorización o supervisión de órganos autonómicos previstos en la misma, sin ninguna especialidad o precisión, implicaría una incidencia autonómica «en el ámbito propio del funcionamiento de las Fuerzas Armadas» lo que no resultaría constitucionalmente legítimo.

En conclusión, la LEPCan debe interpretarse en el sentido de que no resulta de aplicación a los actos militares previstos en la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012, de honores militares en la Guardia Civil, ya que ello implicaría una incidencia sin fundamento constitucional en materia de competencia exclusiva del estado sobre «Defensa y Fuerzas Armadas» (art. 149.1.1.ª de la Constitución).

V.4 Cuarto, como cuestión adicional a analizar, íntimamente relacionada con el objeto de la consulta, debe analizarse si la existencia de invitados o asistentes a los actos militares altera de alguna forma las anteriores consideraciones, haciendo aplicable la LEPCan.

El art. 1 LEPCan fija su ámbito de aplicación en referencia a lo relativo a los «espectáculos públicos y actividades recreativas». Por su parte, los conceptos contenidos en el art. 1.2 LEPCan prevén la existencia de público o espectadores, pero siempre en relación a los concretos acontecimientos que constituyen los «espectáculos públicos y actividades recreativas» objeto de la Ley. Dicho de otra forma, la LEPCan no regula cualquier congregación de personas, sino que dicho público o espectadores solo serán regulados por la Ley en la medida que acudan a «espectáculos públicos y actividades recreativas» reguladas en la misma.

En el presente caso, los actos militares objeto de este informe no entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley, como se ha analizado anteriormente, por lo que la existencia de *público* o *espectadores* no hace aplicable la LEPCan a los mismos.

VI. En conclusión, la Ley 3/2017, de 5 de abril, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Cantabria no resulta aplicable a los *actos militares organizados por la Guardia Civil* previstos y regulados en la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012, de honores militares en la Guardia Civil.

2. Sobre la obligación de constituir un seguro de responsabilidad civil.

Como segunda cuestión, se plantea si a los actos militares objeto de este informe es aplicable la obligación de constituir un seguro de responsabilidad civil, prevista en el art. 15 LEPCan.

El art. 15 LEPCan establece, en lo que aquí interesa:

«Artículo 15. Seguro de responsabilidad.

1. Los titulares de establecimientos públicos, instalaciones portátiles o desmontables o, en su caso, los organizadores de espectáculos y actividades recreativas incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley, deberán tener suscrito contrato de seguro [...]

En el presente caso, los actos militares objeto de este informe no están «incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley», con lo que no resulta aplicable la obligación de constituir un seguro de responsabilidad civil, prevista en el art. 15 LEPCan.

En base a lo anterior, puede formularse las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. La Ley 3/2017, de 5 de abril, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Cantabria no resulta aplicable a los *actos militares organizados por la Guardia Civil* previstos y regulados en la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012, de honores militares en la Guardia Civil.

Segunda. La obligación de constituir un seguro de responsabilidad civil, prevista en el art. 15 de la Ley 3/2017, de 5 de abril, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Cantabria, no resulta aplicable a los *actos militares organizados por la Guardia Civil* previstos y regulados en la Orden General número 10, de 22 de noviembre de 2012, de honores militares en la Guardia Civil.

En todo ello tengo el honor de informar, no obstante VI. resolverá

VII. DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

22.23 CALIFICACIÓN, EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS, DE LOS RENDIMIENTOS OBTENIDOS POR LOS ÁRBITROS DE BALONCESTO

Resumen: Determinar cómo deben calificarse, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los rendimientos obtenidos por los árbitros de baloncesto que se perciben de las federaciones o de las ligas profesionales y si, a tal efecto, resulta relevante la naturaleza de la relación que une al perceptor y a la asociación.

El Abogado del Estado, en la representación y defensa que legalmente ostenta, en los autos del recurso de casación referenciado en la carátula precedente, ante la Sala y Sección comparece y, como mejor proceda en Derecho, dice:

Que, por diligencia de ordenación de 5 de septiembre de 2023, notificada el 13 siguiente, se le ha concedido un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición del recurso de casación anteriormente referenciado y al efecto, dentro del plazo concedido, realice las alegaciones que siguen, en las que se razona por qué han sido infringidas las normas que como tales se identificaron en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que se deducen y los pronunciamientos que se solicitan:

1. Objeto del recurso.

De acuerdo con el Auto de la Sala —Sección Primera— de 21 de junio de 2023 por el que se admite el recurso de casación, la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en:

«Determinar cómo deben calificarse, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los rendimientos obtenidos por los árbitros de baloncesto que se perciben de las federaciones o de las ligas profesionales y si, a tal efecto, resulta relevante la naturaleza de la relación que une al perceptor y a la asociación.»

Como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación se identifican los artículos 17.1 y 27.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE de 29 de noviembre) [«LIRPF»].

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

2. Sobre las infracciones en que incurre la sentencia recurrida y las razones de esta parte para entender que no es conforme a derecho.

Antes de profundizar en las infracciones en que incurre la sentencia recurrida, con el fin de facilitar al máximo la tarea de esa Sala sentenciadora, vamos a reproducir en

este escrito los antecedentes recogidos en nuestro escrito de preparación del recurso de casación y que se concretan en lo que sigue:

1. La Oficina Gestora de la Administración de la AEAT de Letamendi (Barcelona), con fecha 26 de diciembre de 2017, inició un procedimiento de comprobación limitada —ex artículos 136 y 137 LGT/2003— cerca de D. XXX, mediante un requerimiento para que aportara ante la Oficina indicada la documentación que se detalla en el mismo relacionada con las rentas obtenidas por su actividad de árbitro de baloncesto.

2. Con fecha 17 de enero de 2018, la Oficina en cuestión, notificó al obligado tributario trámite de alegaciones y propuesta de liquidación provisional que, tras la cumplimentación oportuna, fue seguida de la notificación, el 16 de junio de 2018, de una liquidación provisional por IRPF 2016, por una cantidad a ingresar de 6.718,36 euros, en concepto de cuota tributaria e intereses de demora.

En dicha liquidación, sirviendo de base a la regularización pertinente, se procedió a recalificar los rendimientos obtenidos y las retenciones soportadas por el obligado como árbitro de baloncesto, como rendimientos del trabajo, de conformidad con la verdadera naturaleza de los mismos ya que no se aprecia la existencia de verdadera independencia del contribuyente al no asumir el riesgo y ventura de la actividad que realiza, considerándose por tanto que lo que subyace es en realidad una relación de dependencia económica con la empresa, especialmente la Asociación de Clubes de Baloncesto (ACB), de la que percibe los rendimientos, excluyéndose, en todo caso, las cantidades exentas en concepto de dietas, por un total de 1.989,85 euros. De ese modo, de los 64.205,11 euros declarados, únicamente están sometidos a tributación, 62.215,26 euros.

3. Disconforme el obligado con esa liquidación, formuló contra ella la oportuna reclamación económico administrativa ante el TEARC que, por resolución de 14 de julio de 2020, estimó en parte la reclamación, confirmando la consideración de los ingresos percibidos por el mismo como rendimientos del trabajo exonerando, no obstante, al mismo de los gastos satisfechos en concepto de dietas, al no constarle que la Administración tributaria hubiere requerido a la entidad pagadora para que justificase el importe de dichos gastos.

4. Contra la citada resolución del TEARC de 14 de julio de 2020, se interpuso ya por el interesado recurso contencioso ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Cataluña (recurso 2942/2020 - n.º Sección 1153/2020) que, por sentencia de 29 de junio de 2022, estimó el recurso tomando por base exclusiva de su decisión una sentencia de la Sala de lo Social de ese Tribunal Superior de Justicia, de 25 de mayo de 2015 (r. de suplicación 7335/2014), compartida y asumida posteriormente por la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, sentencia de 5 de julio de 2019 r. de suplicación 175/2019, reproduciendo, en su FD Tercero, íntegramente, el FJ 7.º.

La citada sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en pocas palabras, estima el recurso de suplicación formulado por la ACB, anulando todas las actuaciones del procedimiento de despido seguidas ante el Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona, por falta de competencia del orden jurisdiccional social a favor del orden civil, excluyendo, por diversas razones, la naturaleza laboral de la relación entre árbitros y la ACB.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Cataluña, ahora recurrida, asume la sentencia anterior sin la más mínima referencia en sus razonamientos a la vertiente fiscal de esa calificación ni, por supuesto, mención alguna a los preceptos aplicables de la LIRPF, que era la cuestión básica a analizar.

Pues bien, la sentencia recurrida infringe, por omisión, dada la nula referencia que se hace en la misma a los preceptos fiscales que conciernen al caso, el artículo 17.1 y, a sensu contrario, el artículo 27.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Como ya tuvimos oportunidad de plasmar en nuestro escrito de preparación del recurso, en pocas palabras, la cuestión controvertida no es otra que determinar el tipo de actividad realizada por los árbitros de baloncesto, cuya vinculación a la ACB es evidente y especialmente si, cualquiera que sea el tipo de relación que pueda entenderse que mantienen con dicha Asociación, los rendimientos derivados de la actividad arbitral deben calificarse, a efectos fiscales, como rendimientos del trabajo o como rendimientos de actividades económicas.

Pues bien, la Sala sentenciadora, analiza en su fallo, exclusivamente, la naturaleza de la relación existente entre el árbitro de baloncesto, la Asociación de Clubes de Baloncesto (ACB) y las federaciones de baloncesto, teniendo en cuenta de forma exclusiva, como hemos dicho, lo señalado en una Sentencia de la Sala de lo Social, Sección Primera, del TSJ de Cataluña, de 25 de mayo de 2015, a la que luego se adhirió el TSJ de Madrid, Sala de lo Social, en sentencia de 5 de julio de 2019, y que, estimando un recurso de suplicación formulado por la ACB anuló todas las actuaciones de despido seguido ante un Juzgado de lo Social de Barcelona, por falta de competencia del orden jurisdiccional social a favor del orden civil.

Acto seguido, reproduce los FD Cuarto a Séptimo del fallo del orden social, negando, como se ha dicho, la existencia de una relación laboral por cuenta ajena entre el árbitro y la ACB y las federaciones, al no tener la primera de ellas facultades exclusivas para intervenir en la actuación profesional del árbitro, facultades que eran ejercidas de forma coordinada, en los términos que se indican detalladamente en el fallo, con la FEB (que no fue demandada), en base a un acuerdo o convenio de coordinación entre ellas así como de las previsiones de los Estatutos, Reglamentos, Convenios y Acuerdos de Interés Profesional, mencionados y glosados en la sentencia.

En este sentido, hacemos mención expresa a los Estatutos de la RFEB aprobados el 1 de julio de 2017 (artículos 45, 110 a) y 116 y siguientes), al artículo 4 a) de los Estatutos de la ACB que nos habla de que corresponde a la misma la organización de sus propias competiciones en coordinación con la FEB. Por supuesto, al artículo 74.2.a) de la Ley 10/1990 del Deporte, aplicable *ratione temporis*, que atribuye claramente la potestad disciplinaria sobre los árbitros a las Federaciones, con el matiz del artículo 6.2.c) Real Decreto 1591/1992, que la desarrolla, de un posible convenio con las ligas profesionales para nombrar el Comité o la posible existencia, en defecto de convenio, de un Juez único. Por su parte, el artículo 3.1. f) del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas, atribuye la potestad disciplinaria en los términos de la ley del Deporte, sus disposiciones de desarrollo y sus Estatutos y reglamentos, a las Federaciones deportivas.

La posición de la Sala sentenciadora que, como hemos visto, se limita a asumir el planteamiento de la Sala de lo Social del propio TSJ, acerca de la naturaleza de la relación que une al árbitro con la ACB y la FEB, que califica de no laboral, no es más que un reflejo de una de las posiciones que a lo largo de estos años han mantenido los órdenes jurisdiccionales contencioso administrativo y social sobre la naturaleza de la relación de los árbitros con las Federaciones y Ligas Profesionales, oscilando el debate entre su relación laboral (basada en conceptos de ajenidad y dependencia) y la relación administrativa especial o estatutaria, como parecen

postular, por diversas razones, las sentencias indicadas, siendo esta última la posición mayoritaria¹.

En esa línea de calificar ya de forma explícita la relación como estatutaria, se manifiestan Sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia, del orden social, como la Sentencia del TSJ de Galicia de 4 de febrero de 1999 r. 5239/1998 que también se declara incompetente para conocer de la controversia en favor de la jurisdicción contencioso administrativa (en este caso, se trataba de un árbitro de fútbol), basándose fundamentalmente en el origen de las funciones públicas de carácter administrativo que ejercen las Federaciones, al actuar como agentes colaboradores de la Administración Pública, lo que le lleva a concluir que el árbitro demandante no desarrollaba sus funciones dentro del ámbito de organización y dirección de la RFEF y de que, por tanto, la relación entre ellos existente no encajaba en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores, porque no reunía todas las notas, que para ello se exigen, en su artículo 1.1, haciendo constar ya que «*la calificación, como administrativa, de la relación, que une a las partes litigiosas es, en principio, la adecuada, ya que, aparte de que apuntan a la misma todos los datos anteriormente expuestos, la Sala Tercera del Tribunal Supremo aceptó, en un supuesto análogo al que es objeto de este procedimiento, aunque enfocado desde otro ángulo, su competencia para conocer del mismo[...]»*

Esta misma posición es mantenida por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de marzo de 2000 y, más recientemente, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de fecha 5 de julio de 2019 (rec. 175/2019), cuyo FD Octavo comienza diciendo:

«Octavo, En suma, es la propia regulación normativa de la figura del árbitro profesional la que revela que no estamos en presencia de un contrato de trabajo, sino que su prestación de servicios entraña *una relación administrativa especial sujeta a la específica normativa por la que se rige tal relación contractual*. En este punto, el Tribunal comparte, y asume, los acertados criterios que lucen en la sentencia de la Sala «de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de mayo de 2015 (recurso n° 3905/2002).»

La Sala sentenciadora, en línea con los pronunciamientos de la Sala de lo Social de los TSJ de Cataluña y Madrid, considera que no puede entenderse que, entre el obligado tributario, el árbitro y la ACB, en concreto, exista una relación laboral por cuenta ajena, lo que, de entrada, —queremos entender, dada la nula referencia en el fallo a la normativa fiscal—, determinaría que las rentas satisfechas por dicha Asociación al árbitro por el ejercicio de esa función no puedan considerarse como rendimientos del trabajo, a los efectos de su tributación como tales rendimientos en el IRPF.

Pues bien, como vamos a argumentar, sea cual sea la naturaleza de la relación, *laboral o estatutaria*, en los términos expuestos por la línea mayoritaria del orden social si, como bien dijo el TEARC, lo trasladamos al ámbito tributario, la calificación atribuible a las rentas o remuneraciones que perciben de las Federaciones o de las Ligas Profesionales, en este caso, de la ACB, no puede ser otra, en todo caso, que la de

¹ En este sentido, y como muestra de ese debate, traemos a colación, por ejemplo, la posición de autores como Rijo Muñoz, Julio, en un reciente y exhaustivo trabajo, que, consciente del problema y de los diversos pronunciamientos jurisdiccionales, ante la inexistencia de una norma al respecto, se inclina por entender que esa actividad arbitral debería revestir, en su opinión, carácter de relación laboral y, en consecuencia, aplicárseles las normas reguladoras del Derecho del Trabajo y en concreto la normativa de la relación laboral especial de los deportistas profesionales. «Sobre la naturaleza jurídica de la actividad de los árbitros en competencias deportivas profesionales». Marzo de 2020. Se puede encontrar en internet.

rendimientos del trabajo del artículo 17.1 de la LIRPF/2006, tal y como razonábamos en nuestro escrito de preparación del recurso.

El párrafo primero de dicho artículo 17.1, bajo la rúbrica «Rendimientos íntegros del trabajo» dispone que:

«1. Se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del *trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria* y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas.»

Es evidente que el precepto en cuestión incluye en la consideración de rendimientos íntegros de trabajo, lo que, entre otras cosas, implica el sometimiento de los mismos a las previsiones contenidas en las Sección 1.ª del Capítulo II de la Ley (artículos 17 a 20) y concordantes de la misma, «*todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria* y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas.»

Es decir que, la existencia de una relación laboral no es el único presupuesto que permite considerar como rendimientos íntegros del trabajo las cantidades percibidas por el trabajador, en situación de dependencia y ajenidad, sino que también pueden considerarse rendimientos del trabajo a estos efectos, los derivados de otro tipo de relaciones, recogidas en el mismo artículo 17.2 LIRPF/2006, tales como las retribuciones de los administradores del apartado 2.e), las becas del apartado 2.h), las prestaciones de los beneficiarios de planes de pensiones del apartado 2.2.a.2.ª, aparte de la más normal, los sueldos y salarios, y, *por supuesto, las derivadas de una relación administrativa especial o estatutaria, como reza expresamente el precepto, la que, mayoritariamente, según la doctrina de las Salas de lo Social de los TSJ, vincula al árbitro con la organización federativa o la liga profesional.*

Como ejemplos concretos, derivados de la doctrina de la Dirección General de Tributos (DGT) del Ministerio de Hacienda, cuyo valor interpretativo del ordenamiento tributario resulta indudable, en los que nos encontramos ante rendimientos derivados del trabajo personal y, por tanto, ante rendimientos de trabajo sujetos al IRPF —ex artículo 17 de la LIRPF/2006—, podemos citar los siguientes: las retribuciones percibidas como tutor legal de una persona (Consultas Vinculante (CV) 4843-16 y 1778-18); las cantidades percibidas por los profesores tutores de la UNED, pese a no existir relación laboral o estatutaria alguna (CV0427-2008); las cantidades percibidas por bomberos voluntarios que colaboran con los parques profesionales de bomberos, pese a no existir una relación laboral o funcionarial (CV2114-2008); las cantidades percibidas por voluntarios municipales de Protección Civil, que colaboran en los servicios de vigilancia y detección de incendios forestales (CV1399-2008) o de vigilancia de las playas (CV0532-2010) o las cantidades percibidas por padres y profesores que colaboran voluntariamente en las labores de vigilancia del comedor escolar (CV1461-18).

Es más, la propia DGT en sus CV 0725-06, 2556-06, 1860-11, 0286-14, 1647-15, 4071-15, 0384-17 y 1235-20, en este caso concreto, dado el tenor de los artículos 17.1 y 27.1 LIRPF/2006, ha dejado claro que «*conforme a ambas definiciones, procede calificar —a efectos del IRPF— como rendimientos del trabajo los percibidos por los árbitros-deportivos-jueces de las correspondientes federaciones deportivas por el desarrollo de su trabajo, pues no concurre la ordenación por cuenta propia de medios de producción y recursos humanos, o de uno de ambos, configuradora de las*

actividades económicas», entendiéndose que tal ordenación es desarrollada por las propias federaciones deportivas.

Esta es la clave, en nuestra opinión, para entender que nos encontramos realmente ante una relación de naturaleza estatutaria, pues en el desempeño total de su actividad el árbitro está sometido a las facultades de intervención que corresponden, de forma coordinada a la FEB o las regionales y a la ACB. Como dice el propio fallo de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña (FD Cuarto) en el que se basa la recurrida, «[...] *el árbitro en cada partido es un agente o representante de la Federación, con una serie de potestades derivadas de la Ley del Deporte y de su desarrollo reglamentario. O, dicho de otro modo, el control sobre la organización y desarrollo de las competiciones que corresponde a la Federación sobre los sujetos implicados en la actividad deportiva se realiza en gran medida a través de los árbitros (y de los jueces); el árbitro es un agente de la Federación que actúa como máxima autoridad deportiva en el partido. Y en esta labor, la ACB no puede interferir ni para definir las tareas o supuestos en que han de ser ejercitadas ni en la delimitación de las acciones concretas con el árbitro ha de actuar, ni perfilar su intensidad y/o maneras con que expresarlas [...]*». Por otro lado, no se puede perder de vista que el árbitro, al ser titular de la licencia federativa correspondiente, tiene, como sigue diciendo el fallo, «una relación con la Federación de carácter especial, está sujeto a una relación de supremacía o sujeción especial «(FD Segundo) (lo propio de una relación estatutaria) ejerciendo la Federación la potestad disciplinaria deportiva durante el desarrollo de los encuentros.

Por otro lado, y refiriéndose al papel de la ACB, como sigue diciendo el fallo, «*la ordenación y dirección que la ACB pueda realizar sobre sus competiciones debe hacerse dentro del marco que previamente le haya fijado la FEB.*»

En todos los casos, la falta de una ordenación por cuenta propia de medios de producción es lo que permite calificarlo como rendimiento del trabajo a todos los efectos, incluida la obligada retención por parte del pagador.

Pero es más, no bastaría ello para considerar fiscalmente esos ingresos como rendimientos del trabajo sino que, como termina diciendo el artículo 17.1 LIRPF, es necesario en todo caso, que «*no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas*», lo que nos obliga a analizar si en la actividad del árbitro se dan o no las notas típicas de los rendimientos de la actividad económica, definidos en el artículo 27.1, primer párrafo de la misma LIRPF/2006, de la siguiente forma:

«1. Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.»

Pues bien, de nuevo, con lo señalado por el TEARC en la resolución anulada por la sentencia recurrida, cuya revocación pretendemos, en la actividad del árbitro no se dan las notas propias de los rendimientos de actividades económicas, no existiendo una ordenación por cuenta del obligado de medios de producción y de recursos humanos para el desarrollo de su actividad, según lo expuesto anteriormente.

Se dice en el artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, que el trabajador autónomo es aquella persona física que realiza por cuenta propia y fuera del ámbito de organización y dirección de otra persona una actividad económica o profesional a título lucrativo, sin excepciones o reservas.

Pues bien, sin perjuicio de su independencia en el desempeño de la labor técnico-deportiva, los árbitros se integran, como hemos visto y, por remisión a la sentencia de la Sala de lo Social resalta el fallo impugnado (los califica como agentes o representantes de la Federación), en el ámbito de una organización federativa bajo cuyas directrices ejercen su función.

No cabe duda que es la entidad federativa o la liga profesional (en este caso la ACB, la FEB o la Federación Catalana de Basketball) la que establece los partidos, su calificación técnica, el uniforme que deben utilizar para ejercer la actividad siendo la propia organización, en este caso, la ACB, la que facilita el abono de un salario con una parte fija y otra de cuantía fija, pero de proporción variable en función del número de partidos arbitrados, que son establecidos igualmente por la entidad organizadora².

Es decir, la existencia de una relación laboral no es la característica imprescindible para la calificación de este tipo de rentas como rendimientos del trabajo ya que pueden existir—lo hemos probado— rendimientos del trabajo sujetos como tales al IRPF (entre ellos estarían, por supuesto, los derivados de una relación estatutaria o administrativa especial sujeta a una normativa específica por la que se rige la relación contractual—en este caso, los Estatutos, Reglamentos, Convenios y Acuerdos de Interés Profesional mencionados en la sentencia—) al margen de la relación laboral y que derivan del trabajo personal.

En este caso, la calificación fiscal correcta es la de rendimiento del trabajo, salvo que se acredite que se trata de rendimientos de la actividad económica, en cuyo caso prevalece esta última, lo que no es el caso, como se ha explicitado.

Elo ha de llevar ya a la estimación del recurso ante la clara infracción del artículo 17.1 LIRPF/2006 y a *sensu contrario* del artículo 27.1, primer párrafo de la misma Ley, sentando doctrina al respecto.

3. Pretension que se deduce y pronunciamiento que se solicita.

En base a todo lo expuesto, se solicita la estimación del recurso con consiguiente anulación de la sentencia estimatoria de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Cataluña—Sección Primera— de 29 de junio de 2022, por la que se estima el recurso de la Sala 2942/2020, Sección 1153/2020, interpuesto por D. Jordi Aliaga i Solé contra resolución del TEARC de 14 de julio de 2020, por ser contraria a derecho y que, interpretando correctamente los artículos 17.1 y, a *sensu contrario*, el artículo 27.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, fije, en primer lugar, como doctrina que:

— Las cantidades percibidas por los árbitros de la ACB, por el desarrollo de su tarea arbitral, tienen, en todo caso, la consideración de rendimientos del trabajo del artículo 17.1 de la LIRPF/2006 y, como tales, deben tributar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a todos los efectos.

La estimación del recurso ha de llevar a esa Sala a la desestimación del recurso del obligado contra la resolución del TEARC y a la confirmación, por tanto, de la liquidación recurrida.

² Según reciente información periodística un árbitro de la Liga Endesa, la Liga nacional, organizada por la ACB, tiene un salario anual entre 45.000 y 50.000 euros y 1.000 euros más por cada partido que arbitre. Esa cantidad llega a los 1.400 euros si se trata de un partido de la Euroliga de baloncesto. Página web www.marca.com del día 13 de septiembre de 2022.

IMPUESTOS ESPECIALES

23.23 RECURSO DE CASACIÓN EN RELACIÓN CON EL IMPUESTO ESPECIAL DE HIDROCARBUROS. EXCEPCIONES A LA EXENCIÓN DEL GAS NATURAL

Resumen: Si, a la luz de la STJUE Cristal Union, el art. 14.1.a) de la Directiva 2003/96, conlleva la exención directa y obligatoria para los Estados miembros en relación con el gas natural que se destine, en particular en este caso, a la cogeneración de electricidad y calor, o si permite a los Estados miembros introducir excepciones por motivos de política medioambiental, como la recogida en el art. 51.2.c) LIE, tras la Ley 15/2012.

El Abogado del Estado, en la representación legal y asistencia letrada que le corresponde, ante la Sala y Sección comparece y como mejor proceda en Derecho, dice:

Que, con fecha 5 de julio de 2023, se le ha notificado **sentencia de 23 de junio de 2023**, de esa Sala de lo Contencioso-Administrativo, por la que se estima el **recurso 146/2022**, de XXX, S. L., contra Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Castilla y León-Sala de Burgos (TEARCL) de 16-12-2021, desestimatoria de las reclamaciones económico-administrativas acumuladas contra denegación de solicitud de devolución de ingresos indebidos, en concepto de Impuesto Especial sobre Hidrocarburos, por los periodos de 6P (junio) a 9P (septiembre) de 2018, por un importe total acumulado de 99.648,10 euros.

Que, considerando que dicha sentencia infringe el ordenamiento jurídico y que concurren los requisitos para recurrirla en casación, especialmente que concurre un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, por medio del presente escrito se **prepara recurso de casación** conforme a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

Primero. Plazo, legitimación y recurribilidad de la sentencia que se impugna.

Este recurso se prepara y presenta dentro del plazo de treinta días desde el siguiente a la notificación de la sentencia que tuvo lugar el 5 de julio de 2023. Prepara el recurso la Abogacía del Estado en nombre de la Administración General del Estado que fue parte en el recurso ante la Sala, formulando oposición a la demanda. Tiene por objeto una sentencia dictada en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia que no está excluida del recurso de casación (art. 86 LJCA).

Segundo. Antecedentes.

1. XXX S. L., (la Interesada) instó la rectificación de sus autoliquidaciones con devolución de ingresos indebidos en relación con el Impuesto Especial sobre Hidrocarburos (IEH), que había satisfecho por los periodos de 6P (junio) a 9P (septiembre) de 2018, por un importe total acumulado de 99.648,10 euros, por la adquisición de gas

natural para la producción de energía eléctrica en instalaciones de cogeneración de su titularidad.

2. La Dependencia de Aduanas e Impuestos Especiales de la AEAT dictó resolución desestimatoria de la solicitud de rectificación de las autoliquidaciones y devolución de ingresos indebidos de la Interesada.

3. Interpuesta reclamación económico-administrativa ante el TEARCL, fue desestimada por éste en Resolución de 16-12-2021, frente a la que la Interesada interpuso recurso contencioso-administrativo, estimado por la Sentencia del TSJ de Castilla y León, sede de Burgos, de 23-6-2023 frente a la que se prepara este recurso (STSJCL).

4. El FD Quinto de la STSJCL se refiere a la Providencia de 12-7-2021 de la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que inadmitió un recurso de casación relativo a la misma cuestión que la STSJCL analiza, en torno a la conformidad con el Derecho de la UE [art. 14.1.a) Directiva 2003/96/CE y STJUE Cristal Union, C31/2017], del gravamen del gas natural en el IEH. También cita la STSJCL una serie de Autos de la misma Sección que, con posterioridad, han admitido varios recursos de casación para dilucidar la misma cuestión.

5. Los FFDD Sexto y Séptimo STSJCL, contienen su «ratio decidendi». En resumen, el primero, constata que el gas natural es un combustible fósil. Destaca varios apartados de la STJUE Cristal Union, así como los Considerandos 11, 12 y 13 de la Directiva 2003/96/CE y termina:

*«De lo expuesto hasta ahora, resulta que la consideración de combustible fósil del gas natural no determina que una exención como la pretendida en el presente recurso resulte incompatible con el fomento de objetivos de política medioambiental. Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que **la cogeneración da lugar a menos emisiones de CO2 por unidad de rendimiento que la producción separada de calor y electricidad.**»*

El FD Séptimo concluye:

«... no se ha cuestionado que la mercantil demandante es titular de una instalación de cogeneración eléctrica, siendo la tecnología de cogeneración que utiliza un modo de producción de energía eléctrica basado en dos ciclos diferenciados: un ciclo de turbina de gas y un ciclo de turbina de vapor. Tampoco se la cuestionado la utilización, por la demandante, del gas natural para la generación o cogeneración de electricidad.

Pues bien; del contenido de la STJUE de 7 de marzo de 2018 (C– 31/2017 –asunto Cristal Unión–), ha de concluirse que los productos energéticos utilizados para la producción combinada de calor y electricidad, como es el gas natural en el presente caso, están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la exención obligatoria prevista en el artículo 14, apartado 1, letra a), primera frase, de la Directiva 2003/96.

Por tanto, a la vista de lo expuesto, lo que procedía era aplicar dicha normativa comunitaria y no el ordenamiento jurídico interno vigente en esos momentos, por aplicación de la eficacia vertical directa, por lo que la conclusión que se alcanza es la aplicación al gas natural de la exención en el impuesto examinada, durante el periodo de tiempo al que se concreta la pretensión, sin que resulte necesario el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dada la interpretación realizada en el asunto Cristal Unión antes citado.»

Tercero. Normas infringidas

Arts. 14 Y 15 de la directiva 2003/96/ce del consejo, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad (directiva 2003/96) en relación con la doctrina del tribunal de justicia de la Unión Europea contenida en su sentencia del caso Cristal Union de 7-3-2018, asunto c-31/17 (stjue Cristal Union)]. También, art. 51.2. C) de la ley 38/1992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales (lie) en la redacción dada por la ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (ley 15/2012).

El art. 14 de la Directiva 2003/96, dispone:

«1. Además de las disposiciones generales sobre los usos exentos de los productos sujetos a impuestos especiales establecidas en la Directiva 92/12/CEE, y sin perjuicio de otras disposiciones comunitarias, los Estados eximirán del impuesto a los productos mencionados a continuación, en las condiciones que ellos establezcan para garantizar la franca y correcta aplicación de dichas exenciones y evitar cualquier fraude, evasión o abuso:

a) los productos energéticos y la electricidad utilizados para producir electricidad y la electricidad utilizada para mantener la capacidad de producir electricidad. Sin embargo, por motivos de política medioambiental, los Estados miembros podrán someter estos productos a gravamen sin tener que cumplir los niveles mínimos de imposición establecidos en la presente Directiva. En tal caso, la imposición de estos productos no se tendrá en cuenta a los efectos del cumplimiento del nivel mínimo de imposición de la electricidad establecido en el artículo 10.»

El art. 15 de la Directiva 2003/96, por su parte, dice:

«1. Sin perjuicio de otras disposiciones comunitarias, los Estados miembros podrán aplicar bajo control fiscal exenciones totales o parciales o reducciones del nivel de imposición a:

[...]

c) los productos energéticos y la electricidad utilizados para la generación combinada de calor y electricidad.»

En nuestro derecho interno, el art. 51 LIE, entre el 1-1-2002 y el 31-12-2012, consideró exentos de tributación a los hidrocarburos destinados a la producción de electricidad en centrales eléctricas o a la cogeneración de electricidad y de calor en centrales combinadas. En cambio, entre el 1-1-2013 y el 1-7-2018, período ahora relevante, tras la reforma operada por la Ley 15/2012, la exención quedó limitada a los productos clasificados en el Código NC 2705, «Gas de hulla, gas de agua, gas pobre y gases similares, excepto el gas de petróleo y demás hidrocarburos gaseosos». El art. 51.4 LIE quedó redactado como sigue:

«Además de las operaciones a que se refiere el artículo 9 de esta Ley, estarán exentas, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 53, las siguientes operaciones:

4. La fabricación e importación de los productos clasificados en el código NC 2705 que se destinen a la producción de electricidad en centrales eléctricas o a la producción de electricidad o a la cogeneración de electricidad y calor en centrales combinadas o

a su autoconsumo en las instalaciones donde se hayan generado. A los efectos de la aplicación de esta exención se consideran:

1.º *Central eléctrica: La instalación cuya actividad de producción de energía eléctrica queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y cuyo establecimiento y funcionamiento hayan sido autorizados con arreglo a lo establecido en el Capítulo I del Título IV de dicha Ley.*

2.º *Central combinada: La instalación cuya actividad de producción de electricidad o de cogeneración de energía eléctrica y calor útil para su posterior aprovechamiento energético queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y cuyo establecimiento y funcionamiento hayan sido autorizadas con arreglo a lo establecido en el Capítulo II del Título IV de dicha Ley.»*

La exposición de motivos de la Ley 15/2012, razonó: «*las actividades de generación de electricidad a partir de combustibles fósiles constituyen grandes focos de emisión de gases de efecto invernadero, por lo que, desde un punto de vista fiscal, se ha llegado a la consideración de que esta forma de generación de electricidad ha de ser gravada de forma más acorde, en relación con las externalidades que produce»* por lo que, dijo, se suprime la exención «*en concordancia con lo dispuesto en el artículo 14.1.a) de la Directiva 2003/96/CE, que permite a los Estados miembros para tales fines someter a gravamen a los productos energéticos utilizados para producir electricidad, y, con el artículo 15.1.c) de la citada Directiva, por lo que se refiere a la generación combinada de calor y electricidad.»*

Desde el 1-7-2018 al 7-10-2018, tras la modificación llevada a cabo por el art. 82 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, se mantuvo la exención para los productos clasificados en el Código NC 2705 y se reintrodujo para el biogás y, finalmente, a partir del 7-10-2018, se añade la letra c) al apartado 2 por la DF 1.4 del Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores (RDL 15/2018), manteniéndose la redacción del apartado 4, con lo que actualmente se encuentra exenta:

«2. *La fabricación e importación de productos incluidos en el ámbito objetivo del impuesto que se destinen a:*

[...]

c) *La producción de electricidad en centrales eléctricas o a la producción de electricidad o a la cogeneración de electricidad y de calor en centrales combinadas.*

A los efectos de la aplicación de esta exención se consideran:

“*Central eléctrica*”: *La instalación cuya actividad de producción de energía eléctrica queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y cuyo establecimiento y funcionamiento hayan sido autorizados con arreglo a lo establecido en el título IV de dicha Ley.*

“*Central combinada*”: *La instalación cuya actividad de producción de electricidad o de cogeneración de energía eléctrica y calor útil para su posterior aprovechamiento energético queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y cuyo establecimiento y funcionamiento han sido autorizados con arreglo a lo establecido en el título IV de dicha Ley.*

La aplicación de esta exención deberá ser solicitada previamente a la oficina gestora por el titular de las centrales de producción eléctrica o de las centrales combinadas de cogeneración de electricidad y autorizada por dicha oficina.

[...]

4. *La fabricación e importación de los productos clasificados en el código NC 2705 y del biogás, que se destinen a la producción de electricidad o a la cogeneración de electricidad y calor o a su autoconsumo en las instalaciones donde se hayan generado.*

A los efectos de la aplicación de esta exención, la producción de electricidad o la cogeneración de electricidad y calor, deben realizarse en una instalación cuya actividad de producción de energía eléctrica o de cogeneración de energía eléctrica y calor útil para su posterior aprovechamiento energético queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y cuyo establecimiento y funcionamiento hayan sido autorizados con arreglo a lo establecido en el Título IV de dicha Ley.»

La exposición de motivos del RDL 15/2018, explica que la modificación obedece a que el: *«gravamen, que afecta principalmente a las centrales de ciclo combinado de gas natural, es trasladado a los precios finales en las horas en que esta tecnología fija los precios del mercado mayorista, por lo que su exención, que ya existía antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, permitirá eliminar el efecto multiplicador de estos impuestos sobre los precios del mercado mayorista con carácter permanente, teniendo un impacto tanto mayor cuanto mayor sea el comportamiento marginal del gas natural en dicho mercado.»*

A los efectos del art. 89.2.b) LJCA, se constata que, en especial, el art. 14.1.a) de la Directiva 2003/96 y el art. 51.2.c) LIE, fueron alegados en el proceso y tomados en consideración por la STSJCL para resolver el recurso, como resulta de su simple lectura.

Por lo que respecta a la justificación de la infracción de los preceptos invocados, la STSJCL los vulnera en la medida en que, con base en la STJUE Cristal Unión, concluye que los productos energéticos utilizados para la producción combinada de calor y electricidad, como el gas natural, están comprendidos en la exención obligatoria del art. 14.1 a), de la Directiva 2003/96. Al hacer esta declaración, sin embargo, la STSJCL no tiene en cuenta que la STJUE Cristal Union estaba enjuiciando una normativa francesa, distinta a la española, que contemplaba la exención de los productos energéticos destinados a producir electricidad prevista en el art. 14.1.a), pero no establecía la exención de los productos energéticos destinados a la generación combinada de calor y electricidad a que se refiere el art. 15.1.c) de la Directiva. Por eso, comienza a STJUE Cristal Union diciendo que la exención del art. 14.1.a) de la Directiva 2003/96 para los productos energéticos destinados a producir electricidad es «obligatoria», salvo que, como dice el inciso segundo del precepto, los Estados miembros decidan gravar tal supuesto por «*motivos de política medioambiental*». Con esta precisión, que es muy relevante, el TJUE entendió que, dentro de la exención contemplada en el art. 14.1.a) de la Directiva, se encuentra comprendida la porción de productos energéticos destinados a producir electricidad en una instalación de cogeneración de electricidad y calor. Por tanto, el fundamento de la exención de esa porción de los productos energéticos destinados a producir electricidad en instalaciones de cogeneración de electricidad y calor, está en el art. 14.1.a) y no en el art. 15.1.c) de la Directiva. Dicha exención no depende así del ejercicio de la facultad que el art. 15.1.c) atribuye a los Estados miembros. Y, como la legislación francesa sí contemplaba la exención prevista en el art. 14.1.a), la misma resultaba también de obligada aplicación, de

acuerdo con la STJUE, a la porción de los productos energéticos destinada a la producción de electricidad en las instalaciones de cogeneración de electricidad y calor.

Al trasladar sin más la solución de la STJUE Cristal Union, la STSJCL ignora que la legislación francesa que constituye su objeto, no contemplaba la excepción medioambiental permitida en el art. 14.1.a) de la Directiva 2003/96. Por eso, el TJUE tampoco la analiza, aunque se refiere a ella. Sin embargo, esta es justo la que sí recoge y en la que se amparaba la legislación española, como se ha expuesto. De esta forma, suprimida por la Ley 15/2012, por razones de política medioambiental, la exención de los productos energéticos destinados a producir electricidad, tampoco resultaba de aplicación, en coherencia con lo dicho por el TJUE, a la porción de los productos energéticos destinados a producir electricidad en una instalación de generación combinada de electricidad y calor.

En definitiva, el gravamen de los productos energéticos destinados a producir electricidad o a producir electricidad y calor que introdujo la Ley 15/2012, suprimiendo las exenciones hasta ese momento previstas, entra dentro de las facultades de los Estados miembros y no infringe al Derecho de la Unión Europea, ni a la interpretación que del mismo realiza la STJUE Cristal Union, antes al contrario. De hecho, las razones de política medioambiental que justificaron la excepción, concurren tanto en la mera generación como en la cogeneración, pues estriban en los efectos nocivos del uso de combustibles fósiles.

No está de más en este punto traer a colación lo que ya dijo la Sección de admisión del Tribunal Supremo en Providencia de 12-7-2021, RCA 7701/2020 que, aunque en la decisión de inadmisión que contiene se ha visto superada (como se verá) por Autos posteriores de admisión de varios recursos de casación, hace consideraciones coincidentes con lo que aquí se mantiene. Así, esta Providencia ya dijo:

«Conviene tener presente que la ratio decidendi de la sentencia de instancia descansa en que, a diferencia de lo que sucede con el biogás, el gas natural tiene la consideración de combustible fósil, estando justificado que fuese sometido a gravamen por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (BOE de 28 de diciembre) [“Ley 15/2012”], en la medida en que la Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre (DOUE de 31 de octubre, L 283/51), por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad [“Directiva/2003/96/CE”], establece una excepción a la exención basada en razones de protección medioambiental, de modo que la sala a quo declara que la Ley 15/2012 no contradice la Directiva 2003/96/CE, sino que la complementa en relación con las exenciones.

[...]

Por otra parte, el presente caso no exige la interpretación de normas de Derecho de la Unión Europea, ya que no suscita la adecuación de una norma de Derecho interno a una norma de Derecho comunitario, puesto que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de marzo de 2018 (asunto C-31/17, Cristal Union EU: C:2018:168) ha declarado que resulta admisible que los Estados miembros exceptúen la aplicación de la exención contenida en el artículo 14.1.a) de la citada Directiva sobre la base de razones de carácter medioambiental, sino que el planteamiento de la recurrente supone cuestionar, en definitiva, si resultan plausibles las razones a las que obedece la supresión de la exención mediante la aprobación de la Ley 15/2012 y que se justifican en su exposición de motivos.»

Cuarto. Juicio de relevancia.

Las infracciones denunciadas han sido relevantes y determinantes del fallo pues, al interpretar erróneamente el art. 14.1.a) de la Directiva 2003/96, a partir de una aplicación equivocada de la STJUE Cristal Union, han dado lugar a que la STSJCL concluya que los productos energéticos utilizados para la producción combinada de calor y electricidad, como es el gas natural, están comprendidos en la exención obligatoria del citado precepto, incluso aunque el legislador español los había exceptuado de la exención por razones de política medioambiental, como la Directiva permite de forma expresa. En cambio, si la Sala a quo hubiera aplicado el art. 51.2.c) LIE, tras la Ley 15/2012, amparado en el art. 14.1.a) de la Directiva 2003/96, como tenía que haber hecho, siguiendo la interpretación que propone la Administración tributaria y que sostenemos en el presente escrito de preparación, la conclusión habría sido radicalmente contraria. Ello habría conducido a la desestimación del recurso confirmando la resolución del TEARCL impugnada.

Quinto. Las normas infringidas forman parte del derecho estatal o de la Unión Europea.

La Directiva 2003/96 y la LIE, cuyos artículos se denuncian como directamente vulnerados por la STSJCL, forman parte del derecho de la UE y estatal.

Sexto. Interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: supuestos del artículo 88 apartado 2 y 3, LJCA y conveniencia de que el Tribunal Supremo fije Jurisprudencia.

Existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque concurren diversos supuestos de interés casacional de entre los recogidos en el artículo 88 LJCA y es conveniente que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre este recurso fijando doctrina que restablezca la seguridad jurídica sobre la cuestión planteada.

Supuestos de interés casacional objetivo:

1.1. Concurre el del art. 88.2.a) LJCA pues la STSJCL fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación del art. 51.2.c) LIE en relación con el art. 14.1.a) de la Directiva 2003/96, en la que se fundamenta el fallo «contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.»

Como expone la misma STSJCL frente a la que se prepara este recurso, tras la inicial inadmisión de un primer RCA en torno a la controversia que aquí nos ocupa (por la Providencia de 12-7-2021, RCA 7701/2020 precitada), la Sección 1.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, ha dictado varios Autos (i.e. RRCA 4232/2021, 4887/2021, 7195/2021, 7199/2021, 5472/2021) en los que se ha admitido el interés casacional de la misma cuestión aquí suscitada, relativa a: *«Determinar, a la luz de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 7 de marzo de 2018 (Cristal Union contra Ministre de l'Économie et des Finances, asunto C-31/17, ECLI: EU: C:2018:168), si el artículo 14.1.a) de la Directiva 2003/96/CE constituye una exención directa (no voluntaria para los Estados miembros) por efecto directo vertical ascendente en relación con el gas natural, combustible de origen fósil, que se destine a la producción de electricidad o a la cogeneración de electricidad y calor o a su autoconsumo en las instalaciones donde se haya generado, o, si por el contrario, ese efecto directo no es absoluto al permitir que los Estados miembros introduzcan excepciones al régimen de exención obligatoria establecido por la Directiva 2003/96, «por motivos de política medioambiental.»»*

En los mencionados RRCA, las Sentencias recurridas se dictaron por otros Tribunales Superiores de Justicia, como el de Madrid (RCA 4232/2021), el de Castilla-León, sede de Valladolid (RCA 4887/2021) o el de la Comunidad Valenciana (RCA 5472/2021). Estos Tribunales, en supuestos sustancialmente idénticos al presente, llegan a conclusiones frontalmente contradictorias con las de la STSJCL aquí impugnada. Por ejemplo, el TSJ de la Comunidad Valenciana (RCA 5472/2021), en un supuesto como el presente, en que la interesada había instado la rectificación de sus autoliquidaciones y devolución del IEH por el gas natural utilizado en procesos de cogeneración, invocando la STJUE Cristal Union, con cita de otra sentencia anterior del mismo TSJ de Valencia, razonó sobre la no aplicación al supuesto de la citada STJUE Cristal Union, para decir que, en la misma:

«El TJUE abordó un tema interpretativo que contraponía el art. 14.1 a) de la Directiva 2003/96/CE y su art. 15.1 c), concluyendo, en el apartado 44 de la sentencia, «que el art. 15.1 c), [...] tiene por objeto otorgar a los Estados miembros una posibilidad suplementaria de establecer una excepción a la imposición de los productos energéticos prevista en el art. 1 de la antedicha Directiva y no excluir la aplicación del régimen de exención obligatoria previsto en el art. 14.1 a), primera frase, de la referida Directiva» para la utilización de gas natural en la cogeneración de calor y electricidad.

Dicha STJUE Cristal Union, sin embargo, no abordó —aunque lo mencionara— el tema de la extensión y los límites de la «excepción medioambiental» que expresamente contempla el art. 14.1 a) de la Directiva 2003/96/CE; más concretamente, no abordó las condiciones en que el citado art. 14.1 a) admite, frente a la exención tributaria general, la excepción «por motivos de política medioambiental» en la utilización de determinados productos como el biogás destinados a la producción de electricidad o en la «cogeneración de electricidad y de calor en centrales combinadas.»

Y, más adelante, la misma Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, en criterio asumido por el TSJ de Madrid en la sentencia de 15-4-2021, objeto del RCA 4232/2021) concluyó:

«No puede decirse que la regulación resultante de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, hubiera dejado vacía de contenido la exención del art. 14.1 de la Directiva; más bien, en términos generales, la regulación puede tenerse como una opción normativa matizada y proporcionada a las finalidades medioambientales que el citado art. 14.1 a) contempla. Tales finalidades medioambientales se evidencian con relación al gas natural o —como se hace explícito en la Exposición de Motivos— con “otros combustibles fósiles constituyen grandes focos de emisión de gases de efecto invernadero”. De ahí que puede decirse la imposición al gas natural resulta justificada en la denominada excepción medioambiental del art. 14.1 de la Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27-10-2003.»

Por tanto, la cuestión que nos ocupa está dando lugar a doctrina contradictoria de distintos tribunales contenciosos, que exige ser uniformada por el Tribunal Supremo. Así lo ha entendido ya, por ejemplo, el ATS de 20-4-2022, de admisión del RCA 5472/2021, que, con cita de los AATS de 2-3-2022, RRCA 4887/2021, 7195/2021 y 7199/2021, destaca, al razonar sobre el interés casacional de la cuestión suscitada, que ponen «en evidencia la disparidad de criterios entre los distintos Tribunales Superiores de Justicia»

1.2. Además, concurren los supuestos del art. 88.3.a) LJCA, 88.2.c) y 88.2.f) en cuanto la STSJCL aplica «normas en las que se sustent[a] la razón de decidir sobre las que no existe[e] jurisprudencia»; afecta «a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso» e «Interpret[a] y aplic[a] el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.»

El propio Tribunal Supremo en los Autos de admisión de los RRCA 4887/2021, 7195/2021, 7199/2021 y 5472/2021 de reiterada cita, ha constatado expresamente la concurrencia en estos recursos de las tres causas de interés casacional referidas.

Conveniencia de que se pronuncie el tribunal supremo:

Resulta conveniente, por todo lo dicho, que el Tribunal Supremo fije jurisprudencia sobre la cuestión de si, a la luz de la STJUE Cristal Union, el art. 14.1.a) de la Directiva 2003/96, conlleva la exención directa y obligatoria para los Estados miembros en relación con el gas natural que se destine, en particular en este caso, a la cogeneración de electricidad y calor, o si permite a los Estados miembros introducir excepciones por motivos de política medioambiental, como la recogida en el art. 51.2.c) LIE, tras la Ley 15/2012. Esta cuestión presenta la nota de generalidad exigible a fin de formar doctrina y debe solventarse para garantizar la seguridad jurídica mediante una interpretación uniforme de dicha Ley.

En conclusión, **concorre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia** que requiere que se tramite en la instancia este recurso para su elevación al Tribunal Supremo donde debe ser admitido para su resolución mediante sentencia.

OBJETIVOS DE ESTABILIDAD Y DEUDA PÚBLICA

24.23 INFORME SOBRE LA FORMA DE PROCEDER PARA DAR CUMPLIMIENTO EN 2024 A LA REACTIVACIÓN DE LAS REGLAS FISCALES, TRAS LA DESACTIVACIÓN DE LA CLÁUSULA DE SALVAGUARDA EUROPEA, ANUNCIADA EN LAS COMUNICACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA DE 8 DE MARZO, DE 24 DE MAYO Y DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2023

Resumen: Se examina los Objetivos de Estabilidad y Deuda Pública aplicables en los diversos supuestos que pueden plantearse. Se concreta para el caso de que no se hayan aprobado objetivos para el ejercicio correspondiente y no haya objetivos vigentes aprobados en un ejercicio anterior.

Como contestación a su petición de informe sobre la forma de proceder para dar cumplimiento en 2024 a la reactivación de las reglas fiscales, tras la desactivación de la cláusula de salvaguarda europea, anunciada en las Comunicaciones de la Unión Europea de 8 de marzo, de 24 de mayo y de 21 de noviembre de 2023, esta Abogacía del Estado tiene el honor de informar lo siguiente:

CONSIDERACIONES

I

El artículo 134 CE establece la obligación del Gobierno de presentar a las Cortes Generales un proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior (apartado 3). Esta obligación es un mandato impuesto directamente por la Constitución.

Asimismo, este artículo establece una delimitación de competencias entre el gobierno y las Cortes Generales (apartado 1), correspondiendo al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación.

En la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno, inicialmente, no estaba sometido a ninguna clase de limitación sustantiva. De esta forma, podía elaborar los Presupuestos Generales del Estado con el nivel de gasto que tuviera por conveniente, sin más limitación que la de que la suma de los ingresos había de ser igual a la suma de los gastos, pues de otra forma existiría una autorización de gasto sin que hubiera ingresos suficientes para atenderla (en el caso de gastos mayores que los ingresos) o existirían ingresos que no se aplicaran, dando lugar a atesoramiento de fondos por las Administraciones Públicas (en el caso de ingresos mayores que los

gastos). De esta forma, una vez establecido el volumen de gasto, éste se equilibraba con endeudamiento, sin que hubiera una limitación al volumen de endeudamiento previsto.

Esta situación cambia de forma radical mediante la modificación del artículo 135 CE llevada a cabo por la Reforma de 27 de septiembre de 2011. Esta reforma ha supuesto una modificación trascendental de la configuración de los Presupuestos Generales del Estado, de forma que el Gobierno vendrá sujeto a unas limitaciones sustantivas en el momento de elaborarlos. Así, el referido precepto establece que todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria (apartado 1). El apartado 2 concreta este principio, estableciendo la obligación del Estado y las Comunidades Autónomas de respetar el límite de déficit establecido por la Unión Europea y la obligación de las Entidades Locales de mantener una posición de equilibrio:

«2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.»

Esta modificación es de tal trascendencia que ha llegado a ser interpretada por algún sector de la doctrina como una cesión de soberanía que altera el equilibrio de poderes entre el Gobierno y las Cortes Generales. Así, Rodríguez Bereijo ha señalado¹

«Es una cesión de soberanía que altera el equilibrio de la división de poderes entre el Parlamento y el Gobierno en materia presupuestaria establecido en la Constitución (art. 134 C. E.) y limita, en favor de las autoridades europeas, su libertad de configuración en el ejercicio de sus competencias constitucionales dentro de todas las fases del ciclo presupuestario de elaboración, aprobación y control de los Presupuestos Generales del Estado, pero a costa de una importante mutación de nuestra Constitución. De “pérdida de centralidad presupuestaria del Parlamento por una importante desvalorización de la función que corresponde desempeñar anualmente a las leyes de Presupuestos” se ha hablado en la doctrina [M. A. MARTÍNEZ LAGO (4)]. Los principios básicos y el diseño constitucional del procedimiento presupuestario nacional resultan profundamente alterados por el Derecho comunitario a fin de que se ajusten a las exigencias del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Y afecta, desde luego, a las relaciones financieras del Estado con las Administraciones territoriales (Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales) y su respectivo sector público paraestatal.»

II

El artículo 135 CE remite a una ley orgánica ulterior para determinar el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas. Esta ley

¹ Conferencia «Gasto público, estado social y estabilidad presupuestaria» pronunciada en Madrid, 17 de febrero de 2014 en el ámbito de las XVIII Jornadas de Presupuestación, Contabilidad y Control Público que se celebraron en febrero de 2014 conmemorándose los 140 años de la IGAE. Puede consultarse el texto íntegro de la conferencia en la siguiente dirección: <https://www.pap.hacienda.gob.es/sitios/140aniversario/Documents/CONFERENCIAAlvaroRodriguezBereijo.pdf>.

orgánica ha sido la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF).

La exposición de motivos de la LOEPSF recoge el establecimiento de esta limitación a la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, destacando su introducción al más alto nivel normativo:

«La garantía de la estabilidad presupuestaria es una de las claves de la política económica que contribuirá a reforzar la confianza en la economía española, facilitará la captación de financiación en mejores condiciones y, con ello, permitirá recuperar la senda del crecimiento económico y la creación de empleo. Este convencimiento llevó en septiembre de 2011 a reformar el artículo 135 de la Constitución Española, introduciendo al máximo nivel normativo de nuestro ordenamiento jurídico una regla fiscal que limita el déficit público de carácter estructural en nuestro país y limita la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [...]»

Pero además, establece un principio reforzado de interpretación conforme al derecho de la Unión Europea, al fijar como uno de los objetivos de la ley reforzar el compromiso de España con la Unión Europea.

«Pero, además, la reforma de la **Constitución pretende también manifestar el claro compromiso de España con las exigencias de coordinación y definición del marco de estabilidad común de la Unión Europea**. Por ello, la referencia a la normativa de estabilidad europea, tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica, es constante, siendo además España uno de los primeros países en incorporar el paquete de gobernanza económica europea a su ordenamiento jurídico interno. Además, esta Ley da cumplimiento al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, garantizando una adaptación continua y automática a la normativa europea.

Los tres objetivos de la Ley son: Garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas; fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española; y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria. El logro de estos tres objetivos contribuirá a consolidar el marco de la política económica orientada al crecimiento económico y la creación del empleo.»

Por otra parte, la LOEPSF reitera el principio de estabilidad presupuestaria como elemento delimitador del ámbito en el que ha de llevarse a cabo la elaboración, aprobación y ejecución de los Presupuestos y demás actuaciones que afecten a los gastos o ingresos de los distintos sujetos del sector público (artículo 3.1), destacando que ha de ser coherente con la normativa europea:

«1. La elaboración, aprobación y ejecución de los Presupuestos y demás actuaciones que afecten a los gastos o ingresos de los distintos sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley se realizará en un marco de estabilidad presupuestaria, coherente con la normativa europea.»

Asimismo, el referido artículo define la estabilidad presupuestaria, indicando (apartado 2):

«2. Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural»

A la forma de instrumentar el principio de estabilidad presupuestaria se refiere el artículo 11 LOEPSF. Concretamente, el apartado 2 establece que, para instrumentar ese principio de estabilidad presupuestaria, las Administraciones deberán estar en situación de equilibrio:

«2. Ninguna Administración Pública podrá incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales. [...]»

En este momento, debe destacarse que el equilibrio no se define en términos presupuestarios, sino en términos estructurales, aspecto sobre el que se incidirá más adelante.

Para las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones públicas se entenderá por estabilidad presupuestaria la posición de equilibrio financiero (artículo 3.3 LOEPSF).

III

Los artículos transcritos hacen continua referencia a la normativa europea. En lo que aquí respecta, la norma fundamental es el reglamento (CE) n.º 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, que regula el conocido como «brazo preventivo» del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

El artículo 2 bis del Reglamento (CE) n.º 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, define el objetivo presupuestario a medio plazo (MTO, por sus siglas en inglés) de cada Estado miembro de la siguiente forma:

«Teniendo en cuenta estos factores, para los Estados miembros participantes y para los Estados miembros participantes en el MTC II los objetivos presupuestarios a medio plazo específicos de cada país se enunciarán dentro de una variación definida de entre el - 1% del PIB y el equilibrio o el superávit ajustado al ciclo y una vez tenidas en cuenta las medidas transitorias y temporales.»

Con posterioridad, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, Hungría, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, hecho en Bruselas el 2 de marzo de 2012, ratificado por el reino de España el 9 de agosto de 2012, obliga a los países firmantes a que el MTO esté entre el -0,5 por ciento del PIB y el equilibrio. Concretamente, el artículo 3.1, letras a) y b) establece:

«1. Las Partes Contratantes aplicarán, además de sus obligaciones en virtud del Derecho de la Unión Europea y sin perjuicio de ellas, las normas establecidas en el presente apartado: a) la situación presupuestaria de las administraciones públicas de cada Parte Contratante será de equilibrio o de superávit; b) la norma establecida en la letra

a) se considerará respetada si el saldo estructural anual de las administraciones públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5% del producto interior bruto a precios de mercado. Las Partes Contratantes garantizarán la rápida convergencia hacia su respectivo objetivo a medio plazo. El calendario para lograr dicha convergencia lo propondrá la Comisión Europea tomando en consideración los riesgos específicos para la sostenibilidad de cada país. Los avances hacia el objetivo a medio plazo y su observancia serán objeto de una evaluación global que tome como referencia el saldo estructural e incluya un análisis del gasto excluidas las medidas discrecionales relativas a los ingresos, en consonancia con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado; [...]

Este MTO viene definido en los mismos términos que el equilibrio a que se hace referencia en el artículo 11.2 LOEPSF (equilibrio o superávit ajustado al ciclo). Ahora bien, el MTO viene referido a los Estados miembros. Lo que realiza la LOEPSF es referir el MTO del Reino de España a cada una de las Administraciones integradas en el sector público español.

El MTO del Reino de España es el equilibrio. Así se recoge en la LOEPSF (artículo 3), por delegación del segundo párrafo del artículo 135.2 CE. El artículo 11.2 LOEPSF refiere ese MTO del Reino de España a cada Administración, estableciendo que deberán estar en situación de equilibrio

Para el seguimiento del MTO, el artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 1466/97 establece la obligación de los Estados miembros de presentar un «programa de estabilidad», con el contenido que se detalla. El apartado 1 dispone:

«1. Todos los Estados miembros participantes deberán presentar al Consejo y a la Comisión la información necesaria a efectos de la supervisión multilateral periódica prevista en el artículo 121 del TFUE, en forma de un “programa de estabilidad”, que facilite una base esencial para la sostenibilidad de las finanzas públicas que conduzca a la estabilidad de los precios, a un fuerte crecimiento sostenible y a la creación de empleo.»

Como parte integrante del contenido del programa de estabilidad, referido artículo incluye la senda de saldos presupuestarios desglosados por subsectores, tanto en términos presupuestarios como en términos estructurales.

«a) el objetivo presupuestario a medio plazo y la trayectoria de ajuste hacia dicho objetivo para el saldo presupuestario de las administraciones públicas como porcentaje del PIB, la trayectoria de evolución prevista para la proporción de deuda pública, la trayectoria prevista de crecimiento del gasto público, incluida la asignación correspondiente para la formación bruta de capital fijo, en particular teniendo en cuenta las condiciones y los criterios para determinar el crecimiento del gasto con arreglo al artículo 5, apartado 1, la trayectoria prevista de crecimiento de los ingresos públicos en el supuesto de que la política económica no varíe y una cuantificación de las medidas discrecionales previstas en relación con los ingresos;»

Al examen del MTO se refiere el artículo 5.2 del reglamento 1466/97 antes referido, que indica:

«2. El Consejo y la Comisión examinarán el programa de estabilidad en el plazo máximo de tres meses a partir de su presentación. El Consejo, sobre la base de una recomendación de la Comisión y tras consultar al Comité Económico y Financiero, adoptará, si es necesario, un dictamen sobre el programa. Si, con arreglo al artículo 121

del TFUE, considera que es preciso reforzar los objetivos y medidas del programa, haciendo particular referencia a la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo, el Consejo invitará en su dictamen al Estado miembro de que se trate a que ajuste su programa.»

El examen se lleva a cabo, exclusivamente, a partir del programa de estabilidad y se concreta en un dictamen que se contiene en las Recomendaciones del Consejo (CSRs, por sus siglas en inglés). El Consejo las emite todos los años para todos los Estados miembros.

El art. 5.1 del citado reglamento señala lo siguiente:

«1. Basándose en los análisis efectuados por la Comisión y el Comité Económico y Financiero, el Consejo, en el ejercicio de la supervisión multilateral prevista en el artículo 121 del TFUE, examinará los objetivos presupuestarios a medio plazo por los Estados miembros de que se trate en sus programas de estabilidad, evaluará si los supuestos económicos en que se basan los programas son realistas, si la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo es adecuada, incluido el examen de la trayectoria del coeficiente de deuda que lo acompaña, y si las medidas adoptadas o propuestas para seguir la trayectoria de ajuste bastan para alcanzar el objetivo presupuestario a medio plazo a lo largo del ciclo.»

Por lo tanto, el Consejo de la UE examinará los programas de estabilidad de los Estados miembros para valorar si los países están en su MTO o, al menos, si su «trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo es adecuada». Es decir, el Consejo valorará que un Estado miembro está cumpliendo con la normativa europea de estabilidad presupuestaria si está en su MTO (en el caso de España, equilibrio estructural) o si, en caso de no estarlo, al menos, presenta una trayectoria de ajuste hacia él que sea «adecuada.»

El segundo párrafo del referido artículo 5.1 especifica qué entiende el marco europeo por «adecuada»: en términos generales, un ajuste estructural anual de 0,5 puntos de PIB (el propio precepto prevé, no obstante, una modulación de dicho ajuste, algo que el Consejo, a través de su Comité Económico y Financiero, desarrolló a través de la llamada «matriz de requerimientos» recogida en el Código de Conducta del programa de estabilidad, y que entiende por «adecuado» un ajuste anual de entre 0 y 1 puntos en función del nivel de deuda y de la situación económica).

IV

A efectos de que la elaboración, aprobación y ejecución de los Presupuestos y de los distintos sujetos del sector público se lleve a cabo en el marco de la estabilidad presupuestaria y de forma coherente con la normativa europea, la LOEPSF prevé la aprobación de unos objetivos de estabilidad.

Al establecimiento de los objetivos de estabilidad y deuda se refiere el artículo 15 de la ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF).

Conforme al referido artículo, el procedimiento a seguir para la aprobación de los objetivos de estabilidad y deuda será el siguiente:

1. El Ministerio de Hacienda y Función Pública deberá elaborar una propuesta de objetivos de estabilidad y deuda pública en el primer trimestre del ejercicio. Esta

propuesta deberá elaborarse de forma coherente con la normativa europea, ya que es el primer acto del procedimiento presupuestario y todo él debe ser coherente con la normativa europea, según establece el artículo 3.1 LOEPSF. Para la fijación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública se tendrán en cuenta las recomendaciones y opiniones emitidas por las instituciones de la Unión Europea sobre el Programa de Estabilidad de España o como consecuencia del resto de mecanismos de supervisión europea, conforme al artículo 15.4 LOEPSF. La propuesta contendrá los objetivos de estabilidad presupuestaria fijados en términos de capacidad o necesidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y el objetivo de deuda pública, referidos a los tres ejercicios siguientes, tanto para el conjunto de Administraciones Públicas como para cada uno de sus subsectores. Dichos objetivos estarán expresados en términos porcentuales del Producto Interior Bruto nacional nominal, todo ello de conformidad con el apartado 1 del artículo 15 de la LOEPSF.

2. Antes del 1 de abril, la propuesta de objetivos de estabilidad y deuda pública será remitida al Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF) y a la Comisión Nacional de Administración Local (CNAL) para que emitan informe sobre aquélla.

3. El CPFF y la CNAL deberán emitir el informe referido en el punto anterior en el plazo de quince días desde la fecha de recepción de la propuesta en sus respectivas secretarías.

4. Dentro del primer semestre del ejercicio, una vez recibidos los informes del CPFF y CNAL referidos en el punto anterior, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Función Pública, dictará un Acuerdo en el que fijará los objetivos de estabilidad presupuestaria en términos de capacidad o necesidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales y el objetivo de deuda pública referidos a los tres ejercicios siguientes, tanto para el conjunto de Administraciones Públicas como para cada uno de sus subsectores. Dichos objetivos estarán expresados en términos porcentuales del Producto Interior Bruto nacional nominal.

5. El Acuerdo de Consejo de Ministros referido en el punto anterior deberá ser remitido a las Cortes Generales. Los Plenos del Congreso y del Senado se pronunciarán sobre los objetivos propuestos por el Gobierno, aprobándolos o rechazándolos, de forma que no cabe la posibilidad de enmienda de aquéllos.

La propuesta irá acompañada de un informe en el que se evalúe la situación económica que se prevé para cada uno de los años contemplados en el horizonte temporal de fijación de dichos objetivos. Este informe será elaborado, ahora, por el Ministerio de Economía, Comercio y Empresa, previa consulta al Banco de España, y teniendo en cuenta las previsiones del Banco Central Europeo y de la Comisión Europea. Contendrá el cuadro económico de horizonte plurianual en el que se especificará, entre otras variables, la previsión de evolución del Producto Interior Bruto, la brecha de producción, la tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española (que ha de calcularse de acuerdo con la metodología utilizada por la Comisión Europea en aplicación de su normativa, según resulta de lo dispuesto en el artículo 12 LOEPSF) y el saldo cíclico del conjunto de las Administraciones Públicas, distribuido entre sus subsectores.

6. Si el Congreso de los Diputados o el Senado rechazan los objetivos, el Gobierno, en el plazo máximo de un mes, remitirá un nuevo acuerdo que se someterá al mismo procedimiento.

7. Aprobados que sean los objetivos propuestos por el Gobierno, éstos se aprueban para los tres ejercicios siguientes, ya que tales objetivos van referidos a un periodo trienal (artículo 15.1 LOEPSF), sin perjuicio de que en el ejercicio siguiente puedan modificarse siguiendo el mismo procedimiento. A su vez, esta aprobación determina que el Gobierno deberá elaborar el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado acomodándose a los objetivos aprobados para el ejercicio siguiente.

El referido Acuerdo del Consejo de Ministros incluirá el límite de gasto no financiero del Presupuesto del Estado (artículo 15.1 LOEPSF, párrafo tercero). Sin embargo, debe destacarse que las Cortes Generales se pronunciarán, exclusivamente, respecto de los objetivos de estabilidad y deuda pública propuestos por el Gobierno y no sobre el límite de gasto no financiero. Así se desprende del tenor literal del artículo 15.6 LOEPSF, que dispone:

«En forma sucesiva y tras el correspondiente debate en Pleno, el Congreso de los Diputados y el Senado se pronunciarán aprobando o rechazando los objetivos propuestos por el Gobierno.»

Ello es consecuencia de que el límite de gasto no financiero es la traslación a términos presupuestarios de los objetivos de estabilidad, una vez realizada la estimación de los ingresos a percibir durante el correspondiente ejercicio. Por ello, el cumplimiento de los objetivos de estabilidad es susceptible de producirse con distintos niveles de gasto, dependiendo de cuáles sean los ingresos previstos.

V

Para el caso de rechazo por alguna de las Cámaras del Acuerdo de Consejo de Ministros que contenga los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, ha de recordarse que los objetivos de estabilidad que se aprueban van referidos a los tres ejercicios siguientes a aquél en que se produce la aprobación. Con ello, para que pueda hablarse de que no existen objetivos de estabilidad aprobados será necesario que las Cortes (alguna de las Cámaras) haya rechazado los objetivos de estabilidad remitidos por el Gobierno durante tres ejercicios consecutivos. En caso contrario habrá unos objetivos de estabilidad aprobados, aunque no lo fueran en el ejercicio en el que se presenta el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Por otra parte, como se ha señalado anteriormente, la obligación del Gobierno de presentar a las Cortes un proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado no puede ser obviada por las eventualidades que deriven de la aplicación de una norma de rango inferior a la Constitución.

Planteado así el problema, el rechazo de los objetivos de estabilidad por alguna de las Cámaras no afecta al deber del Gobierno de presentar un proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, pues esta obligación ha sido impuesta directamente por la Constitución (artículo 134.1).

El rechazo de los objetivos de estabilidad (al igual que su aprobación) a lo que afecta es al contenido del referido proyecto. Si se hubieran aprobado, el contenido del proyecto debería ser acorde con los objetivos aprobados. De no aprobarse, el contenido del proyecto deberá ser conforme con las limitaciones materiales establecidas de forma genérica en la Constitución (artículo 135, apartados 1 y 2). Tal proyecto de ley deberá adecuarse al principio de estabilidad presupuestaria. En particular, deberá respetar, en su caso, el déficit estructural máximo establecido por la Unión Europea.

Habida cuenta de que la concreción en el ámbito interno del respeto al principio de estabilidad presupuestaria y a los límites de déficit establecidos por la Unión Europea se lleva a cabo a través de los objetivos de déficit y que el horizonte temporal de los objetivos aprobados es de tres años, ha de entenderse que el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado habrá de cumplir el objetivo de estabilidad fijado en el último acuerdo aprobado. Solo de esta forma puede darse cumplimiento a la obligación de presentar un proyecto de ley de presupuestos y la obligación de que éste sea respetuoso con el principio de estabilidad presupuestaria, obligaciones ambas, impuestas constitucionalmente. Otra solución conduciría al incumplimiento de alguna de ellas.

Por otra parte, en el aspecto procedimental, el artículo 15 LOEPSF establece (apartado 6, párrafo segundo):

«Si el Congreso de los Diputados o el Senado rechazan los objetivos, el Gobierno, en el plazo máximo de un mes, remitirá un nuevo acuerdo que se someterá al mismo procedimiento.»

De esta forma, en caso de que el objetivo de estabilidad sea rechazado por el Congreso o el Senado, el Gobierno deberá remitir un segundo acuerdo de Consejo de Ministros en el que se contengan objetivos de estabilidad (debe matizarse que el precepto se refiere a nuevo Acuerdo de Consejo de Ministros, no a que los objetivos hayan de ser distintos) en el plazo máximo de un mes.

Nada indica el precepto para el caso de que este segundo Acuerdo de Consejo de Ministros sea rechazado por el Congreso o el Senado. Por ello, ha de entenderse que, en el caso de que este nuevo objetivo de estabilidad sea rechazado, el Gobierno podrá presentar un proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado conforme a los últimos objetivos de estabilidad aprobados.

Sobre estos extremos se ha pronunciado esta Abogacía del Estado en informes N/ Rf.ª 521/18 y 703/18. En este último se concluía:

«Primera. Rechazado el objetivo de estabilidad, el Gobierno ha de remitir a las Cortes Generales un segundo Acuerdo de Consejo de Ministros conteniendo los objetivos de estabilidad

Segunda. Cumplido este trámite obligado, el Gobierno podrá dar por rechazados los objetivos de estabilidad que había propuesto y presentar proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado conforme a los últimos objetivos de estabilidad aprobados o podrá volver a intentar que se aprueben los objetivos de estabilidad mediante un nuevo envío a las Cortes Generales de un Acuerdo de Consejo de Ministros que contenga unos nuevos objetivos de estabilidad.

Tercera. Rechazado el objetivo de estabilidad por Congreso o Senado, se entenderán de aplicación los últimos objetivos individualizados correspondientes a las Comunidades Autónomas.»

VI

El tercer supuesto que ha de plantearse es la forma de actuar en el caso de que, por alguna razón, no existan objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública que se encuentren en vigor, por haber transcurrido el periodo contemplado en los últimos objetivos de estabilidad aprobados.

Para este supuesto debe acudir a la regulación contenida en la LOEPSF. La determinación de esta situación exige examinar detenidamente la regulación existente.

El artículo 135 CE, en la redacción dada por la Reforma de 27 de septiembre de 2011, ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico una limitación sustantiva al contenido de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Esta limitación se contiene en el apartado 2:

«El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.»

Conforme a este precepto, existe un límite máximo del déficit estructural en el que puede incurrir el Reino de España, que viene determinado por lo establecido por la Unión Europea.

El art. 135.2 CE, párrafo segundo, remite a una ley orgánica para determinar en el ámbito interno el nivel máximo de déficit estructural permitido al Estado y a las CCAA.

Tras la firma del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (conocido asimismo como «Pacto Presupuestario»), el Reino de España se comprometió a adoptar un objetivo presupuestario a medio plazo comprendido entre el -0,5% PIB y el equilibrio.

Posteriormente, la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en virtud de la remisión contenida en el art. 135.2 CE, ha adoptado una posición más rígida, optando por el objetivo de equilibrio, aunque permitiendo que puedan adoptarse medidas excepcionales y temporales. Así, en el artículo 11.2 se dispone:

«Ninguna Administración Pública podrá incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales. No obstante, en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, de acuerdo con la normativa europea, podrá alcanzarse en el conjunto de Administraciones Públicas un déficit estructural del 0,4 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior»

Por tanto, la situación subsidiaria a la que remite la normativa vigente es la situación de equilibrio estructural.

Como se ha indicado, el principio de equilibrio se recoge en el artículo 11.2 LOEPSF. Ahora bien, el principio de equilibrio que recoge este precepto no viene formulado en términos presupuestarios (ingresos no financieros menos gastos no financieros igual a cero), sino que viene formulado en términos estructurales, pues indica:

«Ninguna Administración Pública podrá incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales.»

El déficit estructural no es una magnitud directamente medible, sino que se trata de una magnitud calculada. Para su cálculo habrá de atenderse a la metodología utilizada

por la Unión Europea, no solo porque su valoración va a ser realizada por órganos de la Unión Europea, sino también porque así lo exige el apartado 6 del artículo 11:

«6. Para el cálculo del déficit estructural se aplicará la metodología utilizada por la Comisión Europea en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria.»

Por ello, para determinar el contenido de esta obligación de equilibrio estructural, así como si efectivamente se cumple con la condición de equilibrio, habrá que atender también a lo dispuesto por la normativa europea.

Este principio de interpretación conforme a la normativa europea obedece no solo al fundamento práctico derivado de que la valoración será realizada por los órganos de la Unión Europea, sino también a un fundamento jurídico que ya fue puesto de manifiesto por la Abogacía General del Estado en dictamen de 29 de enero de 2020 (Ref AE HACIENDA 4/20 R-43/2020) en el que indicaba las siguientes consideraciones:

«1) En primer lugar, el hecho de que la legislación española (artículo 135 de la Constitución y LOEPSF) trae causa del Derecho de la Unión Europea, del que viene a resultar inescindible. Así en la Exposición de Motivos de la Reforma del artículo 135 de la Constitución se declara que “en el mismo sentido, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento tiene como finalidad prevenir la aparición de un déficit presupuestario excesivo en la zona euro, dando así confianza en la estabilidad económica de dicha zona y garantizando una convergencia sostenida y duradera de las economías de los Estados Miembros”, añadiendo que “la presente reforma del artículo 135 de la Constitución Española persigue, por tanto, garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, [...] reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país”. Esta vinculación al Derecho de la Unión Europea es lo que justifica que el apartado 2 del artículo 135 de la Constitución remita, como límite del déficit estructural del Estado y de las Comunidades Autónomas, a los márgenes que establezca la Unión Europea y que el apartado 3 del propio precepto constitucional remita al valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como límite que no puede superar el volumen de la deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas. Lo propio cabe decir respecto de la LOEPSF; baste a estos efectos con indicar que en el párrafo octavo del Preámbulo de este texto legal se declara que “... además, la reforma de la Constitución pretende también manifestar el claro compromiso de España con las exigencias de coordinación y definición del marco de estabilidad común de la Unión Europea. Por ello, la referencia a la normativa de estabilidad europea, tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica, es constante, siendo además España uno de los primeros países en incorporar el paquete de gobernanza económica europea a su ordenamiento jurídico interno. Además, esta Ley da cumplimiento al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, garantizando una adaptación continua y automática a la normativa europea”. Resulta, pues, incontrovertible, a la vista de esta última declaración que la legislación española necesariamente ha de interpretarse y aplicarse en consonancia con la normativa europea, sin que resulten admisibles divergencias desde el momento en que, como se dice en el pasaje del Preámbulo de la LOEPSF que se ha transcrito, se garantiza la adaptación, que se califica de continua y automática, de la normativa española a la europea.

2) En segundo lugar, y enlazando directamente con lo que acaba de decirse, la interpretación del Derecho nacional del Estado miembro con arreglo al Derecho de la Unión Europea. Esta regla o principio resulta, en relación con el supuesto que se examina, no solo de la declaración del Preámbulo de la LOEPSF que se ha transcrito, sino

de su condición de regla o principio general y uniforme que sanciona reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, sentencias de 16 de diciembre de 2010, C-239/09; de 24 de enero de 2012, C-282/10 y 19 de diciembre de 2013, C-84/12).

3) En tercer lugar, la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre los ordenamientos jurídicos nacionales (sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 15 de julio de 1964, *Costa c Enel*; 3 de abril de 1968, *Molkerei*; 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhelm*; 10 de octubre de 1976, *Variola*; 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, etc...) y que reconoce la jurisprudencia constitucional española (sentencias del Tribunal Constitucional nº5 28/1991, de 14 de febrero; 64/1991, de 22 de marzo; 120/1998, de 15 de junio; 58/2004, de 19 de abril, y 145/2012, de 2 de julio, entre otras), lo que tiene por consecuencia que, ante la divergencia entre la legislación nacional de un Estado miembro y el Derecho de la Unión Europea, la primera quede desplazada, deviniendo así inaplicable.»

Como consecuencia de ese principio de interpretación conforme a la normativa europea, el referido dictamen llega a la conclusión de que la divergencia que pueda surgir entre la legislación española y la europea debe resolverse en favor de ésta última.

Esta interpretación conforme a la normativa europea queda reforzada por la propia norma. De una parte, por la referencia contenida a la coherencia con la normativa europea de todo el procedimiento presupuestario, establecida en el artículo 3.1 LOEPSF. De otra parte, por la necesidad de que la senda de reducción de la deuda pública sea conforme con la normativa europea, establecido en el artículo 15.3 LOEPSF.

Una vez establecido el principio de que el concepto de equilibrio que se recoge en el artículo 11.2 LOEPSF (no incurrir en déficit estructural) debe interpretarse al amparo de la normativa europea, es necesario proceder al examen de ésta para determinar cuándo se producirá esta situación.

De acuerdo con la regulación contenida en el Reglamento (CE) 1466/97, la situación de equilibrio estructural se predicará en el caso de que la valoración que realice el Consejo del programa de estabilidad remitido (contenida en la correspondiente CSR) concluya que efectivamente el Reino de España se encuentra en una situación de equilibrio. En este caso, se elaboraría el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado de acuerdo con los objetivos incluidos en el programa de estabilidad y con ello se cumpliría tanto con el mandato del artículo 135.2 CE (no superar los márgenes establecidos por la Unión europea), como con el mandato establecido por el artículo 11.2 LOEPSF (no incurrir en déficit estructural).

No obstante lo anterior, el Consejo puede realizar una valoración positiva del programa de estabilidad no solo porque el Reino de España se encuentre en una situación de equilibrio, sino porque converja adecuadamente hacia ella, como señala el artículo 5.1 del reglamento 1466/97 antes mencionado. Así ha sucedido en las Recomendaciones del Consejo del 14 de julio de 2023, en la que apreció esta circunstancia como consecuencia de que la previsión de crecimiento del gasto primario neto financiado a nivel nacional se sitúa en un 1,4% en 2024, lo que la sitúa por debajo de la tasa de crecimiento recomendada.

Esta valoración positiva determina que un comportamiento acorde con el programa de estabilidad (en lo que aquí interesa, una elaboración de los Presupuestos Generales del Estado conforme con los objetivos contenidos en el programa de estabilidad) supondría que el déficit cumple con los márgenes establecidos por la Unión Europea, con lo que se cumple el mandato del artículo 135.2 CE.

VII

La última situación que debe examinarse es el caso de que la ausencia de objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública en vigor derive de la aplicación de una cláusula de salvaguarda.

A la posibilidad de aplicación de la cláusula de salvaguarda se refiere el artículo 11.3 LOEPSF:

«3. Excepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán incurrir en déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados. Esta desviación temporal no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo.»

La apreciación de concurrencia de esta emergencia extraordinaria permite separarse del cumplimiento de los objetivos establecidos, pero esa separación es temporal (art. 11.3 LOEPSF, párrafo primero in fine).

El art. 11.3 LOEPSF, párrafo tercero, establece la necesidad de elaboración de un plan de reequilibrio en el caso de que se hubiera aplicado la cláusula de salvaguarda:

«En estos casos deberá aprobarse un plan de reequilibrio que permita la corrección del déficit estructural teniendo en cuenta la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento.»

Para este caso, no existe una obligación subsidiaria de equilibrio, sino que lo que existe es una obligación de procedimiento: la aprobación de un plan de reequilibrio.

Esta misma previsión vuelve a recogerse en el artículo 22.1 LOEPSF. Sin embargo, en este precepto ya sí que se contiene una previsión respecto de la senda para recuperar el objetivo de estabilidad presupuestaria. Este precepto dispone:

«La administración que hubiera incurrido en los supuestos previstos en el artículo 11.3 de esta Ley, presentará un plan de reequilibrio que, además de incluir lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 21, recogerá la senda prevista para alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria, desagregando la evolución de los ingresos y los gastos, y de sus principales partidas, que permiten cumplir dicha senda.»

Por su parte, el artículo 23.2 LOEPSF se refiere al procedimiento para la aprobación del correspondiente plan de reequilibrio, estableciendo:

«El plan económico-financiero y el plan de reequilibrio de la Administración central será elaborado por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, y se remitirá a las Cortes Generales para su aprobación, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 15.6 de esta Ley.»

En un informe anterior se razonaba que la elaboración del plan de reequilibrio debe quedar demorada hasta la desaparición de la circunstancia motivadora de la aplicación de la «cláusula de salvaguarda» (comúnmente, «cláusula de escape»), pues solo en este momento se habrán estabilizado las consecuencias causadas por esta circunstancia y podrán evaluarse sus efectos sobre la situación financiera y la sostenibilidad económica. Solo así podrá elaborarse un plan de reequilibrio que permita la recuperación del déficit estructural ocasionado por aquella causa excepcional.

Por tanto, una vez desaparecidas las circunstancias que dieron lugar a la aplicación de la «cláusula de salvaguarda», volverán a determinarse objetivos de estabilidad y deuda pública. Sin embargo, estos se determinarán en el marco de un plan de reequilibrio y no con arreglo al procedimiento previsto en los apartados 1 a 5 del art. 15 LOEPSF. Ello no obstante, el plan de reequilibrio deberá ser aprobado por Congreso de los Diputados y Senado conforme a lo dispuesto en el art. 15.6 LOEPSF, en virtud de lo establecido en el art. 23.2 LOEPSF. Esta previsión se refiere a la aprobación, no a la elaboración (téngase en cuenta que el art. 23.2 realiza una remisión solo al apartado 6 del artículo 15 y no una remisión en bloque al artículo 15).

En definitiva, desaparecida la circunstancia que dio lugar a la aplicación de la «cláusula de salvaguarda», ha de elaborarse un plan de reequilibrio, en el que volverán a fijarse objetivos de estabilidad y deuda pública en un marco trienal y que deberán ser aprobados por Congreso de los Diputados y Senado. Este plan de reequilibrio «recogerá la senda prevista para alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria, desagregando la evolución de los ingresos y los gastos, y de sus principales partidas, que permiten cumplir dicha senda» (artículo 22.1 in fine LOEPSF).

En un escenario de rechazo de objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública por una de las Cámaras, cabe pensar que también se rechazará el plan de reequilibrio que se hubiere formulado por el Gobierno.

Ahora bien, el rechazo por alguna de las Cámaras del plan de reequilibrio no puede eximir al Reino de España del cumplimiento de los mandatos constitucionales y de los compromisos contraídos en el ámbito de la Unión Europea. Estos, mandato y compromiso, en lo que aquí interesa, son los vinculados a la estabilidad presupuestaria, en particular el mantenimiento de un déficit estructural que no supere los márgenes establecidos por la Unión Europea (mandato impuesto por el artículo 135 CE).

Por tanto, en el caso de que el plan de reequilibrio presentado por el Gobierno fuere rechazado, el Gobierno, en la elaboración del proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado, quedará limitado por los márgenes establecidos por la Unión Europea. Estos márgenes no son otros que los contenidos en las Recomendaciones del Consejo derivadas de la valoración del programa de estabilidad (CSRs). En el caso de que esta valoración resultare favorable, este mandato se cumple con la elaboración de un proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado adecuado a los objetivos contenidos en el programa de estabilidad. En caso contrario, habrán de introducirse las modificaciones que procedan para adecuarse al contenido de las referidas Recomendaciones.

VIII

Por último, debe examinarse la causa que determina la actual ausencia de objetivos de estabilidad y deuda pública aprobados. Ésta no es otra que la aplicación de la cláusula de exclusión de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública (cláusula de salvaguarda), motivada por la pandemia COVID-19. Respecto de ella, el día 30 de enero de 2020, el Comité de Emergencias de la OMS llegó a un consenso y recomendó al Director General que el brote constituyera una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII). El Director General aceptó la recomendación y declaró que el brote por el nuevo coronavirus (2019-nCov) constituye una ESPII. El día 11 de marzo la OMS determinó en su evaluación que la COVID-19 puede caracterizarse como una pandemia. Ésta es la declaración oficial de la existencia de una pandemia.

Esa circunstancia es valorada primero por el Gobierno, que llega a la conclusión que podría ser subsumible en el supuesto de «situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas». Así se realizó en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2020.

Sobre el anterior Acuerdo de Consejo de Ministros, se manifestó el Congreso de los Diputados el 20 de octubre de 2020, estimándolo, adoptando el siguiente acuerdo:

«El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día de hoy, ha debatido la Comunicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2020, por el que se solicita del Congreso de los Diputados la apreciación de que España está sufriendo una pandemia, lo que supone una situación de emergencia extraordinaria, a los efectos previstos en los artículos 135.4 de la Constitución y 11.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, publicado en el “BOCG. Congreso de los Diputados”, serie D, núm. 161, de 16 de octubre de 2020, habiendo procedido a dicha apreciación por mayoría absoluta.

Lo que se publica en cumplimiento de lo previsto en el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 20 de octubre de 2020.— P. D. El Secretario General del Congreso de los Diputados, Carlos Gutiérrez Vicén.»

Como se ha indicado con anterioridad, el escenario actual es el de finalización de vigencia de la cláusula de salvaguarda. Ello da lugar a que se aplique el régimen excepcional examinado en el apartado VII de este informe.

En consecuencia, de conformidad con lo señalado en el referido apartado VII, el Gobierno deberá presentar un plan de reequilibrio que recogerá la senda prevista para alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria, desagregando la evolución de los ingresos y los gastos, y de sus principales partidas, que permiten cumplir dicha senda (artículo 22.1 LOEPSF).

Este plan de reequilibrio será elaborado por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Función Pública y será remitido a las Cortes para su tramitación por el procedimiento previsto en el artículo 15.6 (aprobación por Congreso de los Diputados y Senado). En caso de rechazo, el Gobierno deberá mandar un nuevo Acuerdo de Consejo de Ministros en plazo de un mes. En caso de que éste sea también rechazado, podrá dar por rechazados definitivamente los objetivos contenidos en aquél y elaborar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado con sujeción a las limitaciones establecidas por la Unión europea, más concretamente, por el Consejo en la CSR.

En la actualidad, la propuesta de senda para el trienio siguiente propuesta por el Reino de España ha quedado recogida en el programa de estabilidad y su adecuación a la consecución del MTO ha sido declarada por el Consejo en sus Recomendaciones del 14 de julio.

Las Recomendaciones del Consejo del 14 de julio de 2023 sobre el programa de estabilidad del Reino de España contienen la siguiente valoración sobre el objetivo de estabilidad de nuestro país para 2024:

«(24) El Reglamento (CE) n.º 1466/97 exige una mejora anual del saldo presupuestario estructural para cumplir el objetivo presupuestario a medio plazo, cuyo valor de referencia es del 0,5% del PIB. Teniendo en cuenta consideraciones de sostenibilidad fiscal y la necesidad de reducir el déficit por debajo del valor de

referencia del 3% del PIB establecido en el Tratado, sería adecuado, según la Comisión, mejorar el saldo estructural en al menos un 0,7% del PIB en 2024. Para garantizar esta mejora, según la metodología de la Comisión, el crecimiento del gasto primario neto financiado a nivel nacional en 2024 no debería superar el 2,6%, como se refleja en la presente Recomendación. Al mismo tiempo, las medidas de apoyo en materia energética que sigan en vigor (estimadas actualmente por la Comisión en un 0,6% del PIB en 2023) deberían eliminarse progresivamente, si la evolución del mercado de la energía lo permite, comenzando con las medidas menos específicas, y los ahorros correspondientes deberían utilizarse para reducir el déficit público.

(25) En sus previsiones de la primavera de 2023, la Comisión prevé que, si las políticas no varían, el gasto primario neto financiado a nivel nacional crezca en un 1,4% en 2024, lo que se sitúa por debajo de la tasa de crecimiento recomendada.

[...]

(35) A la luz de la evaluación de la Comisión, el Consejo ha examinado el Programa de Estabilidad de 2023 y su dictamen se refleja en la recomendación 1.

[...]

Recomendación 1:

Eliminar gradualmente las medidas de apoyo de emergencia en materia energética en vigor, aprovechando los ahorros correspondientes para reducir el déficit público, tan pronto como sea posible en 2023 y 2024. En caso de que fueran necesarias nuevas medidas de apoyo o el mantenimiento de las ya vigentes debido a nuevos aumentos de los precios de la energía, garantizar que dichas medidas de apoyo se dirijan a proteger a los hogares y las empresas vulnerables, sean viables desde el punto de vista fiscal y sigan incentivando el ahorro energético.

Garantizar una política fiscal prudente, en particular limitando el aumento nominal del gasto primario neto financiado a nivel nacional en 2024 a un máximo del 2,6%.

Mantener la inversión pública financiada a nivel nacional y garantizar la absorción efectiva de las subvenciones del Mecanismo y otros fondos de la Unión, en particular para fomentar las transiciones ecológica y digital. Para el período posterior a 2024, seguir aplicando una estrategia de política fiscal a medio plazo de saneamiento gradual y sostenible, combinada con inversiones y reformas que propicien un mayor crecimiento sostenible, con el fin de lograr una situación fiscal prudente a medio plazo.»

En consecuencia, el cumplimiento del compromiso con la Unión Europea se consigue mediante la realización de una actuación adecuada al contenido del programa de estabilidad remitido. Ello determina que la elaboración del plan de reequilibrio se adecúe a lo previsto en el programa de estabilidad remitido a la Unión Europea y validado por el Consejo.

Como quiera que el Reino de España, como se ha señalado, no puede dejar de cumplir sus compromisos con la Unión Europea, el cumplimiento de ellos se producirá mediante la elaboración del plan de reequilibrio adecuado al contenido del programa presupuestario remitido y la ejecución adecuada del referido plan de reequilibrio. A los efectos que aquí interesan, ello dará lugar a la elaboración de un proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de acuerdo con los objetivos contenidos en el referido programa de estabilidad.

A lo anterior no podrá oponerse la falta de aprobación del plan de reequilibrio por alguna de las Cámaras, ya que, como se ha señalado anteriormente, en esta materia,

la divergencia que pueda surgir entre el ordenamiento interno y el de la Unión Europea debe resolverse en favor del segundo, como indicó la Abogacía General del Estado en el dictamen de 29 de enero de 2020, antes referido.

Como se ha señalado, para cumplir con la normativa europea de estabilidad presupuestaria (en concreto, con el brazo preventivo del Pacto de Estabilidad y Crecimiento), el Consejo recomienda que el gasto primario neto elegible de nuestro país no crezca por encima del 2,6% en 2024. El Consejo concluye que, en base a la información aportada por España en su Programa de Estabilidad 2023-2026 y a las previsiones de primavera de la Comisión Europea, nuestro país sí cumplirá con dicha recomendación para 2024, pues el crecimiento del gasto primario neto elegible para el año que viene «se sitúa por debajo de la tasa de crecimiento recomendada.»

Por lo tanto, de acuerdo con lo que se ha expuesto anteriormente, la Administración del Estado cumplirá con los márgenes establecidos por la Unión Europea cuando ajuste su actuación a lo establecido en el programa de estabilidad remitido a la Unión Europea y valorado positivamente por el Consejo. En lo que aquí interesa, elaborando un proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado conforme con los objetivos contenidos en el programa de estabilidad remitido a la Unión Europea.

IX

Resta por examinar la determinación de los objetivos individuales para las Comunidades Autónomas.

A la determinación de los objetivos individuales para las Comunidades Autónomas dedica la LOEPSF su artículo 16, estableciendo lo siguiente:

«Aprobados por el Gobierno los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública en las condiciones establecidas en el artículo 15 de esta Ley, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, formulará una propuesta de objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para cada una de las Comunidades Autónomas.

A partir de la mencionada propuesta, el Gobierno previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera que deberá pronunciarse en el plazo improrrogable de quince días desde la recepción de la propuesta en la Secretaría del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, fijará los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para cada una de ellas.»

De acuerdo con este precepto, la fijación de los objetivos individuales requiere que se hayan aprobado previamente los objetivos globales para cada uno de los subsectores. De esta forma, la aprobación de los objetivos de estabilidad individuales para las Comunidades autónomas es un acto de especificación, mediante el cual el objetivo global para el subsector Comunidades Autónomas se concreta («distribuye») para cada una de ellas, determinando la capacidad o necesidad de financiación en términos de PIB regional de la respectiva Comunidad Autónoma y volumen de deuda también en términos de PIB de la respectiva Comunidad Autónoma. De esta forma, la suma de los objetivos individuales de las Comunidades Autónomas será el objetivo global del subsector Comunidades Autónomas, capacidad o necesidad de financiación del subsector Comunidades Autónomas y objetivo de deuda del subsector Comunidades Autónomas, en términos de PIB nacional.

El procedimiento para la determinación de estos objetivos individuales será el siguiente:

- Aprobación de objetivos globales (que contiene la aprobación de los objetivos del subsector Comunidades Autónomas).
- El Ministerio de Hacienda y Función Pública elabora un borrador de objetivos individuales.
- Informe de AIREF.
- Elaboración de propuesta de objetivos (Ministerio de Hacienda y Función Pública).
- Informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera.
- El Gobierno fija los objetivos individuales de las Comunidades Autónomas.

A la vista de este procedimiento, se observa que la determinación de los objetivos individuales de las Comunidades Autónomas trae causa de la determinación del objetivo global del subsector Comunidades Autónomas, por lo que sigue la suerte de éste.

Al estar incluida la determinación de los objetivos del subsector Comunidades Autónomas en el acuerdo de establecimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública para el conjunto de las Administraciones Públicas, la determinación de los objetivos individuales de las Comunidades autónomas dependerá del supuesto, de los examinados anteriormente, conforme al cual cómo se hayan determinado los objetivos globales.

En los casos previstos en los apartados IV, V y VII anteriores, la determinación de los objetivos individuales de las Comunidades Autónomas se llevará a cabo mediante el procedimiento previsto en el artículo 16 LOEPSF antes transcrito. En el caso del supuesto previsto en el apartado VI el objetivo individual de estabilidad de las Comunidades Autónomas será el equilibrio, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 11.2 LOEPSF, de forma que ninguna de ellas podrá incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales.

X

Por último, habida cuenta de que el conjunto de reglas fiscales integra también a la regla de gasto, conviene hacer una breve referencia a ella.

A la regla de gasto se refiere el artículo 12 LOEPSF. El párrafo primero del apartado 1 recoge esta regla de la siguiente forma:

«La variación del gasto computable de la Administración Central, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, no podrá superar la tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española.»

De esta forma, la regla de gasto se aplica de forma automática, sin necesidad de que forme parte del acuerdo de establecimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el conjunto de Administraciones Públicas.

El apartado 2 determina el gasto computable para la aplicación de la regla de gasto:

«Se entenderá por gasto computable a los efectos previstos en el apartado anterior, los empleos no financieros definidos en términos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, excluidos los intereses de la deuda, el gasto no

discrecional en prestaciones por desempleo, la parte del gasto financiado con fondos finalistas procedentes de la Unión Europea o de otras Administraciones Públicas y las transferencias a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales vinculadas a los sistemas de financiación.»

La determinación de tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española, la realizará el actual Ministerio de Economía, Comercio y Empresa, de acuerdo con la metodología utilizada por la Comisión Europea

El gasto computable puede variar en dos supuestos. De una parte, en el caso de que se aprueben cambios normativos que supongan incremento permanente de la recaudación o disminución de la recaudación. En este supuesto, el apartado 4 precisa el gasto computable en los ejercicios en los que se produzca incremento o reducción de la recaudación de la siguiente forma:

«Cuando se aprueben cambios normativos que supongan aumentos permanentes de la recaudación, el nivel de gasto computable resultante de la aplicación de la regla en los años en que se obtengan los aumentos de recaudación podrá aumentar en la cuantía equivalente.

Cuando se aprueben cambios normativos que supongan disminuciones de la recaudación, el nivel de gasto computable resultante de la aplicación de la regla en los años en que se produzcan las disminuciones de recaudación deberá disminuirse en la cuantía equivalente.»

De otra parte, en el caso de que se aprueben planes económico-financieros o planes de reequilibrio, el párrafo segundo del apartado 1 indica:

«No obstante, cuando exista un desequilibrio estructural en las cuentas públicas o una deuda pública superior al objetivo establecido, el crecimiento del gasto público computable se ajustará a la senda establecida en los respectivos planes económico-financieros y de reequilibrio previstos en los artículos 21 y 22 de esta ley»

Sin embargo, estas especialidades en la forma de determinación del gasto computable no afectan al automatismo en la aplicación de la regla de gasto. Es decir, la regla de gasto se aplica automáticamente, pero el gasto computable que ha de tenerse en cuenta para ello se calcula en la forma indicada.

Por lo anterior, se someten a la consideración de VI las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. Una vez desaparecidas las circunstancias que dieron lugar a la aplicación de la «cláusula de salvaguarda» como consecuencia de la pandemia COVID-19, volverán a determinarse objetivos de estabilidad y deuda pública. Sin embargo, estos se determinarán en el marco de un plan de reequilibrio. Este plan de reequilibrio recogerá la senda prevista para alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria, desagregando la evolución de los ingresos y los gastos, y de sus principales partidas, que permiten cumplir dicha senda. Ello no obstante, el plan de reequilibrio deberá ser aprobado por Congreso de los Diputados y Senado conforme a lo dispuesto en el art. 15.6 LOEPSF, en virtud de lo establecido en el art. 23.2 LOEPSF.

Segunda. En caso de no aprobación por las Cámaras del plan de reequilibrio presentado por el Gobierno, ello no exime a éste de las obligaciones establecidas constitucionalmente: presentar un proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado (artículo 134.3 CE) y no incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros. A falta de aprobación, conforme a la legislación interna, de una senda de convergencia hacia la situación de equilibrio, resultará de aplicación la contenida en el programa de estabilidad, a condición de que éste haya sido valorado favorablemente por el Consejo.

Tercera. Una vez el Consejo ha valorado favorablemente el programa de estabilidad remitido por el Reino de España (Recomendaciones de 14 de julio de 2023), las Administraciones incluidas en los subsectores referidos en la conclusión anterior cumplirán con el mandato contenido en el artículo 135.2 CE cuando adecúen su actividad al contenido del referido programa de estabilidad. En particular, en cuanto al objeto de este informe, la Administración del Estado cumplirá con el mandato constitucional elaborando un proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado adecuado a los objetivos de estabilidad y deuda pública contenidos en el programa de estabilidad.

Cuarta. La regla de gasto se aplica de forma automática, sin que requiera ningún tipo de aprobación. Ello no obstante, la determinación del gasto computable se adecuará a la senda establecida en el plan de reequilibrio.

No obstante V. I. decidirá lo que proceda.

RÉGIMEN JURÍDICO TRIBUTARIO

25.23 ALCANCE DEL ARTÍCULO 141 E) DE LA LEY 58/2003, DE 17 DE DICIEMBRE, GENERAL TRIBUTARIA SOBRE LA COMPETENCIA INSPECTORA PARA LA APLICACIÓN DE RÉGIMENES ESPECIALES

Resumen: Reforzar, precisar o matizar la jurisprudencia existente (STS de 23 de marzo de 2021, RCA/3688/2019) en torno al alcance del artículo 141.e) LGT, determinando si la doctrina contenida en dicha sentencia, relativa a las actuaciones que se sigan para comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de regímenes tributarios especiales, resulta aplicable también al supuesto de las exenciones o incentivos fiscales y devoluciones tributarias, asimismo previsto en la misma letra e) del citado precepto.

El Abogado del Estado, en el ejercicio de la representación que por ministerio de la ley ostenta, en el recurso de casación interpuesto por XXX, S. L. contra Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de noviembre de 2022 (r. 857/2021), ante la Sala comparece y como mejor proceda en derecho dice:

Que, cumplimentando el traslado conferido, por medio del presente escrito vengo a formular **oposición** al recurso en base a las siguientes:

ALEGACIONES

Primera. Planteamiento.

La cuestión de interés casacional se concreta en la parte dispositiva del auto de admisión de 20 de julio de 2023 y es la que sigue:

«Reforzar, precisar o matizar la jurisprudencia existente (STS de 23 de marzo de 2021, RCA/3688/2019) en torno al alcance del artículo 141.e) LGT, determinando si la doctrina contenida en dicha sentencia, relativa a las actuaciones que se sigan para comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de regímenes tributarios especiales, resulta aplicable también al supuesto de las exenciones o incentivos fiscales y devoluciones tributarias, asimismo previsto en la misma letra e) del citado precepto.»

Como norma jurídica que, en principio, habrá de ser objeto de interpretación se identifica, según el auto, el artículo 141 e) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Ello sin perjuicio —concluye el auto— de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

Queremos ya en este momento hacer una importante precisión al auto de admisión que, siguiendo exclusivamente la estela del escrito de preparación del recurso, al margen de la Sentencia de 23 de marzo de 2021 c. 3688/2019, cuyo alcance se examinará más adelante, identifica únicamente como precepto a interpretar el artículo 141.e) LGT/2003 cuando, como vamos a sostener con fundamento en este escrito, el otro precepto clave para resolver la controversia, es el artículo 117 b) y c) de la misma Ley, profusamente recogido e interpretado en el fallo de instancia y en nuestra previa contestación a la demanda aunque no se mencione en el auto de admisión.

Nos encontramos por tanto ante un caso en el que la coletilla final de la parte dispositiva del auto que, tras identificar la norma aplicable, deja a salvo que la sentencia haya de extenderse a otras «*si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso — ex artículo 90.4 LJCA—*», tiene total sentido pues la Sala, indefectiblemente, para resolver el recurso va a tener presente especialmente e interpretar no solo el artículo 141.e) sino también el artículo 117 b) y c) de la misma Ley, en su redacción originaria.

Segunda. Antecedentes.

A fin de centrar convenientemente la cuestión debatida, resulta oportuno, tomando como referencia el auto de admisión, hacer mención, con algunos añadidos, a los antecedentes más notables del caso.

1. La mercantil interesada presentó sus autoliquidaciones del IVA de los periodos mensuales del ejercicio 2019, incluyendo como operaciones exentas determinadas entregas intracomunitarias de bienes y servicios y ciertas exportaciones y operaciones asimiladas, con resultado a devolver.

2. El 6 de abril de 2020 se notificó a la entidad interesada el inicio mediante requerimiento de un procedimiento de comprobación limitada respecto de los citados impuestos y períodos a instruir por la Unidad de Gestión de Grandes Empresas de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en Asturias. Dicho procedimiento concluyó por caducidad al haber transcurrido el plazo máximo de seis meses desde la fecha de notificación del inicio del mismo sin que se hubiera notificado la correspondiente resolución expresa. Caducidad esta que fue declarada por acuerdo del Inspector Regional el 3 de diciembre de 2020.

3. En esa misma fecha se notificó a la ahora recurrente el inicio, mediante propuestas de liquidación, de sendos procedimientos de comprobación limitada respecto de estos mismos impuestos y períodos. En tales propuestas se incluyó la mención expresa a que las actuaciones realizadas en el curso del procedimiento caducado, así como los documentos y otros elementos de prueba obtenidos en el mismo conservan su validez y eficacia en los procedimientos entonces iniciados a los que se incorporaban.

4. El 24 de marzo de 2021 se dictaron resoluciones por el Inspector Regional poniendo fin a los procedimientos de comprobación limitada instruidos y practicando liquidaciones provisionales en dichas liquidaciones.

5. En lo que respecta a estas reclamaciones, se incrementaron las bases imponibles y cuotas del IVA devengado por operaciones realizadas en régimen general en los importes correspondientes a determinadas operaciones sujetas a gravamen conforme a lo establecido en el artículo cuatro de la Ley 37/1992 que la interesada había declarado como exentas en concepto de exportaciones y operaciones asimiladas

y entregas intracomunitarias de bienes y servicios. Tal regulación obedeció a la falta de acreditación por parte de la entidad de la salida de las mercancías bien del territorio de aplicación del impuesto, bien de la Unión Europea.

6. Planteada por la contribuyente su reclamación económico administrativa en los términos referidos, ésta fue desestimada por resolución del TEARA de 17 de septiembre de 2021.

7. Disconforme con esta última resolución, la sociedad la impugnó en sede contencioso-administrativa, siendo desestimada su demanda por la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de noviembre de 2022, por las razones que se contienen en la misma.

Tercera. Sobre la infracción del artículo 141 e) de la LGT/2003.

La recurrente, en total concordancia con lo argumentado en su escrito de preparación lo que, de entrada, como hemos visto, ha sido aceptado por la Sección de Admisión de esa Sala, centra, erróneamente, su recurso, en la supuesta infracción por la sentencia recurrida del artículo 141.e) LGT/2003, entendiéndolo, con apoyo en la Sentencia de ese Tribunal de 23 de marzo de 2021 c. 3688/2019, que la Administración tributaria incumplió el mandato contenido en el precepto citado que atribuye a la inspección la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias, al iniciar y culminar esa tarea en un procedimiento de gestión, concretamente en el procedimiento de comprobación limitada de los artículos 136 a 140 LGT/2003.

Es importante resaltar por lo que supone de atribución del máximo rigor en la tarea comprobadora que las actuaciones de comprobación limitada conforme a lo establecido en esos preceptos, pueden desarrollarse, como aquí ocurrió, por los órganos inspectores —artículo 141 h) LGT/2003— en los términos, claro está, de los artículos 136 a 140 de la misma Ley.

En efecto, las resoluciones oportunas de la AEAT de 24 de marzo de 2021 que pusieron fin a la vía administrativa, tuvieron su origen, como recogen los antecedentes del caso, en un procedimiento de comprobación limitada instruido por la Unidad de Gestión de Grandes Empresas de la Delegación Especial de la AEAT en Asturias y culminaron en sendas resoluciones dictadas por el Inspector Regional practicando las liquidaciones provisionales oportunas.

Como hemos dicho, la pretensión exclusiva de adverso es que se aplique al supuesto previsto en el artículo 141 e) LGT/2003, relativo a la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias, la doctrina de esa Sala contenida en la Sentencia de 23 de marzo de 2021 c. 3688/2019, referida al caso de la comprobación de la aplicación de regímenes tributarios especiales de ese mismo precepto y apartado, y en la que fijó la siguiente doctrina de interés casacional:

«Cabe establecer, como doctrina jurisprudencial, que conforme a una interpretación gramatical y sistemática del artículo 141.e) LGT, las actuaciones que se sigan para comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de regímenes tributarios especiales, como es el que se prevé, en el caso enjuiciado, para los colegios profesionales, en su carácter de entidades parcialmente exentas —y, por ende, a las que se asigna un régimen fiscal especial—, han de ser actuaciones inspectoras y seguirse, necesariamente, por los órganos competentes, a través del procedimiento inspector.»

De entrada, resulta muy obvio, que la doctrina contenida en la sentencia de esa Sala, se refiere exclusivamente al caso de la aplicación de regímenes tributarios especiales. Esto lo reconoce la recurrente, que justamente solicita que el Tribunal Supremo precise o aclare si esa doctrina puede extenderse también a la comprobación de los beneficios fiscales y devoluciones tributarias del citado artículo 141.e) LGT/2003.

Pues bien, como vamos a demostrar, nada tiene que ver el caso suscitado y resuelto en la Sentencia citada, relativo a la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de regímenes tributarios especiales con la misma comprobación de esos requisitos para la obtención de beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias, por mucho que se encuentren en el mismo apartado y les separe la alocución «así como».

El matiz diferenciador es muy claro ya que, para determinar el exacto alcance de esa previsión respecto a la función inspectora, debe tenerse en cuenta, acudiendo a una interpretación gramatical y sistemática (artículo 12.1 de la LGT/2003, en relación con el artículo 3.1 del Código Civil), lo previsto en el artículo 117.b) y c) de la LGT/2003, en su redacción originaria, aplicable al caso, que atribuye expresamente a los órganos de gestión competencias para la comprobación de estas materias.

Bueno será que comparemos la dicción literal del artículo 141.e) con ese artículo 117.b) y c), en su versión originaria, aplicable *ratione temporis*.

Según el artículo 141.e), «la inspección tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas dirigidas a:

[...]

“e) La comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias, así como para la aplicación de regímenes tributarios especiales”

Por su parte, el artículo 117.1.b) y c) de la misma Ley, en su redacción originaria, señala que:

“1. La gestión tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas dirigidas a:

[...]

b) La comprobación y realización de las devoluciones previstas en la normativa tributaria.

c) El reconocimiento y comprobación de la procedencia de los beneficios fiscales de acuerdo con la normativa reguladora del correspondiente procedimiento.”»

Es importante destacar que, la letra c) de ese artículo 117 fue modificada recientemente por la Disposición final 2.ª del Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, para incorporar a las funciones gestoras tributarias propiamente dichas el reconocimiento y comprobación de la procedencia de la aplicación de los regímenes tributarios especiales, lo que no ocurría antes, en el que se atribuía en exclusiva esa función a los órganos inspectores, de acuerdo con el artículo 141 e) LGT/2003. La STS de 23 de marzo de 2021, con la redacción originaria de la Ley, se refería al caso de la comprobación de la aplicación de los regímenes tributarios especiales, que no se contemplaba en el artículo 117.1.c) como competencia de los órganos gestores, sino únicamente se atribuía como competencia de la Inspección en el indicado artículo 141 e).

Pero es que, antes de esa modificación legal que atribuye, en línea con lo ya establecido para los beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias, funciones de gestión tributaria en relación también con la procedencia de la aplicación de los regímenes tributarios especiales, la situación respecto a los primeros era completamente distinta pues, como hemos visto, a diferencia de los casos de comprobación de la aplicación de los regímenes tributarios especiales, atribuidos en exclusiva a la Inspección (artículo 141 e), el artículo 117.1. b) y c) LGT/2003 (primero del capítulo III, Título III de la Ley, dedicado a las «Actuaciones y procedimiento de gestión tributaria») atribuía expresamente también, como hemos visto, competencias a los órganos de Gestión para la comprobación de devoluciones tributarias y la procedencia de beneficios o incentivos fiscales de acuerdo con la normativa reguladora del correspondiente procedimiento (se entiende de gestión tributaria).

El recurso interpuesto ignora totalmente la existencia de ese precepto y apartados, por mucho que la sentencia de instancia se refiere al mismo y al artículo 141 e), siendo como son preceptos claramente reguladores de la materia.

De la dicción literal de ambos preceptos, en su redacción originaria, queda claro, a juicio de esta representación legal, que nos encontramos ante competencias compartidas que se concretan ya en el alcance y límites de los distintos procedimientos tributarios a seguir en cada caso y en el adecuado reparto de las tareas de gestión e inspección atendiendo, como dice el fallo de instancia, al distinto nivel, objeto y contenido.

Saliendo al paso de la argumentación de la recurrente que no aprecia razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferente para los variados supuestos del apartado e) del artículo 141 LGT/2003, debemos recordarle, que es muy distinta la comprobación de la aplicación de los distintos regímenes especiales previstos en la normativa tributaria, en concreto y, por ejemplo, los del IRPF (artículos 85 y siguientes), IS (artículos 42 y siguientes) e IVA (artículos 120 y siguientes), al existir, según la doctrina de esa Sala, hasta la reforma legal del artículo 117.1.c) LGT/2003, por el citado Real Decreto-ley 13/2022— una reserva legal exclusiva —artículo 141 e) LGT/2003— a la Inspección para la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de esos regímenes tributarios especiales.

Por el contrario, en los casos de comprobación y realización de devoluciones tributarias y reconocimiento y comprobación de la procedencia de beneficios fiscales, las funciones comprobadoras se comparten siempre entre los órganos de gestión e inspección (artículos 117 b) y c) y 141 e) LGT/2003).

La reforma indicada del artículo 117.1 c) por el Real Decreto-ley 13/2022, ha tenido claramente por objeto hacer compartible también el reconocimiento y comprobación de la procedencia de la aplicación de regímenes tributarios especiales, entre los órganos de gestión e inspección, como ya ocurría con las materias ahora discutidas.

En base a ello y ateniéndose, por lo demás, a la doctrina de esa Sala, correspondería sí en exclusiva a la Inspección, a través de su procedimiento específico, la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de los regímenes tributarios especiales (artículo 141 e) LGT/2003) *de las cuales se puede derivar la exclusión, pérdida o modificación del régimen aplicable*. Por el contrario, las actuaciones que no supongan la comprobación de los requisitos para la aplicación del régimen especial, como pueden ser la comprobación de determinados ingresos, gastos, cuotas, deducciones, retenciones, pagos fraccionados, cumplimiento de obligaciones formales, etc., *manteniendo la aplicación del régimen tributario especial*,

constituirían competencias compartidas entre las áreas de Gestión e Inspección, que pueden realizarse en uso de las facultades fijadas en los procedimientos que correspondan.

Sobre esa base y centrándonos ya en las devoluciones tributarias, que es lo que se solicitó por la recurrente a la AEAT con la presentación de las autoliquidaciones pertinentes por IVA, como ocurre en el IS o en el IRPF, dado el carácter general de la norma, es de todo punto impensable que esas devoluciones tributarias, por razones evidentes de costes y efectividad, puedan ser comprobadas *prima facie* por órganos inspectores aplicando el procedimiento inspector, cuando, como aquí ocurre, la Administración tributaria se limita a constatar, previo examen de la documentación obrante en su poder, que el contribuyente no acredita oportunamente la salida de las mercancías en relación con las exportaciones y las entregas intracomunitarias, esencial para poder hacerse acreedor de la exención del impuesto. Todo ello sin realizar investigación o pesquisa alguna ni consultar, por supuesto, su contabilidad o sus cuentas bancarias.

Eso nos lleva ya a la interpretación finalista de la norma. En este sentido, resulta evidente que el Legislador ha pretendido expresamente que la comprobación de los beneficios fiscales y las devoluciones tributarias —ex artículos 117.1 b) y c) y 141 e) LGT/2003— pueda efectuarse tanto por los órganos de Gestión como por los de Inspección, teniendo en cuenta su distinta cualificación y especialización.

En los artículos 141.e) y 117.b) y c) de la LGT/2003, en su redacción originaria, se aprecia la voluntad del legislador de repartir tareas de gestión e inspección atendiendo, como hemos dicho ya, al distinto alcance, nivel, objetivo y contenido. La normativa atribuye a los órganos con funciones de Gestión **la comprobación de las devoluciones y de la procedencia de los beneficios fiscales** de acuerdo con la normativa reguladora del correspondiente procedimiento (art. 117.b) y c) LGT/2003), y a la Inspección le atribuye **funciones de comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias** (artículo 141 e) LGT/2003), que pueden llevar a *la exclusión, pérdida o modificación del beneficio o incentivo o del régimen de la devolución*. La normativa no establece, pues, ninguna incompatibilidad ni exclusión para la comprobación de los beneficios fiscales y devoluciones tributarias por parte de los órganos con funciones gestoras, sino todo lo contrario.

Que los beneficios fiscales y devoluciones tributarias puedan ser comprobados tanto por los órganos de Gestión como de Inspección, de acuerdo con sus procedimientos (verificación de datos y comprobación limitada en un caso, procedimiento inspector en otro, con el matiz de que las actuaciones de comprobación limitada, aquí realizadas, constituyen también una función inspectora —artículo 141 h) LGT/2003—) tiene su fundamento en conseguir una aplicación del sistema tributario que resulte más eficaz, justa y general.

Asimismo, permite minimizar en lo posible los costes indirectos para el contribuyente, dado que la comprobación gestora para los casos más simples y en los que ya se dispone de la información resulta menos costosa para el contribuyente que el procedimiento Inspector. Y todo ello sin disminuir las garantías de los contribuyentes. Así, a los órganos de Gestión se les atribuyen las comprobaciones más simples y que se deriven fundamentalmente de la propia documentación obrante en poder de la Administración y de la requerida al efecto al obligado y que no requieren una actividad investigadora, que correspondería a los órganos de Inspección.

En este sentido, la sentencia de instancia es muy clara al respecto, cuando en su FD Segundo 2.3. D), nos dice:

«D) Ha de tenerse presente el dato jurídicamente incuestionable relativo a que en el diseño legal la gestión e inspección tributaria se atribuye a órganos con distinta cualificación y especialización.

Este conjunto de criterios y parámetros interpretativos convergen en la conclusión de que corresponde a la gestión tributaria y órganos responsables de la misma y procedimiento correlativo, el reconocimiento y comprobación de la procedencia de beneficios fiscales, siempre que se derive de la propia documentación obrante en poder de la Administración y sea fruto de una aplicación automática o directa de la norma a la vista de la misma, sin precisar a) ni una actividad analítica que sustente una singular interpretación o valoración de la legislación tributaria b) ni una actividad investigadora. Es más, en el procedimiento más simple y de menor fuste investigador, la verificación de datos, el art. 131 LGT admite que las oficinas gestoras recalifiquen lo documentado cuando “resulte patente de la propia declaración o autoliquidación presentada o de los justificantes aportados con la misma”, por lo que con mayor razón en el procedimiento de comprobación limitada atribuido a unidades de mayor rango y especialización, se contará con igual posibilidad, si bien bajo consideración restrictiva por la fuerza contraria del citado apartado e) del art. 141 LGT.

En términos deliberadamente simples, el procedimiento de gestión (aplicación) se detiene allí donde debe actuar la inspección (interpretación). No es cuestión de mayor o menor complejidad del caso, sino de la naturaleza intrínseca del juicio propio de la gestión (resultado de la mera aplicación de la norma sobre la documentación que le consta y que reclama cotejo o “verificación”) y del juicio propio de la inspección (resultado de un juicio valorativo e interpretativo específico de la norma tributaria con margen de criterios razonables, o que va más allá de la documentación que constaba inicialmente y reclama “actuaciones”).»

La recurrente alega que en este caso la Administración le está atribuyendo un fraude fiscal, que debería ser comprobado por la Inspección. Pero, el motivo de la regularización es la falta de acreditación por parte de la mercantil de la salida de las mercancías bien del territorio de aplicación del impuesto o de la Unión Europea.

Como de nuevo recoge la sentencia en su FD Tercero:

«Iniciado el procedimiento de comprobación limitada y a la vista de la documentación aportada por la contribuyente, el órgano de gestión constató la falta de acreditación por parte de la entidad de la salida de las mercancías, bien del territorio de aplicación del impuesto, bien de la Unión Europea, por lo que formuló el 3 de diciembre de 2020 propuestas de liquidación, para cada período examinado, identificando cada deficiente operación de bienes o servicios, y brindando alegaciones a la entidad contribuyente por no haberse acreditado el hecho de la salida de la mercancía que justificaría el disfrute de la exención: a) En relación con las exportaciones, el órgano de gestión constata que no está justificada la salida del territorio de la Unión Europea de la mercancía cuya entrega está documentada en las facturas; b) En lo que se refiere a entregas intracomunitarias, constata el órgano de gestión que no se acredita la salida de mercancía hacia otro Estado miembro, ni se acredita por cuenta de quién se realiza el transporte[...].»

Esa falta de acreditación documental de la salida de mercancías y no un posible fraude fiscal, fue el único motivo por el que se acordó la iniciación del procedimiento

de comprobación limitada por parte de la propia Inspección Regional, a través de la Unidad de Gestión de Grandes Empresas, en ejercicio de la función que le atribuye el artículo 141 h) LGT/2003, en la que, no se olvide, puede ejercer las actuaciones que le reconoce el artículo 136.2 de la LGT/2003, a saber:

a) Examen de los datos consignados por los obligados tributarios en sus declaraciones y de los justificantes presentados o que se requieran al efecto.

b) Examen de los datos y antecedentes en poder de la Administración tributaria que pongan de manifiesto la realización del hecho imponible o del presupuesto de una obligación tributaria, o la existencia de elementos determinantes de la misma no declarados o distintos a los declarados por el obligado tributario.

c) Examen de los registros y demás documentos exigidos por la normativa tributaria y de cualquier otro libro, registro o documento de carácter oficial con excepción de la contabilidad mercantil, así como el examen de las facturas o documentos que sirvan de justificante de las operaciones incluidas en dichos libros, registros o documentos [...].»

En el presente caso, la comprobación limitada se efectuó estrictamente dentro del marco establecido en los artículos 136 y siguientes de la LGT/2003. Como viene a señalar de nuevo el fallo (FD Tercero.3.3), «[...] el órgano de gestión no ha realizado una actividad de comprobación que comporte operaciones de calificación jurídica, ni siquiera de investigación o pesquisa, ni consultado contabilidad de la empresa, ni recabado cuentas bancarias, como tampoco ha confrontado documentación alguna aportada en su descargo por la entidad respecto del criterio del órgano de gestión» (Como fácilmente se comprenderá se trata de hechos probados en el fallo, no revisables en casación y de los que debe partirse en todo caso).

En consecuencia, la comprobación limitada ha sido en sus estrictos términos, de mera «comprobación» o verificación, y además «limitada» a lo que deriva del expediente sin la más mínima labor innovativa, evaluativa o calificadora que requiera una cualificación de formación o potestades propias del órgano inspector o que imponga una singular garantía.

Por otro lado, como de nuevo dice el fallo y el recurso nos lo viene a ratificar, no consta que la recurrente, en el plazo de alegaciones y prueba concedido al efecto, aportara documentación o justificación que comprometiera la propuesta, ni tampoco se ha aportado o invocado en las reclamaciones económico-administrativas, ni siquiera en vía jurisdiccional.

Resulta evidente que quien pretende beneficiarse de un beneficio fiscal, exención o devolución, tiene la carga de justificarlo. En este caso, no consta —insistimos— que la empresa aportara la documentación o justificación solicitada por el órgano gestor, ni ante la Administración, ni ante el TEAR, ni ante el TSJ de Asturias, limitándose a alegar la supuesta incompetencia del órgano gestor.

En cuanto a las garantías propiamente dichas del procedimiento de comprobación limitada seguido, dicho procedimiento cuenta con todas las garantías (en este sentido, los artículos 137 a 140 LGT/2003) sin que la recurrente haya identificado, explicado o demostrado ningún tipo de indefensión ni la supuesta garantía omitida, centrándose de forma casi obsesiva en la supuesta falta de competencia del órgano de gestión que, aquí, curiosamente, es un órgano inspector. Así lo señala con extrema claridad la propia sentencia en su FD Tercero. 3.3, a la que, una vez más, nos remitimos.

Todo ello, con la matización oportuna de la doctrina de esa Sala, ha de llevar ya a la desestimación del recurso.

Cuarta. Sobre la pretensión formulada de adverso y la correcta interpretación de los preceptos aplicables

Saliendo al paso del correlativo de contrario, se solicita de esa Sala, en primer lugar, que, en interpretación de los artículos 141.1.e) y 117. b) y c) de la LGT/2003, en su redacción originaria, y matizando la jurisprudencia existente (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2023 c. 3688/2019), al tratarse de supuestos distintos, fije como doctrina legal que:

— Las actuaciones que se sigan para comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias así como la comprobación y realización de esas mismas devoluciones y el reconocimiento y comprobación de la procedencia de los beneficios fiscales de acuerdo con la normativa reguladora del correspondiente procedimiento, derivan del ejercicio legítimo de competencias compartidas entre los órganos de gestión e inspección, pudiendo proceder de uno u otro, en función del distinto alcance, nivel, objetivo y contenido perseguido en cada caso y de acuerdo con la normativa aplicable a los respectivos procedimientos de gestión e inspección (verificación de datos y comprobación limitada o inspección).

Sobre esa base, no resultando de aplicación la doctrina sentada en la Sentencia de esa Sala de 23 de marzo de 2023 c. 3688/2019 y teniendo en cuenta, en este caso concreto, que el órgano de gestión no ha realizado una actividad de comprobación que comporte operaciones de calificación jurídica, ni siquiera de investigación o pesquisa, ni consultado contabilidad de la empresa, ni recabado cuentas bancarias, como tampoco ha confrontado documentación alguna aportada en su descargo por la entidad respecto del criterio del órgano de gestión, estando su actuación dentro del marco del artículo 136 de la LGT/2003, por lo que su actuación es plenamente conforme a derecho, debe desestimarse el recurso, confirmándose la sentencia de instancia y por extensión la resolución del TEARA impugnada.

X. *DERECHO MERCANTIL*

CONTRATO DE SEGURO

26.23 CUESTIONES RELATIVAS A LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CONTABLE REGULADOS EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 34.^a DE LA LEY 22/2021, DE PGE PARA 2022, Y EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 34.^a DE LA LEY 31/2022, DE PGE PARA 2023

Resumen: Examen de la admisibilidad y alcance de los seguros de responsabilidad civil y contable profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social. Encaje en la definición del contrato de seguro del art. 1 de la Ley 50/1980 (LCS) y, sin perjuicio de sus peculiaridades, en el ramo de los seguros de daños. El seguro de responsabilidad contable podrá cubrir los daños causados por la responsabilidad contable del empleado público en cuya conducta concurra culpa grave, pero no dolo. Competencia para determinar la delimitación de las funciones y contingencias concretas incluidas en la cobertura de estos seguros.

Examinada la consulta formulada por la Intervención General de la Administración del Estado sobre diversas cuestiones relativas al ámbito de cobertura de los seguros de responsabilidad contable regulados en la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 y en la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023, la Abogacía General del Estado emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

I

1.º) La Intervención General de la Administración del Estado (en adelante, IGAE) traslada a este Centro Directivo una consulta de la Intervención General de la Seguridad Social relativa al ámbito de cobertura de los seguros de responsabilidad contable. El escrito de consulta de la IGAE plantea la cuestión objeto de informe en los siguientes términos:

«La Disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 (en adelante, DA 34 de la LPGE para 2022), establece por primera vez la posibilidad de contratar seguros de responsabilidad contable profesional del personal al servicio de las entidades mencionadas, al disponer:

[...]

“Se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil y contable profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social en los que concurran circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura. Las primas de estos seguros no computarán en la masa salarial a efectos de lo previsto en la presente Ley.

La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente.”

Una previsión similar figura en la Disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (en adelante, DA 34 de la LPGE para 2023), ampliando la posibilidad de concertar este tipo de seguros para el personal al servicio de las Entidades Públicas Empresariales y otras Entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquellas [...]

La cuestión objeto de consulta se concreta en determinar si a la luz de la citada DA 34 de la LPGE para 2022 (y actualmente, de la DA 34 de la LPGE 2023), dentro del ámbito de cobertura de los seguros de responsabilidad contable profesional que suscriban los órganos competentes de la Administración del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social (y a partir de 2023 de las Entidades Públicas Empresariales y otras Entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquellas), se puede incluir, en caso de que el pago de la prima se financie con cargo a fondos públicos, “cualquier función y contingencia, cuando así lo determine el titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente, siempre y cuando esta cobertura no se extienda a conductas dolosas”.

Según expone el órgano consultante, “[...] En el ámbito de la Administración General del Estado [...] el informe del Tribunal de Cuentas de 24 de mayo de 2014, relativo a la fiscalización del Consejo General del Poder Judicial [...] indica que este tipo de expedientes [seguros de responsabilidad civil] requieren en su tramitación la elaboración de informes exhaustivos que, en su caso, justifiquen adecuadamente no solo su necesidad para el cumplimiento de los fines institucionales del Consejo, determinando con la precisión que exige el artículo 22 de la LCSP [actual artículo 28 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público] la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, sino, muy especialmente, la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, motivando las razones en virtud de las cuales se considera de interés público el abono con cargo a fondos públicos de este tipo de pólizas.

[...]

No obstante lo anterior, la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, previó expresamente la posibilidad de concertar seguros de responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social en los que concurrieran circunstancias que hicieran necesaria dicha cobertura.

[...]

la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, ha añadido la posibilidad de suscribir, además de los anteriores, seguros de responsabilidad contable profesional, respecto de los

que se plantean dudas en cuanto a la extensión de las contingencias que pueden ser cubiertas por los mismos, al no concretarse en dicha norma legal.

[...] procede traer a colación el informe de esa Intervención General, de 17 de febrero de 1998, [...], en el que se concluye que:

Con arreglo a lo expuesto, puede llegarse a la conclusión de que la Ley autoriza a la Administración a contratar seguros de responsabilidad civil para los funcionarios que están expuestos en su ejercicio profesional a unos determinados riesgos, precisamente porque la responsabilidad civil en caso de siniestro le es directamente imputable, es decir, porque la Administración tiene el interés asegurable.

Debe insistirse en que la cobertura del seguro no podrá exceder de la responsabilidad civil de la Administración, de manera que, en ningún caso, esta podrá alcanzar los daños y perjuicios que se originaran por un comportamiento doloso imputable a uno de sus agentes, puesto que, en estos casos, se trataría de una responsabilidad personal del funcionario exigible al mismo por la vía penal.

Este criterio se ha venido reiterando por la Dirección General del Servicio Jurídico en diversos informes, como s/Ref.ª: INTERVENCIÓN 9/85ys/Ref.ª: A. H. PRESUPUESTOS 1/88 que la cobertura del seguro podrá extenderse a los daños causados por el personal al servicio del organismo cuando medie, por su parte, culpa leve, pero no a los daños dolosos o causados por culpa o negligencia grave, cuyo resarcimiento corresponde en último término a la persona culpable.

Así, entendiendo que este criterio se mantiene y que, por tanto, para los seguros de responsabilidad civil, la cobertura de los mismos no podrá extenderse a los daños causados por el personal al servicio del organismo cuando medie, por su parte, dolo y/o culpa o negligencia grave, dado que su resarcimiento corresponde, en este caso, a la persona culpable; surge la duda de los actos que pueden quedar cubiertos por un seguro de responsabilidad contable, que precisamente se caracteriza por mediar dolo, culpa o negligencia grave.

No obstante, una vez sentado lo anterior, con la introducción de la previsión que contiene la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, sobre la posibilidad de concertar seguros de responsabilidad contable profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social, a juicio de este Centro directivo [Intervención General de la Seguridad Social], no existe duda de que pueden celebrarse contratos de seguros que cubran tal responsabilidad de los funcionarios en su ejercicio profesional, si bien entendiendo que cabrá dicha contratación cuando concurren circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura, previa determinación por el titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente, de las funciones y contingencias concretas que se consideren incluidas, y que en ningún caso abarcarán conductas dolosas, conductas que tradicionalmente se vienen excluyendo de los contratos de seguro. Así, no parece razonable que tenga cabida en el seguro la cobertura de los actos dolosos de los asegurados ni de las personas por las que deban responder. Amparar hechos intencionados de los asegurados va en contra de la licitud de los contratos, de los principios del seguro —no existe el alea que es consustancial al contrato de seguro— y, además, se excluyen expresamente en las pólizas [...]. La duda surge en relación con la cobertura de otras conductas que pueden calificarse como culposas o negligentes.»

II

En primer lugar, conviene recordar los criterios de este Centro directivo [IGAE] en relación con la delimitación del ámbito objetivo de cobertura de los contratos de seguros de responsabilidad civil profesional, que se recogen en el informe de la IGAE de 17 de febrero de 1998. [...] el citado informe [...] concluye que:

«Como resumen de los preceptos transcritos resulta, que la responsabilidad civil se extiende a los daños originados a terceros, por actos propios o de las personas de quienes se tiene el deber de responder, sin dolo o culpa grave y que, a sensu contrario, la responsabilidad civil no se extiende a los daños y perjuicios originados a terceros con dolo o culpa grave, los cuáles resultarían exigibles directamente al causante por la vía penal, según el procedimiento establecido por la legislación, general o particular, aplicable en cada caso.

[...]

Con arreglo a lo expuesto, puede llegarse a la conclusión de que la Ley autoriza a la Administración a contratar seguros de responsabilidad civil para los funcionarios que están expuestos en su ejercicio profesional a unos determinados riesgos, precisamente porque la responsabilidad civil en caso de siniestro le es directamente imputable, es decir, porque la Administración tiene el interés asegurable.

Debe insistirse, en que la cobertura del seguro no podrá exceder de la responsabilidad civil de la Administración, de manera que, en ningún caso ésta podrá alcanzar los daños y perjuicios que se originaran por un comportamiento doloso imputable a uno de sus agentes, puesto que, en estos casos, se trataría de una responsabilidad personal del funcionario exigible al mismo por la vía penal».

A la vista de estos criterios, parecería que no es posible que la Administración suscriba como tomador un seguro que cubra la responsabilidad contable del personal a su servicio, porque tal y como está configurada la misma, se trata de una responsabilidad personal del funcionario, exigible al mismo por el procedimiento legalmente establecido.

Por ello, habiéndose regulado ahora por ley la posibilidad de que la Administración contrate no solo seguros de responsabilidad civil profesional, sino también seguros de responsabilidad contable, es necesario replantearse la cuestión y analizar cuáles deben ser los criterios a emplear para la delimitación (positiva y negativa) del objeto de los seguros de responsabilidad contable a los que hace referencia la DA 34 de la LPGE 2022 (y la DA 34 de la LPGE 2023), puesto que si se extrapolan a este tipo de seguros los criterios del informe antes citado, corremos el riesgo de dejar vacía de la posibilidad de suscribir en determinados supuestos estas pólizas por parte de la Administración, que ahora está amparada por una norma con rango de ley.

III

Para abordar la cuestión planteada, debe partirse de los elementos que configuran la responsabilidad contable, [...]

El artículo 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTCu), establece que: «El que por acción u omisión contraria a la Ley originare

el menoscabo de los caudales o efectos públicos, quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados.»

[...]

El artículo 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas también recoge tal concepto, al disponer:

«1. La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las Leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o Entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Solo conocerá de las responsabilidades subsidiarias, cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable.»

IV

Llegados a este punto surge la cuestión de si el criterio señalado por este Centro directivo en el citado informe de 17 de febrero de 1998, relativo a que la responsabilidad civil no se extiende a los daños y perjuicios originados a terceros con dolo o culpa grave, los cuáles resultarían exigibles directamente al causante, es igualmente aplicable a la responsabilidad contable o, si en cambio, en este último caso, la Administración puede contratar seguros que cubran la responsabilidad contable originada por conductas dolosas o en las que ha intervenido culpa grave.

Así, se estima preciso señalar una de las diferencias entre los seguros de responsabilidad civil y los de responsabilidad contable.

En los seguros de responsabilidad civil por riesgos profesionales, hay un tercero que, en determinados casos, puede tener acción directa frente a la Administración derivada de los daños que le ha ocasionado un funcionario o personal su servicio, [...].

Sin embargo, en el caso de la responsabilidad contable, es la propia Administración la que ha sufrido el menoscabo en sus efectos o caudales públicos, por lo que en su caso tendrá derecho a recibir la indemnización que por ello corresponda, por lo que es a la vez «tercero» perjudicado y tomador del seguro.

Así, en los seguros de responsabilidad civil profesional, aunque la Administración actúe como tomador del seguro (paga la prima) y el asegurado sea el personal al servicio de la Administración:

— el tercero perjudicado tiene acción contra la administración, y puede reclamarle directamente a la AP los daños causados por el personal a su servicio;

— por ello, en estos casos, dentro del objeto del seguro de responsabilidad civil profesional que suscriba la Administración, de acuerdo con los criterios de este Centro fiscal antes transcritos:

- sí se pueden incluir los daños originados a terceros sin dolo o culpa grave;

- no se pueden incluir los daños y perjuicios originados a terceros con dolo o culpa grave.

En cambio, en los seguros de responsabilidad contable, la Administración actúa como tomador (paga la prima), pero el daño no se causa a un tercero (sino a la propia Administración) y no existe acción del tercero frente a la Administración (reclamándole una indemnización por los daños sufridos), sino al contrario, es la Administración la que ha sufrido los daños y en su caso, recibirá la indemnización que corresponda (del causante o de la compañía aseguradora).

Esta situación ha hecho que, durante muchos años, no se admitiera que la Administración suscribiera este tipo de seguros ni abonase la prima con cargo a fondos públicos.

No obstante, actualmente, la ley ampara la suscripción de estas pólizas, por lo que es de vital importancia fijar los criterios que deben aplicarse para delimitar el ámbito de cobertura de las mismas, [...].

Por ello, a nuestro juicio, aunque de acuerdo con la DA 34 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, Presupuestos Generales del Estado para 2022 (y con la DA 34 de la LPGE para 2023), no cabe duda de que actualmente está contemplada en la citada norma la posibilidad de concertar estos seguros de responsabilidad contable por parte de la Administración (como tomador del seguro), no puede incluirse en su ámbito de cobertura «cualquier función o contingencia», sino que es preciso, como la propia norma indica, analizar en cada caso concreto si concurren «las circunstancias que permiten su cobertura».

Aunque de acuerdo con la citada disposición, la determinación de las funciones o contingencias a cubrir con los seguros de responsabilidad contable que concierte la Administración corresponde al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente (sin que la Ley haya previsto la exigencia de norma de rango superior para dicha determinación), dejando en principio a criterio del titular de cada Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente la fijación de estas conductas susceptibles de generar responsabilidad contable que pueden incluirse en el ámbito objetivo de cobertura del citado contrato, a nuestro juicio, las coberturas que pueden incluirse en los seguros de responsabilidad contable no podrán ser más amplias que las que, de acuerdo con los criterios fijados por la doctrina, pueden contemplarse en el caso de los seguros de responsabilidad civil profesional.

V

Por otro lado, se ha observado, en algunos pliegos de contratos publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público, que en algunos contratos de seguro de responsabilidad contable, en los que se excluyen de cobertura en caso de dolo, se prevé por parte de la compañía aseguradora el pago de determinadas fianzas (que se fijan al inicio del procedimiento, cuando aún no se ha determinado si la conducta es o no dolosa), y se establece que, en caso de que se determine que ha habido dolo, el tomador del seguro (la Administración) responderá solidariamente ante la aseguradora de la devolución de las fianzas abonadas por esta en caso de que el funcionario causante del daño sea insolvente y reembolsará solidariamente al asegurador todos los gastos incurridos hasta la sentencia o declaración del dolo.

[...]

A juicio de esta Intervención General, debe velarse porque en el contrato no se incluyan este tipo de cláusulas en las que se establezca la obligación de la Administración de responder solidariamente frente a la compañía aseguradora, ni del pago de la indemnización (la Administración no es solo el tomador del seguro, sino que es la que ha sufrido los daños objeto de reparación mediante el pago de la citada indemnización), ni de cualquier otro gasto que tenga que asumir la compañía aseguradora en virtud de dicho contrato de seguro, por lo que se cuestiona la adecuación a derecho de las mismas.

La DA 34 de la Ley 22/2021 (y la DA 34 de la LPGE para 2023) habilita a la Administración a concertar seguros que cubran la responsabilidad contable profesional del personal en ella indicado, para lo que actuará como tomador del seguro asumiendo el pago de las primas, pero no modifica el régimen de responsabilidad contable establecido en la normativa en vigor, por lo que a nuestro juicio no sería conforme a derecho que la Administración asumiera por vía contractual la responsabilidad contable (como responsable solidaria), ya que esa responsabilidad no le corresponde a ella sino al personal asegurado.

Por último, puesto que lo que se plantea es que la Administración actúe como tomador de los citados seguros de responsabilidad contable, financiando el pago de la prima con cargo a fondos públicos, no deben olvidarse los principios que deben regir en la utilización de los mismos, en particular, el principio de eficiencia en la utilización de recursos públicos consagrado en el artículo 1 de la LCSP, que incluye entre los objetivos perseguidos por la misma «una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer».

2.º) Planteada así la problemática suscitada, la IGAE solicita en su escrito de consulta la emisión de informe sobre las siguientes cuestiones:

«Primera. Si los seguros de responsabilidad contable pueden considerarse como un subtipo de seguro de responsabilidad civil, regulados en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Segunda. En el ámbito público, en caso de que amparándose en la DA 34 LPGE para 2022 (o en la DA 34 de la LPGE para 2023) se formalicen por parte de la Administración seguros que cubran la responsabilidad contable de su personal, actuando la Administración como tomador del seguro y asumiendo el pago de la prima con cargo a fondos públicos, cuál sería el ámbito objetivo de cobertura de dichos seguros y sus límites (delimitación objetiva positiva y negativa):

— Delimitación negativa: conductas que no pueden ser objeto de cobertura en este tipo de seguros cuando se financian con fondos públicos.

- Si debe excluirse siempre el dolo.
- Si también deben excluirse otras conductas (negligencia grave).
- En caso de respuesta afirmativa a las dos cuestiones anteriores, cuál sería el objeto en caso de responsabilidad contable.
- Si la Administración (tomadora del seguro) puede suscribir un contrato de seguro por el que sea responsable solidario frente a la aseguradora en caso de insolvencia del asegurado (si dichas cláusulas, en su caso, son conformes a derecho), o si su responsabilidad debe limitarse al pago de la prima.

– Delimitación positiva:

a) Si pueden incluirse cualquier función y contingencia, cuando así lo determine el titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente (con los límites que se fijen en la delimitación negativa).

b) Si pueden incluirse solo las funciones y contingencias en las que concurren circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura, que determine el titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente, y que permitan su financiación con fondos públicos (con los límites que se fijen en la delimitación negativa).

En ambos casos, establecimiento de unos criterios generales que puedan servir de orientación para efectuar la delimitación positiva del ámbito objetivo de cobertura de dichos seguros.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

La IGAE formula una serie de consultas sobre la naturaleza jurídica y el concreto alcance del seguro de responsabilidad contable profesional regulado *ex novo* en la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, y contemplado también en la disposición adicional trigésima cuarta de la vigente Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023.

En virtud de la primera de las normas citadas (disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 22/2021), se estableció lo siguiente:

«Se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil y contable profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social en los que concurren circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura. Las primas de estos seguros no computarán en la masa salarial a efectos de lo previsto en la presente Ley.

La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente.»

La disposición adicional trigésima cuarta de la vigente Ley 31/2022 reproduce esta previsión legal, aunque amplía su ámbito subjetivo de aplicación, al extender la posibilidad de concertar este tipo de seguros a las entidades públicas empresariales y otras entidades de Derecho Público:

«Se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil y contable profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social, Entidades Públicas Empresariales y otras Entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquellas, en los que concurren circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura. Las primas de estos seguros no computarán en la masa salarial a efectos de lo previsto en la presente ley.

La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente.»

El «seguro de responsabilidad contable» no está expresamente regulado como tal en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS), a diferencia de lo que sucede con el seguro de responsabilidad civil profesional, que la citada ley configura como un subtipo del seguro de daños y que cuenta con una regulación específica en los artículos 73 y siguientes del citado texto legal.

Se examinará, en primer lugar, la naturaleza jurídica de este seguro de responsabilidad contable y si, como plantea la IGAE en su escrito de consulta, ha de configurarse como una modalidad del seguro de responsabilidad civil. Ello exige abordar previamente la caracterización del seguro de responsabilidad civil.

II

Conforme al artículo 1 de la LCS, «El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas». Doctrinalmente se caracteriza como un contrato bilateral, consensual, oneroso y aleatorio, siendo la aleatoriedad requisito esencial del contrato de seguro pues, al tiempo de perfeccionarse, las partes desconocen si el riesgo asegurado se materializará o no y, en caso afirmativo, cuándo se materializará.

Dentro del Título II de la LCS, dedicado al «seguro contra daños», la sección octava regula el seguro de responsabilidad civil, definido en el artículo 73 del siguiente modo:

«Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

[...]»

Este Centro Directivo ha venido admitiendo desde hace tiempo la posibilidad de concertar seguros de responsabilidad civil que cubran, en concreto, la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración Pública (informes de 21 de agosto de 1985 —Ref. A. H. Intervención 9/85—, 8 de noviembre de 1988 —Ref. A. H. Presupuestos 1/88— y 8 de agosto de 1989 —Ref. A. G. Educación y Ciencia 1/89—). En el posterior informe de 15 de septiembre de 2000 (Ref. A. G. Entes Públicos 13/2000), en el que se examinó posibilidad de que el Ente Público Radiotelevisión Española suscribiese un contrato de seguro para cubrir la responsabilidad civil de los miembros de su Consejo de Administración, se indicó, a modo de recapitulación, lo siguiente:

«Alcanzada la anterior conclusión, procede examinar a continuación, como se indicó al comienzo del presente informe, si el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que establece la LRJ-PAC permite o no concertar contratos de seguro de responsabilidad civil para cubrir los daños que, en el ejercicio de sus funciones, pudiera causar el personal al servicio de aquéllas. Debe advertirse que, a

los efectos de que se trata, la expresión “personal” se emplea en su sentido amplio que comprende, en el caso del Ente Público RTVE, no solo a quienes estén vinculados o adscritos al mismo en virtud de una relación de carácter laboral o administrativo de las contempladas en el artículo 35 del Estatuto de Radiodifusión y Televisión, sino también a las personas que desempeñan las funciones de administración general y alta dirección a que se refiere el artículo 6.º del propio Estatuto y, por lo tanto, a los miembros del Consejo de Administración, que es uno de los órganos citados en dicho precepto [..].

Este Centro Directivo examinó, con referencia al régimen de responsabilidad patrimonial que establecía la hoy derogada LRJAE, si dicho régimen impedía o no la celebración de los aludidos contratos de seguro en dos informes de 21 de agosto de 1985 (ref. A. H. Intervención 9/85) y 8 de noviembre de 1988 (ref. A. H. Presupuestos 1/88), referido el primero a la posibilidad de que el antiguo Organismo autónomo Junta del Puerto de Gijón contratase un seguro que cubriese la responsabilidad civil del propio Organismo y de sus directivos y empleados por razón del ejercicio de sus funciones y el segundo a la procedencia de que el entonces Ministerio de Educación y Ciencia contratase un seguro de responsabilidad civil del personal docente y no docente destinado en centros públicos.

En ambos informes, tras exponerse el régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado entonces vigente (artículos 40 y 41 de la LRJAE) y, más particularmente, las distintas vías o procedimientos por los que podían optar los terceros perjudicados, se concluyó que no existía, por razón de dicho régimen, ningún obstáculo que impidiese que el citado Organismo autónomo y la Administración del Estado (a través del entonces Ministerio de Educación y Ciencia), respectivamente, concertasen los seguros de responsabilidad civil en cuestión.

En dichos informes tan solo se hacía la salvedad de que en las correspondientes pólizas debería excluirse la responsabilidad por razón de daños imputables a dolo o culpa grave del personal al servicio de las Administraciones contratantes. Dicha exclusión se justificaba en razón de que (..) el artículo 42.1 de la LRJAE disponía que “sin perjuicio de que el Estado indemnice a los terceros lesionados en los casos a que se refiere el capítulo anterior, podrá la Administración exigir de sus autoridades, funcionarios y agentes la responsabilidad en que hubiesen incurrido por culpa o negligencia graves...”; pues bien, si, según se decía en los aludidos informes, en estos supuestos de culpa o negligencia grave (y, con mayor motivo, dolo) la obligación de resarcimiento debía recaer, en definitiva, sobre el funcionario o agente causante del daño, tal obligación no podía quedar eliminada mediante la suscripción de un contrato de seguro que cubriese los supuestos de dolo, culpa o negligencia grave del funcionario, empleado o agente, ya que no cabía derogar o dejar sin efecto mediante un contrato un precepto legal.

La conclusión a que llegaron los informes a que se viene haciendo referencia (reiterada en un tercer dictamen de 8 de agosto de 1989 —ref.: A. G. Educación y Ciencia 1/89—, referido a los pliegos de condiciones para la contratación de determinados seguros de responsabilidad civil del personal al servicio de Organismos autónomos del entonces Ministerio de Educación y Ciencia) es, a juicio de esta Dirección, perfectamente aplicable al supuesto a que se refiere el presente informe, dado que el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que regula la LRJ-PAC no difiere sustancialmente, en lo que aquí interesa, del que estableció la LRJAE. Es también plenamente aplicable al supuesto que ahora se examina la salvedad que se hacía en los reiterados informes en el sentido de que no podían incluirse en las pólizas de los respectivos contratos de seguro de responsabilidad civil los daños imputables a dolo

o culpa grave, ya que subsiste la razón determinante de la improcedencia de incluir en los aludidos contratos tales supuestos, toda vez que el artículo 145.2 de la LRJ-PAC (en la redacción dada por la Ley 4/1999) dispone —utilizando, a diferencia de lo que acontecía en su anterior redacción (“podrá exigir”), una fórmula imperativa— que “la Administración correspondiente, cuando hubiese indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubiesen incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca”.

Si, según lo dicho, no existe, por razón del régimen de responsabilidad extracontractual (régimen de Derecho Administrativo) a que está sometida RTVE, ningún impedimento jurídico para que dicho Ente público pueda concertar un seguro que cubra la responsabilidad civil en que puedan incurrir los miembros del Consejo de Administración, este criterio queda confirmado por la disposición adicional sexta de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991. Dicho precepto establece lo siguiente:

“Se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos, de las entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social en los que concurran circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura.

La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente”.

La posibilidad de concertar contratos de seguro de responsabilidad civil que reconoce la disposición adicional transcrita supone el reconocimiento legal de la compatibilidad entre dichos contratos y el sistema o régimen de responsabilidad extracontractual de Derecho público al que están sometidas la Administración del Estado y sus Organismos autónomos.

Aunque la mencionada disposición adicional se refiere únicamente, además de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, a la Administración del Estado y sus Organismos autónomos, sin aludir, por tanto, a las demás Entidades públicas vinculadas o dependientes de la Administración del Estado, no se aprecia ninguna razón objetiva que justifique suficientemente que estas últimas Entidades no pueden concertar los referidos seguros, ya que, por una parte, el supuesto fáctico-jurídico a que responden dichos contratos —causación de un daño a un tercero— es común a la Administración del Estado (y sus Organismos autónomos) y a las referidas Entidades y, por otra parte, éstas ostentan personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de su fines, siendo así que la celebración de los contratos de seguro de continua referencia han de conceptuarse como actos jurídicos instrumentales para el cumplimiento de los fines que les están encomendados [...]»

La posibilidad de concertar seguros para cubrir la responsabilidad profesional del personal al servicio de la Administración Pública ha sido también contemplada expresamente por el legislador. Con el precedente de la ya citada disposición adicional sexta de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (PGE) para 1991, se pronunciaron en ese mismo sentido la disposición adicional cuadragésima segunda de la Ley 6/2018, de 13 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, disposición adicional trigésima séptima de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, además de la disposición

adicional trigésima cuarta de la Ley 22/2021, de Presupuestos Generales del Estado para 2022, y la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023 (disposiciones, estas dos últimas, que contemplan también la posibilidad de suscribir seguros que cubran la responsabilidad contable profesional del personal al servicio de la Administración).

Cuando el seguro de responsabilidad civil tiene por objeto el aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas, a la regulación mercantil general en materia de seguros (que impide asegurar los daños causados por mala fe del asegurado) se yuxtaponen las normas administrativas sobre responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas (que imponen a la autoridad o empleado público la obligación de responder por los daños causados por dolo, culpa o negligencia grave).

A este respecto, el artículo 36.2 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), establece, en línea con sus antecedentes normativos, que «La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubiera incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento». Y añade el apartado 3 de dicho precepto que «Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia graves». Con base en estas previsiones se afirmó, en los informes de este Centro Directivo mencionados, que en estos supuestos de dolo o culpa grave la obligación de resarcimiento debía recaer sobre el funcionario o agente causante del daño, y que tal obligación no podía quedar eliminada mediante la suscripción de un contrato de seguro que cubriese los supuestos de dolo, culpa o negligencia grave del empleado público, pues no cabía derogar o dejar sin efecto un precepto legal a través de un contrato.

Este criterio doctrinal, cabe ya adelantar, ha de ser necesariamente matizado respecto del seguro de responsabilidad contable de reciente creación legal, pues lo contrario conduce a la absurda e inadmisibles conclusión de que el legislador ha contemplado expresamente una figura contractual de imposible aplicación práctica por falta de objeto asegurable.

En el ámbito de la normativa especial del contrato de seguro, el artículo 19 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre (LCS) impide el aseguramiento de los daños causados deliberadamente y con mala fe por el asegurado. Efectivamente, la intencionalidad en la causación de un daño es contraria al principio de incertidumbre en el aseguramiento de un riesgo (art. 1 LCS), estableciendo por ello el artículo 19 de dicha Ley el principio general de no asegurabilidad de los daños derivados de actos intencionados del asegurado:

«El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.»

La correcta configuración del contrato de seguros exige la existencia de una incertidumbre o alea consistente en la materialización o no del riesgo objeto de cobertura. La intencionalidad del asegurado en la producción del daño es, por ello, contraria a la aleatoriedad exigida como elemento esencial del contrato de seguro.

En consonancia con ello, la LCS excluye expresamente la obligación de indemnizar que incumbe al asegurador cuando los daños hayan sido provocados dolosamente por el asegurado en el seguro de incendios (artículo 48), en el seguro sobre la vida (artículo 92), o en el seguro de accidentes (artículo 102).

Pues bien, caracterizado el seguro de responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración Pública como una modalidad del seguro de daños que cubre el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados, sin dolo ni culpa grave, en el ejercicio de su actuación profesional, se suscitan dudas razonables sobre la naturaleza jurídica del «seguro de responsabilidad contable», en la medida en que la concurrencia de dolo o de culpa grave del asegurado es consustancial a la noción de responsabilidad contable, como se desprende de los preceptos legales que la configuran.

Así, el artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), bajo la rúbrica «Principio general», establece lo siguiente:

«Las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder.»

El artículo 177 de la LGP regula los hechos que pueden generar esa responsabilidad patrimonial en los siguientes términos:

«1. Constituyen infracciones a los efectos del artículo anterior:

a) Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.

b) Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública estatal sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.

c) Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta ley o en la de Presupuestos que sea aplicable.

d) Dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de esta ley.

e) No justificar la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de esta ley y la Ley General de Subvenciones.

f) Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurren los supuestos establecidos en el artículo 176 de esta ley.

2. Las infracciones tipificadas en el número anterior darán lugar, en su caso, a la obligación de indemnizar establecida en el artículo anterior.»

Y el artículo 178 de la LGP distingue dos tipos de responsabilidad:

«1. Cuando el acto o la resolución se dictase mediando dolo, la responsabilidad alcanzará a todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la resolución adoptada con infracción de esta ley.

2. En el caso de culpa grave, las autoridades y demás personal de los entes del sector público estatal solo responderán de los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del acto o resolución ilegal.

A estos efectos, la Administración tendrá que proceder previamente contra los particulares para el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

3. La responsabilidad de quienes hayan participado en la resolución o en el acto será mancomunada, excepto en los casos de dolo, que será solidaria.»

Por su parte, el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu), establece que «El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados.»

En desarrollo de la LOTCu, el artículo 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, dispone lo siguiente:

«1. La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector.»

En fin, la sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 18 de abril de 1986 exige los siguientes requisitos para que exista responsabilidad contable:

1. Acción u omisión atribuible a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.
2. Vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate.
3. Que la acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir los gestores de caudales públicos.
4. Dolo, culpa o negligencia graves.
5. Menoscabo efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos públicos y evaluable económicamente.
6. Relación de causalidad.

De lo expuesto se desprende que la responsabilidad contable presupone un menoscabo en los caudales públicos ocasionado, necesariamente, con dolo o culpa grave por quienes tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos.

Las peculiaridades del posible aseguramiento de la responsabilidad contable son muy relevantes: además del elemento del dolo o culpa grave del asegurado, como presupuesto necesario para el nacimiento de la propia responsabilidad contable, este tipo de responsabilidad surge, por definición, de acciones u omisiones contrarias a las leyes presupuestarias y contables, esto es, de actos ilícitos. Y, en cuanto a los elementos subjetivos del contrato, quien sufre el perjuicio patrimonial causado por el asegurado (la Administración Pública, como titular de los caudales públicos afectados), actúa como tomador de un seguro que constituye a favor del empleado público que ocasiona el perjuicio, y asume el pago de las correspondientes primas con cargo a fondos también públicos.

Ante estas singularidades, cabría plantearse si el seguro de responsabilidad contable es una modalidad *sui generis* del seguro de daños, incardinable en la regulación general de la LCS, o una nueva categoría de contrato de seguro creada por las Leyes 22/2021 y 31/2022. Este Centro Directivo se decanta por la primera de las opciones expuestas, por los motivos que seguidamente se exponen:

– En primer lugar, la doctrina viene entendiendo que la definición del contrato de seguros contenida en el artículo 1 de la LCS delimita su objeto con una flexibilidad y amplitud suficientes como para permitir la inclusión en dicho tipo contractual de nuevas modalidades o variantes distintas de las tradicionales que vayan surgiendo en la práctica, en función de las circunstancias cambiantes de la realidad económica y social. Así se desprende de la enumeración de los distintos ramos de seguros que recoge el Anexo de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, al que se aludirá seguidamente.

– En segundo lugar, cabe entender que, si la finalidad prevista por el legislador hubiese sido regular una nueva categoría de contrato de seguro al margen de los principios y preceptos imperativos de la LCS y de su normativa complementaria, por razones de seguridad jurídica habría dotado a dicha figura contractual de una regulación expresa, bien en las Leyes 22/2021 y 31/2022, bien en otras normas dictadas en desarrollo de las anteriores que, hasta la fecha, no se han promulgado.

No parece lógico entender, en suma, que, con su simple mención en sendas disposiciones de dos Leyes de Presupuestos Generales del Estado, el legislador haya querido introducir en el ordenamiento jurídico español una nueva categoría de seguro (el seguro de responsabilidad contable) que se aparte de los principios y preceptos imperativos de la normativa de seguros.

Así las cosas, se aprecia fundamento jurídico para concluir que el seguro de responsabilidad contable ha de tener encaje legal en la LCS y ha de quedar sujeto a las normas imperativas de dicho texto legal. En este sentido, el artículo 2 de la LCS establece que «Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.»

El tipo de riesgo asegurable que se examina —daños económicos producidos a la Administración como consecuencia de hechos generadores de responsabilidad contable— tendría encaje en la amplia definición del contrato de seguros del artículo 1 de la LCS y, más concretamente, en la parte general referida a los seguros contra daños.

Como se ha indicado, la evolución de las necesidades sociales y económicas ha dado lugar a la aparición de nuevos riesgos relacionados con daños que no están previstos en las categorías concretas de seguros desarrolladas en la Ley (por ejemplo, el seguro de desempleo, que cubre el daño derivado de quedar una persona en situación legal de desempleo). De hecho, en el Anexo de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, figura una extensa clasificación de los riesgos por ramos, con seguros que no siempre están previstos, *nominatim*, en la LCS. Dentro del ramo de «seguros distintos del seguro de vida y riesgos accesorios» (apartado A), el ramo 16 alude al ramo de «pérdidas pecuniarias diversas», que incluye un conjunto de riesgos de daños económicos («Incluye riesgos del empleo, insuficiencia de ingresos (en general), mal tiempo, pérdida de beneficios, subsidio por privación temporal del permiso de conducir, persistencia de gastos generales, gastos

comerciales imprevistos, pérdida del valor venal, pérdidas de alquileres o rentas, pérdidas comerciales indirectas distintas de las anteriormente mencionadas, pérdidas pecuniarias no comerciales y otras pérdidas pecuniarias») que no están incluidos en las categorías expresamente reguladas de la LCS.

La exacta calificación del seguro de responsabilidad contable y su incardinación en una concreta modalidad contractual, dentro del ramo del seguro de daños, dependerá del modo en que se configure su objeto y los derechos y deberes de las partes.

Así, cabría configurar el seguro de responsabilidad contable como un seguro de daños de naturaleza jurídica próxima al seguro de responsabilidad civil, que aseguraría los perjuicios económicos ocasionados a la Administración por el empleado público que, en su ejercicio profesional, incurra en responsabilidad contable. El tomador (esto es, el órgano de la Administración del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social, de las Entidades Públicas Empresariales y otras Entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas que concierte el seguro) tendría acción directa contra la compañía de seguros en caso de que la responsabilidad contable del empleado público asegurado cause un perjuicio al erario público, y ello sin perjuicio de la acción de repetición de la compañía aseguradora contra el asegurado que haya causado el daño con mala fe.

Cabría también plantear el encaje del seguro de responsabilidad contable en el ramo de seguro de pérdidas pecuniarias a que se refiere el apartado A. a) 16 del Anexo de la Ley 20/2015. En este caso, se aseguraría el patrimonio del empleado público incurso en responsabilidad contable que tuviera que abonar los daños y perjuicios ocasionados por su incorrecta actuación a la Hacienda Pública. En este esquema, la compañía aseguradora restituiría al asegurado el importe abonado si (como se examinará más adelante) en su actuación ilícita no concurrió dolo.

Siendo admisibles, en el plano teórico, éstas u otras configuraciones del seguro de responsabilidad contable, atendiendo a los principios de integridad y de eficiente utilización de los fondos públicos —artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)— resulta aconsejable que el interés asegurado no sea, en puridad, la mera indemnidad patrimonial del empleado público que incurrió en responsabilidad contable (lo que, como se ha indicado, presupone una actuación contraria a la normativa presupuestaria o contable, ocasionada con dolo o culpa grave), sino la indemnidad patrimonial de la Hacienda Pública para garantizar la completa reparación de los perjuicios causados al erario público por el empleado público que incurrió en responsabilidad contable, reparación que podrá tener lugar de forma inmediata y directa (mediante la cobertura del siniestro por la entidad aseguradora, sin perjuicio de la acción de repetición del asegurador contra el empleado público que haya incurrido en responsabilidad contable con dolo), o de forma indirecta (cuando, habiendo accionado la Administración contra el empleado público incurso en responsabilidad contable, su insolvencia impida la reparación, total o parcial, del perjuicio, y sea la entidad aseguradora la que, en virtud del contrato concertado, cubra la insolvencia del asegurado).

En cualquier caso, dado que el legislador ha regulado expresamente (disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 22/2021 y disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 31/2022) la posibilidad de concertar seguros que cubran la responsabilidad contable profesional del personal al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social, de las Entidades Públicas Empresariales y otras Entidades de

derecho público vinculadas o dependientes de aquellas, lo que no cabe es cuestionar la admisibilidad de esta figura contractual. Y, tratándose de un seguro encuadrable en la genérica definición del contrato de seguro del artículo 1 de la LCS y, dentro de él, en la modalidad de seguro de daños, lo relevante no es tanto su concreta naturaleza jurídica (esto es, su encuadramiento en un concreto subtipo de seguro de daños), como su concreto alcance y contenido que, conforme a lo expuesto, deberá respetar los límites previstos con carácter general en la normativa de seguros.

Se examinará seguidamente el contenido y alcance del seguro de responsabilidad contable, atendiendo a las concretas cuestiones sobre las que se solicita informe.

III

En su escrito de consulta la IGAE plantea, en primer lugar, la delimitación negativa del seguro de responsabilidad contable, esto es, la determinación de qué conductas no pueden ser objeto de cobertura de este tipo de seguros cuando se financian con fondos públicos. Concretamente, se consulta si debe excluirse siempre el dolo; si también deben excluirse otras conductas (negligencia grave); y, en caso de respuesta afirmativa a las dos cuestiones anteriores, cuál sería el objeto en caso de responsabilidad contable.

Como se ha indicado, la «inasegurabilidad» de los actos intencionados del asegurado es consustancial al contrato de seguro, en el que el alea es un elemento esencial. No se pueden asegurar hechos que dependan de la voluntad de una de las partes, pues lo que caracteriza el seguro es, conforme al artículo 1 de la LCS, la incertidumbre respecto del «evento cuyo riesgo es objeto de cobertura.»

En la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1991 (RJ 1991/2139) se alude al fundamento de la regla del artículo 19 de la LCS, que responde «a una exigencia esencial del contrato de seguro. Asegurar los siniestros causados por dolo o mala fe sería contrario al orden público (vid. art. 1255 del Código Civil)». En la misma línea, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997/3637) declara que «Asegurar hechos intencionados supondría un ataque a la moral y al orden público que como principios rectores deben presidir la validez de los contratos, en virtud de lo que establece el art. 1.255.»

Pues bien, en orden a la determinación del alcance de esa intencionalidad, el artículo 19 de la LCS emplea la expresión «mala fe» del asegurado, apartándose de la terminología que, en diferentes contextos, emplea la Ley en otros preceptos en los que habla de «dolo» (artículos 28, 32, 43, 76, 89, 92 y 102) o de «dolo o culpa grave» (artículos 10,16 o 48).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo equipara la mala fe del artículo 19 de la LCS con el dolo que, a su vez, puede provenir de un delito o de un acto ilícito intencionado. Así, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 (RJ. 2005/5099) declaró lo siguiente:

«A) No cabe duda alguna de que el art. 1.º LCS obliga al asegurador a indemnizar a los perjudicados por el daño sufrido cuando se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, “dentro de los límites pactados” [...], y que el 19 exime al asegurador de dicho pago, “en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado” (mala fe, en la que, indudablemente, hay que incluir el acto realizado con dolo por el asegurado, con lo que se excluirían, en principio, las consecuencias civiles, no

asegurables, de los actos delictivos cometidos por dicho asegurado), pero hay que tener muy en cuenta que dichos preceptos son generales (incluidos en el Título I de la Ley reguladora), aplicables, inicialmente, a todas las clases de seguros, y por lo tanto, con la salvedad de lo que al respecto se diga para algún tipo o clase específico de seguro, de los que la Ley citada regula en sus apartados propios de ellos. Indudablemente (y los seguros de robo y especialmente el de incendio, serían un exponente claro de la aplicación de esa regla), no se pueden asegurar los propios delitos cometidos por el tomador del seguro, como propio asegurado, en cuanto el dolo va unido a, o está formado por, la intención de obtener una ganancia o beneficio a través del delito o acto ilícito o de mala fe, producido, y ello con evidente perjuicio, a través del engaño o la superchería, para el asegurador.»

Ello sin perjuicio, en el seguro de responsabilidad civil (artículo 76 de la LCS), de la concesión de acción directa al perjudicado contra el asegurador y de la atribución a éste de una acción de repetición contra el asegurado cuando el daño causado a tercero sea debido a la conducta dolosa de éste. La aparente contradicción entre el artículo 19 de la LCS —que establece la no asegurabilidad de los daños causados por mala fe (dolo) del asegurado— y el artículo 76 de la LCS —que permite la acción de repetición del asegurador contra el asegurado que haya causado el daño dolosamente—, se ha salvado por la jurisprudencia atendiendo al principio de especialidad: el artículo 76 constituye una norma especial, aplicable específicamente al seguro de responsabilidad civil, frente a la regla general del artículo 19. Con una finalidad tuitiva de los terceros perjudicados, en el seguro de responsabilidad civil la compañía aseguradora debe asumir las consecuencias derivadas de los hechos dolosos de los asegurados o de las personas por las que respondan, sin posibilidad de oponer al perjudicado la «exceptio doli»; pero ello se entiende sin perjuicio de la acción de repetición que, en estos casos, se atribuye al asegurador frente al asegurado.

Como se indica, a estos efectos, en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 11 febrero de 1998 (RJ 1998\1046) (en igual sentido, entre otras, sentencias de 12 de noviembre de 1994 /RJ 8917), 29 de mayo de 1997, (RJ. 3637) y 24 de octubre de 1997, (RJ 7768)):

«Una cosa es que no quepa asegurar conductas dolosas y otra muy distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del asegurado. En esos casos, el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria, tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcirse del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable. El tercero inocente es ajeno a todo ello y ostenta por eso aquella acción directa e inmune del artículo 76 que rige con especificidad en la materia por lo que como norma singular es prevalente.

El mismo dato de que prevea la posibilidad de la repetición es revelador de que ha habido obligación legal y su pago por el asegurador, si no, tal previsión sería ociosa.

El artículo 19 lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por el siniestro producido por mala fe de éste.

El seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados. En consecuencia, se trata de amparar a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso.

[...]

Frente a las razones expuestas se alega, en primer lugar, el principio de no asegurabilidad del dolo. Sin embargo, lo que prohíbe dicho principio es que el agente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le pueden derivar de sus propios comportamientos dolosos, pero no que se establezca un sistema obligatorio de protección a las víctimas de una determinada fuente de riesgo que garantice a las mismas un nivel básico de cobertura frente a los daños sufridos, con independencia de que el origen del daño sea un ilícito civil o penal, doloso o culposo. La diferencia no afecta a la víctima, pero sí al autor: si el comportamiento causante del daño fue culposo, el seguro ampara a la víctima sin posibilidad de repetición, es decir, que también exonera al causante del daño de su responsabilidad civil. Si el acto es doloso, el seguro ampara igualmente a la víctima, pero se puede repetir contra el causante del daño pues al ser doloso el acto la responsabilidad del causante no se elimina con el pago del seguro, sino que se le exige por el asegurador.»

También interpretando el concepto de mala fe del artículo 19 de la LCS, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 noviembre de 2022 (JUR 2022\367360) afirma lo siguiente:

«1. El art. 19 LCS establece como motivo de exención de la obligación de la aseguradora de pago de la prestación que “el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”.

La inasegurabilidad (palabra que, si bien no está reconocida en el diccionario de la Real Academia, es utilizada habitualmente en el argot asegurador) de los actos intencionados es consustancial al contrato de seguro, en el que el componente aleatorio debe ser ajeno a la voluntad e intencionalidad del asegurado, puesto que de lo contrario se elimina la incertidumbre del riesgo a que se refiere el art. 1 LCS (sentencia 517/1999, de 8 de junio (RJ 1999, 4102)).

Previsión de nuestra legislación nacional que concuerda con los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro de 1999, cuyo art. 9.101 prevé:

“(1) Ni el tomador del seguro ni el asegurado, según sea el caso, tendrá derecho a la indemnización si la pérdida fuera consecuencia de un acto u omisión por su parte realizado con la intención de provocar el daño [...]”

2. El precepto, al utilizar la expresión “mala fe”, se aparta de la terminología empleada en otros artículos de la misma Ley, en los que habla de “dolo” o “culpa grave”. No obstante, la jurisprudencia de esta sala ha equiparado esta mención a la mala fe al dolo, en la acepción más amplia que incluye también el dolo civil, expresado como la intención maliciosa de causar un daño contrario a derecho, un daño antijurídico (sentencias 846/1994, de 1 de octubre (RJ 1994, 7440); y 631/2005, de 20 de julio [RJ 2005, 5099]).»

En la misma línea, la Sentencia de la sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1989 (RJ 1989/9326), indica lo siguiente:

«En relación con esta cuestión, es preciso tener en cuenta que, según establece el artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro, “el asegurador estará obligado al pago de la prestación salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”. De ello cabe concluir que es asegurable la culpa del asegurado — sea grave o leve—, y que, por ende, en estos supuestos quedará obligada la entidad aseguradora (vid. artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro). Es decir que únicamente

quedan fuera del ámbito potencial del contrato de seguro de responsabilidad civil la responsabilidad penal propiamente dicha y la civil “derivada de hechos dolosos”.

En consecuencia, a efectos del artículo 19 de la LCS, la «mala fe» del asegurado se equipara al dolo y no a la culpa grave. Lo que está excluido de cobertura por la LCS son los daños intencionados, no los culposos, aun mediando culpa grave.

Dado que el legislador ha regulado expresamente la posibilidad de concertar seguros que cubran la responsabilidad contable profesional del personal al servicio de la Administración, y como quiera que dicho seguro —se insiste, expresamente contemplado en la ley—, ha de tener un contenido asegurable, atendiendo no ya a la regulación en materia de responsabilidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas (que, al exigir que el empleado público responda siempre personalmente de los daños causados por dolo o culpa grave, dejaría vacío de contenido este seguro de responsabilidad contable), sino a la normativa mercantil general en materia de seguros (el artículo 19 de la LCSP, que identifica la «mala fe» del asegurado con el dolo), cabe concluir que el seguro de responsabilidad contable regulado en la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 22/2021 y en la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 31/2022 podrá cubrir los daños causados por la responsabilidad contable del empleado público en cuya conducta concurra culpa grave, pero no dolo.

IV

Dentro de la delimitación objetiva del seguro de responsabilidad contable, consulta también la IGAE si la Administración, que interviene como tomadora pero es también perjudicada, puede suscribir un contrato de seguro en el que asuma una responsabilidad solidaria frente a la aseguradora en caso de insolvencia del asegurado (en concreto, si dichas cláusulas, serían conformes a Derecho), o si su responsabilidad debe limitarse al pago de la prima.

De acuerdo con lo ya expuesto, los principios de integridad y de eficiente utilización de los fondos públicos que el artículo 1 de la LCSP exige tener presentes en toda contratación pública, obligan a circunscribir el interés asegurado no a la indemnidad patrimonial del empleado público que incurrió, con su ilícita actuación, en responsabilidad contable, sino a la indemnidad patrimonial de la Hacienda Pública que resultó perjudicada con la ilícita actuación de dicho empleado. Esta finalidad justifica, a juicio de este Centro Directivo, que la Administración asuma la obligación de satisfacer las primas de un seguro que dé cobertura a la responsabilidad contable profesional de sus empleados, pero no la obligación de responder solidariamente del perjuicio patrimonial en el que se materialice la responsabilidad contable asegurada.

Conforme al artículo 38.1 de la LOTCu, «El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados». Dicha obligación, que responde a un planteamiento de interés general, no puede quedar enervada por la atribución a la Administración Pública, en un contrato de seguros, de una responsabilidad solidaria que carece de fundamento y de cobertura legal y que evita, además, la restitución efectiva del perjuicio patrimonial derivado de la responsabilidad contable por quien legalmente se encuentra obligado a hacerlo.

La Administración contratante no puede asumir en los pliegos o en el clausulado de un contrato de seguro obligaciones económicas que no están contempladas en la normativa presupuestaria y contable y que ocasionan un claro quebranto a la Hacienda Pública. No puede desconocerse que los supuestos de responsabilidad contable presuponen, por definición, una actuación ilícita de un empleado público encargado de la custodia o manejo de caudales o efectos públicos, que con dolo o culpa grave infringe la normativa presupuestaria o contable, ocasionando un perjuicio económico a la propia Administración. Incumbe a la Administración velar por la reparación integral del perjuicio económico derivado de la responsabilidad contable, y nunca asumirlo en virtud de una eventual responsabilidad solidaria carente de base legal.

V

La consulta formulada por la IGAE solicita también un pronunciamiento expreso de este Centro Directivo en cuanto a la delimitación positiva del seguro de responsabilidad contable de continua referencia. Concretamente, se solicita informe sobre si puede incluirse cualquier función y contingencia, cuando así lo determine el titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente, o solo aquellas funciones y contingencias en las que concurren circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura, según determine el titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente, y que permitan su financiación con fondos públicos (en ambos casos, con los límites que se fijen en la delimitación negativa).

Partiendo de la literalidad de las disposiciones que regulan el seguro de responsabilidad contable (a cuyo tenor, «La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente»), dicha previsión legal debe interpretarse y aplicarse en consonancia con la configuración legal de la responsabilidad contable objeto de aseguramiento.

Conforme al ya citado artículo 178 de la LGP, incurren en responsabilidad contable «Las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley.»

Solo los sujetos que, conforme a la ley, tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, pueden incurrir en responsabilidad contable. Y solo pueden hacerlo cuando incurran en algunas de las conductas tipificadas como infracciones en el artículo 177 de la LGP. En consecuencia, la delimitación de las funciones y contingencias concretas incluidas en la cobertura de los seguros de responsabilidad contable que, al amparo de la normativa vigente, puedan suscribirse, ha de efectuarse, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, con estricta sujeción a lo dispuesto en la LGP, en la LOTCu y en sus disposiciones de desarrollo.

Cabe añadir que el establecimiento de criterios más concretos que sirvan para delimitar positivamente el contenido de este tipo de contratos de seguros incumbe, por razón de la especialización de la materia, a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, conforme al artículo 7.1.c) del Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

En consideración a lo expuesto, la Abogacía General del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. Habiendo regulado el legislador expresamente (disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 y disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023) la posibilidad de concertar seguros que cubran la responsabilidad contable profesional del personal al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social, de las Entidades Públicas Empresariales y otras Entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquellas, no cabe cuestionar la admisibilidad de esta figura contractual.

Segunda. Este tipo de contrato tiene encaje en la definición del contrato de seguro recogida en el artículo 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y, sin perjuicio de sus peculiaridades, tiene encuadre en el ramo de los seguros de daños. La exacta calificación del seguro de responsabilidad contable y su incardinación en una concreta modalidad contractual, dentro del ramo del seguro de daños, dependerá del modo en que se configure su objeto y los derechos y deberes de las partes.

Tercera. La jurisprudencia equipara la «mala fe» del artículo 19 de la LCS con el dolo, estando excluidos de cobertura conforme a la Ley 50/1980 los daños intencionados, no los culposos. En consecuencia, cabe concluir que el seguro de responsabilidad contable podrá cubrir los daños causados por la responsabilidad contable del empleado público en cuya conducta concurra culpa grave, pero no dolo.

Cuarta. La delimitación de las funciones y contingencias concretas incluidas en la cobertura de los seguros de responsabilidad contable que, al amparo de la normativa vigente, puedan suscribirse, ha de efectuarse por los titulares del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente con estricta sujeción, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, a lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y en sus disposiciones de desarrollo.

Quinta. El establecimiento de criterios concretos que sirvan para delimitar positivamente el contenido de este tipo de contratos de seguros incumbe, por razón de la especialización de la materia, a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, conforme al artículo 7.1.c) del Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

COOPERATIVAS

27.23 FACTURACIÓN DE SOCIOS COOPERATIVISTAS A SU PROPIA COOPERATIVA DE TRANSPORTES DE SERVICIOS

Resumen: Infracción de los arts. 140.2 y 140.17 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre en el supuesto de que una cooperativa de servicios contrate y abone las facturas expedidas por sus socios cooperativistas por conceptos relacionados con el transporte, cuando estos socios actúen sin la previa autorización para el ejercicio profesional del transporte por carretera, aunque la cooperativa en que se integran haya sido autorizada para ello, excepto si se tratase de cooperativas de trabajo asociado cuyos socios no se califiquen como falsos autónomos.

Esta Abogacía del Estado ha examinado su petición de **informe sobre la conformidad a derecho de facturación de socios a su propia cooperativa de transporte**, y tiene el honor de informar lo siguiente:

ANTECEDENTES

I. La realización de inspecciones a Cooperativas en el sector del transporte ha puesto de manifiesto la existencia de Cooperativas de Servicios cuyo objeto es la prestación de servicios de transporte público de mercancías y viajeros.

II. Estas cooperativas son titulares de las autorizaciones correspondientes para el ejercicio de dicha actividad.

III. Los socios que integran estas cooperativas, sin ser titulares de autorización alguna al respecto, facturan a las Cooperativas a las que pertenecen por servicios tales como: conducción de vehículos de transporte terrestre o mediación e intermediación de comercio.

IV. La titularidad de los vehículos que se emplean en dichos servicios facturados corresponde, con carácter general, a las sociedades cooperativas.

V. En 2021, la Agencia Tributaria informó, ante la consulta planteada por este Departamento, que es la cooperativa la única autorizada para efectuar servicios de transporte a través de su propia organización empresarial, por ser la titular de la autorización administrativa que contempla la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre.

VI. Las cooperativas inspeccionadas reflejan que sus socios, a diferencia de la propia cooperativa, no tienen la titularidad de autorización administrativa para la prestación del servicio de transporte al amparo de la LOTT. Si bien, están dados de alta en el Impuesto de Actividades Económicas (IAE), en epígrafes como: conductores de vehículos terrestres (612), intermediarios del comercio (631), reparación de

automóviles (6912), servicios de carga y descarga de mercancías (7516) u otros servicios independientes NCOP (8499).

VII. En el marco de estas circunstancias, se remite la siguiente **consulta**:

«Si, de acuerdo con la normativa de transportes, si una cooperativa de servicios cuyos socios cooperativistas les vienen facturando por diversos conceptos relacionados con el transporte tales como conducción de vehículos de transporte terrestre o mediación e intermediación de comercio, incurriría en alguna de las infracciones recogidas en la normativa de transporte.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I

Planteamiento de la cuestión.

Se consulta sobre la posible infracción de la normativa de transporte terrestre por parte de una cooperativa de servicios de transporte, cuyos socios le facturan por servicios relacionados con el transporte. La cooperativa es titular de la preceptiva autorización para la prestación del servicio de transporte terrestre, a diferencia de sus socios, que no son titulares de esta autorización.

II

Respuesta de esta Abogacía del Estado.

Esta Abogacía del Estado estima que sí existe infracción de la LOTT, en particular de los siguientes dos preceptos: 140.2 y 140.17 LOTT.

Se reputarán infracciones muy graves:

2. *La contratación como porteador o la facturación en nombre propio de servicios de transporte sin ser previamente titular de autorización de transporte o de operador de transporte.*

En todo caso, incurrirán en esta infracción quienes, aun siendo integrantes de una persona jurídica titular de una autorización de transporte o de operador de transporte, contraten o facturen en nombre propio la prestación de servicios de transporte a terceros o a la propia persona jurídica de la que formen parte sin ser ellos mismos, a su vez, titulares de tal autorización.

[...]

17. *La contratación de servicios de transporte por parte de transportistas, agencias de transporte, transitarios, almacenistas-distribuidores, operadores logísticos o cualquier otro profesional del transporte con transportistas u operadores de transporte no autorizados.*

En todo caso, incurrirá en esta infracción la persona jurídica profesionalmente dedicada al transporte que contrate a alguna de las personas que la integran para que realice un servicio de transporte, o abone las facturas que éstas le expidan por tal

concepto, cuando dichas personas no sean, a su vez, titulares de una autorización de transporte o de operador de transporte.

La conducta tipificada y los elementos de cada tipo son los siguientes.

El art. 140.2 LOTT sanciona a la persona del porteador a título propio e individual, cuando presta servicios de transporte sin la previa autorización de la autoridad gubernativa. Esta conducta es sancionable incluso cuando el porteador o transportista, careciendo de dicha autorización, pertenece a una persona jurídica que sí dispone de esta autorización. El elemento subjetivo es el transportista o porteador; el elemento objetivo es la prestación y facturación de servicios de transporte, ya como porteador o cualquier otro servicio de transporte, para los que se requiere autorización previa, sin haber obtenido esta autorización. Se incluye también la conducta consistente en facturar sus servicios a la persona jurídica a la que pertenece cuando ésta si dispone de autorización, pero aquél no.

Por otro lado, el art. 140.17 LOTT sanciona la conducta correlativa, es decir, de la parte que recibe los servicios prestados por aquellos transportistas o profesionales del transporte que no han obtenido la previa autorización, a pesar de que la persona que recibe el servicio sea titular de una autorización de transporte. El elemento subjetivo es la persona física o jurídica (transportistas, agencias de transporte, transitarios, almacenistas-distribuidores, operadores logísticos o cualquier otro profesional del transporte) que contrata los servicios de transportistas no autorizados. Especialmente, incluye a las personas jurídicas que presentan una actividad profesional en el ámbito del transporte y que están integradas por personas que también se dedican a prestar servicios relacionados con el transporte. El elemento objetivo es la contratación de los servicios de transporte de cualquier tipo que estén sujetos a autorización y se presten por transportistas u operadores de transporte no autorizados. Y, en el caso de personas jurídicas integradas por otras personas prestadoras de servicios de transporte, se sanciona, además de la contratación, la conducta consistente en el abono de las facturas que los transportistas no autorizados que la integran le expidan por servicios de transporte.

Es decir, se trata de dos preceptos íntimamente relacionados, ya que sancionan dos conductas interconectadas: la contratación y la prestación. Subjetivamente, el apartado 2 sanciona al prestador (transportista no autorizado) y el apartado 17 al que contrata la prestación y abona el servicio (el profesional del transporte). En ambos preceptos se establece una clara delimitación de la conducta sancionable cuando existen vínculos de identidad entre ambas partes: diferenciando entre la persona jurídica compuesta y las personas que la componen, ya sean físicas o jurídicas. Esta dependencia interpersonal no es obstáculo para sancionar los tipos descritos.

III

Tipos de Cooperativas en el sector del Transporte.

El elemento subjetivo de los tipos descritos abarca a personas físicas y jurídicas. La consulta planteada se refiere a un supuesto acerca de una Cooperativa de servicios en relación con sus socios integrantes.

Las sociedades cooperativas, a estos efectos, se pueden clasificar en: cooperativas de servicios y cooperativas de trabajo asociado.

La vulneración de los arts. 140.2 y 140.17 LOTT se entiende producida cuando se trata de una cooperativa de servicios, pero no cuando es una cooperativa de trabajo asociado; por lo siguiente.

Las **cooperativas de servicios** se definen en el **art. 98 de la Ley 27/1999**, de Sociedades Cooperativas (LSC, en adelante):

1. Son cooperativas de servicios las que asocian a personas físicas o jurídicas, titulares de explotaciones industriales o de servicios y a profesionales o artistas que ejerzan su actividad por cuenta propia, y tienen por objeto la prestación de suministros y servicios, o la producción de bienes y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales o de las explotaciones de sus socios.

Las **cooperativas de trabajo asociado** difieren de aquéllas, conforme al **art. 80 LSC**:

1. *Son cooperativas de trabajo asociado las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros. También podrán contar con socios colaboradores.*

A. Las cooperativas de servicios están íntimamente relacionadas con las **cooperativas de transportistas**, de cuya naturaleza participan. Así se desprende de su concepción al amparo del **art. 100 LSC**:

1. *Son cooperativas de transportistas las que asocian a personas físicas o jurídicas, titulares de empresas del transporte o profesionales que puedan ejercer en cualquier ámbito, incluso el local, la actividad de transportistas, de personas o cosas o mixto, y tienen por objeto la prestación de servicios y suministros y la realización de operaciones, encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las explotaciones de sus socios.*

A la vista de esta concepción, se aprecia que el concepto de cooperación de servicios, en este caso, de transporte, guarda relación con la concepción de empresario independiente.

Atendiendo al Reglamento (UE) 1071/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera, define en su art. 2 el concepto de empresa a estos efectos:

«empresa»: cualquier persona física o jurídica, con o sin ánimo de lucro, cualquier asociación o agrupación de personas sin personalidad jurídica, con o sin ánimo de lucro, o cualquier organismo oficial, con personalidad jurídica propia o dependiente de una autoridad con dicha personalidad, que transporte viajeros o cualquier persona física o jurídica que transporte mercancías con fines comerciales.

Esta independencia en la explotación de la actividad profesional se refleja en el propio concepto de porteador a que se refiere el art. 22 de la LOTT, conforme a la definición que establece el art. 4 de la Ley 15/2009, de 11-XI, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías:

*Persona que asume la obligación de realizar el transporte de mercancías en **nombre propio** con independencia de que lo ejecute por sus propios medios o contrate su realización con otros sujetos.*

De modo que lo que caracteriza a las cooperativas de servicios es la existencia de negocios y explotaciones independientes con fines comerciales.

Esta idea subyace en la normativa autonómica: el objetivo de las cooperativas de servicios de transporte es promover y completar la actividad o los resultados de las explotaciones independientes de los socios (art. 129 de la Ley 2/2023, de 24 de febrero, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, art. 95 del Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de cooperativas de la Comunidad Valenciana, art. 115 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, art. 129 de la Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por todas).

Precisamente, esta independencia empresarial está condicionada a la habilitación profesional individual previa mediante autorización. Es decir, se establece una identidad entre el concepto de socio de cooperativas de servicios empresariales y profesionales y la necesidad de habilitación previa particular para el ejercicio del servicio profesional de que se trate.

Por todo ello, se concluye que las sociedades cooperativas de servicios de transporte, sin perjuicio de estar habilitadas para la prestación de servicios de esta clase, se configuran para el desarrollo predominante de funciones mediadoras entre profesionales que, a su vez, han de estar previamente autorizados.

B. Por su parte, las **cooperativas de trabajo asociado** presentan características propias que las diferencian de las de servicios.

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2018, Sala de lo Social:

*«En las **cooperativas de trabajo**, incluidas en el ámbito de las cooperativas de producción (art. 102), **se distinguen los socios trabajadores** —cuya relación jurídica con la cooperativa es de naturaleza **societaria**, por lo que tienen derecho a percibir periódicamente anticipos societarios, en función de su participación en la actividad cooperativa, que no revisten la condición de salario—, y **los trabajadores asalariados**, ligados a la cooperativa por una **relación estrictamente laboral**. Se trata de una forma de organización del trabajo “cuya finalidad no es otra que la de proveer estructuras organizativas, materiales, financieras, de gestión, o de cualquier otra clase, que permitan y faciliten la más eficaz prestación del trabajo autónomo a través de la puesta en común del esfuerzo personal y directo de los socios trabajadores que la integran” [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª) n.º 549/2018, de 18 de mayo, F. J. 6.º].»*

Es decir, mientras que las cooperativas de transporte *asocian a personas físicas o jurídicas, titulares de empresas del transporte o profesionales que puedan ejercer en cualquier ámbito*, la actividad de transportistas, y tienen por objeto la prestación de servicios y suministros y la realización de operaciones, *encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las explotaciones de sus socios*»; las cooperativas de trabajo asociado *asocian a socios trabajadores vinculados societaria y laboralmente*.

Refuerza el carácter laboral entre socios y cooperativa el hecho de que, incluso los socios trabajadores, han de someter sus conflictos con la cooperativa al orden social (art. 87.1 LSC)

En principio se conciben como entes diferenciados. No obstante, el Tribunal Supremo ha reconocido *«De la conjunta integración de estos preceptos se desprende que los transportistas pueden integrarse en las cooperativas de transporte a las que se refiere*

el art. 100 de la Ley 27/1999, pero que cabe también la posibilidad de la constitución de cooperativas de trabajo asociado a las que se les reconoce la facultad de ser las titulares de las tarjetas de transportes.»

En todo caso, se aprecia la íntima conexión que puede existir entre una clase y otra, por lo que las previsiones, exigencias y cautelas de una han de ser consideradas para la contraria.

En este sentido, destaca la conceptualización que se realiza al respecto en la **Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Valencia, 1560/2016 de 24 octubre de 2019:**

«entiende este Tribunal que existe una clara diferencia entre las cooperativas de trabajo asociado y las de transporte (entendidas estas como cooperativas de servicios), pues mientras las primeras son las titulares de las tarjetas de transporte, en las segundas los titulares de las tarjetas de transportes son los socios de la cooperativa. La finalidad de la cooperativa de trabajo asociado es conseguir, con un solo capacitado para ejercer la actividad del transporte, las tarjetas de transporte para todos los socios de la cooperativa que no cumplen los requisitos para su obtención. La normativa de transportes establece unos requisitos mínimos para poder ejercer la actividad por cuenta propia (un número mínimo de camiones, antigüedad de los camiones, capacitación profesional, etc.), de manera que, si no se cumplen estos requisitos, no se puede obtener la tarjeta de transporte.»

En definitiva, que las cooperativas de transporte se integran por socios que, individualmente, son titulares de la autorización necesaria para el ejercicio de la profesión. De lo contrario, estaríamos ante una cooperativa de trabajo asociado.

De este modo, la infracción de los arts. 140.2 y 140.17 de la LOTT solo se plantea en relación con las cooperativas de servicios, al exigirse únicamente a éstas, por su naturaleza, que los socios de éstas dispongan de la autorización individual correspondiente para el ejercicio de la prestación profesional.

No se cumple el tipo en las cooperativas de trabajo asociado debido a la existencia de relaciones de carácter laboral entre sus socios y la cooperativa.

Pero, sí se cumpliría el tipo cuando sus socios pueden calificarse como falsos autónomos.

IV

Concepto de falso autónomo.

En este sentido destaca la **Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, de 18 de mayo de 2018:**

«los dos elementos esenciales para valorar la verdadera naturaleza jurídica de esa relación (se refiere a la relación entre cooperativa y socios) no son otros que los relativos a la titularidad de la autorización administrativa de transporte y a la propiedad o poder directo de disposición sobre el vehículo.»

Cuestión que en realidad no es otra que la de decidir si está amparada por lo dispuesto en el art. 1. 3 g) ET esa fórmula de realización de servicios de transportes comerciales por carretera, a través de contratos de arrendamientos de servicios

concertados entre empresas de transporte que son propietarias de los vehículos que alquilan a cooperativas de trabajo asociado titulares de autorizaciones administrativas de transportes, y que son finalmente prestados por conductores que ostentan la condición de socios de dichas cooperativas.

Dispone por su parte el art. 1.3.g del ET:

3. Se **excluyen** del ámbito regulado por esta ley

g) En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1.

A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.

En el análisis de la concepción como empresario de los prestadores de servicio en este ámbito, la Sentencia del **Tribunal Constitucional** 227/1998, de 26 de noviembre, dispone:

puede «afirmarse que la delimitación negativa efectuada por el legislador responde a un criterio objetivo, como es el de la consideración como empresario autónomo del transporte de quien presta el servicio.»

Concluye el Tribunal Supremo en la referida sentencia:

*«el criterio de la autorización administrativa exigido a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado». Aquí está la **clave** en la que se sustenta la exclusión del ámbito laboral de una actividad que en definitiva se realiza dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario, con sometimiento a las órdenes e instrucciones impartidas por el mismo, y que reuniría en abstracto todos los elementos que caracterizarían el contrato de trabajo en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.1 ET. Y esa clave no es otra que la importancia económica que en sí misma tiene la conjunta concurrencia de esos dos requisitos objetivos a los que se refiere el art. 1. 3. g) ET, la titularidad de la autorización administrativa de transporte y la propiedad o poder de disposición sobre el vehículo, como elementos que en su conjunto configuran una unidad productiva con valor económico suficiente para ser considerada una infraestructura con relevancia bastante para atribuir a su titular la condición de empresario autónomo y trabajador por cuenta propia excluido del derecho laboral.*

No obstante, la interrelación entre los conceptos de socio trabajador y empresario es mayúscula, incentivando los eventuales fraudes en la aplicación de la ley. Así se reconoce en el fundamento de derecho V de la sentencia citada:

La creación, constitución y funcionamiento de las cooperativas, en cualquiera de sus modalidades —y particularmente las de trabajo asociado—, no puede quedar sustraída a la aplicación del reiterado criterio que viene avalando esta Sala al analizar situaciones en las que está en discusión el uso fraudulento de la forma societaria bajo cualquiera de las distintas fórmulas en las que se presenta en el derecho del trabajo.

Debe aplicarse en estos casos la doctrina del «**levantamiento del velo**», para discernir la posible existencia de una actuación fraudulenta con la que se busca perjudicar los derechos de los trabajadores con la utilización en fraude de ley de cualquiera de las distintas formas societarias que admite nuestro ordenamiento jurídico, creando entidades ficticias carentes de cualquier actividad económica real y que por ello vulneran las reglas que permiten su constitución.

Lo que se concluye a raíz de esta sentencia es

«Ya hemos dicho que no hay nada que exima de la aplicación a las cooperativas de los mismos criterios generales utilizados para poner coto al uso fraudulento de la forma societaria desde la perspectiva del derecho del trabajo, sin que tampoco sean inmunes a las reglas laborales que persiguen evitar el fraude en la adecuada identificación del empleador real de los trabajadores, proscribiendo la cesión ilegal con la que se pretende la mera puesta a disposición de mano de obra, o cualquier otro mecanismo fraudulento en tal sentido: la creación de empresas interpuestas, ficticias o la abusiva configuración de grupos de empresas.

Todo ello con la salvedad, por supuesto, de que no pueden olvidarse las peculiaridades del singular régimen jurídico aplicable a las cooperativas de trabajo asociado, que sin duda les permite formas de organización del trabajo que no serían admisibles en otro tipo de empresas.

Pero tales peculiaridades no permiten llegar al punto de que pueda valer la mera y simple constitución puramente formal de una cooperativa de esta naturaleza para dar visos de legalidad a cualquier fórmula de relación con terceras empresas, si se demuestra que la cooperativa carece de cualquier infraestructura organizativa propia o actividad económica real y está siendo utilizada como un simple mecanismo para poner mano de obra a disposición de esas otras empresas.

A estos efectos es donde adquiere especial relevancia la **acreditación de la actividad que realmente desempeña la cooperativa** para constatar que con ello se evidencia la efectiva creación y organización de mecanismos de actuación interna y de relación con los clientes de los que se desprenda la prestación de servicios de cualquier tipo a sus asociados, generando y fomentando fórmulas de gestión empresarial, ya sea en el ámbito puramente material, de asesoramiento, de reducción de costes, de captación de clientes, o cualquier otro que incida en el mejor desarrollo de la prestación de servicios de sus asociados

De modo que para demostrar la existencia de un falso autónomo se debe atender a que el trabajador carece de estructura empresarial propia, atendiendo a esas dos circunstancias: titularidad de los vehículos y de la autorización para la prestación.

Como se ha expuesto, tanto las cooperativas de transporte como las de trabajo asociado pueden ser titulares de las tarjetas de transporte.

«Ahora bien, las cooperativas de trabajo asociado de transporte, en tanto que son cooperativas de trabajo asociado, deben desarrollar su actividad en los mismos términos que hemos expuesto. Como hemos dicho, creando, fomentando y potenciando estructuras de organización en común de la producción de bienes en favor de sus asociados y para dar servicios a los mismos desde cualquiera de las perspectivas que sean útiles en la realización de su actividad como transportista, ya sea de apoyo material, financiero, de gestión, de asesoramiento, de reducción de costes, de captación de clientes, o cualquier otra relevante para su desempeño» (STS 18.5.2018).

Es decir, la cooperativa realiza una organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros, al ostentar la titularidad de la autorización para la prestación del servicio de transporte, cuando sus socios no la ostentan. En una cooperativa de transporte (cooperativa de servicios), cada uno de sus socios está debidamente autorizado y realiza su actividad profesional de modo independiente.

Cuando la cooperativa ostenta la titularidad de la autorización para el ejercicio de la profesión y la propiedad de los vehículos empleados para el transporte, **la relación entre la cooperativa con sus socios es puramente laboral**, al no estar amparada por la exclusión del art. 1.3.g del ET, ya que estos socios no son verdaderos autónomos, conforme a la jurisprudencia expuesta. Por lo que **la calificación que se dé a la cooperativa (de servicios o de trabajo asociado) y la diferenciación nominativa entre socios, de trabajo o asalariados, no es obstáculo para que se atienda a la verdadera naturaleza de las relaciones que se derivan entre ambos, conforme a la doctrina del levantamiento del velo.**

V

Valoración jurídica del caso concreto objeto de consulta.

La consulta se refiere a la actuación de una cooperativa de servicios en relación con sus socios, que, sin autorización previa habilitante para el ejercicio de la profesión, facturan sus servicios de transporte a la cooperativa a la que pertenecen.

En particular, se acompañan los estatutos de la cooperativa XXX, que sobre su naturaleza y objeto disponen:

Artículo 1.- Denominación, régimen legal.

Con la denominación de [REDACTED] se constituye una Sociedad Cooperativa de Transporte de servicios sujeta a los principios y disposiciones de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, en lo sucesivo LCCM, con plena personalidad jurídica desde el momento de su inscripción.

Artículo 2.- Objeto y Actividad económica.

La cooperativa [REDACTED] tiene por objeto principal la prestación de servicios de transporte público de mercancías y viajeros por carretera y de las actividades auxiliares y complementarias reguladas en la legislación vigente.

A tal fin, la cooperativa deberá cumplir los requisitos legales exigidos para ejercer la actividad de transporte en nombre propio, ostentando para ello las autorizaciones administrativas necesarias para el ejercicio de la actividad.

Asimismo, la cooperativa podrá desarrollar también las siguientes actividades:

- La prestación de servicios y suministros y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las explotaciones de sus socios.**

De lo que se desprende que XXX se constituye como una cooperativa de servicios, no de trabajo asociado. De acuerdo con el régimen legal expuesto, esta clase de cooperativas

se integra por socios que ejercen una actividad profesional propia y cuentan con la autorización administrativa correspondiente para su ejercicio, independientemente de la autorización de que sea titular la propia cooperativa.

Se indica en la consulta remitida que los socios que integran estas cooperativas, sin ser titulares de autorización alguna al respecto, facturan a las cooperativas a las que pertenecen por servicios tales como: conducción de vehículos de transporte terrestre o mediación e intermediación de comercio. Es decir, actuando como empresarios en nombre propio.

Atendiendo a la documentación remitida, en particular la relativa a la titularidad de los vehículos empleados para la prestación de servicios de transporte amparados por la autorización de la cooperativa, resulta que estos vehículos o bien son propiedad de la cooperativa de transportes XXX, o bien, son utilizados en régimen de renting mediante contrato suscrito por la misma cooperativa con la empresa arrendadora y titular de los vehículos. Por otro lado, la titularidad de la autorización recae exclusivamente sobre la cooperativa.

Por lo que se estima que los socios de la cooperativa no están actuando como si se tratasen de socios de una cooperativa de servicios, ya que no ejercen su actividad profesional mediante la explotación individualizada de sus unidades productivas, pues no ostentan la titularidad de los vehículos ni de las autorizaciones requeridas para la prestación de tales servicios.

Por ello, concluimos que la cooperativa, como cooperativa de servicios según resulta de sus estatutos, y sus socios, que **no operan como verdaderos socios cooperativistas empresariales, infringen los arts. 140.17 y 140.2 de la LOTT**, respectivamente.

Por un lado, la cooperativa, al contratar y abonar las facturas expedidas por sus socios cuando estos carecen de la autorización exigida legalmente para la prestación de servicios de transporte conforme a la LOTT. Por otro lado, los socios, por cuanto que realizan la prestación de dichos servicios sin estar debidamente autorizados.

Todo ello, a pesar de que la cooperativa ostente la titularidad de una autorización para prestar dichos servicios e integrarse los prestadores en la misma, ya que la LOTT no excluye de la sanción los casos de servicios prestados y contratados entre una persona jurídica y sus socios o personas que la integren, si éstos carecen de autorización, independientemente de que la ostente la persona jurídica en que se integran.

En este sentido, se alega por XXX, frente a las sanciones impuestas, que la actividad de los socios es puramente complementaria respecto de la actividad principal, que la efectúa la cooperativa.

Ello entra contradicción con la propia configuración de la sociedad cooperativa, ya que establece en sus estatutos:

- a) Que se constituye como una Cooperativa de Transportes (art. 1), y no de trabajo asociado, con las consecuencias y efectos que la ley le anuda.
- b) Establece el objetivo de realizar la prestación de servicios de transporte público de mercancías y viajeros por carretera, y fomentar con su actividad las explotaciones de sus socios (art. 2), que son quienes realizan precisamente la actividad del transporte, es decir, la principal actividad (art. 2).

Tampoco puede tener acogida la postura de la cooperativa ya que se integra por empresarios y profesionales que no gozan de los requisitos previos legalmente exigidos para la prestación del servicio de transporte, por no disponer de la organización y medios propios para ello ni contar con la autorización preceptiva.

En este sentido, se impone la norma cuando exige la independencia entre miembros y sociedad autorizada, no extendiendo los efectos de ésta a aquéllos (art. 43.1.b LOTT). La autorización es exclusiva, como lo demuestra su carácter intransmisible (art. 49 LOTT) y la necesidad de mantener la independencia entre persona jurídica titular de la autorización respecto de sus miembros. Además, apoya esta conclusión la función de las cooperativas de transporte (100 LSC), que hacen referencia a la independencia de explotaciones de sus socios. Explotación que requiere la preconfiguración como habilitado para el ejercicio de la actividad económica de transporte.

Todo ello en el contexto que la LOTT establece predisponiendo a las cooperativas al ejercicio de una función de facilitación de esa actividad económica por sus socios integrantes, reduciendo la atomización del sector y facilitando el acceso de competidores, promoviendo una competencia leal, como exige el Reglamento europeo.

Adicionalmente, y sin perjuicio de la anterior conclusión, se estima que la cooperativa presenta una actividad más próxima a una cooperativa de trabajo asociado que de servicios. Fundamentalmente por ser ella, y no sus socios, la titular de la autorización y los vehículos empleados para prestar el servicio de transporte.

No obstante, sus socios actúan como si se tratase de verdaderos autónomos, facturando como socios trabajadores, y no socios asalariados, a la cooperativa por los servicios que le prestan y tributando conforme al IAE. Conforme a la jurisprudencia expuesta, atendiendo a las notas caracterizadoras de la teoría del levantamiento del velo y al concepto de falsos autónomos, se advierte que la realidad es más próxima a una relación entre una cooperativa de trabajo asociado y sus socios asalariados. En este caso, se admitiría la existencia de una **única autorización en favor de la cooperativa. Pero, habrá de constituirse no como de servicios sino de trabajo asociado.** Además, sus socios, concebidos como asalariados, no pueden facturar a la cooperativa por sus prestaciones, al estar unidos por una relación de carácter laboral, como socios asalariados.

En virtud de lo expuesto se formulan la siguiente

CONCLUSIÓN

Única. Esta Abogacía del Estado estima que se infringen los arts. 140.2 y 140.17 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre en el supuesto de que una cooperativa de servicios contrate y abone las facturas expedidas por sus socios cooperativistas por diversos conceptos relacionados con el transporte tales como conducción de vehículos de transporte terrestre o mediación e intermediación de comercio, cuando estos socios actúen sin la previa autorización legalmente exigida para el ejercicio profesional del transporte por carretera, independientemente de que la cooperativa en que se integran haya sido autorizada para ello.

La infracción de estos preceptos conlleva la sanción de la cooperativa, por la contratación de los servicios y el abono de la facturación remitido, así como la sanción de los socios que presten dichos servicios por los que facturan a la cooperativa sin la preceptiva autorización profesional.

Se estima que no se apreciaría esta infracción si se tratase de cooperativas de trabajo asociado, constituidas conforme a derecho, excepto cuando sus socios pueden calificarse como falsos autónomos.

ÍNDICE PROGRESIVO 1990-2023

Página/año

I. DERECHO ADMINISTRATIVO

ACCIÓN ADMINISTRATIVA

Armas y Explosivos

Ocupación del arma por agentes de la autoridad. Potestad sancionadora de la Administración	47/98-99
Régimen Jurídico.....	17/97

Asistencia sanitaria

Facturación de los servicios de atención médica prestados por los Servicios Públicos de Salud de las Comunidades Autónomas a mutualistas afectados por la enfermedad COVID-19.....	1/22
Régimen de la Asistencia psiquiátrica.....	331/92
Sistema Público de Salud. Reconocimiento de la condición de beneficiario	40/00
Régimen jurídico de las prestaciones ortoprotésicas. Distintas formas de facilitar la prestación ortoprotésica a los pacientes necesitados de ella.	9/14

Autorizaciones

Autorización condicionada a la producción de un evento.....	69/03
Autorización para instalaciones de generación eólica en el mar territorial Aplicación de la disposición transitoria única del Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio.....	11/08
Autorización para instalar un parque eólico en la zona de seguridad de un Campo de Maniobras militar	81/03
Facultades para grabar conversaciones de los servicios de tarificación adicional de voz y para la investigación del correcto funcionamiento de los servicios SMS Premium	12/10
Licencia municipal para la ejecución de obras de modernización y consolidación de regadíos	86/03

Cinematografía

Intervención administrativa mediante Real Decreto que regule determinados aspectos del ámbito cinematográfico Libertad de empresa..... 32/05

Concentración parcelaria

Parcela de titularidad del Estado que no se aportó en su día al proceso de concentración 24/08

Control de cambios

Control de cambios e inversiones extranjeras. Potestad sancionadora de la Administración..... 190/98-99
Exportación de madera sin autorización administrativa..... 338/92

Cultura

Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Instituto de España 12/09

Defensa de la competencia

Control de concentraciones económicas 220/03
Ejecución de una operación de concentración económica. Deber de notificación al Servicio de Defensa de la Competencia 230/03
Establecimiento por el Consejo General de la Abogacía de honorarios mínimos de los abogados 250/03
Impugnación de resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que sanciona conducta restrictiva de la competencia..... 116/01
Procedimiento sancionador por prácticas prohibidas. Ampliación del plazo del procedimiento 260/03
Sanción a sindicatos y asociaciones empresariales por prácticas restrictivas de la competencia, con ocasión de convenio colectivo extraestatutario 28/10
Uso del nombre de la condecoración San Raimundo de Peñafort para fines comerciales..... 01/18

Deportes

Eficacia constitutiva o declarativa de la inscripción en el Registro Mercantil de las operaciones de reducción y ampliación del capital de sociedades anónimas deportivas..... 10/16
Federaciones deportivas. Naturaleza. Posibilidad de que constituyan sociedades mercantiles 98/00
Federaciones Deportivas españolas. Potestad disciplinaria derivada de su pertenencia a una Federación Internacional. Dopaje..... 10/15
Disciplina e intervención de las entidades de crédito Participación del CSD respecto de la Mutualidad General Deportiva 13/12
Transmisión de participaciones significativas del capital de una entidad bancaria 127/97
Violencia en el deporte. Competencias estatales y autonómicas en relación con las actas de espectáculos deportivos. Suministro de información a la comisión estatal contra la violencia, racismo, xenofobia e intolerancia en el deporte. Cauces jurídicos a emplear en defecto de coordinación administrativa 29/15

Educación

Cierre de colegio rural. Transporte escolar	247/98-99
Eficacia de la LOCE en relación a la enseñanza concertada.....	302/03
Promoción de curso y movilidad en la ESO. Competencias.....	13/11
Procedimiento de acreditación (renovación) de titulaciones universitarias oficiales. Procedimientos administrativos especiales. Desistimiento y renuncia en vía administrativa. Posibilidad de las universidades de desistir una vez conocido el informe previo negativo	36/15
Régimen jurídico aplicable a centros universitarios de la Iglesia Católica que pudieran establecerse fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma donde radica la sede de la Universidad	47/10
Universidades: Control de endeudamiento.....	542/02
Universidades: Personal docente. Régimen de incompatibilidades de profesor asociados de la Escuela Universitaria de Enfermería de la Cruz Roja de Ceuta	623/95-96
Universidades: Reserva o no de denominación de Facultad solo para centros propios de las Universidades.....	10/17
Reconocimiento de créditos cursados en enseñanzas conducentes a la obtención de títulos propios, como con los que los que se obtienen tras la superación de estudios policiales	25/12
Posibilidad de cambio en el baremo de admisión de alumnos en Ceuta y Melilla	17/13
Acreditación de títulos oficiales: competencias estatales y autonómicas e intervención de sus evaluadoras.....	33/13

Energía

Alegaciones sobre planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en recursos contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y la OM 1045/2014, que lo desarrolla; normas por las que se opera el cambio del sistema retributivo de tal producción energética	51/15
Competencia para la autorización de la utilización de activos de transporte o distribución	308/03
Declaración de operador dominante. Competencia de la CNE en materia de infracciones del mercado Ibérico	30/11
Liquidación de las compensaciones por costes de suministro	195/02
Reglas de funcionamiento del mercado eléctrico	212/07

Estadística

Régimen de la actividad estadística pública	309/94
Licencia de pesca y derechos reales.....	250/06

Juego

Reclamación a la ONCE del reintegro de parte del anticipo indebidamente abonado por la SELAE en 2011 (AEH Hacienda y Administraciones Públicas 8/12).....	35/12
---	-------

Medicamentos

Fijación de tarifas para conjuntos de medicamentos. Medicamentos genéricos...	37/11
Márgenes de las empresas distribuidoras.....	342/04

Médicos

Títulos académicos y profesionales.....	363/04
Consolidación de empleo de los médicos al amparo de la Ley 16/2001, de 21 de noviembre	631/03

Medioambiente

Información medioambiental. Solicitud de información sobre la presa de Itoiz	358/05
Contestación a la demanda formulada contra declaración de impacto ambiental en el proyecto de ampliación del Aeropuerto de Madrid-Barajas	309/98-99
Recrecimiento del Embalse de Yesa.....	491/03
Tramitación medioambiental en caso de suelos potencialmente contaminados	02/18

Memoria histórica

Declaración de reparación y reconocimiento	36/09
Indemnizaciones	280/08

Navegación aérea

Alcance de las atribuciones de la licencia de controlador de tránsito aéreo	43/11
Certificados de aeronavegabilidad	656/94
Títulos académicos y profesionales.....	378/04

Personal

Comisiones de servicio de personal docente en el exterior	90/12
---	-------

Préstamos

Efectos del incumplimiento de un «financial covenant» en un préstamo	79/12
--	-------

Protección de datos personales

Interpretación de los artículos 11 y 22 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal	56/13
Conformidad o no a Derecho de la grabación de llamadas en el teléfono 016 sin advertencia expresa de grabación al interlocutor.....	77/15

Protectorado de fundaciones

Autocontratación en Fundaciones. Abuso de personalidad jurídica y levantamiento del velo	76/13
Extinción de fundaciones por imposibilidad de realizar su fin fundacional; inexistencia de patronato; funciones del protectorado: sustitución del patronato y posibilidad de acordarse la extinción.....	13/14

Posibilidad de que el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte pueda formar parte del Patronato de una Fundación extranjera	03/18
---	-------

Puertos

Consulta sobre la procedencia de autorizar la ocupación de una superficie de dominio público portuario mediante la suscripción de un convenio con una entidad dependiente de una Comunidad Autónoma.....	121/12
La aprobación por el Ministro de Fomento, a través de la oportuna Orden ministerial, de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios.....	135/12
Consulta sobre el alcance e interpretación del artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante	146/12
Consulta sobre el alcance de las competencias de las Autoridades Portuarias en materia de protección civil, especialmente en materia de prevención y control de emergencias en las que intervienen varias Administraciones Públicas.....	95/13
Plazo de duración de las autoridades demaniales. Interpretación del artículo 75 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.....	106/13
Posibilidad de que el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz hipoteque las concesiones de que es titular, así como un edificio emplazado en el recinto fiscal	25/14
Posibilidad de aplicar el procedimiento establecido en el artículo 302 (abandono de buques), o en el artículo 304 (hundimiento de buques) del TRLPEMM ...	16/17

Régimen de los menores en establecimientos públicos

Establecimientos Públicos.....	133/13
--------------------------------	--------

Sanidad

Aplicación del principio de reconocimiento mutuo de los complementos alimenticios procedentes de Confederación Suiza	54/12
Impugnación Orden PRE/2893/2007, de 5 de octubre, sobre vigilancia y control de la encefalopatía espongiiforme de los animales	432/08
Organismos modificados genéticamente. Alcance de la obligación de informar a las autoridades sanitarias	459/05
Protección de datos de carácter personal.....	46/12
Tratamiento jurídico de los restos mortales localizados en el Valle de los Caídos.	56/11
Corporaciones de Derecho Público. Análisis sobre la exención de aplicación de procedimientos sancionadores a las Corporaciones de Derecho Público	236/13
Criterios para la catalogación de un producto como medicamento o como producto alimenticio. Interpretación dada por la Directiva 2004/27/CE.....	251/13
Tasas y precios públicos. Competencia de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios para incoar de oficio la devolución de tasas indebidamente abonadas.....	244/13

Secreto estadístico

Negativa de una Delegación Provincial del Instituto Nacional de Estadística a facilitar datos sobre supervivencia a efectos de un expediente de abintestato	517/98-99
---	-----------

Seguridad privada

Infracciones y medidas cautelares en relación con la Ley 30/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada	669/93
--	--------

Subvenciones

Abono de las cantidades aplicadas en concepto de bonificaciones al transporte aéreo de pasajeros residentes en las Islas Canarias	64/12
Anticipo de pago en favor de Corporaciones Locales.....	709/94
Ayudas financiadas con fondos comunitarios. Adaptación de procedimientos comunitarios de ayudas a la norma estatal de subvenciones.....	65/10
Cálculo de las dotaciones en las becas Vives de ICEX y posibilidad de modificación por circunstancias sobrevenidas	11/23
Cinematografía. Subvenciones concedidas por el Instituto de la Cinematografía y Artes Audiovisuales.....	524/98-99
Consulta de datos de los solicitantes de subvenciones.....	20/16
Competencia del Estado para la gestión de subvenciones en materia de «asistencia social»	352/06
«Dies a quo» y forma de interrupción del plazo de prescripción del derecho de la Administración a exigir el reintegro de ayudas a empresas mineras	467/08
Diferencia entre subvenciones y transferencias de fondos presupuestarios a entes públicos. Regla de la prorrata del Impuesto sobre el Valor Añadido....	544/98-99
Exigencia de cumplimiento de obligaciones frente a la Seguridad Social.....	713/94
Forma de computar una ayuda propuesta a efectos de la autorización del Consejo de Ministros.....	74/11
Ilegalidad de Ayudas en el Sistema Español de Arrendamiento Financiero.....	4/18
Incentivos Regionales. Procedimiento de reintegro de subvenciones	538/98-99
Informe acerca de si los convenios que instrumentan jurídicamente el otorgamiento de subvenciones previstas de manera nominativa en los PGE están o no sujetos a la regulación del Capítulo VI del Título Preliminar de la Ley 40/2015.....	28/17
Modificación de órdenes de bases de subvenciones estando ya repartidas las ayudas de su primera convocatoria	23/22
Nueva Orden de Bases y Convocatoria de ayudas en concurrencia no competitiva relativas al PERTE del Vehículo Eléctrico y Conectado	23/23
Posibilidad de excluir los Colegios Profesionales y las Reales Academias de la concesión de determinadas subvenciones	531/02
Posibilidad de reorientación de subvenciones concedidas para la realización de un programa, a otro distinto en subvenciones para la realización de actividades de interés general con cargo a la asignación tributaria del IRPF	11/20
Procedimiento de reintegro. Procedencia de la concesión del trámite de audiencia en el procedimiento de reintegro de subvenciones.....	485/08

Procedimientos para el reintegro de becas y ayudas al estudio indebidamente concedidas a quienes no reúnen los requisitos necesarios	595/95-96
Realización de actos de liberalidad por medios propios personalizados	01/19
Régimen jurídico de los créditos parcialmente reembolsables.....	443/07
Régimen de las bases reguladoras y convocatoria de ayudas otorgadas por las Fundaciones del Sector Público Estatal.....	27/16
Reintegro de subvenciones	372/06
Admisión del reintegro de subvenciones en caso de entidades beneficiarias liquidadas.....	30/22
Reintegro de subvención por encima del límite máximo de ventas a laboratorio farmacéutico.....	647/03
Subvenciones a las entidades y organismos públicos.....	87/11
Subsistencia de avales en los casos de ampliaciones de plazos concedidas a los beneficiarios de subvenciones.....	33/16
Obligación de la Universidad de las Naciones Unidas (UNU) de justificar la aplicación de las contribuciones españolas a las actividades del Instituto Internacional para la Alianza de Civilizaciones	157/13
Posibilidad de tramitar el reintegro de las cantidades recibidas por las Comunidades Autónomas para el desarrollo de programas de cooperación territorial	143/13
Intereses de demora exigibles en caso de acordarse el reintegro de ayudas.....	40/14

Telecomunicaciones y tecnologías

Emisiones por ondas terrestres de cadenas locales de TV. Requerimiento de cese	458/07
Oferta de interconexión de referencia	481/07
Televisión	346/92/06
Televisión local	375//06
Posibilidad de excluir los Colegios Profesionales y las Reales Academias de la concesión de determinadas subvenciones	531/02
Procedimiento de reintegro. Procedencia de la concesión del trámite de audiencia en el procedimiento de reintegro de subvenciones.....	485/08
Procedimientos para el reintegro de becas y ayudas al estudio indebidamente concedidas a quienes no reúnen los requisitos necesarios	595/95-96
Régimen jurídico de los créditos parcialmente reembolsables.....	443/07
Reintegro de subvenciones	372/06
Reintegro de subvención por encima del límite máximo de ventas a laboratorio farmacéutico.....	647/03
Subvenciones a las entidades y organismos públicos.....	87/11

Terrorismo

Distinciones honoríficas. Ámbito de aplicación del distintivo regulado en el artículo 4 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.....	337/01
Pensiones extraordinarias por actos terroristas. Atentado del GAL en el extranjero	348/01
Pensiones excepcionales derivadas de atentados terroristas.....	521/07

	<u>Página/año</u>
Tratamiento aplicable a los amenazados por organizaciones terroristas con arreglo a la Ley 29/2011, de 22 de septiembre.....	206/13
<i>Títulos académicos y profesionales</i>	
Adecuación de su denominación a la condición masculina o femenina de quienes los obtengan. Titularidad de los ingresos públicos recaudados con motivo de la expedición de títulos universitarios	683/93
Expedición del Título de Procurador de los Tribunales a persona que no sea licenciada en Derecho	389/06
Anulación de denominaciones de planes de estudios de titulaciones oficiales: Efectos.....	77/12
Anulación de denominaciones de planes de estudios de titulaciones oficiales: efectos sobre el RUCT y sobre los títulos.....	174/13
Especialidad de medicina familiar y comunitaria. Obtención del título por vía ordinaria y extraordinaria. Efectos.....	198/13
Posibilidad de tramitar el reintegro de las cantidades recibidas por las Comunidades Autónomas para el desarrollo de programas de cooperación territorial.....	143/13
<i>Tráfico y Seguridad Vial</i>	
Depósitos de vehículos abandonados. Adquisición de su propiedad por quien realiza el hallazgo. Responsabilidad patrimonial del Estado en caso de insolvencia del titular del vehículo por los gastos ocasionados al depositario.....	614/95-96
ACTO ADMINISTRATIVO	
Naturaleza de orden comunicada aplicable al sistema de pagos de un Ministerio	95/10
<i>Declaración de lesividad</i>	
Anulación del acto administrativo con conformidad del interesado	198/04
Declaración de lesividad de una resolución que declara prescrita una sanción. Sanción firme y ejecutable en el momento de la interposición, extemporánea, de un recurso de reposición	37/23
Eficacia retroactiva de las resoluciones judiciales que declaran la nulidad de un acto administrativo.....	203/04
La vulneración de la convocatoria de un proceso selectivo no constituye infracción del ordenamiento jurídico susceptible de declaración de lesividad	43/22
<i>Disposiciones de carácter general</i>	
Canon por copia privada: Distinción entre actos y disposiciones generales.....	109/11
<i>Ejecución</i>	
Autorización de entrada en establecimiento mercantil.....	132/00
Autorización judicial para la entrada en domicilio o lugares cuyo acceso dependa del consentimiento del titular.....	281/94

	<u>Página/año</u>
Ejecución forzosa: Entrada en domicilio constitucionalmente protegido	42/09
Ejecución forzosa frente al Estado de actos administrativos dictados por una Comunidad Autónoma en ejercicio de sus competencias. Suspensión del suministro de energía eléctrica a un centro docente	157/92
Suspensión de la ejecutividad de las resoluciones de reintegro de subvenciones...	54/09
 <i>Notificación</i>	
Administración electrónica.....	119/11
Concepto, naturaleza y requisitos.....	191/91
El «tercero de confianza» cumple una función distinta del denominado «prestador cualificado de servicio cualificado de certificación electrónica». Verificación de las notificaciones emitidas por prestadores de servicios cualificados.....	47/16
Finalidad y requisitos.....	459/94
 <i>Nulidad de actos administrativos</i>	
Inexistencia de sanción impuesta por la Comisión Nacional del Mercado de valores.....	469/94
Plan General de Ordenación Urbana. Diferencia entre ejecución provisional voluntaria de una sentencia no firme y la acordada por la Sala.....	510/03
 <i>Potestad administrativa discrecional</i>	
Medallas y condecoraciones.....	294/06
 <i>Rectificación de errores</i>	
Nulidad de pleno derecho del acuerdo de corrección de un supuesto error material, concepto de este a los efectos del art. 105 de la Ley 30/1992	99/10
 <i>Revisión de actos administrativos</i>	
Convocatoria de concurso-oposición	578/95-96
Devolución de un pago duplicado.....	668/94
Improcedencia de la declaración de lesividad de la fijación del justiprecio	416/08
Indemnizaciones del Fondo de Garantía Salarial a favor de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo resuelto por el Departamento de Trabajo de la Generalidad de Cataluña.....	638/93
Legitimación para solicitar la revisión de oficio.....	435/04
Improcedencia de reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita sin examinar la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos.....	56/14
Revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de una concesión de aguas otorgada al resolver un recurso de reposición.....	53/22
 <i>Revocación de actos administrativos</i>	
Desestimación de la petición de reincorporación a una plaza solicitada por determinado funcionario.....	685/94
Improcedencia cuando se trate de actos dictados en el ejercicio de potestades regladas y ajustadas a Derecho	695/94
Resolución que declaró la pérdida de una subvención	595/94

	<u>Página/año</u>
Revocación de actos de gestión tributaria no declarativos de derechos o de gravamen	653/93
Revocación por cambio sobrevenido de circunstancias	611/03
 <i>Silencio administrativo</i>	
Eventual aplicación a las evaluaciones de la CNEAI de la figura del silencio administrativo	112/10
Posibilidad de dictar auto posterior a la certificación de acto presunto.....	591/95-96
Inscripción en el Registro de Entidades de Intermediación de Medicamentos. La revisión de oficio de actos administrativos. Acto presunto estimatorio. Petición de inscripción: silencio positivo	69/14
Silencio en solicitud de suspensión y en resolución de recurso de reposición	55/23
 <i>Suspensión de actos administrativos</i>	
Efectos del levantamiento de la suspensión de la ejecutividad de una deuda no tributaria en el cómputo de los plazos de pago en periodo voluntario	60/23
 CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	
 <i>Adjudicación</i>	
Adjudicación concurso-subasta sobre aplicación del gas natural procedente de Argelia.....	34/02
Aplicación a las sociedades estatales del art. 27 del RD 817/2009, de 8 de mayo	66/09
Posibilidad de establecer en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares criterios de adjudicación que otorguen la máxima puntuación posible a la mejor oferta técnica.....	1/21
Procedimientos de adjudicación: Análisis del procedimiento restringido.....	01/97
Procedimiento de adjudicación a utilizar en los contratos de servicios en el exterior cuando su importe de licitación supere los límites de un contrato menor	5/18
 <i>Caducidad</i>	
Resolución de contratos administrativos por mutuo acuerdo y ulterior petición de declaración de caducidad; doctrina de los actos propios.....	130/10
 <i>Contratos administrativos especiales</i>	
Contrato especial: Adquisición de inmuebles para la construcción de polígonos industriales	89/04
Contrato especial: Mixto	115/04
Contratos administrativos especiales. Consorcios de Zonas Francas	172/05
Contratos administrativos especiales. Su regulación a falta de normativa específica.....	191/05

Contrato de concesión

Acuerdo de liquidación de concesión de explotación de autopista de peaje. Escrito de conclusiones	73/23
Contratación para la construcción, conservación y explotación de diferentes tramos de Autopista	61/02
Conformidad a Derecho del acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011 por el que se autoriza la creación de sociedades responsables de los contratos de concesión de los aeropuertos de Barcelona-El Prat y de Madrid-Barajas [informe 1/12 (R-231/2012)].....	187/12

Contrato de gestión de servicios públicos

Concesionarios de autopistas de peaje. Indemnización por fuerza mayor en la expropiación.....	53/01
Concesiones administrativas. Televisión.....	52/02
Contrato de gestión de Servicios Públicos.....	120/05
Empresas municipales gestoras de mercados mayoristas: Gestión directa no sujeta a la Ley de Contratos del Sector Público; inexistencia de limitación temporal. Transformación en sociedades de capital público.....	78/08
Gestión de servicios públicos por una entidad pública empresarial	24/03

Contrato de obras

Cesión de créditos. Certificaciones de obra	92/98-99
Contrato de obras. Ejecución de obras por la Administración. Procedimiento de adjudicación de los contratos de colaboración con empresarios particulares ex artículo 153.3 de la LCAP	61/97
Contrato de obras. Cofinanciación por varias Administraciones Públicas Garantías exigibles	84/97
Contrato de obras. Modificación. Régimen transitorio del artículo 146.1 de la LCAP redactado por la Ley 11/76	76/97
Diferencia entre el plazo de duración y el plazo de ejecución.....	76/09
Liquidación de obras cuando falte consignación presupuestaria para pagar al contratista.....	158/94
Modificación de un contrato de obra adjudicado para una Autoridad Portuaria....	60/04
Pliegos de cláusulas administrativas particulares: Posibilidad de exigir titulación de ingeniero aeronáutico para la redacción de proyectos de obras que hayan de ejecutarse en los recintos aeroportuarios.....	141/08
Presupuesto para actividades culturales en el contrato de obras.....	89/02
Procedencia de abonar intereses por demora en el pago de una liquidación provisional dimanante de un contrato de obra. Efectos del silencio administrativo	138/03
Reclamación de revisión de precios en contratos de obra pública.....	232/05
Revisión de precios en contratos mixtos de proyectos y ejecución de obras del ADIF	83/09

Contratos privados

Contratos privados. Actos separables	193/95-96
--	-----------

	<u>Página/año</u>
Contratación de seguro de responsabilidad civil por ente público. Calificación jurídica: Contrato privado.....	62/00
Naturaleza de un contrato de compraventa: Actos separables.....	74/02
Normas de Derecho Internacional Privado	139/11
 <i>Contrato de servicios</i>	
Contratación de un servicio de seguridad o vigilancia privada. Autoridad Portuaria de Barcelona	195/05
Contrato de servicios que factura por resultado y liquidación final del mismo	06/18
Desistimiento de un contrato de asistencia técnica por la Administración.....	187/92
Consultoría y asistencia técnica. Aplicación de tarifas de honorarios profesionales.	170/95-96
Incumplimiento por adjudicataria de la obligación de subrogación laboral.....	122/11
Informe sobre la forma de gestión del sistema interno de información del Centro Nacional de Investigación sobre la evolución humana.....	139/23
Servicios de cobertura informativa. Naturaleza del contrato y procedimiento de adjudicación.....	76/01
Naturaleza jurídica y cálculo del valor estimado de contratos de adquisición de vales de comida y de cheques de guardería para empleados de entidades del sector público	54/16
 <i>Contrato de suministros</i>	
Suministro de material informático: Normativa comunitaria europea y española .	177/92
Suministro de un helicóptero	96/09
Interpretación de las Órdenes de ejecución suscritas entre el Ministerio de Defensa/Armada e Izar Construcciones Navales, S. A., para la construcción de sendos buques (AG Entes Públicos 21/12)	173/12
 <i>Encomiendas de gestión</i>	
Aplicación analógica del artículo 160.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos a las encomiendas de gestión.....	30/08
Aplicación de la doctrina «in house providing» a una Entidad pública Empresarial	42/08
Conflicto de intereses	104/09
Encomienda de Gestión	104/07
Encargos a medios propios personificados en la LCSP. Consulta sobre la interpretación de los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (LCSP)	07/18
Encargos de medios propios personificados en la LCSP. Consulta sobre los trámites necesarios para la aplicación por SEGITUR del art. 32.2.d) de la LCSP	08/18
No sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de las encomiendas de gestión atribuidas a organismo público con el carácter de medio propio de la Administración General del Estado según el artículo 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público	148/10
Posibilidad de que un poder no adjudicador confiera encargos a medios propios personificados al amparo del art. 33 LCSP	2/21

Factura electrónica

Cuestiones relativas a la entrada en vigor y aplicación del art. 4 de la Ley 25/1013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del Registro contable de facturas en el Sector Público.....	83/15
---	-------

Garantías

Garantía definitiva. Improcedencia de embargo preventivo del aval prestado por el contratista a la Administración Pública para garantizar los derechos de los trabajadores de aquel	90/97
Inclusión o no del IVA en el cálculo de la garantía provisional prevista en el artículo 91 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.....	126/08

Modificación

Cálculo del límite del 20 por ciento aplicable a las modificaciones expresamente previstas del artículo 204 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público	73/22
Determinación del momento en el que se devengan intereses de demora por obras realizadas sin la necesaria cobertura contractual	66/16
Límites para la modificación de contratos adjudicados que afecten a los elementos sustanciales	11/10
Límites en las modificaciones contractuales expresamente previstas en los pliegos de contratación de los poderes adjudicadores.....	20/20
Modificación de un contrato de servicios. Incremento de los precios del contrato. ..	146/23
Possible consideración de la modificación a la baja del objeto de un contrato de suministro como modificación sustancial al amparo del artículo 205 c) LCSP	156/23

Objeto, precio y cuantía

División de lotes del objeto del contrato administrativo	122/06
Importe de la base de cálculo de revisión de precios en los contratos de obras y suministros de fabricación.....	169/10
Modo de reflejar el IVA en la proposición económica	126/09
Posible aplicación de la revisión de precios establecida en los artículos 6 a10 del Real Decreto- ley 3/2022de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, a los contratos de suministro de fabricación	165/23
Recurribilidad de las decisiones de las Mesas sobre exclusión de licitadores que no incluyen en la oferta la mención «IVA excluido»	137/09

Preparación

Cláusula de un pliego que establece un porcentaje de baja fijo por referencia al presupuesto de licitación.....	158/09
Expediente administrativo para la contratación, por el procedimiento abierto, de los servicios necesarios para la difusión de una campaña de publicidad institucional de información sobre la permanencia en medios de campañas de publicidad	13/10
Expedientes de contratación electrónicos	165/09

Régimen jurídico general

Ámbito subjetivo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre	340/95-96
Aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.....	340/93
Aplicación de la Ley 30/2007 a la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado. Poder adjudicador	52/08
Cláusula de progreso. Concepto de «normativa técnica»	65/08
Competencia de la Oficina Nacional de Evaluación. Conflicto con la Comunidad Foral Navarra	79/22
Competencias de las Juntas de Contratación, actos que ponen fin a la vía administrativa y su impugnación ante la jurisdicción	89/22
Contratos excluidos de la Ley de Contratos 9/2017/Negocios de carácter patrimonial: Informe sobre contrato de cesión de derechos de explotación de obra al MAUEC	32/20
Contratación de poderes adjudicadores no Administración Pública conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.....	09/18
Poder adjudicador: cofradías de pescadores, organizaciones de productos de la pesca y la acuicultura y grupos de acción local del sector pesquero.....	3/21
Contratación directa	83/98-99
Contratación del Instituto Nacional de Empleo (INEM).....	58/97
Contratación de las Universidades Públicas.....	48/00
Contratos de entidades públicas empresariales. Cláusulas de estabilidad de empleo.....	155/05
Contratos menores. Formalización	185/95-96
Convenio de colaboración entre el Instituto de Astrofísica de Canarias y una fundación privada.....	108/06
Distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado	171/92
Distinción entre convenios de colaboración y contratos a efectos del artículo 3.1.c) del TRLCAP	85/07
Efectos legales del COVID-19 sobre los contratos del sector público. Artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.....	37/20
Efecto 2000. Cuestiones jurídicas asociadas al mismo	113/98-99
Efectos de una oferta incurso en presunción de temeridad sobre las ofertas que a un mismo concurso presentan empresas de un mismo grupo empresarial.....	225/05
Eficacia de las copias simples de documentos aportados por los interesados en los procedimientos de contratación pública.....	37/17
Funciones de la Mesa de Contratación	02/19
Fundaciones. Normas de contratación aplicables a las mismas	171/98-99

	<u>Página/año</u>
Inembargabilidad de los créditos del contratista frente a la Administración	52/94
Intereses de demora.....	127/04
Interpretación del artículo 86 del Reglamento de la LCAP	151/04
Levantamiento de las suspensiones en las ejecuciones de los contratos durante la crisis sanitaria COVID-19 y la declaración del estado de alarma	48/20
Ofertas con valores anormales o desproporcionados.....	131/08
Presupuestos determinantes de la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible.....	179/23
Procedimiento para declarar la nulidad por falta de clasificación de la Empresa adjudicataria.....	65/01
Prórroga: Imposibilidad de modificar un contrato administrativo una vez expirado su plazo de vigencia.....	52/20
Recurso de alzada impropio en materia de contratación	03/19
Reajuste de anualidades por causa de interés público	142/11
Régimen a que han de ajustarse Puertos del Estado y Autoridades Portuarias...	154/08
Régimen de contratación de los Consorcios de Zonas Francas.....	169/08
Responsabilidad Contractual por daños causados por temporal de nieve	4/21
Responsabilidad contractual. Prescripción.....	163/03
Revisión de precios.....	92/02
Sujeción de las administraciones independientes al sistema estatal de contratación centralizada	84/16
Sujeción de SEPES a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.....	74/00
Encomienda de gestión al consorcio de zona franca.....	200/12
Consulta sobre la procedencia de considerar a la entidad pública empresarial RENFE-Operadora como poder no adjudicador, a efectos de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre [informe EP 1271-RRV(R-500-12)].....	207/12
Consulta sobre los efectos de la declaración de concurso de acreedores de una de las dos empresas integrantes de la UTE adjudicataria de un contrato administrativo, cuando dicha declaración se produce antes de la formalización del contrato [FO 1208-RRV (R-728-12)].....	231/12
 EXPROPIACIÓN FORZOSA	
<i>Aeropuertos</i>	
Iniciación del procedimiento expropiatorio para la construcción de una tercera pista del aeropuerto de Gran Canaria: Terrenos comprendidos en la zona delimitada por el Plan Director del aeropuerto y terrenos no comprendidos en esa zona [informe 86/2012 (R- 694/2012)].....	239/12
 <i>Anuncios</i>	
Admisión de publicación electrónica de anuncios en los procedimientos de expropiación forzosa y en el trámite de información pública del art. 12 de la Ley 37/2015, de Carreteras	191/23

Cuestiones diversas

Aplicación de la Ley 8/1990 sobre Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo	406/93
Calificación de bienes adscritos al GIF y adquiridos por expropiación forzosa	218/02
Cesión amigable. Procedencia de la reversión en tales casos.....	287/98-99
Cesión del crédito ostentado frente a expropiante o beneficiario.....	249/95-96
Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana	176/97

Jurado Provincial de Expropiación Forzosa

Demanda de lesividad contra acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa	261/13
Examen de los requisitos de titulación de los funcionarios técnicos nombrados según la naturaleza de los bienes a expropiar en los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa	283/13

Justiprecio

Abono de intereses de demora	214/02
Declaración de lesividad de acuerdos del Jurado de Expropiación Forzosa sobre retasación	165/11
Declaración de lesividad de un acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa en la fijación del justiprecio de la finca expropiada.....	378/03
Declaración de lesividad de acuerdo de Jurado Provincial de Expropiación que aplica un precepto del TR de la Ley del Suelo de 1992 declarado después inconstitucional por STC 61/97	147/97
Declaración de lesividad de acuerdos de retasación.....	173/09
Declaración de lesividad de acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa	453/93
Declaración de lesividad de acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa	257/95-96
Declaración de lesividad de acuerdos de Jurado Provincial de Expropiación Determinación de la normativa aplicable a la valoración del suelo tras la STC de 10 de marzo de 1997	163/97
Declaración de lesividad de resoluciones de un Jurado Provincial de Expropiación Forzosa Examen de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	347/03
Declaración de lesividad. Sistemas generales supramunicipales	233/04
Declaración de lesividad. Vicios de la voluntad: Error.....	378/03
Improcedencia de intereses de demora en la fijación de justiprecio por mutuo acuerdo	158/01
Impugnación de acuerdos de los Jurados.....	337/94
Impugnación de una valoración realizada por la Comisión Pericial del Instituto de España	377/94
Intereses de demora en expropiación urbanística por el procedimiento de urgencia	188/97
Jurado de expropiación. Posición orgánica y funcional.....	196/94

Jurado de expropiación forzosa. Vocal designado por las Cámaras de la Propiedad Urbana tras la entrada en vigor de la disposición adicional Trigésima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.....	254/98-99
Justiprecio. Expectativas urbanísticas.....	392/03
Justiprecio. Valoración de terrenos clasificados como no urbanizables pero pretendidamente adscritos a suelo urbano por el expropiado	138/00
Justiprecio. Valoración de bienes y derechos mineros.....	189/06
Reclamación de justiprecio en expediente declarado nulo por vía de hecho	183/11
Retasación —art. 58 LEF— en relación con el impago del justiprecio y el impago de los intereses de demora en la fijación o en el pago de aquél	469/93
Retasación del justiprecio al amparo del artículo 34.2.B) del Texto Refundido de la Ley del Suelo.....	208/10
Valoración de fincas como suelo no urbanizable: Aplicación de la tesis de que no crea ciudad	196/09
Valoración de franja incluida en el ámbito de una concesión minera de recursos de la sección C.....	213/09
Valoración de terrenos rústicos	318/04
Valoración del suelo destinado a infraestructuras supramunicipales.....	294/02
Atribuciones del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa	263/12
Consignación de justiprecio	77/14

Procedimiento

Líneas eléctricas. Impugnación de un acuerdo de un Ayuntamiento por el que se ordenaba la suspensión de obras.....	221/08
Modificación de servicios afectados como consecuencia de la ejecución de carreteras.....	407/03
Necesidad de ocupación. Necesidad de practicar nuevo trámite de información pública.....	170/01
Nulidad de actuaciones en expediente expropiatorio por obras de elevación de aguas al Embalse de Pena en Beceite.....	198/97
Nulidad expediente expropiatorio y de justiprecio. Referencia a la expropiación para la construcción de infraestructuras.....	251/02
Ocupación: Existencia de un yacimiento arqueológico	298/04
Indemnización por ocupación temporal de fincas gravadas con hipoteca y sobre las que se han trabado embargos anotados en el Registro de la Propiedad	46/17
Órgano competente y procedimiento para el pago de justiprecio en ejecución de sentencia	469/93

Reversión

Competencia para resolver la solicitud de reversión por desafectación	443/93
Derecho de reversión.....	279/95-96
Derecho de reversión. Cesión por la Junta Central de Acuartelamientos al Ayuntamiento de un terreno con la condición de destinamiento a uso o servicio público.....	628/93
Derecho de reversión. Fincas expropiadas al amparo del art. 87 de la LEF	637/94

	<u>Página/año</u>
Derecho de reversión reconocido por sentencia. Eventual expropiación del mismo.....	138/01
Derecho de reversión sobre las fincas expropiadas para la construcción de la factoría de la Empresa Nacional Siderúrgica	218/07
Derecho de reversión. Supuestos en que a pesar de la desafectación formal los bienes siguen sirviendo a un fin público	301/95-96
Derecho de reversión. Teoría general.....	308/95-96
Derecho de reversión. Traslado de poblaciones.....	349/95-96
Recurso sobre declaración de necesidad de ocupación de bienes y derechos afectados por el Embalse de Yesa	303/04
Recurso contra acuerdos de ejecución de sentencias.....	244/09
Reversión	441/04
Reversión: Desafectación tácita	428/04
Reversión. Fecha a la que hay que referir la valoración.....	173/01
Reversión: Reforma por la Ley 38/1999.....	264/02
Reversión: Régimen transitorio de la Ley 38/1999	285/02
Reversión. Teoría General. Causa expropiandi	261/98-99
Transmisibilidad del derecho de reversión. Prescripción del derecho	322/05

EXTRANJERÍA

Circulación por el territorio nacional. Incompetencia de la ciudad de Ceuta en materia de entrada, permanencia y salida de extranjeros.....	359/95-96
Contingencias trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para 2002 ...	325/02
Derecho de asilo de extranjeros rescatados por un remolcador español	238/07
Derecho de asistencia letrada y de asistencia jurídica gratuita en los supuestos de devolución de Extranjeros.....	342/05
Escrito de Oposición del Abogado del Estado al Recurso de Casación interpuesto por tres ciudadanos extranjeros ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. RC 1373/2023	199/23
Expulsión	367/95-96
Medida cautelar de internamiento en el supuesto de expulsión	386/94
Régimen aplicable a los solicitantes de asilo, cuyas solicitudes incurrir en causa legal de inadmisión	254/07
Repatriación de menores no acompañados.....	239/08
Repatriación y lucha contra la explotación de menores	265/07
Regularización de la situación en la que se encuentran los progenitores extranjeros de un menor de nacionalidad española o con presunción de nacionalidad española.....	254/06
Revisión de autorizaciones de residencia obtenidas por silencio administrativo.....	225/09
Revisión de las renovaciones de autorizaciones de residencia concedidas indebidamente por el procedimiento establecido en el artículo 75.2 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 1 de enero.....	267/08
Tarjeta de residencia comunitaria	486/93
Tarjeta de residente comunitario. Celebración de matrimonio en fraude de Ley, con el fin de obtener su expedición	371/95-96

Tarjeta de familiar de Residente comunitario. Apelación frente a sentencia con apartamento deliberado del juzgador de instancia de la Jurisprudencia del Tribunal supremo e independencia judicial.....	10/18
---	-------

FUNCIÓN PÚBLICA

Contratos de alta dirección

Contratos del personal de alta dirección y contratos mercantiles vinculados a las Sociedades Mercantiles Estatales	208/23
--	--------

Cuestiones diversas

Acreditación del conocimiento de idiomas extranjeros en los procesos selectivos.....	7/21
Adecuación del nombre y escala en caso de cambio de sexo.....	178/01
Administradores de Loterías	393/94
Carácter eliminatorio de las pruebas de acceso a la función pública	54/17
Derechos de los funcionarios en prácticas. Coincidencia entre el curso selectivo y el embarazo.....	110/22
Personal en el exterior: derecho al mantenimiento de seguros de vida por igualdad o condición más beneficiosa.....	8/21
Pretensión indemnizatoria ejercitada por un empleado público alegando daños sufridos por razón del servicio	265/92
Reglamento Orgánico del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y Oferta de Empleo Público.....	7/20
Servicio Postal: Potestades de los funcionarios encargados de la recogida de la correspondencia.....	435/07
Tribunales de oposiciones y concursos: Discrecionalidad técnica; alcance de la fiscalización jurisdiccional	137/92

Derechos

Derecho a casa-habitación.....	491/93
Derecho a casa-habitación. Repercusión de gastos de comunidad y servicios....	265/91
Derechos pasivos del personal al servicio de la Administración de Justicia.....	338/02
Vacaciones: Régimen aplicable tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.....	273/07

Incompatibilidades

Incompatibilidades.....	265/91
Incompatibilidades Altos Cargos.....	146/95-96
Incompatibilidades Altos Cargos.....	354/02
Incompatibilidades entre el cargo de Presidente de una sociedad mercantil y concejal.....	420/03
Incompatibilidades funcionario público o empleado laboral destinado en una Delegación de Economía y Hacienda pueda participar, como licitador, en las subastas de inmuebles.....	367/02
Naturaleza jurídica de la Oficina de conflictos de Intereses y competencia judicial para revisar su actuación	223/10

Libertad sindical

Elecciones sindicales.....	417/03
Incidencia del Real Decreto-ley 8/2010 en los derechos fundamentales de la libertad sindical y negociación colectiva	233/10
Libertad sindical.....	251/91
Locales. Legitimación negociadora de los sindicatos	367/90
Lugar de residencia	262/91
Negociación colectiva	499/93

Personal docente

Procedimientos selectivos de ingreso y acceso, entre otros, a los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, así como procedimiento para la adquisición de nuevas especialidades	254/10
--	--------

Personal Militar

Escalafonamiento de personal militar.....	263/10
Forma de practicar la detención de militares	201/11
Incorporación a la Escala de Oficiales del Cuerpo General del Ejército de Tierra del personal de la Escala Superior de Oficiales y Escala de Oficiales, Cuerpo General de las Armas y Cuerpo de Especialistas que se relacionan	270/10

Retribuciones

Abono de trienios reconocidos al personal laboral funcionarizado	8/20
Análisis de la naturaleza jurídica de las regalías abonadas al personal investigador de una fundación del sector público	101/16
Anticipos reintegrables: Procedimiento para el cobro.....	192/01
Comunicación a los representantes sindicales del complemento de productividad	268/09
Indemnización por razón del servicio. Devengo una vez finalizada la relación funcional	335/04
Indemnización por razón de servicio. Personal laboral de la Administración penitenciaria	383/02
Retribuciones	262/92
Retribuciones de los destinados en el extranjero.....	377/95-96
Retribuciones de los funcionarios en prácticas.....	433/03
Retribuciones de Jueces y Magistrados	447/03
Retribuciones de Secretarios Judiciales.....	462/03
Retribuciones. Importe de pagas extraordinarias devengadas por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que habían ascendido durante el periodo de devengo.....	238/97
Tribunal de Cuentas: Indemnizaciones por razón de servicio. Procedencia de abonar dietas de asistencia a Consejos de Administración a aquellos miembros que no asistan a sus sesiones excusando la asistencia por motivos oficiales ineludibles y delegando el voto en otro miembro del Consejo	556/98-99

Retribuciones. Interpretación de la prohibición a las Entidades del sector público de realizar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivos (AEH Hacienda y Administraciones Públicas 2/12)	270/12
Aplicación a la CNMV del Real Decreto 451/2012. Posibilidad de que en la Entidades Públicas existan directivos que no cumplen con los requisitos establecidos en el mismo	289/13
Aportaciones de Administraciones, Entidades y empresas del sector público a planes de pensiones de empleo y a contratos de seguros colectivos.....	312/13

Responsabilidad disciplinaria

Procedimiento disciplinario	277/91
Responsabilidad de los miembros de un órgano colegiado	330/04
Suspensión cautelar de funciones a Capitán del Ejército de Tierra.....	477/03
Órgano competente para la incoación e instrucción del expediente disciplinario y posibilidad de iniciación de un nuevo expediente por los mismos hechos que ya han sido objeto del expediente disciplinario resuelto	89/14
Antinomia entre artículos 24 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RRDF) y 98.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP)	5/19
Competencia para incoar expedientes disciplinarios en servicios no integrados de la administración periférica.....	6/19
Competencia para la imposición de sanciones disciplinarias a los Letrados de la Administración de Justicia en determinados casos dudosos	7/19

Secretos oficiales

Acceso a información clasificada.....	288/12
---------------------------------------	--------

Situaciones administrativas

Declaración de lesividad de las resoluciones sobre situación administrativa de servicios especiales	218/06
Reconocimiento de servicios prestados en las Administraciones Públicas	363/90
Reconocimiento de servicios prestados en las Administraciones Públicas Personal auxiliar procedente de las antiguas Recaudaciones de Zona que actualmente tiene carácter laboral, pero que ha de integrarse en la Administración (Agencia Estatal de la Administración Tributaria) como personal funcionario	590/93
Relación de puestos de trabajo del Consejo de Seguridad Nuclear	391/02
Situaciones administrativas que procede declarar respecto de funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional que, tras participar en un concurso de traslados, no toman posesión de los puestos de trabajo que les han sido adjudicados.....	243/92
Trienios. Anulación de acuerdo de reconocimiento de servicios previos.....	300/98-99

Protocolo de acoso

El Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado y su aplicación	124/22
---	--------

ORGANIZACIÓN

Órgano competente para efectuar las comunicaciones por Lexnet de las resoluciones judiciales.....	303/10
<i>Administración corporativa</i>	
Colegios profesionales	
Compatibilidad del requisito de colegiación obligatoria de los Agentes de la Propiedad Industrial con la normativa vigente sobre la materia	28/97
Competencia del Gobierno para aprobar los Estatutos de los Consejos Generales de Colegios Profesionales y de los Colegios Profesionales de ámbito territorial estatal.....	40/97
No sujeción a colegiación obligatoria de ciertos funcionarios	15/94
No obligatoriedad de colegiación de los ingenieros de caminos, canales y puertos de las confederaciones hidrográficas.....	8/19
Órganos administrativos competentes en relación con los colegios profesionales	309/92
Sede electrónica del Colegio de Registradores	216/11
Segregación. Creación del Colegio Oficial de Economistas en Ceuta.....	100/03
<i>Administración Local</i>	
Asesoramiento de las Corporaciones Locales por el Servicio Jurídico del Estado ...	678/93
Artículo 61.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local Interpelación del «interés general» al que este precepto alude.....	17/06
Carta Municipal: Régimen jurídico.....	375/93
Composición de las Comisiones Informativas municipales.....	286/92
Consultas populares municipales: Naturaleza y régimen jurídico	275/92
Contratos financiables con cargo al fondo estatal de inversión local.....	278/09
Denominación de los municipios catalanes	433/95-96
Disolución de corporaciones locales por la Administración del Estado.....	388/90
Elección de Alcaldes de barrio	107/16
Exigencia del conocimiento del euskera para el desempeño de puestos de trabajo en las Corporaciones locales del País Vasco.....	288/91
Intervención de la administración del Estado en caso de incumplimiento de obligaciones propias por parte de Entidades Locales prevista en el artículo 60 de la Ley 7/1985	12/10
Juntas Locales de Seguridad	321/92
Mantenimiento del orden público para el normal desarrollo de los Plenos municipales.....	160/00
Modificación del período de vigencia de los programas de Acción Especial.....	294/92
Presupuestos de una corporación municipal; impugnación.....	17/02
Publicidad aérea en el espacio aéreo del término municipal de un Ayuntamiento.....	27/02
Servicio de Autotaxis. Rescate por el Ayuntamiento de la licencia de autotaxi.....	37/01
Viviendas destinadas a Maestros.....	301/91

Exigencia de la Ciudad de Melilla de remitir a la Administración del Estado copia o extracto de sus actos. Alcance de la negociación colectiva en el ámbito funcional.....	56/98-99
--	----------

Competencia

Administración competente en materia de seguridad de presas y balsas.....	225/11
Jurado provincial de expropiación y petición de expropiación total	235/11
Competencia del personal de la Guardia civil en situación de reserva para la vigilancia de edificios autonómicos	295/12
Competencia para decidir el destino de las embarcaciones usadas para la entrada ilegal en territorio español y aprehendidas por las autoridades españolas, en el mar o en la costa	9/21
Consulta relacionada con el proyecto de creación y explotación, en régimen de franquicia, de un formato comercial de tienda de proximidad para la distribución detallista de alimentación fresca (frutas y verduras, carnes, pescado y otros) comprada a mayoristas establecidos en los mercados centrales de abastecimiento (mercás) españoles, que son públicos y participados por MERCASA, además de por los respectivos Ayuntamientos titulares de los mismos.....	300/12

Consortios

Consortio de la Zona Especial Canaria: Discrecionalidad y motivación de los actos administrativos	76/06
Consortio de Zona Franca. Ampliación legal de competencias: Consecuencias	17/00
Consortios de Zonas Francas. Modificación de composición	55/95-96
Consortio de Zonas Francas. Naturaleza.....	34/98-99
Consortio de Zona Franca. Órgano competente para modificar su presupuesto.	17/01
Consortio de la Zona Franca de Vigo	953/ 04
Régimen jurídico del Consortio del Hospital Clínico y Provincial de Barcelona	70/06
Régimen de responsabilidad. Responsabilidad subsidiaria de las Administraciones Públicas.....	113/03
Consulta sobre la aplicación al Consortio CENIEH, participado al 50 % por el Estado y por una Comunidad Autónoma, del artículo 23 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de PGE para 2012 (en el que se establecen limitaciones a la contratación de personal durante 2012 en la Oferta de Empleo Público) y del artículo 9 del RD-ley 20/2012, de 13 de julio, que modifica la situación de incapacidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas [informe EP 12/104 RRV (R-907-12)].....	308/12
Ampliación de zona franca a terrenos gestionados por un Consortio entre Administraciones previamente constituido para promover un parque empresarial.....	360/13
Subsistencia del régimen de los consortios establecido en la legislación local tras la entrada en vigor la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.....	120/16

Convenios de colaboración

Competencia para celebrar los Convenios de Colaboración entre el Gobierno de la Nación y las Comunidades Autónomas (art. 6 Ley 30/1992, de 26 de noviembre)	354/93
Competencias de los Ministros y Secretarios de Estado. Cuestiones litigiosas: Competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa	101/02
Convenio para la digitalización de bienes de titularidad estatal del Patrimonio Histórico Español	111/02
Entre las Administraciones Públicas y la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S. A.»	172/03
Inadmisión de convenios de colaboración y de encomienda de gestión entre sociedades estatales cuando su objeto sea coincidente al de los contratos administrativos	234/05
Normativa de aplicación a la actividad convencional de la entidad pública empresarial RED.ES	256/05
Transferencia de fondos por las administraciones autonómicas y locales a RED.ES	326/09
Universidades	208/95-96
Viabilidad de los convenios de colaboración que la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos continúa celebrando con las Administraciones Públicas	272/05
Vigencia de los convenios anteriores a la Ley Régimen Jurídico del Sector Público	9/19

Delegación de Competencias

De un Departamento Ministerial en favor de un Organismo Autónomo: Improcedencia	204/94
Naturaleza de la delegación de competencias. Eficacia de la delegación acordada por órganos extinguidos	84/00
Régimen de publicidad de los acuerdos de delegación particulares	239/11

Fundaciones estatales

Aplicación de la LGP al Consejo de Seguridad Nuclear	406/02
Autorizaciones a las que se somete una fundación del sector público estatal para poder otorgar y conceder subvenciones	217/23
Cese por renuncia de los patronos natos	10/21
Consejo de Seguridad Nuclear	434/02
Constitución de una agrupación de interés económico	243/11
Creación de fundaciones estatales en el extranjero (Colegio de España en París)	256/11
Fundaciones: Criterios de pertenencia al sector público estatal	424/02
Fundaciones: Límites en la constitución por Entidades Públicas. Otorgamiento de ayudas por fundaciones estatales. Normativa aplicable	201/01
<i>Obligación de elaboración de planes anuales de actuación por las fundaciones y consorcios del sector público institucional estatal</i>	<i>9/20</i>
Régimen de publicidad de los acuerdos de delegación particulares	239/11
Subvenciones y reintegro	202/06

Orden de bases para fondos del PRTR a repartir en concurrencia no competitiva por una Fundación del Sector Público Estatal.....	137/22
Régimen jurídico de la extinción de las fundaciones	50/14
Posibilidad de que la Fundación Centro Nacional de Investigaciones Oncológicas Carlos III (CNIO) puede obtener participaciones en el capital social de empresas tipo <i>spin-off</i> que desarrollen y comercialicen los productos y servicios generados a partir del conocimiento generado en la Fundación....	95/15
Los acuerdos de colaboración y patrocinio suscritos por el sector público empresarial y fundacional	147/22

Gobierno

Actuación de los miembros del Gobierno en funciones que formen parte de las conferencias sectoriales	124/16
Competencia de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos para el establecimiento y supresión de tarifas de gas	286/07
Potestad Reglamentaria: Circulares. Posibilidad de que los Directores Generales dicten circulares tras la promulgación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.....	411/98-99
Protocolo: Régimen de suplencia de autoridades en actos oficiales Ordenación General de Precedencias del Estado.....	258/01

Organismos Públicos

Adaptación de las agencias estatales a la LRJSP	10/19
Administraciones independientes: Potestad de organización. Límites.....	21/01
Aseguramiento de riesgos nucleares	26/94
Autoridades Portuarias. Distribución de competencias entre el Presidente y el Consejo de Administración	319/06
Bienes demaniales y patrimoniales.....	241/91
Comisión Nacional de la Competencia. Facultades de inspección	289/09
Comisión Nacional del Mercado de Valores: Suspensión de derechos políticos..	42/04
Competencia para suscribir convenios en procesos concursales en cuanto afecten a los derechos y obligaciones económicas del Estado y sus Organismos Autónomos	541/93
Competencia de las entidades públicas empresariales para enajenar inmuebles de su patrimonio	10/2020
Consorcio Zona Franca de Barcelona: naturaleza jurídica y efectos.....	107/2015
Consejo Superior de Deportes	67/95-96
Corporación de Radio y Televisión Española: Financiación mediante publicidad institucional	312/09
Elección por el Consejo de Administración de un Presidente interino de RTVE....	276/11
Ente Público Radiotelevisión Española. Aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.....	576/93
Ente Público Radiotelevisión Española. Consecuencias de los acuerdos adoptados con delegación de voto	19/03
Ente Público Radiotelevisión Española. Obligatoriedad de las disposiciones del Director General	30/03

	<u>Página/año</u>
Entidades que a la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, existían con un tipo distinto de los enumerados en el artículo 84.1 del citado texto legal	11/21
Posibilidad de participación de una Junta de Puerto en una Agrupación de Interés económico	230/91
Régimen de abstención de los miembros de los órganos colegiados. Clases de abstención y efectos, respecto a las mayorías exigibles para la adopción de sus acuerdos.....	223/23
Relaciones entre TURESPAÑA y la Sociedad Estatal «Paradores de España, S. A.».....	480/94
Reservas demaniales: Parque Logístico Empresarial	197/08
Consulta sobre la adecuación a Derecho de las ayudas de comida y de transporte para los trabajadores de la CNMV reguladas en el Acuerdo de Relaciones Laborales suscrito entre dicho Organismo y el Comité de Empresa - [EP 1288-RRV (R-639-12)]	320/12
Propuesta de integración de la Fundación Universidad.es en el OAPEE	331/13
 <i>Sociedades Estatales</i>	
Interpretación del art. 12.5 de la Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de Determinadas Entidades de Derecho Público. Sociedades Estatales de Participación Industriales (SEPI)	338/06
 <i>Autoridades Portuarias</i>	
Ejercicio de funciones que conllevan dación de fe y autenticación, en organismos públicos que no cuentan con funcionarios, sino con personal laboral	157/22
 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	
 <i>Acceso a registros y archivos administrativos</i>	
Acceso por parte de los partícipes en un procedimiento en curso de selección de personal al servicio de las Administraciones Públicas a los ejercicios realizados por los otros aspirantes	11/20
Archivos judiciales.....	19/95-96
Cesión de datos entre Administraciones Públicas	17/04
Cesión de datos personales entre organismos de la Administración General del Estado	12/21
Cesión de datos entre Administraciones Públicas. Creación y funcionamiento del Conjunto Mínimo Básico de Datos (CMBD): confidencialidad versus disponibilidad de información y comunicación recíprocas entre Administraciones Sanitarias	132/15
Expedientes de indulto	217/94
Expedientes disciplinarios.....	212/94
Funcionarios públicos.....	327/93
Padrón municipal	42/95-96
Procedencia de que la Central de Información del Banco de España proporcione determinada información al Ministerio Fiscal	17/07
Universidades Públicas.....	29/04

Presentación en los registros de las Delegaciones del Gobierno de documentos dirigidos a Universidades Públicas.....	11/19
--	-------

Responsabilidad Patrimonial del Estado

Modelo 720, responsabilidad del Estado legislador de la obligación de los residentes en España que sean sujetos pasivos de declarar sus bienes en el extranjero en la declaración de los impuestos de la renta de las personas físicas y de sociedades	234/23
--	--------

PROPIEDADES PÚBLICAS

Aguas

Actuación de la Administración en zonas regables declaradas de interés nacional	30/06
Aguas minerales: Competencias y bases del régimen minero	342/11
Caducidad de aprovechamientos sobre aguas públicas.....	38/03
Calificación de las exacciones como tasas: Consecuencia	55/03
Concesión de aprovechamiento de aguas sobre pozos abiertos antes de la Ley de Aguas de 1985.....	26//07
Comunidades de regantes: Baja o separación de comuneros	349/09
Comunidad de regantes. Naturaleza jurídica de las comunidades regantes.....	14/19
Concesión que reproduce otra anulada judicialmente con reproducción de determinados trámites.....	354/09
Concesiones administrativas. Revisión de la concesión.....	129/95-96
Desembalse de caudales	41/07
Derecho de acceso a la información	35/06
Sentido del silencio en petición de información medioambiental	176/22
Derecho de aprovechamiento	365/09
Derecho de separación de un proyecto de transformación de regadío	410/09
Dominio público hidráulico. Instalación de contenedor-oficina en él	43/01
Extinción del derecho al uso privativo de las aguas. Contestación a recurso contencioso-administrativo.....	27/00
Indebida inclusión de bienes demaniales en concentración parcelaria.....	348/11
Individualización de la deuda mantenida por una Comunidad de Regentes con el Ministerio de Agricultura	15/19
Modificación de aprovechamiento de aguas	63/04
Plazo máximo de setenta y cinco años a partir del 1 de enero de 1986	358/11
Procedimiento exigible a los titulares de derechos sobre aguas privadas en caso de modificación de las condiciones de aprovechamiento.....	17/05
Reclamación de daños por un concesionario. Las reclamaciones de daños y perjuicios que pueda haber sufrido el titular de una concesión de aguas no pueden reconducirse al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración	138/15
Rectificación de una inscripción en el Registro de Aguas. Improcedencia por tratarse de una cuestión civil	28/05
Recurso sobre Plan de Ordenación de Recursos Naturales que afectan a los Embalses y al Plan Hidrológico Nacional.....	76/04

Régimen jurídico de los convenios de ejecución y financiación y de los convenios de explotación de infraestructuras hidráulicas tras la entrada en vigor de la LRJSP, en particular en lo relativo a su plazo de duración.....	70/17
Régimen jurídico del trasvase Tajo-Segura	59/94
Régimen transitorio hasta la efectiva constitución de los Consejos de demarcación Hidrográfica introducidos en el Texto refundido de la Ley de Aguas por la Ley 62/2003.....	367/10
Sentido del silencio en petición de información medioambiental	16/22
Vertidos. Protección del medio ambiente.....	17/98-99
Régimen jurídico aplicable a determinados arroyos ubicados en La Granja de San Ildefonso (Segovia) y que afecta directamente a los intereses del Patrimonio Nacional.....	103/14
Representación de las Comunidades de usuarios de las masas de aguas subterráneas declaradas en riesgo	16/19

Autopistas

Competencia para la recepción de terrenos sobrantes de expropiaciones forzosas realizadas para la construcción de autopistas	73/98-99
--	----------

Carreteras

Carreteras. Autotutela para el cobro de los daños causados a las carreteras.....	233/95-96
Carreteras. Imprudencia de indemnización por limitaciones a la propiedad por su construcción	269/94
Día inicial del devengo de intereses de demora respecto del abono del justiprecio en las expropiaciones forzosas llevadas a cabo por el procedimiento de urgencia para la construcción de una carretera	98/17
Determinación de la Administración competente para asumir el coste de mantenimiento y reparación de aceras en travesías de carreteras pertenecientes a la Red de Carreteras del Estado que transcurren por una malla urbana municipal	106/17

Concesiones administrativas

Derechos preferentes para la ocupación de una parcela de dominio público portuario.....	57/07
Desafectación del subsuelo de un bien demanial	11/18
Desahucio administrativo para la recuperación de la posesión de un inmueble propiedad del Estado	58/05
Dominio público hidráulico: Determinación del régimen jurídico aplicable al Canal de Castilla.....	68/07
Efectos de la desafectación demanial sobre una concesión administrativa.....	92//05
Extinción anticipada por mutuo acuerdo de una concesión administrativa.....	39/06
Infracción por vertido de aguas residuales en cauce público	108/03
Llevanza del Libro Genealógico de la Raza Pura Equina	63/06
Procedencia de informe previo del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino al otorgamiento	373/11
Reequilibrio económico-financiero por el incremento de coste de las expropiaciones en una concesión de autopistas	102//05

	<u>Página/año</u>
Concesión para el saneamiento de marisma	420/09
Titularidad del derecho de resarcimiento por razón de daños causados al dominio público en caso de carreteras explotadas en régimen de concesión.....	428/09
Régimen jurídico de concesiones de explotación de hidrocarburos otorgadas bajo la vigencia de la Ley 26 de diciembre de 1958; duración y prórroga de esas concesiones (informe 9/2012 (R 681/12))	353/12
 Costas	
Acción reivindicatoria de terrenos objeto de una concesión demanial para desecación de Marismas.....	175/04
Acción sacionadora de la Administración. La Demanialidad de las marismas	187/03
Anchura de la servidumbre de protección	439/09
Competencia del Estado para el cobro del canon de ocupación del dominio público marítimo-terrestre de las concesiones de puertos deportivos transferidos a una Comunidad Autónoma.....	314/91
Competencia para la recuperación o regeneración de los fondos marinos afectados por naufragio del petrolero «Prestige»	195/03
Competencia sobre el deslinde marítimo-terrestre y sobre el establecimiento de servidumbre de tránsito.....	373/10
Concesión para saneamiento de marismas. Calificación de los terrenos saneados.....	89/01
Concesiones administrativas: Régimen jurídico.....	222/04
Concesiones sobre dominio público marítimo-terrestre: Plazo de duración	533/05
Concesiones administrativas. Posible extinción por ser inviable el uso público de una piscina integrante del dominio público objeto de la concesión.....	309/05
Demolición de construcción emplazada en el dominio público marítimo-terrestre. Orden de demolición confirmada por sentencia judicial firme. Ejecución de sentencias.....	204/03
Deslinde marítimo-terrestre	290/00
Dominio público marítimo-terrestre.....	346/90
Ejercicio de derecho de retracto previsto en la Ley de Costas. Transmisibilidad de concesiones. Rescate	203/98-99
Examen de la pertinencia de incluir en el precio de inmuebles desafectados del dominio público marítimo-terrestre el valor de la edificación que pueda existir sobre él.....	13/21
Impago de hipoteca constituida sobre inmuebles de propiedad privada incorporados al dominio público marítimo-terrestre.....	179/08
Interpretación de los apartados 1, 2 y 3 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 22/1988, de Costas.....	172/94
Intransmisibilidad por actos inter vivos de las concesiones sobre demanio marítimo-terrestre	227/95-96
Intransmisibilidad por actos inter vivos de las concesiones de dominio público marítimo-terrestre fundadas en la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de Costas.....	98/01
Plazo de prescripción de 5 años previsto en el art. 14 de la Ley de Costas	189/04
Retirada de embarcaciones abandonadas. Coordinación de Competencias.....	180/06
Transmisión de concesión sobre Dominio Público marítimo-terrestre.....	391/10

	<u>Página/año</u>
Zona de servidumbre de protección. Solicitud de autorización para la construcción de un restaurante	216/03
 <i>Deslinde administrativo</i>	
Alcance y efectos. Impugnación del acto aprobatorio del deslinde	221/92
Incidente de nulidad de actuaciones en procedimiento de deslinde marítimo-terrestre	117/97
 <i>Dominio Público</i>	
Caminos vecinales	269/94
Cesión administrativa de bienes de dominio público de la Junta del Puerto.....	237/91
Cesión de uso de locales en edificio sede de Capitanía Marítima del Puerto de Valencia-Desafectaciones tácitas.....	229/91
Concesión de aguas para instalación de una minicentral eléctrica	151/02
Concesiones administrativas: Pliego de condiciones para la adjudicación del concurso de explotación del Hipódromo de la Zarzuela.....	167/02
Concesiones de explotación de hidrocarburos	175/02
Convalidación de enajenaciones de terrenos.....	12/18
Desahucio administrativo.....	215/04
Desahucio administrativo por extinción de autorización administrativa de ocupación de terrenos demaniales en zona de servicio portuario.....	143/97
Dominio público y Registro de la Propiedad. Cuestión de las desafectaciones tácitas.....	39/91
Investigación patrimonial sobre terrenos expropiados	228/98-99
Naturaleza jurídica de bienes de propiedad privada afectos a la gestión de un servicio Público.....	153/06
Nulidad de compraventa de un bien de dominio público	165/06
Protección e imprescriptibilidad.....	377/93
Régimen jurídico de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español	238/92
Régimen jurídico: Imprescriptibilidad; recuperación de oficio por la Administración....	334/90
Servidumbre de paso de titularidad estatal	223/98-99
Situación jurídica de las murallas de León	13/18
Titularidad dominical de terrenos adquiridos para la construcción de autopistas de peaje en régimen de concesión administrativa	183/02
Utilización de dominio público hidráulico por el Ministerio de Fomento	288/03
Viabilidad del negocio de compraventa de cosa futura para articular una operación de obras de relleno en el Puerto de Bilbao	118/17
 <i>Dominio público aeroportuario</i>	
Concesión administrativa de dominio público. AENA. Eficacia del acuerdo de su Consejo de Administración sobre modificación de superficies concedidas....	301/05
Situación jurídica de bienes de dominio público portuario que pasan a pertenecer a AENA, S. A.....	382/11
 <i>Montes</i>	
Aprovechamientos forestales.....	14/18

	<u>Página/año</u>
Interés general de los catalogados y las obras públicas	450/94
 <i>Patrimonio del Estado</i>	
Acuerdo municipal por el que se incluye un solar de Patrimonio del Estado en el Registro Municipal de solares	269/06
Adquisiciones por el Estado de títulos representativos del capital de empresas mercantiles	450/02
Autorización de uso especial de dependencias administrativas para un rodaje.....	191/22
Bienes muebles intervenidos en procesos militares.....	441/95-96
Cesión temporal de inmueble	467/02
Derecho de adquisición preferente de propietarios colindantes en caso de enajenación de bienes inmuebles patrimoniales	208/01
Investigación patrimonial de fincas sometidas a procedimientos de concentración parcelaria instruido por la Junta de Castilla y León	453/95-96
Investigación patrimonial del edificio denominado Llotja del Mar de Barcelona..	246/97
Investigación patrimonial. Convalidación de actos administrativos: Defectos de forma	523/03
Investigación patrimonial. Examen de la concurrencia de los requisitos del art. 21 LPE	536/03
Investigación patrimonial. Incompetencia. Defecto de forma	546/03
Montes. Doble venta de inmuebles declarado monte de utilidad pública e inscrito en el Catálogo de Montes.....	357/98-99
Naturaleza jurídica de la atribución de bienes vacantes al Estado	176/00
El Partido Nacionalista Vasco, siglas EAJ-PNV, presenta las siguientes solicitudes: Restituir el inmueble incautado sito en Avenue de Marceu número 11, París y la compensación económica por otros dos inmuebles sitios en Noyon y Compans, Francia.....	248/23
Procedimiento de enajenación de bienes inmuebles patrimoniales	291/07
Situación de bienes patrimoniales del Estado incluidos en el dominio público marítimo-terrestre como consecuencia del deslinde	449/09
Títulos representativos de capital. Traspaso de participaciones del Estado (Dirección General de Patrimonio) a SEPI	211/01
Transmisión gratuita de terrenos por parte de Infoinvest, S.A., a SEPES Operación de reorganización del sector público empresarial estatal.....	423/10
Vacancia anterior al expediente expropiatorio.....	406/11
Expediente de investigación patrimonial. Finca adjudicada al Estado por aplicación de la Ley de Responsabilidades Políticas. Incidencia de la disposición derogatoria 3 de la Constitución. Incidencia de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre. Defectos del auto de adjudicación de la finca al Estado al tratarse de finca presuntivamente ganancial	368/12
Enajenación de finca gravada con hipoteca adquirida por sucesión abintestato del Estado	382/12
Consulta sobre determinadas cuestiones concernientes a caminos de servicio que han dejado de estar vinculados a las obras hidráulicas de la Confederación Hidrográfica del Tajo (CHT).....	411/13
 <i>Patrimonio Hidráulico</i>	
Constitución de comunidad de usuarios.....	431/10

	<u>Página/año</u>
Determinación del órgano competente para gestionar una presa cedida a un Ayuntamiento, una vez se produzca la reversión de dicha cesión.....	13/20
Régimen Jurídico del patrimonio de las Confederaciones Hidrográficas	440/10
 <i>Patrimonio Histórico Español</i>	
Bienes del patrimonio histórico de titularidad estatal. Imposibilidad de que se subrogue un tercero en una cesión gratuita de uso	215/01
Competencia del Estado para la ejecución de la Ley de Patrimonio Histórico Español.....	188/00
Derecho a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen	289/08
Financiación para su conservación y enriquecimiento	368/05
Legalidad de una Orden ministerial por la que se adopta la medida cautelar de inexportabilidad del cuadro «San Francisco» de El Greco	481/09
Patrimonio arqueológico subacuático en el mar territorial español. Distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas.....	388/98-99
Reales Academias y Administraciones independientes. Competencias de ejecución de la Ley de Patrimonio Histórico respecto a bienes adscritos a las mismas.....	367/98-99
Reclamación por particular de documentos declarados de interés cultural.....	398/11
Régimen jurídico de los museos de titularidad estatal.....	482/02
Revocación de la declaración de BIC de un bien mueble realizada por el estado mediante real decreto; validez de actos administrativos previos a pronunciamientos del TC	111/14
 <i>Patrimonio Nacional</i>	
Depósitos de obras de arte del Patrimonio Nacional en el Museo del Prado. Evolución histórica y régimen jurídico del Patrimonio Nacional y del Museo del Prado	460/95-96
Fundaciones. Procedimiento de desafectación y enajenación de finca con que fue dotada una Fundación.....	400/98-99
 <i>Patrimonio Sindical Histórico</i>	
Legitimación de la Confederación Sindical de CC. OO. en relación con el Patrimonio Sindical Histórico.....	280/06
 <i>Puertos</i>	
Alcance y efectos de la aplicación supletoria de la Ley de Costas respecto de la legislación portuaria.....	198/22
Canon actividad industrial.....	513/02
Canon de actividad industrial. Revisión de los acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria reconociendo una exención.....	376/07
Competencia de las autoridades portuarias en materia de extinción de incendios producidos en la zona de servicios de los puertos.....	573/03
Concesión de dominio público portuario	501/95-96
Concesión administrativa por utilización de puertos	422/11

Consulta sobre la posible prórroga excepcional de las concesiones portuarias otorgadas a un Club en la zona de servicios del Puerto de Palma de Mallorca.....	143/15
Cuestiones varias planteadas por la aplicación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre	541/94
Declaración de impacto ambiental en expediente de ampliación de instalaciones portuarias.....	280/00
Régimen jurídico a que deben quedar sometidas las dietas de alojamiento y manutención correspondientes al personal laboral fuera de convenio de las Autoridades Portuarias.....	134/17
Instalaciones realizadas por Autoridades Portuarias. Posible exigencia de canon por la Administración del Estado.....	492/98-99
Necesidad de obtención de licencia municipal urbanística para la realización de obras cuando no exista Plan de Urbanización de Espacios Portuarios ni Plan Especial.....	332/08
Nulidad de pleno derecho de tarifas portuarias giradas	450/10
Obras realizadas en el dominio público marítimo-terrestre sin autorización	297/00
Órgano competente para incoar, tramitar y resolver un expediente de declaración de lesividad de un acuerdo dictado por el Director de una Autoridad Portuaria sobre devolución de un ingreso indebido en concepto de tarifa portuaria	152/2015
Procedencia de aplicar el artículo 91 del TRLPEMM para la renovación de una concesión portuaria que permite la explotación de un dique-muelle empleado para la actividad minera desarrollada por la empresa concesionaria	143/17
Precios privados por servicios.....	520/02
Puertos deportivos: Necesidad de aprobación de tarifas por la Autoridad Portuaria	497/09
Régimen de terrenos incluidos en la DEUP cuando la delimitación de la zona de servicio portuaria difiere del deslinde marítimo-terrestre vigente.....	17/19
Régimen de tramitación ambiental de una concesión de dominio público portuario.....	345/08
Régimen jurídico aplicable a la desafectación de los bienes de dominio público portuario.....	506/95-96
Régimen urbanístico de los puertos de interés general	563/93
Resarcimiento de los gastos de extracción de un buque hundido en puerto	582/94
Servicio de practicaje	598/94
Tarifas máximas en servicios portuarios.....	15/18
Tarifas por servicios portuarios.....	568/94
Tasas de ocupación y de actividad en relación con las concesiones y autorizaciones	437/11
Tasas portuarias por ocupación arrendaticia	450/11
Tramitación de expediente de ejecución de obras de relleno para completar la superficie de la Zona franca de Cádiz y su polígono exterior.....	272/97
Zona de servicios	524/95-96
Valoraciones.....	359/08

Urbanismo

Ampliación del Museo del Prado: Recursos contra el plan de actuaciones.....	551/02
Aportación a Junta de Compensación.....	627/95-96
Convenio entre el Consorcio de la Zona franca de Vigo y una entidad local sobre cesión de aprovechamiento urbanístico.....	502/09
Convenio urbanístico entre la Gerencia de Infraestructuras de la Defensa y un Ayuntamiento distinción entre urbanismo y ordenación del territorio.....	323/91
Convenios urbanísticos. Relación con el planeamiento.....	363/01
Edificabilidad en la zona de servicio de un puerto: Requisitos.....	779/94
Ejecución de obras de urgencia y de excepcional interés público sin sujeción al planeamiento urbanístico y sin necesidad de licencia municipal.....	351/92
Estudio de Detalle en desarrollo de un Plan Especial portuario.....	16/18
Incompetencia de los entes locales y de los instrumentos de planeamiento urbanístico para calificar la naturaleza demanial o patrimonial de los bienes inmuebles.....	299/97
Incorporación a Proyectos de Reparcelación de terrenos de dominio público del Estado. Vulneración del principio de equidistribución.....	466/05
Informe de la Administración General del Estado sobre planeamiento urbanístico.....	515/09
Innecesariedad de licencia municipal para las obras públicas de interés general.....	347/92
Innecesariedad de licencia municipal para las obras públicas de interés general: Carácter de las obras a desarrollar por Navantia en sus instalaciones en Ferrol y sujeción a control preventivo municipal.....	14/20
Naturaleza de los derechos de aprovechamiento urbanístico adquirido por el Estado sobre terrenos de su titularidad.....	653/03
Reanudación de actuación urbanística anulada a instancia de la Dirección General de Patrimonio del Estado.....	528/07
Suspensión cautelar del otorgamiento de licencias de obras en el ámbito afectado por el deslinde de zona marítimo-terrestre.....	409/90
Suspensión de licencias de parcelación, edificación y derribo de bienes incluidos en el plan Director del Aeropuerto del Prat.....	665/03
Tramitación urbanística y evaluación ambiental de un proyecto de obras impulsado por Navantia en el dominio público afecto a la Defensa Nacional.....	14/21
Zonas e instalaciones de interés para la Defensa nacional: Expediente de demolición de obras ilegales. Autoridad u órgano competente y procedimiento.....	305/97

Vías Pecuarias

Vías pecuarias. Acto de clasificación.....	241/95-96
Vías pecuarias. Coincidencia con trazado de carretera estatal.....	131/01

PROTECCIÓN DE DATOS

Certificación de datos de menores relacionados con los programas de carácter humanitario.....	18/19
Cesión de datos de consumo de agua por modificación legislativa tributaria.....	148/16

Colaboración Delegación del Gobierno para cesión de datos a Parlamento autonómico	158/16
Examen de la naturaleza y funciones del Registro Civil, y del régimen de protección de datos personales	160/2015
Informe sobre protección de datos personales ante la pandemia de COVID-19	15/20
Impugnación de la negativa a incoar expediente sancionador contra una revista por supuesta publicación de datos. Libertad de expresión	467/10
Necesidad o no del consentimiento de los alumnos o de sus padres para recabar determinados datos personales de los mismos antes de las evaluaciones previstas en la LOMCE	170/15
Régimen jurídico de los «drones». Protección de datos.....	168/16
Supuesta excepción de información del art 5.5 de la LO 15/1999 a las direcciones (IP) de acceso a Internet de aquellos usuarios de la red que comparten libremente y gratuitamente, aunque de forma supuestamente ilícita, con otros usuarios, derechos presuntamente protegidos de propiedad intelectual	470/10

PROYECTOS NORMATIVOS

Asistencia Jurídica a sociedades mercantiles estatales y Fundaciones con participación estatal. Convenios de asistencia jurídica con el Servicio Jurídico del Estado. Propuesta normativa al efecto.....	432/98-99
Asociaciones: Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora del derecho de Asociación.....	264/00
Contratación administrativa. Informes al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.....	441/98-99
Contratación administrativa: Informe al Anteproyecto de Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas	244/00
Estabilidad presupuestaria. Informe al Anteproyecto de Ley de Estabilidad Presupuestaria	270/01
Euro: Proyecto de Orden sobre distribución anticipada de billetes y monedas admitidas en euros.....	284/01
Expropiación Forzosa: Informe sobre borrador de anteproyecto de la LEF	232/02
Fuerzas Armadas: Informe al Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas	289/01
Medio ambiente. Informe al Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil de actividades con incidencia ambiental.....	471/98-99
Nacionalidad: Informe a la propuesta de proposición de Ley de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad	256/00
Proyecto de Ley de Consejos Insulares. Administración Local Insular.....	230/00
Servicio Jurídico del Estado: Memoria Justificativa sobre la reestructuración del Servicio Jurídico del Estado que se propone para el Proyecto de Real Decreto de estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia	270/00
Videoconferencia: Implantación del sistema de videoconferencia en la práctica de diligencias procesales penales	292/01

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Accidente ocurrido en misión de paz en el extranjero.....	529/95-96
Administración Sanitaria por el funcionamiento de sus servicios.....	617/93
Anulación de actos administrativos.....	539/95-96
Autoridad Portuaria: Responsabilidad Patrimonial por daños reconocidos en sentencia y plazo para reclamar, a los efectos de inadmitir o desestimar	19/19
Comisión Nacional del Mercado de Valores. Omisión de supervisión respecto de una determinada Agencia de Valores	583/03
Compatibilidad de la indemnización por responsabilidad patrimonial con las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de los mismos daños.....	305/00
Competencia para la instrucción y resolución de un expediente de responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad del Gobierno	410/05
Derivada del delito en virtud de sentencia penal.....	615/94
Desbordamiento: Obligación de limpieza de un barranco	397/07
Doctrina General	212/91
Doctrina General	192/92
Doctrina de los riesgos del progreso o derivados del avance técnico. Artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.....	303/01
Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Informe preceptivo del CGPJ.....	423/04
Incautación de solar al amparo de la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939	595/03
Muerte de una persona a manos de otra en situación de libertad condicional	553/95-96
Naufragio de petrolero en el Mar Egeo. Distribución de responsabilidades entre el Estado y el FIDAC.....	505/98-99
Nexo casual	207/92
No indemnizabilidad de los daños derivados de la aplicación de la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939.....	383/08
Reclamación por daños causados a buques franceses por pescadores españoles. Actuación de la Armada, la Guardia Civil, la Capitanía Marítima de puerto autonómico y, diversos Departamentos Ministeriales	41/95-96
Responsabilidad carreteras por bodegas. Bodegas bajo carretera nacional en travesía de población	475/10
Responsabilidad de la Administración por el no ejercicio de la potestad genérica de control y vigilancia de los cauces públicos.....	437/05
Responsabilidad de una confederación hidrográfica por disminución de producción eléctrica.....	539/09
Responsabilidad del Estado legislador por la gestión de la crisis sanitaria COVID y estado de alarma.....	15/21
Responsabilidad del Estado legislador: Reclamaciones patrimoniales por daños derivados de actos dictados al amparo de una ley declarada contraria al derecho comunitario	481/10
Responsabilidad patrimonial de la Administración de justicia. Demora en la adopción de resoluciones judiciales.....	502/10
Responsabilidad patrimonial por declaración de inconstitucionalidad del derecho a compensación.....	17/18
Responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por error judicial..	281/97

	<u>Página/año</u>
Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de justicia.....	405/08
Responsabilidad patrimonial del CSIC por enfermedad profesional de un investigador de este Organismo causada por falta de medidas de seguridad	285/97
Responsabilidad patrimonial del Estado por la conservación de los bienes del Patrimonio Histórico Español	305/07
Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por los supuestos daños sufridos por el hijo de la demandante causados por la administración de las vacunas del calendario vacunacional oficial.....	507/10
Responsabilidad patrimonial por el incumplimiento del plazo de trasposición de una Directiva comunitaria.....	452/05
Responsabilidad del Estado legislador por jubilación anticipada de funcionarios	243/93
Vía de hecho en la realización de obras de emergencia en el Canal de Aragón y Cataluña	418/07
Responsabilidad de la Administración por la derogación de una norma reglamentaria	387/05
Autoridad Portuaria Responsabilidad Patrimonial por daños reconocidos en sentencia y plazo para reclamar, a los efectos de inadmitir o desestimar	19/19
Responsabilidad Patrimonial del Estado por la falta de convocatoria de Ayudas Navales en el ejercicio de 2013	16/20
Responsabilidad concurrente de las administraciones públicas en la gestión de las medidas adoptadas por la crisis sanitaria COVID-19	17/20
Procedencia de seguro de responsabilidad civil de vocales del Consejo.....	471/11
 <i>Denuncia penal por delito fiscal</i>	
La falta de pruebas no equivale a inexistencia de hechos a efectos indemnizatorios	477/11
 <i>Plazo para el ejercicio de la acción</i>	
Daños por retirada de producto por la Agencia del Medicamento.....	488/11
 <i>Repercusión en tarifa</i>	
Confederación Hidrográfica del Ebro: Repercusión de responsabilidad patrimonial a comunidad de usuarios	502/11
 SANCIONADOR	
Aplicación de sanciones de la Unión Europea frente a intereses rusos por la invasión de Ucrania	100/22
Consulta sobre cuestiones relativas a la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción («Ley del denunciante»)	260/23
Efectos de la sentencia 148/2021, de 14 de julio, del Tribunal Constitucional sobre los procedimientos sancionadores en tramitación y las sanciones impuestas por los Delegados y Subdelegados del Gobierno al amparo del	

artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, por inobservancia de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020.....	5/21
Competencia y procedimiento para la devolución de las sanciones COVID, tras la STC 148/2021, de 14 de julio, por la que se estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad frente a diversos preceptos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.....	6/21
Actuación sancionadora en materia de costas. Deslinde.....	269/03
Aplicación en relación con las personas jurídicas.....	306/90
Aplicación a Confederación Hidrográfica	550/93
Cometidas por menores. Tráfico y Seguridad Vial	556/93
Competencia del Estado en materia de inspección y sanción por infracciones de la Ley 28/2005, de 28 de diciembre, de Medidas Sanitaria Frente al Tabaquismo.....	121/07
Competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con la celebración de juegos de suerte, envite o azar.....	127/02
Contrabando. Gastos de estancia en garajes privados de vehículos objeto de intervención o comiso	110/97
Consecuencias jurídicas de la nulidad de una sanción tributaria por motivos formales	04/19
Derivación de aguas de sus cauces sin la debida autorización	141/07
Diligencia en la operación de centrales nucleares. Intervención del Consejo de Seguridad Nuclear.....	146/07
Ejecutividad de las resoluciones administrativas sancionadoras confirmadas por sentencias	143/02
Ejecutividad de resoluciones recurridas en vía administrativa en caso de silencio	112/01
Emisión de ruidos excesivos por vehículos a motor	111/97
Energía nuclear. Incumplimiento en materia de protección física de una central nuclear	274/03
Espectáculos públicos y actividades recreativas.....	322/90
Información privilegiada sobre valores. Alcance del derecho a la prueba en expedientes sancionadores administrativos.....	386/95-96
Infracción de la Ley 28/2005 de medidas sanitarias frente al tabaquismo Publicidad de productos de tabaco a través de Internet.....	202/10
Ley del Sector de Hidrocarburos: Exclusión del tipo infractor de conductas incardinables por revestir escasa o nula importancia.....	286/05
Menores de edad: Uso de armas.....	508/93
Menores de edad. Infracción de la normativa sobre medidas de seguridad en materia de conducción de motos acuáticas.....	622/03
Naturaleza jurídica del incremento de la multa prevista por la contratación de trabajadores extranjeros en la cuantía correspondiente a cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta	154/07
Non bis in ídem	511/94
Oferta de acceso a bucle de abonado.....	173/07
Orden público: Potestad sancionadora de la Administración	291/93
Orden público: Régimen sancionador	315/92

	<u>Página/año</u>
Potestad sancionadora de los Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen	313/06
Problemática de las sanciones impuestas por órganos administrativos a otros órganos de la propia Administración pública sancionadora	207/91
Tráfico. Circulación de vehículos con contenedores.....	204/98-99
<i>Certificado del Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas</i>	
Régimen sancionador aplicable a órganos de control de certificados código IMAG	149/11
 TRANSPARENCIA Y ACCESO AL EXPEDIENTE	
Transparencia en la contratación pública de un poder no adjudicador	12/19
Acceso de los sindicatos a información sobre productividad	12/20
<i>Administración electrónica</i>	
Consulta sobre el alcance de la equiparación que el artículo 3.4 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (LFE), efectúa entre la firma electrónica reconocida y la firma manuscrita, y sobre la eficacia que ha de atribuirse al resto de modalidades de firma electrónica frente a las Administraciones Públicas [informe INTGE1201-RRV (R 285-12)].....	337/12
Validez del uso de la firma biométrica facial para la rúbrica de declaraciones y testimonios por parte del ciudadano en las actuaciones judiciales.....	167/22
Eficacia jurídica de los documentos electrónicos aportados por los interesados a los expedientes de contratación tramitados electrónicamente por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA).....	375/13
Solicitud electrónica obligatoria para pruebas acceso examen abogacía y procuradores.....	13/19
<i>Cuestiones diversas</i>	
Autenticidad de las copias de documentos públicos y privados emitidos en soporte electrónico.....	318/07
Caducidad.....	472/95-96
Causas de abstención	393/13
Compulsa de documentos. Validez en procedimientos de licitación	558/03
Compulsa de documentos extranjeros. Competencia.....	564/03
Comunicaciones recibidas en la Administración a través de Telefax.....	200/91
Denegación de Medida Cautelar: Suspensión de la ejecución del acto administrativo (Obras del AVE Madrid-Barcelona)	333/07
Emisión de copias de documentos públicos y privados.....	310/08
Procedencia de la vía de apremio para hacer efectiva la obligación de retorno impuesta a un laboratorio farmacéutico	498/02
Procedimiento aplicable a solicitud de creación de una Escuela Infantil en Melilla para unidades de 1.º ciclo de Educación Infantil, de titularidad del Ministerio de Defensa	322/10
Trámite de Información Pública. Nulidad	409/04
Valor de los informes preceptivos.....	215/00

	<u>Página/año</u>
Ampliación de zona franca a terrenos gestionados por un Consorcio entre Administraciones previamente constituido para promover un parque empresarial.....	360/13
<i>Disposiciones de carácter general</i>	
Alcance a expediente de expropiación en la parte referente a auxilio policial a la ocupación.....	286/11
Caducidad de autorización de demolición de inmuebles urbanos prevista en el artículo 73 de la TRLAU de 1964.....	299/11
Disposiciones de carácter general.....	528/94
Disposiciones de carácter general. Ejercicio de la potestad reglamentaria fuera de plazo.....	481/95-96
Disposiciones de carácter general. Imposibilidad de declarar su nulidad si no están vigentes.....	226/01
Disposiciones de carácter general. Relevancia anulatoria de la omisión de trámites.....	229/90
Efectos declaración inconstitucionalidad del apartado 1 de la disposición adicional 36.ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 20 de junio de 1994 (TRLGSS 1994) precepto que se incorporó al artículo 274.2.a) del TRLGSS de 30 de octubre de 2015	117/16
Normativa aplicable a los recursos	517/94
<i>Recursos administrativos</i>	
Embalse de San Salvador. Impugnación de acuerdo de la Comunidad General de Regantes del Canal de Aragón y Cataluña contra convenio de financiación de un embalse por la Sociedad estatal ACUAEBRO.....	327/10
Estimación de recurso frente a resolución que tiene por desistido al interesado de su solicitud al advertirse error en comunicación de requerimiento de subsanación.....	342/10
Normativa aplicable a los recursos	517/94
Recurso de reposición. Competencia para su resolución si el acto originario se dictó por delegación.....	252/01
Recurso de reposición. Legitimación para interponerlo.....	244/01
Recurso extraordinario de revisión contra declaración de lesividad.....	262/97
Recursos. Actos de trámite.....	163/92
Recursos. Agotamiento vía administrativa.....	493/95-96
Recursos. Extraordinario de revisión	605/93
Recursos: informes vinculantes.....	398/04
Revisión de Oficio. Aplicación de criterios distintos en la corrección de ejercicios de una misma oposición.....	351/07
Revisión de oficio: Evaluación por la Administración del personal docente universitario esencial para el acceso a dicha condición	308/11
Corrección de errores y recurso extraordinario de revisión	402/13
<i>Silencio administrativo</i>	
Autorización de venta de productos pirotécnicos.....	328/11

	<u>Página/año</u>
Régimen de silencio administrativo aplicable a la tramitación de expedientes de adquisición o recuperación de la nacionalidad española	362/10
Régimen del silencio administrativo en expedientes de nacionalidad	337/11
Silencio Administrativo: Aplicación a los procedimientos de responsabilidad patrimonial. Informes preceptivos: concepto de informe determinante	420/98-99
Silencio administrativo: Procedimiento de concesión de subvenciones públicas....	198/00

TRANSPORTE AÉREO

Bonificaciones sobre tarifas

Régimen de ayudas al transporte aéreo establecido en el Real Decreto 1316/2001 y su extensión a los residentes de larga duración conforme a la Directiva 2003/109	87/10
---	-------

Vivienda

Derecho adquirido al uso de vivienda oficial	136/06
De un concurso público	318/03

Universidades

Consulta sobre la procedencia de integrar los proyectos de presupuestos de la UNED en el anteproyecto de los Presupuestos Generales del Estado	219/13
--	--------

II. DERECHO CIVIL

CENSOS

Censo reservativo. Reversión de un inmueble en favor del Estado	338/00
---	--------

COMUNIDAD DE BIENES

Renuncia abdicativa

Examen de los requisitos y efectos de la renuncia abdicativa de uno de los comuneros sobre su cuota o parte indivisa	123/14
--	--------

DERECHO DE SUPERFICIE

Constitución de derecho de superficie sobre bienes inmuebles de carácter patrimonial.....	554/05
Naturaleza y titularidad del derecho sobre el edificio ocupado por el Colegio Mayor «César Carlos» y titularidad de los terrenos sobre los que fue construido	343/97
Requisitos para la constitución del derecho de superficie de acuerdo con la legislación vigente	19/20

DERECHOS FORALES

Comunidades Autónomas con Derecho Civil, foral o especial, al momento de promulgarse la Constitución	17/91
--	-------

DERECHOS REALES

Accesión: Propiedad de las unidades o zonas de custodia construidas por la SIEP en hospitales públicos no estatales.....	377/01
Acción reivindicatoria reconventional sobre inmueble histórico. Expediente administrativo de investigación patrimonial.....	481/05
Ejercicio contra la Comunidad Autónoma de Andalucía respecto a Parador de Turismo.....	597/02
Acción de regreso: Concepto y diferencias con la acción subrogatoria	134/94
Acción de suspensión de obra nueva. Finalidad de la acción de suspensión de obra nueva	417/06
Acción revocatoria o pauliana: Requisitos para su ejercicio.....	25/91
Bienes vacantes en el catastro: atribución a favor del Estado.....	485/06
Derechos derivados de la Escritura de Concordia de 1552 relativa a los Estados del Duque en la Comarca de Malagón: Naturaleza jurídica.....	490/06
Acción declarativa de dominio y acción reivindicatoria: Contestación a demanda obras pictóricas inmueble sede AEPD	18/20

FAMILIA

Alimentos

Pensión de alimentos. Regulación del Código Civil. Análisis de las consecuencias derivadas de la infracción del art. 487 del Código Penal. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador.....	325/00
---	--------

Matrimonio

Acreditación del matrimonio a efectos de la obtención de la tarjeta familiar de residente comunitario	585/05
Matrimonio presuntamente simulado para obtener la nacionalidad	390/01
Uniones de hecho: Creación de Registros Municipales de dichas uniones	764/94

Restitución de menores

Regreso de los menores a su domicilio habitual.....	501/08
Medidas del 148 CC	435/13

FUNDACIONES

Autocontratación de fundación participada íntegramente por el Estado.....	552/09
Régimen jurídico de la extinción de las fundaciones asistenciales	17/92
Naturaleza jurídica de la Fundación «Museo Cerralbo».....	558/07
Normativa aplicable a su constitución. Determinación del domicilio	684/03
Procedimiento a seguir para la constitución de fundaciones.....	381/00

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Cláusula «rebus sic stantibus»

Exigibilidad del cumplimiento de las prestaciones establecidas en el contrato de adjudicación preferente de derechos de aprovechamiento urbanístico	444/13
---	--------

INVESTIGACIÓN PATRIMONIAL

Adquisición por el Estado de bienes vacantes.....	491/04
---	--------

«IUS DELATIONIS»

Ejercicio por el Estado del «ius delationis». Exposición de las diferentes teorías doctrinales existentes: la teoría de la adquisición directa, que sostiene que el transmisario (el Estado) adquiere directamente la herencia del primer causante, y la teoría clásica, que sostiene que en estos casos existe una doble transmisión hereditaria, siendo el «ius delationis» un derecho más de los que integran el caudal hereditario del transmitente. Criterio favorable a la teoría clásica [informe PT-1256-RRV (R-909-12)]	390/12
--	--------

NACIONALIDAD

Doble nacionalidad venezolana y española.....	15/90
---	-------

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Apoderamiento: Bastanteo de poderes para sucursales de sociedades mercantiles	79/94
Aguas: contrato atípico privado de suministro de agua en precario.....	17/93

Arrendamientos urbanos

Actualización de la renta de viviendas del Patronato de Viviendas de la Guardia Civil	514/05
Autorización de derribo de fincas arrendadas.....	477/04/06
Autorización de derribo de fincas urbanas	423/06
Causa de resolución del contrato de arrendamiento.....	47/92
Derribo de finca arrendada sin previa autorización gubernativa: Efectos.....	42/92
Exigencia de pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles al Ministerio de Trabajo por local que ocupa en concepto de arrendatario.....	581/98-99
Repercusión IBI	631/95-96
Revisión de renta: Condiciones para su aplicación.....	31/92

Cesión de Créditos

Dimanantes de préstamo otorgado por el Instituto Nacional de la Vivienda	317/97
Naturaleza y régimen jurídico. Incidencia respecto de las devoluciones tributarias.....	484/04

	<u>Página/año</u>
Requisitos de la cesión de créditos. Cesión de créditos correspondientes a la indemnización expropiatoria.....	353/00
Requisitos para que surtan efectos frente a la Administración Pública	102/94
Transmisión de certificación de obra. Diferencia con pignoración	333/97
Interpretación de cláusulas contractuales. Contrato de ejecución de planes industriales suscritos por la SEPI	537/07
 <i>Contrato civil de obra</i>	
Acción directa contra el comitente	544/07
Contrato privado de obras. Aplicación de revisión de precios.....	372/00
 <i>Contrato de compraventa</i>	
Estipulación a favor de un tercero	677/03
Fase de ejecución en la promesa de compra y venta. Consecuencia de su incumplimiento	591/98-99
Naturaleza de una prima adicional satisfecha para solucionar la insuficiente dotación de una póliza	560/09
Reclamación de indemnización por daños y perjuicios contra entidad privada por incumplimiento de contrato y contra el Estado por funcionamiento anormal de servicio público.....	59/93
 <i>Depósito</i>	
Depósitos de bienes y adquisición de la propiedad por usucapión	429/06
Regularización de la situación legal de diversos depósitos constituidos en el Museo Nacional del Prado.....	451/06
 PERSONA	
Análisis de los requisitos para el cambio de apellidos y, en particular, de la doctrina sentada por el TJCE en la sentencia «García Avello»	154/17
Cambio de apellidos por circunstancias excepcionales.....	176/16
 PROPIEDAD INTELECTUAL	
Concepto de copia privada.....	570/07
Gestión de derechos de explotación de la obra de Salvador Dalí.....	641/95-96
La remuneración compensatoria por copia privada.....	39/93
Propiedad material y derechos de propiedad intelectual sobre los diarios de antigua alta Autoridad del Estado que permanecen en la biblioteca del anterior Jefe del Estado	366/97
Remuneración compensatoria por copia privada para fines comerciales	522/10
Titularidad de los derechos de explotación del himno nacional. Sujeción al IVA de la cesión.....	377/97
 SERVIDUMBRES	
Condominio	687/03

	<u>Página/año</u>
Constitución de servidumbres sobre bienes de dominio público. Declinatoria de jurisdicción	604/02
<i>Tercería de dominio</i>	
Carácter de tercero de la parte actora. Levantamiento del velo	404/01
Crédito cedido al Estado «pro soluto» en contrato con estipulación	652/95-96
Requisitos para su prosperabilidad.....	33/91
<i>Tercería de mejor derecho</i>	
Prenda sobre créditos.....	545/04
SUCESIONES	
Capacidad para testar de persona incapacitada sujeta a tutela	578/07
Compatibilidad de las condiciones de heredero y legatario	498/04
Efectos de la repudiación de herencia por la viuda de un funcionario a la que se reclaman créditos salariales.....	16/21
Expediente de Jurisdicción voluntaria, promovido por la Administración para aceptación o repudiación de la herencia por parte de un deudor de la Hacienda Pública.....	597/05
Fundaciones de beneficencia particular.....	509/04
Herencia a favor del Estado. Instituciones hereditarias sub modo. Interpretación del Testamento	604/05
Herencia en favor del Estado	648/95-96
Herencia a favor del Estado	608/02
Herencia en favor del Estado. Abintestato.....	11/94
Actuaciones en caso de aparición de un tercero con mejor derecho que el Estado en un abintestato.....	217/22
Fideicomiso de residuo. Renuncia a derechos hereditarios.....	395/00
Legado sub modo: aceptación.....	463/04
Mantenimiento de contrato de arrendamiento tras fallecer uno de los copropietarios.....	182/15
Reglas de interpretación de las cláusulas testamentarias. Derecho de acrecer	611/02
Reglas de interpretación de las cláusulas testamentarias. Legado a favor de la beneficencia con carga de destino a asilo de huérfanos y ancianos desamparados.....	588/07
Reglas de interpretación de las cláusulas testamentarias. Nuda propiedad en beneficio del alma del testador	537/04
TRANSMISIÓN DEL DOMINIO	
Subastas judiciales con remate a calidad de ceder a un tercero	663/95-96

III. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

Ayudas estatales

Ayudas comunitarias. Fondos Feder.....	567/04
Ayudas a la minería y el carbón	609/07
Devolución de ayudas indebidamente percibidas.....	587/04
Incumplimiento del deber de recuperación de las ayudas del Estado declaradas en varias decisiones de la Comisión Europea.....	703/03
Necesidad o no de abrir un procedimiento público de selección en el caso de una sociedad estatal que pretende realizar una inversión en un fondo de capital-riesgo administrado por una sociedad gestora de entidades de capital-riesgo privada	190/15
Minería del carbón	555/04
Recurso de anulación del Reino de España contra Decisión que califica de ayuda estatal la regulación española en materia de impuesto sobre sociedades.....	411/00

Contratación Pública

Adecuación a las directivas 93/37/CE de la legislación urbanística de la Comunidad Valenciana. Atribución «ex lege» de la posibilidad de realizar obras públicas a TRAGSA sin Sometimiento al régimen general de contratación administrativa.....	637/07
---	--------

Cooperación en materia de fiscalidad

Petición de la administración tributaria española a la luxemburguesa en relación con determinados contratos y facturas relativos a operaciones económicas entre de una residente fiscal en España con una entidad financiera luxemburguesa	21/19
--	-------

Cooperación transfronteriza

Naturaleza jurídica de las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial.....	538/10
--	--------

Defensa de la competencia

Concepto de ayudas de Estado.....	417/01
Procedimiento sancionador. Sobreseimiento del incoado por las autoridades españolas ante la incoación por los mismos hechos de un procedimiento por infracción del artículo 85.1 del Tratado CEE por la Comisión CEE.....	397/97
Sujeción de AENA al Derecho de la competencia.....	664/07

Función Pública

Reconocimiento de servicios prestados en Administraciones Públicas de Estados miembros de la Unión Europea.....	445/00
Homologación de títulos de especialidades médicas Expedidos por ciertos Estados extranjeros.....	753/94
Homologación de título extranjero para ejercer como abogado o procurador en España	513/11

Impuesto sobre el Valor Añadido

Actividad de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. Exención de las prestaciones de servicios realizadas en el ámbito de la propiedad intelectual	197/90
--	--------

Incidencia del derecho comunitario en las legislaciones nacionales

Reguladoras del juego. La libre circulación de mercancías.....	185/90
Incidencia del derecho comunitario en la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio	144/94

Libre circulación de mercancías

Aplicación del Reglamento (UE) 2019/515, relativo al reconocimiento mutuo de mercancías comercializadas legalmente en otro estado miembro	287/23
---	--------

Inaplicación respecto de células madre procedentes de otros Estados.

Reproducción Asistida	712/03
-----------------------------	--------

Libre circulación de servicios

Autorización para la instalación de oficinas de farmacia	571/09
Canon de actividad: Selección de contratista por AENA.....	684/07

Medio ambiente

Directiva 79/409/CEE sobre conservación de aves silvestres	163/91
--	--------

Multas coercitivas impuestas al Reino de España por el TJCE ex art. 171 CEE

Posibilidad de que la Administración del Estado recobre la suma abonada mediante su reintegro por la Comunidad Autónoma o Entidad Local a la que materialmente sea imputable el incumplimiento	687/95-96
--	-----------

Navegación aérea

Homologación licencias. Efecto directo.....	703/95-96
---	-----------

Propiedad intelectual

Explotación de derechos de autor en caso de captación de señales de televisión por un hotel y distribución a las habitaciones del mismo	599/98-99
---	-----------

Protección de los Consumidores

Delimitación del régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados con consumidores, particularmente cuando se celebran fuera del establecimiento mercantil	20/19
---	-------

Protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

Intereses financieros de la Comunidad Europea: régimen de prescripción.....	639/02
---	--------

Régimen lingüístico

Aplicabilidad a los contenidos que se difunden en soporte informático por las instituciones comunitarias..... 728/03

Responsabilidad patrimonial

De las Administraciones Públicas por incumplimiento de normas de Derecho comunitario..... 408/97

De los Estados miembros ante las Comunidades Europeas por incumplimiento del Derecho comunitario..... 416/97

Recursos prejudiciales relativos a la extensión, en Derecho Comunitario, de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por razón de la violación de una disposición de los Tratados o del Derecho Comunitario privado 291/93

Tabacos

Prohibición de la importación, venta o consumo de productos de tabaco procedentes de otros Estados de la Unión Europea..... 736/03

Telecomunicaciones

Aplicación en Gibraltar de las Directivas comunitarias sobre telecomunicaciones.... 449/97

Transporte aéreo

Adaptación de la legislación española al Derecho comunitario..... 216/90

IV. DERECHO CONCURSAL

Calificación y clasificación de créditos

Calificación y clasificación de créditos de la AEAT como consecuencia de la rectificación de facturas 616/08

Publicidad registral de resoluciones concursales 657/06

V. DERECHO CONSTITUCIONAL

Boletín Oficial del Estado

Publicación en domingo 164/95-96

Boletines Oficiales de las Provincias

Publicación de anuncios ordenados por la Administración del Estado y por la Administración de Justicia 88/94

Competencias Estado-Comunidades Autónomas

Aguas Minerales y Termales..... 519/06

Competencias en la gestión de las ayudas directas e interpretación de los artículos 3 y 4 del Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19.....	17/21
Competencia para regular en su integridad el denominado «perfil de salida» del alumnado al término de la enseñanza básica	18/21
Competencia en materia de aeropuertos, aeródromos y helipuertos.....	550/06
Competencia en materia de autorización de instalaciones de generación eléctrica de régimen especial.....	705/07
Competencias en materia lingüística. Bable.....	210/15
Competencia en materia de organización y régimen sancionador en relación con los campamentos juveniles	753/03
Competencia para la ejecución del Derecho comunitario. Juego. Reglamento de Máquinas recreativas y de azar.....	465/97
Competencia para la determinación del nivel de aportación de los beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria	217/15
Competencia para la prestación del servicio de asistencia y rescate en áreas de montaña en la Comunidad Autónoma de Cantabria	233/15
Control e inspección del co radioeléctrico. Distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas	611/98-99
Control de raza pura equina.....	425/01
Ejecución de sentencia en lo que afecta a ayudas ya ejecutadas y por ejecutar en el bono social gasístico. Límites a la centralización de ayudas y mecanismos de descentralización.....	20/20
Ejercicio de competencia autonómica con el fin de obstaculizar el ejercicio de competencia estatal.....	733/95-96
Espectáculos Públicos, Comunidad Autónoma de Aragón	569/06
Imposición de sanciones en materia de aguas	760/95-96
Inundaciones. Obras para defender a la población. Modificación de cauce de un río. Distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas	620/98-99
Derecho estatal supletorio en materia de organizaciones interprofesionales agroalimentarias. Posibilidad de que las Organizaciones Interprofesionales asuman competencias de los Consejo Reguladores	724/07
Dominio Público marítimo-terrestre. Competencia para otorgar una concesión demanial	430/01
Informe sobre el régimen de los actos institucionales de carácter militar organizados por la Guardia Civil en relación con la normativa autonómica de espectáculos públicos de Cantabria.....	303/23
Legislación básica estatal	140/91
Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía	761/03
Ley de Pesca y Acuicultura Extremeña	248/15
Minas	635/02
Obra hidráulica de interés general	615/04
Pesca marítima	781/95-96
Protección Civil	662/02
Tutela de menores extranjeros en situación de desamparo.....	624/09
Posibilidades de actuación del Estado frente a posibles incumplimientos de diversos actores del sistema educativo en la traslación de currículos	405/12

	<u>Página/año</u>
Establecimiento de tributos estatales sobre hechos imposables ya gravados por las Comunidades Autónomas.....	420/12
<i>Competencias Estado-Comunidades Autónomas. Derecho Civil</i>	
Atribución de abintestatos y vacantes a la titularidad de la Comunidad Autónoma por la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia	727/95-96
Conservación, modificación y desarrollo de sus derechos civiles, forales o especiales. Concepto de «Legislación Civil».....	151/91
Fundaciones. Alcance de las competencias autonómicas a efectos de Protectorado	459/00
<i>Consejo General del Poder Judicial</i>	
Indemnizaciones por asistencia a tribunales calificadores para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal.....	713/08
<i>Control Político. Comunidades Autónomas</i>	
Solicitudes de información a la Administración General del Estado por miembros de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas	22/19
Concurrencia competencial entre el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial.....	626/08
<i>Defensor del Pueblo</i>	
Facultades del Defensor del Pueblo Posibilidad de que el Defensor del Pueblo cuestione el sistema seguido por la Administración para realizar el trámite de jura de la nacionalidad previsto en el artículo 23 del Código Civil.....	23/19
<i>Derecho de asociación</i>	
Régimen jurídico-constitucional.....	132/91
<i>Derecho a la educación</i>	
Derecho a la educación.....	117/92
Asignatura alternativa a la religión	638/08
Asignatura «Educación para la Ciudadanía»	652/08
Criterios para la admisión de alumnos en los centros concertados	330/92
Derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen Instalación de videocámaras de seguridad por particulares.....	683/08
Derecho al honor de las personas jurídicas y libertad de expresión y crítica en las relaciones laborales. Comentario a la STC 241/1999	642/98-99
Derecho a la igualdad: Servicio Militar. Inexistencia de discriminación por razón de sexo	703/94
<i>Derecho a la igualdad: discriminación por razón de sexo</i>	
Escrito de interposición de recurso de suplicación contra sentencia que aprecia discriminación por razón de sexo.....	183/16

Derecho a la intimidad personal

Investigaciones tributarias	788/95-96
No se vulnera por el requerimiento de información con trascendencia tributaria realizado por la Administración a entidades aseguradoras	165/90
Posibilidad de someter a controles preventivos de alcoholemia al personal que trabaja en la zona portuaria, con el fin de evitar accidentes vinculados al consumo de alcohol	647/05
Protección de datos de carácter personal de empleados de Ente Público	576/06
Tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Interpretación del artículo 28 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre	803/95-96

Derecho a la libre expresión e información

Configuración de la televisión como servicio público.....	107/92
---	--------

Derecho a la libertad personal

Control de hospitalización forzosa de pacientes que padezcan enfermedades contagiosas.....	809/95-96
--	-----------

Derecho a la libertad sindical

Derecho a la información reconocido por el art. 64 de la LET	688/08
Límites de la libertad de expresión y a la Libertad sindical con relación al honor de otros trabajadores y del empleador	543/10

Derecho de manifestación

Autoridad competente para el ejercicio de las facultades previstas en la Ley Orgánica 9/1983.....	224/94
Incidentes en una carretera a causa de concentraciones no autorizadas de vehículos circulando a una velocidad anormalmente reducida.....	429/12

Derecho de propiedad

Adquisición por el Estado de saldos de cuentas corrientes abandonadas	820/95-96
---	-----------

Derecho de Petición

Empleo del derecho fundamental de Petición para forzar un cambio normativo en profesiones reguladas	24/19
---	-------

Derecho de reunión o manifestación

Procedencia de prohibir una concentración, reunión o manifestación en una terminal aeroportuaria, por su posible consideración como infraestructura crítica o estratégica	461/13
---	--------

Derecho al secreto de las comunicaciones

Actuación del ICO en relación con la correspondencia recibida por empleados cuya relación laboral se ha extinguido.....	696/08
---	--------

Derecho a la tutela judicial efectiva

Asistencia jurídica gratuita y Jurisdicción canónica	160/17
Asistencia Jurídica Gratuita: Vigencia del derecho.....	933/02
Su articulación con el principio de autotutela administrativa	117/91

Estatutos de Autonomía

Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio).	583/06
--	--------

Financiación autonómica

Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. Compensación de obligaciones entre Estado y Comunidades Autónomas	474/00
Contestación a la demanda en recurso de inconstitucionalidad contra el modelo de financiación autonómica previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1999	624/98-99
Naturaleza del anticipo de caja previsto en el RD-ley 12/2005, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas medidas urgentes en materia de financiación sanitaria.....	739/08
Principio de lealtad institucional.....	775/03

Iniciativa legislativa popular

Posibilidad de resarcir gastos ocasionados por su difusión no sufragados por la Comisión Promotora.....	784/03
---	--------

Lenguas cooficiales

Documentos Oficiales.....	255/93
Eficacia y valor jurídico de las versiones de normas estatales en las otras lenguas cooficiales del Estado español.....	574/05

Libertad religiosa y de culto

Relaciones Iglesia Católica-Estado	175/90
--	--------

Objeción de conciencia

Prestación social sustitutoria.....	268/93
-------------------------------------	--------

Parlamentarios

Régimen de incompatibilidades de exparlamentarios.....	723/08
--	--------

Partidos políticos

Compensación por incautación de inmuebles.....	166/00
--	--------

Protección de datos

Cancelación de datos obrantes en el Libro de Bautismos de la Iglesia Católica	366/07
Consejo de Seguridad Nuclear. Protección de datos personales.....	400/05

Régimen electoral

Actuaciones públicas durante la campaña electoral 731/07

Retroactividad normativa

Retroactividad del nuevo régimen económico de la producción de energía eléctrica..... 740/07

VI. DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

Aplazamiento de pago de deudas tributarias

Autoliquidación sin ingreso y con solicitud de aplazamiento una vez iniciadas las actuaciones inspectoras 679/02

Cesión de créditos con finalidad de cobro y con finalidad de garantía 695/93

Autorización de entrada en domicilio

Autorización judicial «inaudita parte»..... 599/06

Boletines Oficiales

Entidad o persona que debe soportar el coste de las tasas correspondientes a la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de las resoluciones del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa 728/93

CATASTRO

Ponencia de Valores

Recurso indirecto contra ponencia de valores. Sentencia que anula ponencia de valores. Competencia para la anulación..... 558/10

Código de Identificación Fiscal

Sociedades que trasladan su domicilio a España..... 107/94

Concierto Económico

País Vasco: Eficacia temporal de la ley aprobatoria de su nuevo concierto económico..... 690/02

Aplicación del principio de prudencia financiera a las Haciendas forales 255/15

Contratos

Leasing: Condición de parte interesada..... 625/04

Deuda Pública

Carácter ganancial de las deudas tributarias derivadas a uno de los cónyuges como consecuencia de su condición de administrador de una sociedad mercantil 165/17

	<u>Página/año</u>
Prescripción de la acción para exigir el reembolso del capital de un título.....	233/94
Recargo del artículo 61.2 de la Ley General Tributaria.....	240/94
Responsabilidad de los bienes gananciales.....	253/94
Transmisión a los herederos del deudor.....	259/94
 <i>Deuda tributaria</i>	
Aduaneras. Obligados al pago	388/92
Autoliquidaciones presentadas fuera de plazo sin ingresar la deuda tributaria con solicitud de aplazamiento o fraccionamiento	333/91
Fraccionamiento. Competencia territorial	630/04
Intereses de demora por ingreso fuera de plazo de retenciones a cuenta del IRPF. Aplicación del artículo 61.2 de la LGT	833/95-96
Intereses de demora en el supuesto de suspensión automática de la liquidación en vía económico administrativa y ulterior desistimiento del recurrente antes de afianzar el pago	339/91
Alegaciones en un conflicto de jurisdicción en un procedimiento de derivación de responsabilidad del artículo 42.2.a) LGT frente a la administración concurral.....	238/22
 <i>Devolución de ingresos</i>	
Aspectos procedimentales	640/04
Competencia para tramitar y resolver las solicitudes de devolución de ingresos de recargo anulado por el Tribunal Constitucional	439/01
Derivada de declaración complementaria del IRPF de disminución patrimonial por compra y reventa de bonos austriacos	485/97
Ejecución del reconocimiento de devoluciones a sociedades disueltas	638/09
Impuesto sobre el valor añadido	644/09
Ingresos indebidos e ingresos derivados de la mecánica de ciertos impuestos: régimen legal y diferencias.....	737/93
Liquidaciones tributarias practicadas en aplicación del RD 445/1988, que después fue declarado nulo por Sentencia del Tribunal Supremo.....	743/93
Requisitos	263/94
Nulidad radical de los embargos judiciales de «futuras» devoluciones	696/02
Devolución de Ingresos indebidos no tributarios	156/14
 <i>Ejecución de Resoluciones</i>	
Ejecución resoluciones de los Tribunales Económico Administrativos.....	21/20
Inaplicación por un órgano judicial del principio de proporcionalidad en materia sancionadora	19/21
Prescripción por exceso de duración del procedimiento inspector.....	20/21
Efecto retroactivo de las normas tributarias relativas a tributos con periodo impositivo.....	21/21
 <i>Fundaciones</i>	
Régimen fiscal aplicable a las fundaciones culturales.....	698/98-99

Gestión tributaria

Interpretación del artículo 140.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria, de 17 de diciembre	253/22
Notificación acumulada de varios actos correspondientes a distintos procedimientos relativos a un mismo interesado	657/09
Rectificación de errores fundada en error de hecho que resulta de los documentos incorporados al expediente.....	666/09
Alcance del artículo 150.1 de la LGT/2003, en su redacción originaria y su aplicación a los procedimientos de gestión	169/17

Haciendas Locales

Facultades de las Comunidades Autónomas en relación con los tributos locales	398/94
--	--------

IMPUESTOS

Impuesto sobre Actividades Económicas

Aplicación de los beneficios fiscales existentes en la antigua Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales	411/92
--	--------

Impuesto sobre Bienes Inmuebles

Bienes propiedad del Estado	406/92
Convenios para el pago de deudas derivadas del Impuesto de Bienes Inmuebles	769/07
Delegaciones del Gobierno y Gobiernos Civiles.....	762/93
Presas hidráulicas propiedad del Estado.....	411/92
Saltos de agua.....	839/95-96
Sujeción de las presas del Estado al Impuesto sobre Bienes Inmuebles	663/98-99
Viviendas de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias.....	492/97
Impuesto sobre Bienes Inmuebles y bienes afectos a la seguridad ciudadana	436/12

Impuestos especiales

Hidrocarburos: Devolución por exportación de combustible en los depósitos de vehículos	650/04
Hidrocarburos. Tributación por la fabricación o importación de gas natural con destino a la producción de electricidad.....	725/05
Infracciones tributarias simples.....	656/04
Recurso de casación en relación con el Impuesto Especial de Hidrocarburos. Excepciones a la exención del gas natural	320/23

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Calificación, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de los rendimientos obtenidos por los árbitros de baloncesto	313/23
Deducción por adquisición de vivienda habitual	677/09

	<u>Página/año</u>
Desproporcionalidad entre exceso de cantidad exigida para aplicar reducción de base imponible y cantidad liquidada	690/04
Devolución de cantidades en el caso de declaración conjunta de ambos cónyuges	388/91
Exención de incrementos de patrimonio por reinversión en elementos patrimoniales del activo fijo afecto a actividades empresariales o profesionales.....	705/02
Exenciones. Pensiones de la Seguridad Social y clases pasivas	860/95-96
Incidencia del régimen económico matrimonial en las devoluciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.	676/98-99
Liquidación provisional basada en ganancia puesta de manifiesto al adoptarse el régimen económico matrimonial de gananciales.....	690/09
Sujeción de las ayudas complementarias percibidas por trabajadores menores de 55 años integrados en los fondos de Promoción de Empleo	374/92
Declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa de las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central contra requerimientos de pago de una deuda por el concepto de IRPF	131/14
Sujeción al IRPF de pensión percibida de la OTAN.....	22/20

Impuesto de Sociedades

Aspectos procedimentales	674/04
Autoridades Portuarias. Tributación por ingresos obtenidos en concepto de tarifas portuarias.....	683/05
Deducibilidad en la base del impuesto de las previsiones empresariales para derechos pasivos de los trabajadores	774/93
Disminuciones patrimoniales. Cantidades aportadas a planes y fondos de pensiones.....	448/01
Exenciones a entidades de derecho público de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales	697/09
Liquidación provisional basada en ganancia puesta de manifiesto al adoptarse el régimen económico matrimonial de gananciales. Posible exención del Ente Público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias	797/03
Prescripción del derecho de la Administración Tributaria por caducidad del expediente.....	491/00
Régimen de tributación de cantidades satisfechas por TV Cataluña, S.A., a entidad no residente	455/01
Sociedades de Gestión de Instituciones de Inversión Colectiva. Tributación en régimen de transparencia fiscal.....	717/05
Sociedades transparentes. Concepto de beneficio no distribuido. Concepto de Valores.....	722/05

Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

Sujeción de escritura pública de resolución de contrato de leasing al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados	682/98-99
--	-----------

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Afección de los bienes y derechos transmitidos «mortis causa».....	834/93
--	--------

Afección de bienes al pago del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones del causahabiente que transmite uno de los bienes integrantes de su porción hereditaria a un tercero	180/17
Especialidad del derecho foral catalán en la donación por causa de muerte	844/93
Prescripción de la acción administrativa para determinar la deuda tributaria e incorrecta aplicación del tipo de gravamen. Procedimiento de apremio: Procedencia	687/98-99
Tributos cedidos. Conflicto de competencia con la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en relación a tributos cedidos	467/01
Acotación de beneficios fiscales en el ISD, tributo estatal, por las Comunidades Autónomas	18/18

Impuesto sobre el Valor Añadido

Alcance de la exención aplicable a las prestaciones de servicios y a las entregas de bienes efectuadas por los Colegios Profesionales	850/95-96
Contrato de cuentas en participación y de cesión de derechos de aprovechamiento urbanístico	698/04
Exenciones: Régimen de las Agrupaciones de Interés Económico	384/92
Determinar si está o no sujeta al IVA la actividad de investigación básica de una universidad pública	260/22
Nulidad del acuerdo de ampliación de actuaciones inspectoras.....	703/04
Posibilidad de prenda sobre la devolución	857/95-96
Recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo.....	269/22
Sociedades gestoras de servicios públicos de mercados mayoristas participadas por Mercasa	733/09
Subvenciones	604/06
Supuesto de sujeción o no al IVA de los servicios prestados por el Consorcio Provincial contra Incendios de C a los Municipios Consorciados	849/93
Sujeción de la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas Mediterráneas, S. A (ACUAMED) al IVA. Examen de la doctrina de la Dirección General de Tributos y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo	474/13

Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica

Supuesto de exención o no de los vehículos oficiales adscritos por el Parque Móvil Ministerial a un Ministerio	858/93
--	--------

Información Tributaria

Cesión de datos a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.....	50/94
Cesión de datos de la AEAT a las Entidades Locales	406/94
Deber de colaboración de los órganos jurisdiccionales.....	415/94
Requerimiento de información con trascendencia tributaria realizado por la Administración a entidades aseguradoras: No se vulnera el derecho a la intimidad personal	421/90
Requerimiento de información tributaria formulado con base en el artículo 111 de la Ley General Tributaria	655/98-99
Requerimiento judicial dirigido a la AEAT ordenando la modificación de determinados datos de sus ficheros.....	481/01

	<u>Página/año</u>
<i>Liquidaciones tributarias</i>	
Distinción entre liquidaciones provisionales y definitivas.....	365/92
Liquidación de recargo por presentación fuera de plazo sin requerimiento de autoliquidación	619/06
<i>Monopolio de Tabacos</i>	
Concepto y régimen jurídico aplicable al monopolio de tabacos	708/98-99
Obligaciones financieras internacionales del Estado.....	871/95-96
<i>Objetivos de estabilidad y deuda pública</i>	
Informe sobre la forma de proceder para dar cumplimiento en 2024 a la reactivación de las reglas fiscales, tras la desactivación de la cláusula de salvaguarda europea, anunciada en las Comunicaciones de la Unión Europea de 8 de marzo, de 24 de mayo y de 21 de noviembre de 2023.....	329/23
<i>Prenda</i>	
Concurrencia del crédito tributario con derecho con prenda constituido sobre imposiciones a plazo fijo.....	748/04
PRESCRIPCIÓN	
Afectación por proceso penal archivado	716/02
Interrupción de las actuaciones inspectoras: Efectos.....	729/02
Plazo de prescripción para imponer sanciones tributarias.....	752/02
<i>Prescripción del derecho de la Administración a liquidar créditos tributarios</i>	
Eficacia retroactiva de la Ley 1/1998	738/02
<i>Presupuestos Generales del Estado</i>	
Ampliación de crédito para hacer efectivas las ayudas excepcionales previstas en la Ley 2/2005.....	728/05
Consignación de un crédito en los Presupuestos Generales del Estado Eficacia. Naturaleza del gasto público	489/01
Integración del Consorcio de la Zona Franca de Cádiz y sus sociedades en los PGE	814/03
Régimen jurídico del endeudamiento de entidades privadas del sector público estatal	188/17
<i>Procedimiento de apremio</i>	
Calificación de reclamaciones presentadas por adjudicatarios de bienes embargados como consecuencia de la privación del dominio de los bienes adjudicados.....	760/04
<i>Procedimiento de gestión Tributaria</i>	
Iniciación mediante denuncia	422/90

Recaudación

Actuaciones en caso de tributos incompatibles	744/09
Adopción de medidas cautelares contra responsables solidarios antes de la liquidación de la deuda del sujeto pasivo.....	499/01
Cobro en vía ejecutiva de exacciones parafiscales e ingresos públicos no tributarios.....	819/03
Competencia de los órganos de recaudación en relación con la derivación de responsabilidad por sucesión en el ejercicio de explotaciones económicas.	767/02
Concurrencia de embargos	103/93
Concurrencia de procedimientos de apremio y de embargos sobre unos mismos bienes de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social.....	378/91
Concurrencia sobre unos mismos bienes de embargos decretados por autoridades judicial y administrativa	346/91
Competencia para la gestión recaudatoria.....	501/00
Derivación de responsabilidad tributaria contra donatarios incurso en el artículo 643 del Código Civil por no haberse reservado el donante bienes suficientes para pagar su débitos fiscales	707/93
Efectos del embargo de participaciones en fondos de inversión previamente pignoradas para responder de la ejecución de un aval constituido en garantía de operaciones mercantiles	762/09
Ejecución de créditos de terceros con cargo a otras Administraciones Públicas. Posibilidad de compensación tributaria	864/93
Embargo. Bien inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de persona distinta del deudor.....	373/92
Embargo. Créditos objeto de contratos de «factoring»	717/93
Embargo de derechos de crédito frente a entidades locales	843/03
Embargo. Derecho de propiedad y usufructo de cónyuges deudores de la Hacienda Pública.....	827/03
Embargo. Discrepancia entre la realidad extrarregistral y el Registro	875/95-96
Embargo. Ejercicio ante la AEAT del derecho de opción reconocido en el art. 1373 CC al cónyuge no deudor	834/03
Embargo. Establecimientos mercantiles e industriales	357/91
Embargo. Imposición a plazo fijo en entidad bancaria	724/93
Embargo. Vicios en la notificación.....	767/04
Intransmisibilidad a los herederos de las sanciones administrativas no tributarias impuestas al causante e incurso en apremio ante el fallecimiento.....	896/95-96
Naturaleza jurídica de los heredamientos de aguas.....	776/04
Tercería de mejor derecho. Preferencia de embargo anotado preventivamente con anterioridad al asiento de presentación de escritura de constitución de hipoteca mobiliaria.....	497/97

Reclamaciones económico Administrativas

Cómputo de intereses por retraso en la resolución de las reclamaciones económicas.....	23/20
--	-------

Régimen jurídico tributario

Alcance del artículo 141 e) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria sobre la competencia inspectora para la aplicación de regímenes especiales	349/23
Comunidades de Aguas en Canarias.....	392/91
Contratos de cesión administrativa de terrenos de dominio público de la Junta del Puerto para cultivos agrícolas	395/91

Requerimiento de información de terceros

Límites del derecho a la intimidad y a la protección de datos.....	574/10
--	--------

Responsabilidad

Régimen transitorio con arreglo a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre	786/04
Responsabilidad de los administradores de una sociedad. Otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores.....	853/03
Responsabilidad solidaria. Transmisión condicional en escritura pública	862/03
Responsabilidad tributaria concatenada (responsable subsidiario versus responsable solidario).....	19/18

Retenciones tributarias

Naturaleza jurídica de las cantidades retenidas y no ingresadas.....	346/91
Retenciones a cuenta. Ingreso de una cantidad sin haber practicado la correspondiente retención.....	515/00
Seguros de prima única.....	907/95-96
Revisión de oficio de actos de la Administración Tributaria.....	918/95-96

Revocación de actos administrativos

Aspectos procedimentales	797/04
Efectos de la anulación del recargo del 50% del art. 61.2 LGT	776/02

Subvenciones

Acceso o no al sistema español de becas de aquellas personas mayores de edad que han solicitado el estatuto de apátrida en España y los solicitantes de asilo	267/15
Compensación económica a productores de largometrajes por minoración de las ayudas Concedidas	734/05
Consecuencias de hipotética fuerza mayor en el reintegro de subvenciones por incumplimiento de las condiciones de esta	191/16
Derecho transitorio	804/04
Derecho transitorio y Retroactividad. Subvención establecida en la LOREG por razón de las elecciones locales.....	212/16
Fundaciones del Sector Público Estatal	825/04

Supuestos específicos de tributación

Cesiones de crédito	793/02
---------------------------	--------

	<u>Página/año</u>
Tributación de cantidades percibidas por personal de alta dirección	828/02
<i>Suspensión en vía de recurso de la ejecución de los actos administrativos dictados en materia tributaria</i>	
Doctrina jurisprudencial	356/91
Posibilidad de acordar la suspensión sin garantías de la ejecución de liquidaciones tributarias impugnadas en vía económico-administrativa por ente público. Aplazamiento de pago sin garantías	520/00
Incidente de suspensión	442/12
<i>Tasas</i>	
Académicas: Naturaleza	729/94
Aeroportuarias.....	834/04
Anuncios en el Boletín Oficial de la Provincia	845/04
Canon de regulación y la tarifa de utilización del agua.....	22/21
Consejo de Seguridad Nuclear.....	924/95-96
Exigencia del pago de tasas por publicación de anuncios en los Boletines Oficiales de la Provincia	715/98-99
Naturaleza jurídica del canon del trasvase Guadiaro-Guadalete	777/07
Publicación edictos en el BOP.....	838/02
Tasa por utilización del dominio público aeroportuario	535/00
<i>Tribunal de Cuentas</i>	
Delegación de funciones fiscalizadoras concretas en órganos autonómicos de control externo	743/94
Reintegro por alcance. Deber legal de solvencia de la Diputación Provincial frente a la Administración del Estado por alcance de Recaudador durante la vigencia del régimen de encomienda. Acción administrativa para su exigencia	929/95-96
Relaciones entre el Tribunal de Cuentas y las entidades fiscalizadoras autonómicas	275/93
Responsabilidad contable. Cómputo del plazo de prescripción de la DA 3.ª de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.....	506/97
<i>Tribunales económico-administrativos</i>	
Declaración de lesividad del acuerdo del Inspector Jefe de una AEAT que impide ejecutar cierta resolución del Tribunal Económico-Administrativo	875/03
Forma de remisión de los expedientes administrativos por las Jefaturas Provinciales de Tráfico. Alcance de las facultades revisoras en reclamaciones económico-administrativas referidas a apremio sobre multas de tráfico.....	730/98-99
Incidente de ejecución. Actos no impugnables.....	454/12
Tasas. Exigencia de tasas o precios públicos por la reutilización de la información del sector público (AG Entes Públicos 124/12)	458/12
<i>Tributos autonómicos</i>	
Canon sobre el agua.....	400/92

Usufructo de obligaciones con bonificación tributaria

Cesión de usufructo de obligaciones con bonificación tributaria..... 546/00

Zonas francas

Ejercicio de competencias en las mismas 785/94

VIII. DERECHO HIPOTECARIO

Anotación preventiva

Determinación de la propiedad de una finca adjudicada al FOGASA. Cancelación Registral 891/03

Calificación registral

Impugnación de la calificación: Legitimación del Registrador; carácter del silencio administrativo; juicio de suficiencia de facultades representativas. 757/08

Certificaciones administrativas de dominio

Examen del expediente de dominio y del procedimiento del art 306 del Reglamento Hipotecario..... 905/03

Hipoteca

Procedimiento a seguir para la devolución del sobrante consignado en la Caja General de Depósitos por el Notario en un procedimiento de ejecución hipotecaria 200/17

Constitución de hipoteca sobre vivienda de protección oficial..... 770/09

Ejecución de la constituida en garantía de una deuda tributaria 403/94

Inscripción

Concesión de Zona Franca. Requisitos 39/90

Embargo. Inmueble inscrito a nombre de persona distinta del deudor; medios de lograr la inscripción a favor del adjudicatario 55/92

Inscripción de adjudicación administrativa: competencia para el examen de los expedientes administrativos de apremio fiscal previo a su inscripción del artículo 26 del Reglamento Hipotecario 523/97

Inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.... 509/01

Procedimiento a utilizar para regularizar la situación de una serie de viviendas en su día vendidas a particulares por un extinto Patronato, en los casos en los que se han producido sucesivas transmisiones que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad 280/15

Título inscribible: Condición de título inscribible de la certificación del acta de adjudicación de una finca a la Administración 789/07

Recaudación

Naturaleza jurídica del contrato de transmisión de finca a cambio de unidades de obra	87/93
---	-------

IX. DERECHO INTERNACIONAL

Arbitraje internacional

Arbitraje ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones. Responsabilidad Patrimonial del Estado por actos de una Sociedad de Desarrollo Industrial	551/00
--	--------

COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

Incidencias en la tramitación de una comisión rogatoria	590/00
Principio de reciprocidad en la extradición pasiva de ciudadanos que ostentan la doble nacionalidad	24/20

Igualdad de trato

Interpretación de la cláusula de igualdad de trato de Convenio Internacional.....	479/12
---	--------

Organización Internacional del Cacao

Naturaleza de los fondos procedentes de la liquidación de la Reserva de Estabilización de la Organización Internacional del Cacao	947/95-96
---	-----------

Patrimonio Histórico Español

Pecio extraído de un buque de la armada española en aguas internacionales ...	795/07
---	--------

Sucesión Nobiliaria

Escrito de observaciones del Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a la preferencia del varón en la sucesión nobiliaria	757/98-99
--	-----------

Tratados Internacionales

Ámbito de aplicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de diciembre de 1970.....	923/03
Calificación como acuerdo internacional administrativo de un convenio de colaboración técnica suscrito en el ámbito de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB)	23/21
Convenio sobre cooperación para la protección y aprovechamiento de las cuencas hidrográficas hispanoportuguesas	783/09
Cuestiones suscitadas por la ejecución de la Convención de París de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas	529/97

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Alcance de las sentencias 941/03

Comités Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Nuevo)

La naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por los comités encargados del seguimiento de los tratados de derechos humanos de las naciones unidas..... 25/20

X. DERECHO MERCANTIL

Auditoría de Cuentas

Alcance del concepto de «Organismos Públicos» contenido en la disposición adicional 1.ª 1.e) de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas..... 531/01

Inscripción de funcionarios públicos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas 951/03

Registro Oficial de Auditores de Cuentas, al amparo de la D T. Primera de la Ley 19/1988, de 12 de julio, reguladora de la Auditoría de Cuentas 123/93

Autocartera

Concepto e incidencia en los diferentes tipos de sociedades. Sociedades de Auditorías de Cuentas. Requisitos de constitución..... 538/01

Denegación al solicitante, por no acreditar la necesaria formación práctica, del acceso al Derecho administrativo sancionador 959/95-96

Boletín Oficial del Registro Mercantil

Posibilidad de que los anuncios puedan abarcar varias operaciones..... 1014/03

Prestaciones patrimoniales por las publicaciones en el Boletín Oficial del Registro Mercantil 857/04

Competencias de la Junta General de Accionistas. Nombramiento de administradores por el sistema de representación proporcional
Calificación del Registrador Mercantil..... 803/05

Ejercicio de acción subrogatoria para el cobro de deudas de sociedad no adaptada a la LSA de 1989..... 572/97

Especialidades procedimentales 927/04

Inscripción en el Registro Mercantil 79/90

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. Preferencia del crédito de la entidad pública. Derecho de abstención 786/98-99

Liquidación de la sentencia del Tribunal de Distrito del Condado de Cook (Illinois, Estados Unidos en el proceso de liquidación de Forum, S.A.) 699/06

Consorcio de Compensación de Seguros

Acción de regreso por el pago de indemnización a su cargo..... 134/94

Seguro de responsabilidad civil: extensión. Daños producidos por la inundación del camping de Biescas. Error en el pago, responsabilidad extracontractual y enriquecimiento injusto..... 605/00

Contratos financieros

Instituto de Crédito Oficial. Resolución de contrato de ajuste recíproco de intereses	777/98-99
Embargo de cuenta de ahorro pignorada en garantía de riesgos contraídos en el Banco: Naturaleza de las cuentas bancarias.....	141/90

Contrato de seguro

Cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de derechos del asegurado.....	873/04
Cuestiones relativas a los seguros de responsabilidad contable regulados en la disposición adicional 34ª de la Ley 22/2021, de PGE para 2022, y en la disposición adicional 34ª de la Ley 31/2022, de PGE para 2023.....	359/23
Mora del asegurador	877/02
Pólizas que prevén indemnización en el caso de privación del permiso de conducción.....	827/07
Seguro colectivo para cooperantes. Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI).....	631/06

Cooperativas

Distinción entre los socios-trabajadores de la cooperativa y los trabajadores al servicio de la misma	1056/04
Facturación de socios cooperativistas a su propia cooperativa de transportes de servicios	381/23

Defensa de la competencia

Fijación de precios de reventa de gasolina.....	966/03
Inexistencia de legitimación por falta de interés legítimo.....	646/06

Entidades aseguradoras

Liquidación. Impugnación del plan de liquidación	91/90
Posibilidad de que la Caja General de Depósitos retenga los valores depositados por una entidad aseguradora en tanto que dicha entidad no satisfaga las obligaciones asumidas por ella en virtud de avales también depositados en la Caja y embargados en su día por diversas autoridades administrativas y judiciales.....	139/93
Honorabilidad: Requisito exigido por la legislación en materia de seguros	779/05

Leasing

Posible configuración de las operaciones de «Leasing» o arrendamiento financiero como inversiones en activos fijos a afectos del otorgamiento de las subvenciones por el Ministerio de Industria.....	161/93
---	--------

Mercado de valores

Bolsas de comercio.....	112/90
Amortización anticipada de los empréstitos del Majzen de 1928 y 1946.....	292/15

Navegación marítima

Abordaje.....	104/91
Avales para la construcción de buques.....	869/02
Marina Mercante. Reintegro de gastos por remolque y hundimiento de buque extranjero.....	551/97

Oferta pública de Adquisición de acciones (OPA)

Particularidades del procedimiento administrativo de autorización de una OPA.....	725/06
Suspensión de la autorización de una oferta pública de Adquisición	748/06

PROPIEDAD INDUSTRIAL

Marcas

Competencia desleal	992/03
---------------------------	--------

Patentes

Innovación tecnológica para la extracción del fuel del buque «Prestige».	917/04
Patente internacional. Atribución de derechos de patente derivados de un proyecto de investigación desarrollado por el CSIC	626/00

Quiebras y suspensiones

Derecho de separación	95/91
Efectos de la declaración de quiebra durante la tramitación de un procedimiento de suspensión de pagos	638/00
El momento para determinar la preferencia procedimental en el caso de embargo de bienes de quebrado por la Hacienda Pública lo constituye la fecha del auto de declaración, y no de la retroacción de la quiebra.....	96/90
Pretendida extinción automática de la concesión derivada de la quiebra del concesionario.....	890/02
Retroacción de la quiebra. Efectos sobre hipotecas posteriores a la fecha de retroacción	81/92
Suspensión de pagos. Deudas tributarias. Momento procesal a partir del cual se considera alzada la suspensión del procedimiento de apremio.....	578/97
Suspensión de pagos. Reclamación judicial separada de tarifas portuarias devengadas por la suspensión como deudas de la masa. Embargo preventivo de bienes de la masa.....	587/97
Suspensión de pagos. Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. Preferencia del crédito de la entidad pública. Derecho de abstención.....	786/98-99

Sociedades

Escisión de sociedades: Subvenciones.....	978/03
---	--------

Liquidación de sociedades

Reestructuración del grupo de sociedades dependientes de un Ente Público.....	692/06
---	--------

Sociedades Anónimas

Ámbito del objeto social en una sociedad estatal	907/02
Recompra de acciones que el Estado Español poseía en una sociedad anónima....	836/02
Transformación societaria: Efectos sobre la denominación social	767/05
Conflictos de interés entre la sociedad y sus socios. Cesiones de bienes con finalidad de abonar de deudas sociales.....	26/20

Sociedades de Responsabilidad Limitada

Denominación Social: Nulidad de la denominación social de una Sociedad de Responsabilidad Limitada	753/05
Legitimación para interponer recursos administrativos.....	964/04
Legitimación de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social para recurrir los actos de la Administración de la que dependen	27/20

XI. DERECHO PENAL

Administración Penitenciaria

Competencias para la recogida, ordenación y conservación de los fondos documentales del Instituto de Estudios e Investigaciones Penitenciarias	110/95-96
Depósito municipal de detenidos	889/93
Deslinde de sus competencias y las de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria..	39/94
Entrevistas por los medios de comunicación a los internos.....	118/95-96

Alzamiento de bienes

Posibilidad de comisión de este delito contra la Hacienda Pública. Responsabilidad civil y medidas cautelares.....	873/93
--	--------

Blanqueo de capitales

Actuación de funcionarios de Vigilancia Aduanera en Procesos Penales.....	799/09
Cuestiones prejudiciales remitidas por los Tribunales de Liechtenstein en relación interpretación del artículo 22 y artículo 37 de la Directiva 2005/60/CE (informe oral y observaciones escritas).....	215/16

Calificación del delito

Conceptuación del profesor como autoridad.....	806/09
Delitos continuados de malversación de caudales públicos, estafa, prevaricación y tráfico de influencias, delitos contra la Hacienda Pública y delito de encubrimiento	597/97
Delito de falsedad documental y de estafa procesal	973/04
Impugnación de auto que transforma diligencias previas en procedimiento abreviado por no ser los hechos consignados respecto de los imputados recurrentes constitutivos de delito alguno	653/97
Responsabilidad de padre por mensajes injuriosos remitidos por correo electrónico a profesor de su hija menor	620/10

Contrabando

Incidencia de la normativa de la Unión Europea en la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio 144/94

Delito contra la Hacienda Pública

Calificación provisional delito contra la Hacienda Pública 246/16

Calificación provisional delito contra la Hacienda Pública. Calificación conjunta con Ministerio Fiscal y acusados..... 255/16

Error en la apreciación de la prueba al determinar las cuotas tributarias defraudadas..... 1027/03

Forma de proceder en caso del fallecimiento del responsable civil 816/09

Impuestos especiales, IVA e Impuesto de Sociedades 980/04

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas 399/91

Delito fiscal. Defraudación de IVA en operaciones de ventas de harinas no declaradas..... 551/01

Delito fiscal. Valor de la actuación inspectora en el orden penal..... 645/00

Prescripción

Inadmisión de pruebas. Anulación judicial de actas de inspección tributaria 1044/03

Plazo de prescripción a efectos de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías del contribuyente 651/00

Falta de lesiones: Lesiones por incapacidad sobrevenida de un trabajador de Correos 1092/03

Incautación de bienes procedentes del narcotráfico 236/06

Indulto

Naturaleza jurídica, competencia para concederlo y carácter del procedimiento.. 217/94

Injuria y calumnia contra personas jurídicas de Derecho público 435/92

Insolvencia punible

Indemnización de daños y perjuicios en caso de imposibilidad de restitución de los bienes al patrimonio del deudor..... 487/12

Intrusismo

Transformación de falta penal en infracción administrativa (Disposición Adicional 5, LO 3/89)..... 420/94

Omisión del deber de socorro

Servicio médico de una dependencia administrativa que es requerido fuera de la dependencia en un supuesto de accidente 975/95-96

Prevaricación

Funcionaria de la Inspección de Trabajo..... 917/02

Solicitud de archivo de querrela por denegación de acceso de inscripción en el registro de Operadores de Servicios de Acceso Condicional para la Telefonía Digital..... 799/98-99

Prueba indiciaria en el proceso penal

Delito contra la Hacienda Pública..... 441/90

Retroactividad Ley Penal

Aplicación de la ley penal más favorable tras la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública operada por Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio..... 982/95-96

Responsabilidad civil subsidiaria

La responsabilidad civil subsidiaria derivada de la muerte de un policía por dos fugados de los calabozos de un Juzgado. 763/06

Tutela judicial

Tutela judicial pasiva..... 779/06

Audiencia y contradicción: responsabilidad civil declarada en casación 527/11

XI. DERECHO PROCESAL

Competencia

Competencia de los Plenos de las Salas en los supuestos del artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial..... 821/98-99

Costas procesales

Tasación de costas en el proceso por el derrumbamiento de la Presa de Tous. Improcedente reclamación al Estado, como responsable civil..... 559/01

Documentos

Valor jurídico de los documentos almacenados en soportes informáticos y cuyos originales no se conservan 18/91

Entrada en domicilio

Alegaciones en incidente de autorización de entrada en domicilio necesaria para la ejecución de un acuerdo expropiatorio 837/98-99

Fuero Territorial del Estado

Declinatoria. Aplicación en los supuestos de daños causados por la circulación de vehículos a motor. Consorcio de Compensación de Seguros 987/95-96

Interdictos

De Obra nueva frente a la ejecución de obras públicas: improcedencia..... 1007/95-96

	<u>Página/año</u>
Inadmisibilidad de interdicto de obra nueva frente a actuación administrativa ajustada a Derecho, competencial y procedimentalmente.....	50/90
Retener o recobrar la posesión. Requisitos	58/90
 <i>Jurisdicción contable</i>	
Ejecución de las sentencias dictadas en procedimientos de reintegro por alcance	81/91
 <i>Legitimación</i>	
Defensa de intereses generales o colectivos. Legitimación de Consumidores y Usuarios	661/00
 <i>Proceso civil</i>	
Tercería de dominio: La jurisdicción civil no se extiende a reclamaciones de devolución de cantidades embargadas.....	540/11
Incidente de nulidad de actuaciones por falta de emplazamiento en expediente de dominio	491/12
Procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.....	493/13
Recurso de revisión frente a actuaciones ejecutivas.....	164/14
 <i>Proceso contencioso-administrativo</i>	
Costas procesales por honorarios de perito en recurso contencioso-administrativo contra acuerdo de un Jurado de Expropiación Forzosa.....	196/94
Declaración de lesividad de acto administrativo de devolución de aval constituido en expediente de concesión de subvención	716/00
Declaración de lesividad. Órgano competente en la MUFACE.....	707/97
Declaración de lesividad de actos separables. Adjudicación de contrato laboral de alta dirección con el Presidente de Autoridad Portuaria	715/97
Demanda de lesividad: declaración de lesividad de autorización de residencia permanente	549/11
Ejecución de sentencia de personal: condena a integrar en MUFACE a funcionario	557/11
Ejecución de sentencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo	296/94
Ejecución administrativa de resoluciones judiciales: determinación del tipo de interés	183/06
Ejecución de sentencia. Improcedencia.....	296/94
Ejecución de sentencia contencioso-administrativa. Cuestiones procesales sobre Autos recaídos en ejecución	1097/03
Ejecución de los actos en materia tributaria: Suspensión.....	72/91
Envío del expediente administrativo a través del sistema Lexnet.....	842/09
Excepciones procesales. Extemporaneidad de la demanda. Falta de legitimación «ad procesum». Falta de legitimación «ad causam»	1017/95-96
Incidente de inejecución de sentencia estimatoria de recurso contencioso-administrativo.....	693/97
Inejecución de sentencia contencioso-administrativa por incidencia de la Ley Foral 9/1996, de 17 de julio, en las obras de construcción de la presa de Itoiz	698/97

	<u>Página/año</u>
Obligación de remisión del expediente administrativo. Responsable del pago de la multa en caso de incumplimiento.....	848/07
Penalizaciones que impone la CMT y terminación del procedimiento por acuerdo extrajudicial.....	862/07
Plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo: Cómputo.....	67/90
Recurso contencioso-administrativo para protección de los derechos fundamentales de la persona, en materia de funcionarios. Mes de agosto hábil para su interposición.....	572/01
Recurso contencioso-administrativo para protección de los derechos fundamentales Vulneración intimidad familiar.....	20/18
Suspensión de la ejecución del acto administrativo.....	1009/04
 <i>Proceso laboral</i>	
Ejecución de las resoluciones judiciales que declaran la existencia de una relación laboral.....	800/08
Incompetencia para conocer de las demandas interpuestas por los Fiscales sustitutos.....	434/94
Intereses de demora devengados por retraso en el pago de los salarios de tramitación reconocidos por acto administrativo.....	261/16
Forma de ejecución de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en materia electoral.....	841/07
Sentencias contradictorias de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social respecto del mismo litigante: Modo de ejecutarlas.....	80/91
Suplicación frente a auto dictado en ejecución de sentencia en materia de intereses de demora.....	267/16
 <i>Proceso penal</i>	
Recurso de alzada contra la denegación del abono de gastos por depósito judicial.....	24/21
Recurso de apelación.....	767/08
Reclamación de intereses por tardía ejecución de sentencia penal sobre el Síndrome Tóxico (Colza).....	829/05
Sobresimiento libre parcial. Requisitos y alcance de los tipos contenidos en los artículos 320 y 404 del Código Penal.....	778/08
Recurso frente a fianza requerida a la Administración del Estado.....	499/12
 <i>Procesos arrendaticios</i>	
Ejercicio de acciones para resolución del contrato de arrendamiento del Hipódromo de la Zarzuela.....	671/00
 <i>Reclamación previa</i>	
Comunicación laboral. Supresión de la reclamación administrativa previa a la vía laboral por la Ley 39/2015.....	275/16
Derogación de la reclamación previa al ejercicio de acciones civiles en el ámbito portuario.....	278/16
Reclamación previa en vía administrativa. Naturaleza. Carácter no subsanable.	870/98-99

	<u>Página/año</u>
Representación y defensa en juicio de las Instituciones de Beneficencia particular: Régimen jurídico aplicable	49/90
<i>Recursos</i>	
Recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil	578/01
Casación en interés de Ley	72/92
Inadmisibilidad	55/91
«Per saltum». Admisibilidad en materia tributaria	606/94
Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.....	65/92
Recurso de Casación Civil. Interés Casacional. Consideración del Sáhara como territorio español a los efectos de adquirir la nacionalidad española.....	28/20
<i>Simulación</i>	
Acción declarativa de la responsabilidad de una persona jurídica por aplicación de la doctrina de levantamiento del velo, acción de nulidad por vicio en la causa y acción de cancelación de asiento registral.....	853/98-99
Acción de simulación absoluta pro fraude, de rectificación de asientos registrales y anotación preventiva de la demanda	731/00
Nulidad absoluta de una escritura pública de compraventa por falta de causa.....	592/01
 XII. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL	
<i>Crédito refaccionario</i>	
Interpretación del privilegio del artículo 32 2 del Estatuto de los Trabajadores. Privilegio refaccionario frente a crédito tributario garantizado con hipoteca....	763/00
<i>Contrato de trabajo</i>	
Consecuencias de la consideración de «indefinida discontinua» de una trabajadora de la Seguridad Social	865/09
Contrato de colaboración temporal	1027/04
Contratos temporales	179/93
Contratos temporales. Efectos de sus irregularidades en las Administraciones Públicas.....	228/93
Contrato de trabajo por tiempo indefinido. Reconocimiento por Sociedad Estatal	749/00
Naturaleza jurídica de los contratos concertados por la CNE para puestos de Subdirectores.....	875/07
<i>Convenios colectivos</i>	
Impugnación por la Autoridad Laboral	165/94
Impugnación del Convenio Colectivo para el Personal Laboral y Eventual del Ayuntamiento	939/02
Jubilación forzosa	1038/04
Política de rentas	208/93

	<u>Página/año</u>
Reingreso al servicio activo desde la situación de excedencia voluntaria de los trabajadores de RTVE.....	887/07
Ultraactividad de convenios colectivos y empleo de la potestad disciplinaria por el Empresario.....	25/21
<i>Convenio Único para el personal de la Administración del Estado</i>	
Extinción de relación laboral de personal laboral fuera de convenio por cumplimiento de la edad de jubilación prevista en el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado	879/98-99
Reclasificación de los Oficiales administrativos del Ministerio de Defensa en el Grupo 5.º. Conformidad con el Convenio Único	609/01
<i>Cómputo de servicios prestados</i>	
Damas auxiliares de la sanidad militar	507/12
<i>Despido</i>	
Acreditación del contenido y vigencia del derecho extranjero aplicable a un despido.....	886/98-99
Embargabilidad de las indemnizaciones por despido; aplicación de los límites previstos al embargo de salarios	1121/03
Extinción del contrato antes de la obra o servicio determinado	871/09
Entidades de previsión social Mutuality Notarial. Naturaleza Jurídica.....	783/00
Régimen jurídico del complemento de pensión que se concede por la Mutuality General de la Abogacía en función del número de años de ejercicio de la Abogacía.....	92/92
<i>Expediente de regulación de empleo</i>	
Procedencia por crisis económica de la empresa	319/94
Expediente de regulación de empleo. Principio de igualdad: la edad como criterio de permanencia en la empresa.....	792/00
<i>Fondos de Promoción de Empleo</i>	
Régimen jurídico de la relación entre el Fondo y los trabajadores en él integrados	90/92
<i>Indemnizaciones por extinción de contrato</i>	
Concesión de indemnizaciones por extinción de contratos de trabajo en cuantía superior al acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993	516/12
Infracciones y sanciones en el orden social Infracción cometida por la misma Administración pública titular de la potestad sancionadora.....	729/97
Obtención fraudulenta de subsidio de desempleo.....	893/98-99
<i>Instituto Nacional de Empleo</i>	
Procedimiento que ha de seguir el INEM para el cobro de las cantidades que son adeudadas por diversos conceptos	179/93

Subvenciones a Centros colaboradores dentro del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional..... 1027/95-96

Orden público

Escuelas europeas: Normas internacionales primacía de la norma de orden público laboral 533/12

Personal laboral de la Administración

Abono de diferencias salariales por el ejercicio de funciones propias de un Grupo Profesional superior 853/05

Derecho de reingreso de personal del antiguo IRYDA..... 293/16

Interpretación de los conceptos de «masa salarial» y «consideración homogénea de la masa salarial» 877/09

Régimen de adscripción de personal investigador al consorcio Centro Nacional de Investigación sobre la Evolución Humana (CENIEH) 21/18

Régimen de contratación de determinado personal que presta servicios en el extranjero 500/94

Régimen jurídico aplicable al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF)..... 1065/04

Retribuciones. Plan de Pensiones constituido por el Consorcio de Compensación de Seguros para su personal laboral 739/97

Planes y Fondos de Pensiones

Contratación administrativa 1077/04

Prevención de riesgos laborales

Competencias en el ámbito de Justicia de las diversas Administraciones implicadas 624/01

Configuración legal de las Autoridades Portuarias. Interpretación lógica y teleológica de la normativa aplicable 1125/03

Seguridad en el Trabajo. Comité de seguridad y salud en un organismo público .. 1132/03

Relación laboral

Inexistencia de relación laboral. Contrato civil de Arrendamiento 802/06

Inexistencia de relación laboral con la SEPI 811/06

Responsabilidad patrimonial

Incompetencia del orden social frente a reclamaciones de daños y perjuicios contra la Administración General del Estado 614/01

Salarios de tramitación

Devengo 1091/04

Devengo: Importe de los devengados a partir del sexagésimo primer día hábil desde la presentación de la demanda, sin comprender los devengados desde la fecha del despido 566/11

Salarios de tramitación indebidamente reconocidos..... 22/18

	<u>Página/año</u>
Legitimación para reclamarlos.....	73/92
Reclamación al Estado: Regulación	91/92
 <i>Seguridad Social</i>	
Cuotas no satisfechas	218/93
Cotización al Régimen General de trabajador despedido cuando existe sentencia, confirmada en casación, declarando improcedente el despido...	109/91
Declaración de lesividad de resolución de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social	885/09
Extinción de deudas de Entidades públicas con la Seguridad Social en virtud de compensación	757/97
Maestros de Escuelas rurales dependientes del extinto Patronato mixto.....	768/97
Naturaleza Jurídica de las cantidades percibidas por el personal de Casinos de Juego directamente del fondo de propinas	246/93
Percepción de salarios no congruentes con las bases de cotización establecidas como tope máximo. Actas de la inspección de trabajo	1100/04
Servicio militar: Solicitud de declaración de que el tiempo de prestación sea considerado como de cotización a la Seguridad Social. Falta de jurisdicción del orden social	831/06
Sociedad Estatal Correos y Telégrafos: Personal laboral y personal estatutario.....	785/06
 <i>Sindicatos</i>	
Cambio de afiliación sindical de los miembros del comité de empresa.....	894/07
 <i>Subsidio por desempleo</i>	
Régimen especial agrario.....	159/90
 <i>Sucesión en empresas</i>	
Adjudicación al Estado en procedimiento de apremio de inmueble en el que se desarrolla actividad empresarial: Inexistencia de sucesión de empresa.....	87/92
Inexistencia de sucesión entre una empresa contratista y la Administración contratante	722/94

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES
CON LAS CORTES BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES I
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO MI
MINISTERIO DE LA PRESIDEN
JUSTICIA Y RELA
RELACIONES CON LA
CORT