

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1>

ESTUDIOS

- 17 **Barbero, Iker; Blanco, Cristina y Arrese, Nieves:** El internamiento de extranjeros: un análisis empírico de los procedimientos instruidos en la Comunidad Autónoma Vasca
- 57 **Chinchilla Marín, Carmen:** Ejecutividad y prescripción de las sanciones administrativas en las Leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público
- 97 **Delgado Piqueras, Francisco:** El procedimiento restringido en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público
- 117 **Leiva López, Alejandro D.:** La regulación del autoconsumo de electricidad en un nuevo entorno social y tecnológico
- 157 **Olivares Olivares, Bernardo D.:** Hacia un nuevo marco de transparencia durante los intercambios transnacionales de datos tributarios de carácter personal: el deber de informar
- 195 **Razquin Lizarraga, Martín María:** Los poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017

EUSKERA

- 231 **Cobrerros Mendazona, Edorta:** La normativa sobre el euskera publicada en 2017

JURISPRUDENCIA

- 239 **Razquin Lizarraga, José Antonio:** Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo

NOTAS

- 285 **Atela Uriarte, Aizbea:** Los consorcios en la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi tras la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
- 315 **Gavieiro González, Sonia:** Estudio relativo a los principios de la potestad sancionadora y a la tramitación del nuevo procedimiento sancionador común, a la vista de su regulación en las Leyes 39/2015 y 40/2015 y de la jurisprudencia reciente
- 359 **Lafuente Benaches, Mercedes:** El rescate de concesión de obra pública. Apuntes al rescate del túnel de Sóller
- 401 **Rovira Ferrer, Irene:** Reformulando la intervención foral y autonómica en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

BIBLIOGRAFÍA

- 427 Meilán Gil, J.L., *El itinerario desviado del Estado autonómico y su futuro*, Aranzadi, Pamplona, 2015, 185 páginas (**Carlos Aymerich Cano**)
- 433 Vázquez Matilla Francisco Javier y Razquin Lizarraga Martín María, *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de contratos del sector público*. Editorial Aranzadi, 2017, 370 páginas. (**Carmen Agoués Mendizabal**)
- 439 Muñoz Machado, S. (Dir.), *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Ed. Santillana. Madrid, 2017. 2 vols. (1060 y 2135 págs., respectivamente). (**Edorta Cobrerros Mendazona**)
- 441 Serrano Lasa, Iñaki, *La configuración jurídica de la ciudad compacta a través de las dotaciones urbanísticas*, HAE/IVAP, Oñati, 2017, 564 págs. (**Jasone Urkola Iriarte**)

Herri-Ardura
laritzako
Euskal
Aldizkaria

REVISTA VASCA

DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.ivap.euskadi.net/rvap

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1>

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



Oñati (Gipuzkoa)

URTARRILA
APIRILA

2018 ENERO
ABRIL

110-I

El Instituto Vasco de Administración Pública no se identifica con los juicios y opiniones de los autores reproducidos en esta Revista.

ISSN: 0211-9560

Depósito legal: BI - 551-89

Fotocomposición: Ipar, S. Coop. Zurbaran, 2-4 (48007 Bilbao)

DIRECCIÓN DE LA REVISTA:

Director: Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)
Secretaría: Carmen AGOUÉS MENDIZABAL (UPV/EHU)
Secretaria técnica: Begoña ALBERDI EZPELETA (IVAP)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Vocales: Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (UPV/EHU)
Peru BAZAKO ATUTXA (Diputación de Gipuzkoa)
Elisabete BIZKARRALEGORRA OTAZUA (Ayuntamiento de Bilbao)
José Manuel CASTELLS ARTECHE (UPV/EHU)
Javier CORCUERA ATIENZA (UPV/EHU)
Josu ERKOREKA GERVASIO (Universidad de Deusto)
Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (UPV/EHU)
Juan Luis IBARRA ROBLES (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco)
Gurutz JÁUREGUI BERECIARTU (UPV/EHU)
Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (Universidad Pompeu Fabra)
Santiago LARRAZABAL BASAÑEZ (Universidad de Deusto)
Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (UPV/EHU)
Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra)
Ángel ZURITA LAGUNA (Ayuntamiento de Bilbao)

CONSEJO ASESOR:

Luis AGUIAR DE LUQUE (Univ. Carlos III).
Eliseo AJA FERNÁNDEZ (Univ. de Barcelona).
Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU).
Enoch ALBERTÍ ROVIRA (Univ. de Barcelona).
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA (Univ. de Cantabria).
Ricardo ALONSO GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
M.ª Rosario ALONSO IBÁÑEZ (Univ. de Oviedo).
Estanislao ARANA GARCÍA (Univ. de Granada).
Esteban ARLUCEA RUIZ (UPV/EHU).
Nieves ARRESE IRIONDO (UPV/EHU).
Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (UPV/EHU).
José Luis ÁVILA ORIVE (Univ. de Deusto).
José María BAÑO LEÓN (Univ. Complutense de Madrid).
Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Univ. de Huelva).
Maggy BARRERE UNZUETA (UPV/EHU).
Concepción BARRERO RODRÍGUEZ (Univ. de Sevilla).
Francisco BASTIDA FREIJEDO (Univ. de Oviedo).
Miguel BELTRÁN DE FELIPE (Univ. de Castilla-La Mancha).
Joxerramon BENGOETXEA CABALLERO (UPV/EHU).
Juan María BILBAO UBILLOS (Univ. de Valladolid).
Ignacio BORRAJO INIESTA (Tribunal Constitucional).
Iñigo BULLAIN LOPEZ (UPV/EHU).
Francisco Javier CABALLERO HARRIET (UPV/EHU).
Arantza CAMPOS RUBIO (UPV/EHU).
Eloísa CARBONELL PORRAS (Univ. de Jaén).
Ana CARMONA CONTRERAS (Univ. de Sevilla).
Marc CARRILLO LÓPEZ (Univ. Pompeu Fabra).
José Luis CASCAJO CASTRO (Univ. de Salamanca).
Federico CASTILLO BLANCO (Univ. de Granada).
José Ignacio CUBERO MARCOS (UPV/EHU).
Carmen CHINCHILLA MARÍN (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco DELGADO PIQUERAS (Univ. de Castilla-La Mancha).
Silvia DEL SAZ CORDERO (UNED).
Eva DESDENTADO DAROCA (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco Javier DíEZ REVORIO (Univ. de Castilla-La Mancha).
Luis M.ª DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Univ. de Castilla La Mancha).
Antonio EMBID IRUJO (Univ. de Zaragoza).
Eduardo ESPÍN TEMPLADO (Univ. de Castilla-La Mancha).
José ESTEVE PARDO (Univ. de Barcelona).
Javier EZQUIAGA GANUZAS (UPV/EHU).
Antonio FANLO LORAS (Univ. de La Rioja).
Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (Univ. de Cádiz).
Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES (Univ. Complutense de Madrid).
Tomás FONT I LLOVET (Univ. de Barcelona).
Enric FOSSAS ESPADALER (Univ. Autónoma de Barcelona).
Mercedes FUERTES LÓPEZ (Univ. de León).
Eduardo GAMERO CASADO (Univ. Pablo Olavide).
Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (Univ. de Zaragoza).
Fco. Javier GARCÍA ROCA (Univ. Complutense de Madrid).
Agustín GARCÍA URETA (UPV/EHU).
Ángel GARRORENA MORALES (Univ. de Murcia).
Juana GOIZUETA VÉRTIZ (UPV/EHU).

Ángel GÓMEZ MONTORO (Univ. de Navarra).
Julio Víctor GONZÁLEZ GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
Ana Rosa GONZÁLEZ MURUA (UPV/EHU).
Emilio GUICHOT REINA (Univ. de Sevilla).
Juan IGARTUA SALAVERRIA (UPV/EHU).
María Victoria ITURRALDE SESMA (UPV/EHU).
Manuel IZQUIERDO CARRASCO (Univ. de Córdoba).
Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (Univ. Politécnica de Madrid).
Alberto LÓPEZ BASAGUREN (UPV/EHU).
Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (Univ. de Córdoba).
Luis LÓPEZ GUERRA (Univ. Carlos III).
Fernando LÓPEZ RAMÓN (Univ. de Zaragoza).
Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Univ. de Córdoba).
Elisenda MALARET GARCÍA (Univ. de Barcelona).
Luis MARTÍN REBOLLO (Univ. de Cantabria).
Manuel MEDINA GUERRERO (Univ. de Sevilla).
Juan MESTRE DELGADO (Univ. de Valencia).
Antoni MILIÁN i MASSANA (Univ. Autónoma de Barcelona).
José María MORALES ARROYO (Univ. de Sevilla).
María Carmen NÚÑEZ LOZANO (Univ. de Huelva).
Pablo PÉREZ TREMPES (Univ. Carlos III).
José Luis PIÑAR MAÑAS (Univ. CEU-San Pablo).
Antonio PORRAS NADALES (Univ. de Sevilla).
Eunate PRIETO ETXANO (UPV/EHU).
Ramón PUNSET BLANCO (Univ. de Oviedo).
Tomás QUINTANA LÓPEZ (Univ. de León).
Martín M.^a RAZQUIN LIZARRAGA (Univ. Pública de Navarra).
Manuel REBOLLO PUIG (Univ. de Córdoba).
Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Univ. de Cádiz).
Fernando REY MARTÍNEZ (Univ. de Valladolid).
Ricardo RIVERO ORTEGA (Univ. de Salamanca).
Agustín RUIZ ROBLEDO (Univ. de Granada).
Eduardo RUIZ VIEYTEZ (Univ. de Deusto).
Gerardo RUIZ-RICO (Univ. de Jaén).
Miguel SÁNCHEZ MORÓN (Univ. de Alcalá de Henares).
René Javier SANTAMARÍA ARINAS (Univ. de La Rioja).
Francisco Javier SANZ LARRUGA (Univ. da Coruña).
Juan José SOLOZABAL ECHEVARRIA (Univ. Autónoma de Madrid).
Javier TAJADURATEJADA (UPV/EHU).
Leopoldo TOLIVAR ALAS (Univ. de Oviedo).
Joaquín TORNOS MAS (Univ. de Barcelona).
M.^a Asunción TORRES LÓPEZ (Univ. de Granada).
Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ (Univ. de Girona).
Juan Ignacio UGARTEMENDIA EZEIZABARRENA (UPV/EHU).
Maite URIARTE RICOTE (UPV/EHU).
Roberto URIARTE TORREALDAI (UPV/EHU).
Iñigo URRUTIA LIBARONA (UPV/EHU).
Marcos VAQUER CABALLERÍA (Univ. Carlos III).
Diego VERA JURADO (Univ. de Málaga).
Francisco VILLAR ROJAS (Univ. de La Laguna).
Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU).

KOLABORAZIOAK ARGITARATZEKO ARAUAK

1. Herri Arduralaritzaren Euskal Aldizkariak Zuzenbideari buruzko azterlanak zabaldu nahi ditu, jatorrizkoak, betiere herri-administrazioak eta, oro har, aginte publikoak aztergai hartuta; dena den, ildo bereko beste arlo batzuk ere jorra litezke, interesgarri direlakoan, argitaratzeko modukotzat joz gero. Hartzailerei dagokienez, unibertsitateari, mundu akademikoari eta herri-administrazioetan diharduten langileei dago zuzendua, batez ere.

2. Lanek baldintza hauek bete beharko dituzte:

- A) Tarte eta erdirekin idatzitako 40 orrialde baino luzeagoak ez izatea.
- B) Egilearen izen-abizenak eta erreferentzia akademiko edo profesionala azaldu beharko dira, baita helbide elektronikoa ere. Datu horiek publiko egingo dira aldizkarian bertan.
- C) Lanek, izenburuaren ondoren, atalen aurkibidea izango dute. Letra «**lodia**» izenburuetan eta epigrafeetan baino ez da erabiliko; testu barruan, hala behar denean, letra «*etzana*» baino ez da erabiliko. «*Azpimarra*» ez da sekula erabiliko.
- D) Erreferentzia bibliografikoek era honetan bateratuta egon beharko dute:
 - ABIZENAK, Izena, *Liburuaren izenburua*. Argitaletxea. Lekua, urtea, or. [Adibidea: CASTELLS ARTECHE, José Manuel, *La policía autónoma*. IVAP. Oñati, 1988, 59.or.].
 - ABIZENAK, Izena, «Artikuluaren izenburua», *Aldizkariaren Izenburua* zk., urtea, or.[Adibidea: AGOUES MENDIZABAL, Carmen, «La función social en la propiedad del subsuelo urbano», RVAP 73 (I) zk., 2005, 11. or.].
- E) Laburpen txiki edo *abstract* bat ere erantsi beharko zaio, 100 eta 150 hitz artekoa, eta, bertan, hiru edo bost «hitz gako» agertuko dira; laburpenak hizkuntza ofizial bietan eta ingelesez argitaratuko dira. Gutxienez, argitaratu beharreko lanaren hizkuntzan bidali beharko ditu egileak laburpena eta hitz gakoak. Aldizkariak egingo du itzulpena, egileak beste bertsio bietako bat ematen ez duenean.
- F) Hizkuntza ez sexista erabiltze aldera [*Europako Kontseiluaren gomendioa CM/Rec (2007)17*], IVAPek ohar batzuk argitaratu ditu *IVAPeko estilo-liburuan* (Oñati, 2005, 169-176 orr.), erabilgarri izan daitezkeenak.

G) Lanak euskarri informatikoan bidali behar dira, posta elektronikoki bidez, aldizkariaren Idazkaritzara: argitalpenak-ivap@ivap.eus.

3. Lanek jatorrizkoak izan beharko dute, eta, gutxienez, Herri Ardularitzaren Euskal Aldizkariaren Aholku Batzordeko bi espezialistak (kanpokoak) ebaluatuko dituzte, anonimatu bikoitzeko sistemaren bidez. Txosten horiek eta behar diren txosten osagarriak ikusita, Erredakzio-kontseiluak hartuko du lanak argitaratzeari buruzko azken erabakia; egileei jakinaraziko die, eta, egoki bada, beharrezko diren aldaketak egiteko eskatuko die. Lanak argitaratzeko bidaliz gero, Herri Ardularitzaren Euskal Erakundeari, eta hari bakarrik, lagatzen zaizkio argitaratutako artikuluen erreproduktzio, banaketa eta komunikazio publikoko eskubideak, euskarri informatikoan argitaratzekoak barne. IVAPek bere web orrian jarriko ditu Herri Ardularitzaren Euskal Erakundearen Aldizkarian argitaratutako artikulua, kontsultarako.

4. Inprentako proben zuzenketa, egin behar izanez gero, probak jaso, eta, asko jota, 72 orduko epean egin eta bidali beharko da. Ezin izango dira zuzenketa zabalak edo funtsezkoak egin bidalitako jatorrizkoaren gainean.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE COLABORACIONES

1. La Revista Vasca de Administración Pública tiene por objeto la difusión de trabajos originales sobre el Derecho de la Administración Pública y de los poderes públicos en general, aunque también podrá hacerlo sobre materias afines cuando, por su interés, así se considere pertinente. Está dirigida, primordialmente, al mundo académico, universitario y a personas que prestan sus servicios en las administraciones públicas.

2. Los trabajos deberán cumplir los siguientes requisitos:

- A) Su extensión no sobrepasará las cuarenta páginas a espacio y medio.
- B) Deberá figurar el nombre y apellidos del autor o autora, su referencia académica o profesional, así como su correo electrónico. Datos que se harán públicos en la propia Revista.
- C) Los trabajos deberán llevar, tras el título, un sumario con los diversos apartados que contengan. El tipo de letra «negrita» sólo se podrá utilizar en los títulos y epígrafes; en el texto, cuando proceda, sólo se utilizará la «cursiva»; nunca podrá utilizarse el «subrayado».
- D) Las referencias bibliográficas estarán unificadas de la siguiente manera:

— APELLIDOS, Nombre, *Título del libro*. Editorial. Lugar, año, pág. [Ejemplo: CASTELLS ARTECHE, José Manuel, *La policía autónoma*. Ivap. Oñati, 1988, pág. 59].

— APELLIDOS, Nombre, «Título del artículo», en *Título de la Revista* núm. año, pág. [Ejemplo: AGOUES MENDIZABAL, Carmen, «La función social en la propiedad del subsuelo urbano», en *RVAP* núm. 73 (I), 2005, pág.11].

- E) Siempre deberá acompañarse un breve resumen o *abstract* de entre 100 y 150 palabras, y de tres a cinco «palabras-clave» que se publicarán en las dos lenguas oficiales del País Vasco y en inglés. La persona autora del trabajo deberá enviar el resumen y las palabras clave, al menos, en la misma lengua del trabajo a publicar. En el caso de no facilitarse alguna de las otras dos versiones, la propia Revista proveerá su traducción.

- F) Para un uso no sexista del lenguaje [*Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec (2007)17*], el IVAP ha publicado unas indicaciones, en su *Libro de estilo del IVAP* (Oñati, 2005, págs.169 a 176), que pueden resultar de utilidad.
- G) Los trabajos habrán de enviarse en soporte informático, por correo electrónico, a la Secretaría de la Revista: argitalpenak-ivap@ivap.eus.

3. Los trabajos, que siempre serán originales, resultarán evaluados por al menos dos personas especialistas (externas) pertenecientes al Consejo Asesor de la Revista Vasca de Administración Pública, por el sistema de doble anonimato. A la vista de tales informes y de los complementarios que se consideren precisos, el Consejo de Redacción adoptará la decisión definitiva sobre su publicación, que se comunicará a los autores, requiriendo las modificaciones que se consideren necesarias, en su caso. El envío de los trabajos para su publicación implica la automática cesión, en exclusiva, a la Revista Vasca de Administración Pública de los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes informáticos. El IVAP incluirá los trabajos publicados en la Revista Vasca de Administración Pública en su página web, a efectos de general consulta.

4. La corrección de las pruebas de imprenta, en su caso, deberá realizarse y reenviarse en un plazo máximo de 72 horas desde la recepción de las mismas. No se podrán efectuar correcciones amplias ni sustanciales sobre el original enviado.

Sumario

N.º 110-I

Estudios

- BARBERO, Iker, BLANCO, Cristina y ARRESE, Nieves:** El internamiento de extranjeros: un análisis empírico de los procedimientos instruidos en la Comunidad Autónoma Vasca 17
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.01>
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen:** Ejecutividad y prescripción de las sanciones administrativas en las Leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público 57
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.02>
- DELGADO PIQUERAS, Francisco:** El procedimiento restringido en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público 97
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.03>
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro D.:** La regulación del autoconsumo de electricidad en un nuevo entorno social y tecnológico 117
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.04>
- OLIVARES OLIVARES, Bernardo D.:** Hacia un nuevo marco de transparencia durante los intercambios transnacionales de datos tributarios de carácter personal: el deber de informar 157
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.05>
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María:** Los poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 195
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.06>

Euskera

- COBREROS MENDAZONA, Edorta:** La normativa sobre el euskera publicada en 2017. 231
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.07>

Jurisprudencia

- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio:** Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo 239
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.08>

Notas

- ATELA URIARTE, Aizbea:** Los consorcios en la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi tras la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. 285
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.09>

- GAVIEIRO GONZÁLEZ, Sonia:** Estudio relativo a los principios de la potestad sancionadora y a la tramitación del nuevo procedimiento sancionador común, a la vista de su regulación en las Leyes 39/2015 y 40/2015 y de la jurisprudencia reciente 315
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.10>

- LAFUENTE BENACHES, Mercedes:** El rescate de concesión de obra pública. Apuntes al rescate del túnel de Sóller 359
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.11>

- ROVIRA FERRER, Irene:** Reformulando la intervención foral y autonómica en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones 401
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.12>

Bibliografía

- MEILÁN GIL, J.L.,** *El itinerario desviado del Estado autonómico y su futuro.* Aranzadi, Pamplona, 2015, 185 páginas (Carlos AYMERICH CANO) 427
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.13>

- VÁZQUEZ MATILLA Francisco Javier y RAZQUIN LIZARRAGA Martín María,** *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de contratos del sector público.* Editorial Aranzadi, 2017, 370 páginas. (Carmen AGOUÉS MENDIZABAL) 433
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.14>

- MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.),** *Diccionario panhispánico del español jurídico.* Ed. Santillana. Madrid, 2017. 2 vols. (1060 y 2135 páginas, respectivamente). (Edorta COBREROS MENDAZONA) 439
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.15>

- SERRANO LASA, Iñaki,** *La configuración jurídica de la ciudad compacta a través de las dotaciones urbanísticas.* HAEE/IVAP, Oñati, 2017, 564 páginas. (Jasone URKOLA IRIARTE) 441
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.16>

Colaboran en este número

Iker BARBERO GONZÁLEZ. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (iker.barbero@ehu.eus)

Cristina BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA. Profesora Titular de Sociología. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (cristina.blanco@ehu.eus)

Nieves ARRESE IRIONDO. Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (nieves.arrese@ehu.eus)

Carmen CHINCHILLA MARÍN. Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá (carmen.chinchilla@uah.es)

Francisco DELGADO PIQUERAS. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha (Francisco.Delgado@uclm.es)

Alejandro D. LEIVA LÓPEZ. Profesor Área de Derecho Administrativo. Universidad de Almería (alejandro.leiva@ual.es)

Bernardo D. OLIVARES OLIVARES. Doctor Profesor en el Área de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Miguel Hernández (bernardo.olivares@icae.es)

Martín María RAZQUIN LIZARRAGA. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pública de Navarra (martin.razquin@unavarra.es)

Edorta COBREROS MENDAZONA. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (e.cobrerros@ehu.eus).

José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA. Asesor Jurídico del Gobierno de Navarra. Profesor Asociado Doctor de Derecho Administrativo. Universidad de Navarra (jrazquinl@gmail.com)

Aizbea ATELA URIARTE. Funcionaria de Administración Local. Doctoranda de la Universidad de Deusto (aizbea.atela@iurreta.eus).

Sonia GAVIEIRO GONZÁLEZ. T.A.E. del Ayuntamiento de Santurtzi (soniagavieiro@santurtzi.eus)

Mercedes LAFUENTE BENACHES. Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia (Mercedes.Lafuente@uv.es)

Irene ROVIRA FERRER. Profesora de Derecho Financiero y Tributario. Universitat Oberta de Catalunya (iroviraf@uoc.edu)

El internamiento de extranjeros: un análisis empírico de los procedimientos instruidos en la Comunidad Autónoma Vasca*

Iker Barbero
Cristina Blanco
Nieves Arrese

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.01>

Sumario: I. Introducción.—II. Regulación del internamiento.—III. Metodología.—IV. Análisis empírico. 1. La detención y la solicitud policial de internamiento. 2. El papel de los operadores jurídicos en la comparecencia. 3. La resolución judicial. 4. Internamiento y modalidades de salida en los CIEs de destino.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

I. Introducción

El internamiento preventivo de extranjeros es una medida cautelar personal propia del actual régimen global de contención de la inmigración (1). Más de 250 campos y centros de detención para inmigrantes se extienden por todo el territorio de la Unión Europea, con una capacidad para más de un millón de personas (Migreurop 2016, *Global Detention Project*). La reglamentación de la UE prevé que la retención se efectúe, por norma general, en centros de retención especializados, y siempre que se utilicen prisiones las personas extranjeras deben estar separadas de los presos comunes. Sin embargo, en la práctica existe una gran variedad de espacios de retención e internamiento, como las comisarías de policía, los cuarteles militares o los puestos de aduana o zonas de tránsito internacional en puertos y aeropuertos.

* Este artículo es fruto del trabajo llevado a cabo en el seno del Proyecto de investigación de la UPV-EHU, titulado «IUSFUNDIE: Derechos fundamentales y formas actuales de detención, internamiento y expulsión de personas en situación administrativa irregular» (US15/20) www.iusfundie.eu.

(1) WELCH y SCHUSTER (2005); ANDRIJASEVIC (2010).

En el Estado español, este internamiento se produce en alguno de los ocho Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) diseminados por toda su geografía: Madrid, Barcelona, Valencia, Murcia, Algeciras, Tarifa, Gran Canaria y Tenerife. Si bien las instalaciones de Málaga o Fuerteventura han sido clausuradas por distintos motivos, existe una propuesta gubernamental de abrir tres nuevos centros en Algeciras, Madrid (Aeropuerto de Barajas) y Málaga (2). A esto hay que añadir la reciente experiencia de convertir «temporalmente», y empleando procedimientos legalmente atípicos/irregulares, el centro penitenciario de Archidona (Málaga) en CIE (3). Se trata de emplazamientos «de carácter no penitenciario» en los cuales las personas extranjeras permanecen bajo custodia de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, siendo dirigidos y gestionados por el Cuerpo Nacional de Policía, dependiente del Ministerio del Interior. Sin embargo, pese a tratarse de una cuestión administrativa, está constitucionalmente prohibido que la Administración civil imponga *sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad* (art. 25.3 CE). La intervención judicial, en teoría, constituye una garantía de los derechos fundamentales de la persona cuando la privación de libertad exceda de setenta y dos horas (art. 17.2 CE). Por lo tanto, como veremos en este artículo, el internamiento de extranjeros se mueve entre el ámbito policial-administrativo y el ámbito judicial penal.

La justificación jurídico-técnica de este sistema de contención administrativa, aplicable exclusivamente a las personas extranjeras (nunca a los nacionales), en tanto que medida cautelar, reside en la necesidad de confinar a la persona mientras se sustancia el expediente sancionatorio por infracción de la Ley de extranjería, o para asegurar la materialización de una orden de expulsión previamente dictada. Según los informes del Mecanismo para la Prevención de la Tortura/Defensor del Pueblo (MPT-DP), en 2015 6.930 personas extranjeras fueron internadas (6.475 hombres y 455 mujeres). En 2016 esta cifra ha ascendido a 7.597 internamientos (7.084 hombres y 513 mujeres). No obstante, en tanto que el objetivo del internamiento es asegurar la expulsión, una de las principales críticas que se esgrimen frente a estos centros es su propia efectividad. En los últimos años, la tasa global de expulsabilidad ronda el 30-40%. De los 6.930 extranjeros internados en 2015, «únicamente»

(2) «El Gobierno quiere tres nuevos Centros de Internamiento de Extranjeros en Algeciras, Madrid y Málaga». Europapress.es, 15 de enero de 2015.

(3) «La cárcel de migrantes de Archidona: una ilegalidad de 1,4 millones de euros. Una semana después de que más de 500 personas migrantes fueran encerradas en una prisión aún sin habilitar, algunos familiares protestan en los alrededores del que ya es un "centro temporal de inmigrantes" para el Gobierno. Abogados llevarán el caso ante la Fiscalía y el Tribunal Constitucional por incumplir la Ley de Extranjería». Público.es, 17 de Noviembre de 2017.

fueron expulsados 2.871 (41,43%); y esta cifra global baja al 30% en 2016. Esto plantea un cuestionamiento de la efectividad como medida cautelar, en tanto que es relativamente bajo el número de personas que finalmente son expulsadas, más aún cuando se ha sometido a privación de libertad (incluso lejos de su entorno familiar y social) a las que no se ha logrado expulsar. Es lo que ha denominado «deportation turn» (4).

En el País Vasco no hay ubicado ningún CIE, por lo que las personas con orden de internamiento son trasladadas a los centros de Aluche (Madrid), o circunstancialmente al de Zona Franca (Barcelona). El acceso a 211 expedientes de internamiento sustanciados en los juzgados de instrucción del País Vasco durante el 2015, así como a los datos de internamiento de los CIEs de Madrid y Barcelona, nos han provisto de una visión novedosa hasta la fecha (5). Este artículo, basado tanto en el análisis de expedientes judiciales de internamiento como en datos secundarios de internamiento, busca entender algunas de las lógicas que están presentes en estos procedimientos.

Nuestro objetivo ha sido comprobar si, pese a la intervención de un juez del ámbito penal, las garantías formales del proceso son suficientes, especialmente en lo que refiere a la posibilidad de defensa (tiempo para recabar información por parte del abogado, vista/comparecencia relativamente corta y sin grandes posibilidades de medios de prueba) (6); y, al mismo tiempo, comprobar la efectividad del procedimiento en cuanto al cumplimiento de sus objetivos, para lo cual analizamos la relación entre personas detenidas, personas internadas y personas finalmente expulsadas desde los CIEs.

A través del cruce de distintas variables podremos aproximarnos a los principales argumentos esgrimidos por estos actores en momentos como la solicitud policial de internamiento, los argumentos de la defensa letrada y del propio extranjero, los fundamentos judiciales para conceder o denegar el internamiento, o incluso las circunstancias en las que se producen las liberaciones o expulsiones desde los propios CIEs. Esta visión empírica puede ser de gran interés no solo para futuras investigaciones, sino también de gran utilidad para operadores jurídicos como abogados, jueces o fiscales interesados en práctica cotidiana de este procedimiento.

(4) GIBNEY y HANSEN (2003).

(5) BARBERO GONZÁLEZ; BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA; ARRESE IRIONDO; GONZÁLEZ MURUA (2017). Tal vez, el único estudio similar es el recientemente publicado por GONZÁLEZ BEIL-FUSS, Markus, sobre el internamiento en la provincia de Barcelona bajo el título «Detention for the purpose of removal in Spain: Empirical and socio-legal approach to its functioning» en la revista *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, núm. 2, 2017.

(6) RÍOS; SANTOS; ALMEIDA (2014).

II. Regulación del internamiento

El internamiento ha estado presente en el ordenamiento jurídico español desde la aprobación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Esta norma, de manera similar a la actualmente en vigor (7), contemplaba una serie de supuestos, entre los que se incluía «encontrarse ilegalmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles», como susceptibles de conllevar la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente sancionador principal. A ese propósito, la autoridad gubernativa que acordara la detención debía dirigirse al juez de instrucción del lugar de la detención, en el plazo de setenta y dos horas, solicitando el internamiento (8). Acordada ésta, su duración máxima no podía exceder de cuarenta días (art. 26 Ley Orgánica 7/1985).

Las reformas de la Ley de Extranjería 4/2000 que de una manera más directa han afectado a la regulación del internamiento de extranjeros han sido las llevadas a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que introduce una serie de previsiones relativas a las medidas cautelares que cabe adoptar durante la tramitación del expediente sancionador en el que se formule propuesta de expulsión, entre las que se incluye la medida de internamiento (Art. 61 LOEx.) (9). Por su parte, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, incluyó en el articulado de la Ley de Extranjería una serie de consideraciones relativas a los derechos de las personas extranjeras internadas, sus deberes, información y reclamaciones, medidas de seguridad y funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros (arts. 62 LOEx). Por otra parte, desaparece de la Ley la mención a la autoridad gubernativa como sujeto habilitado para pedir al juez de instrucción el internamiento de la persona extranjera, que es sustituida por la figura del instructor del procedimiento. Esta Ley también incorpora la referencia a que «el juez, previa audiencia al interesado, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y

(7) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(8) La STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1, declaró la constitucionalidad del art. 26.2, párrafo 2.º, al entender que no era la autoridad administrativa la que privaba de libertad a la persona extranjera, sino la judicial, como se tendrá ocasión de comprobar más adelante.

(9) Esta reforma también implica que el art. 58 hasta ese momento en vigor pase a ser el art. 62.

de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes» (art. 62.1 LOEx.).

La denominada Directiva de Retorno (10), promulgada en 2008, por su parte, supuso, en términos generales, un endurecimiento de las consecuencias de la situación de irregularidad de las personas extranjeras. En su virtud, cabe internar a aquellas personas extranjeras en situación irregular, en particular, cuando exista riesgo de fuga o se evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión (11), por una duración máxima de seis meses (12), debiendo procederse a su puesta en libertad cuando desaparezcan las citadas condiciones o no exista una perspectiva razonable de expulsión (art. 15).

Finalmente, se ha de mencionar que en 2014 se aprobó el Reglamento relativo a los Centros de Internamiento de Extranjeros (13), siendo su principal función desarrollar las previsiones contenidas en el art. 62 de la Ley Orgánica de Extranjería (14).

Los procedimientos sancionadores que pueden desembocar en la adopción de una sanción de expulsión pueden tramitarse siguiendo el procedimiento ordinario o el preferente (15). En materia de internamiento de personas extranjeras, la opción por la tramitación ordinaria o preferente no es baladí, ya que solo se podrá acordar aquel durante la tramitación del procedimiento preferente (16), no así cuando se siga el

(10) Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

(11) La decisión de internamiento puede ser adoptada por autoridad administrativa o judicial, si bien, en el primer caso, se habrá de establecer un control judicial rápido de legalidad del internamiento o conceder a la persona internada el derecho a incoar un procedimiento para que se someta a control judicial rápido la legalidad de su internamiento.

(12) Se prevé la posibilidad de prorrogar el citado plazo hasta por doce meses más en casos excepcionales, tales como la falta de cooperación o demoras en la obtención de la documentación necesaria.

(13) Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, que sustituyó a la Orden de 22 de febrero de 1999, norma que a la aprobación del RCIE regulaba todo lo relativo a los centros de internamiento de extranjeros. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2015 anuló alguno de sus preceptos.

(14) LÓPEZ BENÍTEZ (2014); GONZÁLEZ BEILFUSS (2016).

(15) La particularidad de la tramitación preferente es la reducción global de los plazos de cada trámite; así, el plazo de alegaciones se establece en cuarenta y ocho horas (arts. 63.4 LOEx. y 235.1 REEx., con advertencia, además, de que si no se efectúan, el acuerdo de iniciación será considerado como propuesta de resolución), el período probatorio en tres días (arts. 63.5 LOEx. y 235.4, párrafo 3.º REEx.) y el trámite de audiencia en cuarenta y ocho horas (arts. 63.4 LOEx., declarado constitucional por la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 16, y 235.4, párrafo 4.º REEx.).

(16) El art. 63 bis, 3) LOEx., que admite la adopción de medidas cautelares también en el procedimiento ordinario, excluye expresamente el internamiento.

procedimiento ordinario. Durante la instrucción del procedimiento sancionador, cabe que el órgano instructor solicite motivadamente al juez de instrucción del lugar donde se ha procedido a la detención (art. 62.6 LOEx.) (17) el internamiento de la persona extranjera expulsable (arts. 61.1.d) y 62.1 LOEx.).

La Circular 6/2014, de 11 de julio, de la Dirección General de la Policía-Comisaría General de Extranjería y Fronteras, contiene una serie de circunstancias y criterios que han de ser valoradas por los instructores a la hora de solicitar el internamiento. Éstas se dividen en circunstancias de carácter personal del ciudadano extranjero y circunstancias sobre la posibilidad real de ejecutarse la repatriación. Las primeras, a su vez, pueden ser genéricas (si tiene o no domicilio conocido en España, personas con las que convive y vínculos familiares con los mismos, si tiene hijos menores a su cargo, las consecuencias para él y los miembros de su familia de la expulsión, si tiene arraigo en España, si está provisto de pasaporte, si existe riesgo de fuga o de incomparecencia, si representa un riesgo para el orden público o la seguridad pública o nacional, cualquier otra circunstancia relativa a la existencia de vínculos con España y con su país de origen) y específicas (la edad de la persona implicada, si se trata de persona anciana, si se trata de mujer embarazada, cuál es su estado físico y psíquico, si necesita tratamiento médico o está sujeto a revisiones médicas, si ha padecido algún tipo de violencia física, psíquica, sexual o cualquier tipo de violación o tortura, cualquier otra circunstancia que pueda indicar que se trata de persona vulnerable). En cuanto a las circunstancias sobre la posibilidad real de ejecutarse la repatriación se enumeran las siguientes: si el expedientado está provisto de documento de viaje o pasaporte, si se trata de un nacional de un país que tiene o no representación diplomática o consular en España, si se trata de un nacional que no será documentado por las autoridades consulares de su país, si es nacional de un país que, aunque lo documente, es factible que transcurra el plazo de 60 días máximo del internamiento.

El juez no se ha de limitar a ratificar la solicitud de internamiento presentada por el instructor del procedimiento, sino que adoptará su decisión libremente, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso. De ahí que la decisión sobre la pérdida de la libertad sea judicial (18), mien-

(17) La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2015, dictaminó que la adopción por parte del juez de una medida de internamiento sin previa solicitud del órgano instructor del procedimiento sancionador supone la comisión de un delito de prevaricación imprudente.

(18) La Ley Orgánica de Extranjería prevé la intervención de dos jueces de instrucción: el primero, el del lugar donde se practique la detención de la persona extranjera, será quien autorizará, en su caso, el internamiento. El segundo, el del lugar de internamiento, será el competente para el control de la estancia, art. 62.6 LOEx.

tras que la expulsión y su ejecución tienen carácter administrativo (19). Y es precisamente esa circunstancia la que determina la constitucionalidad de la medida de internamiento, ya que de esta manera quedan garantizados tanto el derecho a la libertad del art. 17 de la Constitución, como la prohibición de que la administración civil imponga sanciones que impliquen privación de libertad contemplada en el art. 25.3 del texto constitucional.

Por lo que a las posibilidades de impugnar el auto de internamiento se refiere, aunque la normativa sobre extranjería no prevea ningún recurso a estos efectos, por aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cabría la interposición del recurso de reforma, que procede contra todos los autos del juez de instrucción, y cuyo conocimiento corresponde al propio juez de instrucción (arts. 217 y 220 LECr.), y el recurso de queja, ante el tribunal superior competente, que cabe interponerlo contra todos los autos no apelables (arts. 218 y 219 LECr.) (20).

III. Metodología

La recogida de información con la que trabajamos en este artículo es doble. Por un lado, hemos realizado el análisis de expedientes de internamiento registrados en los juzgados de instrucción e instrucción y primera instancia en el País Vasco correspondientes al año 2015; por otro lado, y temporalmente posterior, se recibió la respuesta a una solicitud de datos a través de Portal de Transparencia del Gobierno central sobre internamiento en los CIEs de Madrid y Barcelona durante el 2015.

El acceso a los expedientes tramitados fue posible gracias a la colaboración con la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, los decanatos de cada uno de los partidos judiciales, así como de los y las juezas y letradas de la Administración de Justicia de cada uno de los juzgados. La recogida de datos se realizó con un escrupuloso respeto a las normas de protección de datos sensibles de las personas reflejadas en los expedientes.

(19) STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1. REQUEJO RODRÍGUEZ (2006), pág. 107.

(20) No procedería el recurso de apelación, ya que está previsto únicamente para los casos determinados en la ley (art. 217 LECr.) y la Ley Orgánica de Extranjería guarda silencio sobre este particular.

En total, se han analizado 211 expedientes de internamiento por todo el territorio vasco (21). Entendemos por «expediente de internamiento» el conjunto de documentos jurídicos que componen la carpeta física que es empleada en un procedimiento judicial de internamiento: la solicitud policial (22), el informe fiscal (23), el acta de audiencia (24) y el auto judicial que decreta o deniega el internamiento (25). Para el análisis de todos estos documentos, se ha creado una base de datos específica (26) que ha permitido recoger información sobre la solicitud policial de internamiento, el perfil del extranjero afectado, la posición del Ministerio Fiscal, la acción de la defensa letrada del extranjero y la resolución del juez de instrucción que ha acabado autorizando (119) o denegando (92) el internamiento.

Respecto a la distribución de la muestra, es preciso señalar que la Comunidad Autónoma del País Vasco se divide, desde el punto de vista judicial, en 14 Partidos Judiciales, en los cuales hay 55 Juzgados de Instrucción Penal o Primera Instancia e Instrucción Penal. En Bizkaia: Balmaseda (1), Barakaldo (4), Bilbao (10), Durango (4), Gernika (4) y Getxo (4); En Gipuzkoa: Azpeitia (2), Eibar (2), Bergara (4), Irún (5), Donostia (5) y Tolosa (4); En Araba: Amurrio (2) y Vitoria-Gasteiz (4). Sin embargo, no todos los partidos judiciales contaban con expedientes de internamiento, tal y como se muestra en la siguiente tabla:

(21) En esta cifra no se incluyen una serie de expedientes que, por distintos motivos, no han podido ser tenidos en cuenta para este estudio. Para el caso de Gipuzkoa, nos fue denegado el acceso por parte del titular del juzgado a un expediente del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Eibar; y en Bergara, uno de los dos expedientes no hacía referencia a un internamiento conocido por ese juzgado sino trasladado a Donostia. En la provincia de Bizkaia, 4 expedientes del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Bilbao se perdieron por un error humano al manipular la aplicación informática. En el caso de Araba, dos expedientes del juzgado número 1 de Vitoria Gasteiz se habían extraviado, uno del juzgado número 3 estaba duplicado en la lista que nos habían facilitado y otro que estaba registrado como internamiento era realmente una requisitoria.

(22) La solicitud policial representa el documento a través del cual el órgano instructor del Cuerpo Nacional de Policía insta el internamiento una vez constatada la existencia de una posible orden de salida obligatoria del país y la necesidad de asegurar la ejecución.

(23) Posición de la Fiscalía respecto a la pertinencia u oposición al internamiento y los argumentos aducidos para una u otra decisión

(24) Acta redactada por el letrado de la Administración de Justicia que describe todas las intervenciones producidas en la comparecencia previa a la resolución. En algunos juzgados esta fase se encuentra ya grabada en video y digitalizada en CD.

(25) Pronunciamiento judicial y argumentación en torno a la autorización o denegación del internamiento

(26) Esta base fue diseñada en el marco del proyecto *The Social Life of State Deportation Regimes: A Comparative Study of the Implementation Interface* (ERC-Starting grant 336319), dirigido por Barak KALIR, de la Universidad de Ámsterdam.

Tabla 1

Distribución de expedientes por Partido Judicial en el País Vasco (2015)

Partido Judicial	N.º	%
Bilbao	92	43,6
Donostia	50	23,7
Vitoria-Gasteiz	38	18,0
Irun	16	7,6
Tolosa	7	3,3
Barakaldo	4	1,9
Gernika	2	0,9
Bergara	1	0,5
Getxo	1	0,5
Eibar, Azpeitia, Durango, Balmaseda y Amurrio	0	0
Total	211	100

Respecto a los datos derivados de la solicitud a través del Portal de transparencia son fruto de la siguiente pregunta: «Tras sendas reuniones mantenidas con los directores de los CIEs de Madrid y Barcelona, y conocer el tipo de registro estadístico que se realiza en estos centros, quisiéramos solicitar la siguiente información ¿Cuántas personas extranjeras han sido internadas en los Centros de Internamiento para Extranjeros de Madrid (Aluche) y Barcelona (Zona Franca) por parte de plantillas del Cuerpo Nacional de Policía ubicadas en el País Vasco? Por años 2010-2016, por sexo, por motivo jurídico, por nacionalidad, por tiempo de internamiento y por resultado (expulsión liberación)». Se trata, por tanto, de datos relativos a la fase posterior, al internamiento. Por cuestiones de unidad y continuidad analizaremos los 132 datos relativos a 2015, o lo que equivale a 110 internamientos en Madrid y 21 en Barcelona. Existe una pequeña desviación numérica entre los datos obtenidos en los juzgados (119 internamientos autorizados) y aquellos aportados por el Ministerio de Interior (135), pero hemos tenido en cuenta ambos datos de manera que no afecte a nuestro análisis ni a las conclusiones (más allá de ser un hecho conclusivo en sí mismo).

IV. Análisis empírico**1. La detención y la solicitud policial de internamiento**

La detención de la persona extranjera es la actuación administrativa previa que realiza la policía como medida cautelar dirigida a incoar un expediente sancionatorio o ejecutar una orden de expulsión ya dictada. Du-

rante el año 2015, 1.913 personas fueron detenidas en la Comunidad Autónoma Vasca (CAV) por infracción de la Ley de Extranjería, según datos proporcionados por la Jefatura Superior de la Policía Nacional. 527 fueron detenidas en la provincia de Bizkaia, 313 en Araba y 1.073 en Gipuzkoa. Debemos indicar que el desequilibrio entre provincias se debe, indudablemente, a la existencia de dos comisarías en Gipuzkoa: una en Donostia-San Sebastián, donde se detuvo a 379, y otra en Irún, con un total de 694 detenciones. Irún no presenta tasas de extranjería significativamente superiores a otros municipios guipuzcoanos, por lo que el factor localidad-frontera interna con Francia parece ser claramente determinante (27). Ahora bien, como veremos más adelante, éste es un factor que apenas tiene incidencia en los casos de internamiento en CIE.

Según el análisis de los expedientes judiciales de internamiento tramitados en 2015, y en lo que refiere al cuerpo policial que realiza la detención, es el Cuerpo Nacional de Policía o Policía Nacional española la que efectúa la gran mayoría de detenciones (76,3%), en tanto que tiene encomendada competencialmente la labor de control de fronteras y extranjería (tabla 2). Ahora bien, es posible que en las labores propias de la policía autonómica vasca, Ertzaintza, o de las diferentes policías locales, también se produzcan detenciones de personas extranjeras en situación irregular (un 21.8 % en 2015), que posteriormente son puestas a disposición de la Policía Nacional. En cualquier caso, ésta será siempre la encargada de tramitar el expediente de internamiento.

Tabla 2

Cuerpo policial que realiza la detención

Cuerpo policial que detiene	N.º	%
C.N. Policía	161	76,3
Policía Local	25	11,8
Ertzaintza	21	10,0
No consta	4	1,9
Total	211	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Respecto al lugar de detención, hay una clara preferencia a manifestar en los expedientes que la detención se ha producido en la calle (tabla 3).

(27) BARBERO (2017), 1-26.

Ahora bien, en diversos expedientes la calle a la que se hacía referencia coincidía con las calles donde se ubican las comisarías (Calles Gordóniz de Bilbao o Paseo del Urumea de Donostia-San Sebastián, por ejemplo) o los juzgados (Plaza Teresa de Calcuta, Plaza de Donostia, Ibáñez de Bilbao en Bilbao o en la Avenida Gasteiz de Vitoria-Gasteiz). Esto hace que las comisarías, juzgados o sus proximidades sean otro punto importante en cuanto a lugar de la detención. Es cierto que en un 37% de los expedientes no consta el lugar de la detención, un elemento que debería incluirse, ya que en determinadas ocasiones podría ser de ayuda a los argumentos de la defensa. Centros de contención como la cárcel o un centro de menores (6 detenciones) son también lugares a tener en cuenta, en tanto que la persona está localizada y es previsible su puesta en libertad. Finalmente, es muy llamativo el hecho de que apenas un solo expediente exprese que la persona ha sido detenida en la frontera, cuando la comisaría local de Irún, responsable del control fronterizo, realizó 694 detenciones. Esto puede estar relacionado con el Acuerdo de Readmisión de Extranjeros con Francia (2002), según el cual la readmisión/expulsión se realiza en menos de 72 horas, por lo que no se precisaría de internamiento.

Tabla 3
Lugar de la detención

Lugar detención	Hombres	Mujeres	Total	
			N.º	%
Calle	86	6	92	43,6
No consta	78	1	79	37,4
Otro	13	2	15	7,1
Comisaría	14	0	14	6,6
Salida de prisión	5	0	5	2,4
Estación de autobuses	2	0	2	0,9
Bar	1	0	1	0,5
Centro de acogida de menores	1	0	1	0,5
Frontera	1	0	1	0,5
Pensión	1	0	1	0,5
Total	202	9	211	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Se aprecia una gran concentración de los territorios próximos a las comisarías, ya que la gran mayoría de las detenciones se producen en las capitales de provincia o en Irún, aunque hay algunos municipios disemina-

dos donde también se detiene, principalmente en Bizkaia y Gipuzkoa. En Araba, todas las detenciones se han producido en la propia ciudad, salvo una que se produjo en Iruña de Oka, ubicación de la cárcel de Langraitz.

Tabla 4
Municipio de detención

Municipio detención	N.º	%
Bilbao	54	25,6
Donostia / San Sebastián	49	23,2
Vitoria-Gasteiz	35	16,6
Irún	16	7,6
Tolosa	4	1,9
Gernika-Lumo	2	0,9
Hernani	2	0,9
Barakaldo	1	0,5
Bergara	1	0,5
Iruña Oka/Iruña de Oca	1	0,5
Leioa	1	0,5
Mungia	1	0,5
Sopelana	1	0,5
Urnieta	1	0,5
Villabona	1	0,5
No consta	41	19,4
Total	211	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Si miramos la relación entre detenciones por ley de extranjería y comisaría que realiza la solicitud de internamiento en CIE, vemos que hay cierta correlación entre el volumen de detenciones y las solicitudes de internamiento (tabla 5). No obstante, tal y como decíamos anteriormente, siendo Irún la comisaría que más detenciones realiza por motivos de extranjería (694), es llamativo que únicamente consten 16 expedientes de internamiento solicitados por la comisaría de Irún (únicamente un 2,3%). La mayoría de expedientes analizados han sido incoados por la comisaría de Bilbao (99), seguida de Donostia (58), y finalmente Gasteiz (38).

Si nos fijamos en los principales argumentos que emplea la policía para solicitar el internamiento (tabla 6), vemos que «los antecedentes

policiales» (sin necesariamente sentencia judicial) son un argumento recurrente (en el 88,2% de los expedientes). No obstante, si reparamos en la naturaleza de tales antecedentes (tabla 7), vemos que el que se cita mayoritariamente es la propia la infracción de la ley de extranjería (51,7%) (seguido de delitos contra el patrimonio como hurtos o robos, 40%), algo que resulta obvio puesto que el internamiento en CIE sólo se permite para personas en situación irregular (y en muy menor medida personas con expulsión penal). 24 personas carecían de antecedentes policiales y penales, y 115 contaban sólo con antecedentes policiales. Únicamente 71 personas contaban con antecedentes policiales y penales (tabla 8)

Tabla 5

Relación entre detenciones por ley de extranjería y comisaría que realiza la solicitud de internamiento en CIE

Comisaría	Detenciones LOEx	Solicitud CIE	% solicitudes sobre total detenciones
Bilbao	527	99	18,8
Donostia	379	58	15,3
Irún	694	16	2,3
Vitoria-Gasteiz	313	38	12,1

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Tabla 6

Argumentos para solicitar el internamiento

Argumento Policía para Solicitud	N.º (*)	% (sobre 211)
Antecedentes policiales	186	88,2
Carencia de medios económicos	168	79,6
Carencia de arraigo familiar	157	74,4
Carencia de domicilio estable	133	63,0
Utilización de nombre supuesto	87	41,2
Antecedentes penales	72	34,1
Necesidad de recabar autorización de otros juzgados	12	5,7
Carencia de documentación en trámite	3	1,4

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

(*) En cada expediente puede aparecer más de un argumento, por lo que el total de argumentos citados supera al total de expedientes analizados.

Además de los «antecedentes» (policiales y/o penales), se citan también otros argumentos, como la carencia de medios económicos (79,6%), la carencia de arraigo familiar (74,4%) y la carencia de domicilio estable (63%). Es decir, en un porcentaje alto, la policía argumenta que se trata de personas desarraigadas socialmente y sin medios económicos propios para su supervivencia.

Tabla 7
Tipos de antecedentes policiales mencionados en solicitud

Tipos de antecedentes policiales	N.º	%
Infracción Ley Extranjería	109	51,7
Delito contra el patrimonio	86	40,8
Detención por cuestiones procesales/judiciales	30	14,2
Delito contra las personas	25	11,8
Delito contra agente policial/en detención	21	10,0
Violencia domestica/familiar	21	10,0
Delito contra la salud publica	11	5,2
Falsedad documental	7	3,3
Delito contra la seguridad vial	3	1,4
Asociación ilícita	1	0,5
Delito contra los derechos de los trabajadores	1	0,5
Tenencia armas/municiones/explosivos	1	0,5
Total antecedentes policiales citados	316	100

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Tabla 8
Relación entre antecedentes policiales y antecedentes penales

Antecedentes policiales	Antecedentes penales		Total
	No	Sí	
No	24	1	25
Sí	115	71	186
Total	139	72	211

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Teniendo en cuenta que la detención no puede prolongarse más de 72 horas, las solicitudes se efectúan principalmente el mismo día de la detención (117 ó 55,5%), aunque algunas se prolongan 1 (36%), 2 (6,2%) o hasta 3 días (1,4 %).

Tabla 9
Tiempos entre detención y solicitud

Días	N.º	%
0	117	55,5
1	76	36,0
2	13	6,2
3	3	1,4
Dato erróneo	2	0,9
Total	211	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

En lo que refiere al perfil de los detenidos (tablas 10 y 11), vemos que se trata mayoritariamente de hombres (202, frente a 9 mujeres) y de edad media (24 a 29 años el 30 %, y 30-35 años el 22%). La principal nacionalidad es la marroquí (74 casos, 35%), seguida de la argelina (16%) y la boliviana en tercer lugar (4,7 %). Pese a ser unos datos muy bajos, de las 9 mujeres para las que solicitaba internamiento, 3 eran nigerianas y 2 de Liberia.

Tabla 10
Edad de las personas detenidas

Edad (años)	N.º	%
18-23	26	12,3
24-29	65	30,8
30-35	47	22,3
36-41	34	16,1
42-47	18	8,5
48-53	17	8,1
54-57	2	0,9
No consta	2	0,9
Total	211	100

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Tabla 11
Nacionalidad de las personas detenidas

Nacionalidad	Hombre	Mujer	Total	%
Marruecos	74		74	35,1
Argelia	34		34	16,1
Bolivia	10		10	4,7
Pakistán	8		8	3,8
Nigeria	5	3	8	3,8
Camerún	6		6	2,8
Mongolia	6		6	2,8
Senegal	6		6	2,8
Nicaragua	5		5	2,4
Brasil	3	1	4	1,9
Ghana	4		4	1,9
Rumania	4		4	1,9
Sierra Leona	4		4	1,9
China	3		3	1,4
Ecuador	3		3	1,4
Paraguay	2	1	3	1,4
Chad	2		2	0,9
Colombia	1	1	2	0,9
Georgia	2		2	0,9
Guinea	1	1	2	0,9
Guinea Bissau	2		2	0,9
India	2		2	0,9
Liberia		2	2	0,9
Venezuela	2		2	0,9
Otros (*)	13	0	13	6,2
Total	202	9	211	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

(*) Otros: Un hombre de las siguientes nacionalidades: Burkina Faso, Cabo Verde, Dominica, Guinea Ecuatorial, Honduras, Italia, Kirguistán, Malí, Moldavia, Polonia, Rusia, Sto.Tomás y Príncipe, Túnez.

En relación con el perfil sociodemográfico de las personas que nos ofrecen estos expedientes, puede ser interesante compararlo con el perfil general de personas extranjeras empadronadas en el País Vasco.

Según los datos del INE, el 1 de enero de 2016 había empadronadas en el País Vasco 139.425 personas de nacionalidad extranjera, de las cua-

les 70.349 eran hombres; esto es, el 50,5% del total. Sin embargo, de las 211 personas detenidas en el País Vasco durante 2015 y para las que se solicitó ingreso en CIE, el 95,7% eran hombres. Esto es, hay una clara sobrerrepresentación masculina en los datos de detención en relación con la población general extranjera. Es cierto que las personas detenidas lo son por estancia irregular, mientras que los datos del Padrón (INE) están referidos a residentes empadronados. Pero entre ellos puede haber personas en situación irregular, ya que no se exige autorización legal de residencia para empadronarse en un municipio. Con todo, la diferencia entre unas y otras proporciones es demasiado elevada para deberse simplemente al azar.

Curiosa resulta también la nacionalidad (origen) de las personas detenidas. Si hacemos tres grandes grupos de nacionalidades con las presentes en la tabla 11, y las comparamos con su peso en el conjunto de la población extranjera del País Vasco, podemos ver el gran desequilibrio que hay entre la proporción de esas nacionalidades en el conjunto de personas extranjeras y en el conjunto de personas detenidas (tabla 12 y gráfico 1)

Tabla 12

Proporciones de los diferentes grupos de nacionalidades en el conjunto de la población extranjera y de la población detenida en el País Vasco

Grupos de nacionalidades (3)	Población empadronada (1)		Población detenida (2)	
	N.º	%	N.º	%
Magreb	25.351	18,18	109	51,66
África subsahariana	12.434	8,92	36	17,06
Latinoamérica	36.338	26,06	30	14,22
Resto	65.302	46,84	36	17,06
Total	139.425	100,00	211	100,00

Fuentes: (1) INE, *Estadística de Padrón Continuo a 1 de enero de 2016*; (2) Expedientes de internamiento del País Vasco durante 2015

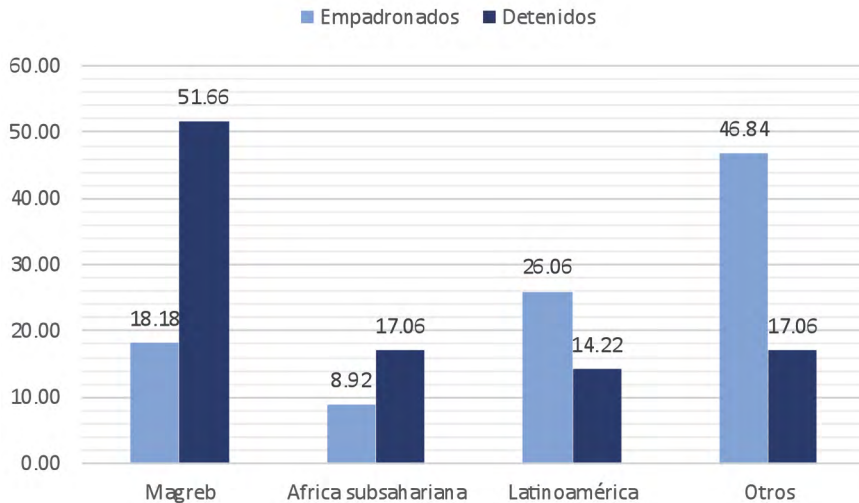
(3) Grupos en base a las nacionalidades presentes en las detenciones. Magreb: Marruecos, Argelia, Túnez.

África subsahariana: Nigeria, Camerún, Senegal, Ghana, Sierra Leona, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Cabo Verde, Burkina Faso, Malí (se excluye a Chad, Liberia y Sto. Tomás, por no estar desagregadas en el Padrón). Latinoamérica: Bolivia, Nicaragua, Brasil, Ecuador, Paraguay, Colombia, Venezuela, Honduras.

Las personas de nacionalidades magrebíes están muy sobrerrepresentadas en el conjunto de las detenciones, pues suponen el 51,7% del total de éstas, mientras que sólo constituyen el 18,2% del total de la población extranjera empadronada en el País Vasco a finales de 2015. Lo mismo ocurre con las subsaharianas (17% de los detenidos frente a su proporción general del 8,9%). Por el contrario, las personas latinoamericanas y del resto de nacionalidades tienen mucho menor peso en las detenciones que entre el conjunto de población extranjera.

Gráfico 1

Proporciones de los diferentes grupos de nacionalidades en el conjunto de la población extranjera y de la población detenida en el País Vasco (%)



Fuente: Elaboración a partir de los datos de la tabla 12.

En relación a los motivos que justifican la solicitud de internamiento, comprobamos que una gran parte de las órdenes de expulsión se refiere a la mera estancia irregular (81 %) del 53.1.a LOEX, siendo esta categoría donde se ubican ocho de las nueve mujeres detenidas (tabla 13). En menor medida (10%) se produce la «expulsión administrativa por condena penal superior a un año» (57.2 LOEX). Hay otros casos, como la conjunción del 53.1 a) y el 57.2 (7 casos), 5 devoluciones (58.3), 4 expulsiones de ciudadano comunitario (15.c RD 2040/2007) y 2 expulsiones penales (89. CP).

Tabla 13
Precepto legal que motiva la orden expulsión

Motivo orden expulsión	Hombres	Mujeres	Total	
			N.º	%
Estancia irregular (53.1 A)	163	8	171	81,0
Expulsión administrativa por condena penal (57.2)	21	1	22	10,4
Estancia irregular (53.1.A) + Expulsión administrativa por condena penal (57.2)	7	0	7	3,3
Devolución (58.3)	5	0	5	2,4
Expulsión Comunitario (15.c RD 2040/2007)	4	0	4	1,9
Sustitución expulsión penal (89.CP)	2	0	2	0,9
Total	202	9	211	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

En general se trata de órdenes de expulsión relativamente coetáneas a las solicitudes (20, 4% son del 2015 y 28, 9 del 2014), aunque un 10,4 % (22) se remontan a fechas de 2010 o más antiguas (tabla 14). Es interesante analizar la antigüedad de las órdenes de expulsión en tanto que en aquellos casos de mayor antigüedad podría estudiarse solicitar la revocación puesto que puedan haber aparecido elementos nuevos (arraigo familiar, integración social, etc.) que desaconsejen su expulsión.

Tabla 14
Antigüedad de las órdenes de expulsión

Año orden expulsión	N.º	%
2010 o más antigüedad	22	10,4
2011	19	9,0
2012	27	12,8
2013	31	14,7
2014	61	28,9
2015	43	20,4
No consta	8	3,8
Total	211	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

No hay una excesiva dispersión en cuanto a las Subdelegaciones del Gobierno (provinciales) que dictaron la orden de expulsión (tabla 15), ya que un 50% se dictó en el País Vasco, aunque sí es verdad que la otra mitad hace referencia a provincias alejadas como Madrid (6.2%), Valencia (4.7%), Palencia (3.3%), Ceuta (2.8%) o Melilla (2,4%). Para estos casos, debido a la distancia, puede ser más complicado que el abogado que asiste pueda contactar y coordinarse con aquel letrado que asistió originariamente en el expediente de expulsión.

Tabla 15
Subdelegación que decreta expulsión

Subdelegación	N.º	%
Gipuzkoa	38	18,0
Araba	32	15,2
Bizkaia	33	15,6
Madrid	13	6,2
Valencia	10	4,7
Palencia	7	3,3
Ceuta	6	2,8
Melilla	5	2,4
Barcelona	4	1,9
Burgos	4	1,9
Córdoba	4	1,9
Navarra	4	1,9
Otras (3 o menos)	39	18,5
No consta	12	5,7
Total	211	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

2. El papel de los operadores jurídicos en la comparecencia

La comparecencia es el acto procesal en el que la persona extranjera detenida es trasladada a sede judicial para que, asistida de un/a abogado/a, pueda ser interrogada por el fiscal y el juez, así como presentar sus argumentos de defensa por su propia cuenta o ante la pregunta de su abogado. Del análisis de expediente y de la observación de las vistas, podemos decir que éstas no duran más de 10-30 minutos. A la vista de los resultados (tabla 16), casi la mitad de ellas se realizan en el mismo día de

la detención o al día siguiente (39%), aunque algunas se dilatan hasta 2 (15) o 3 días (4). Si bien la rápida comparecencia puede evitar que las personas estén en los calabozos innecesariamente o sin la supervisión judicial, también es verdad que el escaso margen de tiempo del que gozan las defensas letradas dificulta en gran medida la recopilación de documentos (documentos que prueben el arraigo o los medios de vida) y argumentos jurídicos para evitar el internamiento.

Tabla 16
**Tiempo transcurrido entre la detención
 y la comparecencia**

Días	N.º	%
0	105	49,8
1	83	39,3
2	15	7,1
3	4	1,9
Dato erróneo	3	1,4
No consta	1	0,5
Total	211	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

El papel de la Fiscalía, tal y como señala Fernández Olalla, es velar por el cumplimiento de todos los requisitos formales y materiales que son exigibles a una solicitud de internamiento (notificación conforme, caducidad y prescripción, excepcionalidad, proporcionalidad), y que están previstos en la Circular 2/2006 de la FGE de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España de en lo referente a la autorización judicial de internamiento administrativo (28). La postura del fiscal queda de manifiesto en dos momentos, en la comparecencia y previamente mediante un informe, si bien la presencia en la comparecencia no es necesariamente física (vía telefónica). Los principales argumentos globales de la Fiscalía para posicionarse favorablemente al internamiento en 147 casos van en consonancia con los ya presentados por la policía, aunque esta institución, en 52 casos, añade argumentos como la falta de arraigo familiar o domicilio estable y, en menor medida, en la carencia de medios económicos o los antecedentes policiales (tabla 17). Por

(28) FERNÁNDEZ OLALLA (2015).

el contrario, para oponerse al internamiento en 37 casos, señala que la persona tiene domicilio estable (54,1 %), arraigo familiar (51,4 %), arraigo social (37,8%), así como medios económicos suficientes (29,7%) (tabla 18).

Tabla 17

Argumentos de la Fiscalía favorables al internamiento*

Argumentos para justificar internamiento	N.º de veces empleado	%
Carencia de arraigo familiar	13	25,0
Carencia de domicilio estable	11	21,2
Carencia de medios económicos	6	11,5
Antecedentes policiales	2	3,8
Utilización de nombre supuesto	1	1,9
Antecedentes penales	1	1,9
Necesidad de recabar autorización de otros juzgados	0	0,0
Carencia de documentación en trámite	0	0,0
Otros	18	34,6
Total de veces empleados	52	100%

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

(*) Argumentos que la Fiscalía añade a los ya presentados en la solicitud policial.

Tabla 18

Argumentos de la Fiscalía para oponerse al internamiento

Argumentos para oponerse al internamiento	N.º de veces empleado	%
Domicilio estable	20	54,1
Arraigo familiar	19	51,4
Arraigo social	14	37,8
Medios económicos suficientes	11	29,7
Notificación defectuosa	2	5,4
Orden expulsión no firme	2	5,4
Salud	1	2,7
Total de veces empleados	69	100%

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

En la personación ante el juez, la persona extranjera tiene derecho a la asistencia letrada que, en su caso, se le proporcionará de oficio (art. 235.2 REx.) (29), quedando así garantizados los derechos fundamentales de defensa (30).

En lo que a los argumentos para la defensa se refiere, hemos considerado tanto lo pronunciado por el abogado como por la propia persona detenida en las respuestas a las preguntas de juez y fiscal o a iniciativa propia. En este sentido ambas coinciden en poner el énfasis en el arraigo familiar (42,7% y 46 %, respectivamente), seguido del domicilio estable (42,7% ambos) así como los medios económicos suficientes y el arraigo social, en torno éstos al 30%. En algunos casos se ha hecho referencia la notificación defectuosa de la orden de expulsión o su desconocimiento (10-15%) o su no firmeza y posibilidad de recurso (9,5% de los argumentos de los letrados), y en muy menor medida la inconsistencia de los antecedentes policiales (en torno al 2%) o cuestiones de salud (2-3%).

Tabla 19
Argumentos para la defensa

Argumentos defensa	Extranjero/a		Abogado/a	
	N.º	%	N.º	%
Arraigo familiar	97	46,0	90	42,7
Domicilio estable	90	42,7	90	42,7
Medios económicos suficientes	64	30,3	54	25,6
Arraigo social	59	28,0	65	30,8
Otros	51	24,2	91	43,1
Notificación defectuosa	33	15,6	22	10,4
Orden expulsión no firme	6	2,8	20	9,5
Antecedentes policiales insuficientes	4	1,9	6	2,8
Salud	4	1,9	7	3,3
Tiene autorización residencia	3	1,4	4	1,9

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

(29) SOLANES CORELLA (2016), págs. 60-61.

(30) STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1. Sobre la conveniencia de que el abogado que asista a la persona internada sea el mismo que interviene en el procedimiento de expulsión, véase TOMÉ GARCÍA (2014), págs. 179-183.

3. La resolución judicial

El juez adoptará su decisión conforme al procedimiento de diligencias previas previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 774-779) (31). Así, el internamiento se acordará previa audiencia de la persona interesada (32) y del Ministerio Fiscal (33), mediante auto motivado (34). El juez decidirá sobre la petición de internamiento de acuerdo con el principio de proporcionalidad, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y, en especial, al riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, a las actuaciones de la persona extranjera tendentes a dificultar o evitar la expulsión, a la existencia de condenas o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos sancionadores pendientes (art. 62.1 LOEx.) (35). Por su parte, si la persona extranjera padeciera una enfermedad grave, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o para su propia salud (36). Lo expuesto, pone de manifiesto que la medida de internamiento ha de ser excepcional, «de modo que no es la sustanciación del expediente de expulsión, sino las propias circunstancias del caso, por razones de seguridad, orden público, etc., las que han de justificar el mantenimiento de esa pérdida de libertad» (37).

Prácticamente la mitad de las solicitudes (119) han sido resueltas favorablemente al internamiento, bajo el argumento judicial principal de la falta de arraigo (argumentada en el 74,8% de los casos de autorización), la carencia de domicilio (73,9%) o la carencia de medios económicos de vida (70,6%) (tabla 21). Es decir, mientras que la policía hacía una lectura de la necesidad de internamiento en clave de peligrosidad, los jueces y juezas de instrucción se centran en el desarraigo social y económico de la persona. La otra cara de la moneda es que estos mismos argumentos sir-

(31) Así lo indicó la STC 115/1987, de 7 de julio.

(32) Aspecto contemplado en el art. 6.6 de la Directiva de Retorno.

(33) Exigencia introducida por la Ley Orgánica 2/2009. Sobre la función garantista que compete al Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos sancionadores, véase SOLANES CORELLA (2016), pág. 59.

(34) La no motivación del auto de internamiento es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, STC 169/2008, de 15 de diciembre, FJ 4. Se ha puesto de relevancia la importancia de que además del principio *periculum in mora*, también se atienda al principio *fumus boni iura*, tal y como contempla la STJUE de 30 de noviembre de 2009, C-357/09, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*. SÁNCHEZ TOMÁS (2015), págs. 71-72.

(35) La no motivación del auto de internamiento o la motivación genérica, cuando el auto se refiera a un colectivo sin relación entre ellos, es considerada como vulneradora de los derechos fundamentales de la persona extranjera. SSTC 144/1990, de 26 de septiembre, FFJJ 4 y 5; 96/1995, de 19 de junio, FJ 2; 182/1996, de 12 de noviembre, FJ 3. Véase ADAM MUÑOZ (1991), págs. 970-971.

(36) Esta previsión, además de algunas otras precisiones, han sido introducidas por la LO 2/2009.

(37) STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1.

ven para 92 resoluciones de denegación del internamiento (60% arraigo familiar; 59,8 % domicilio estable; 40,2 % arraigo social...) (tabla 22).

Tabla 20
Sentido de la resolución

	Autoriza	Deniega	Total
N.º	119	92	211
%	56,4	43,6	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Tabla 21
Argumentos judiciales para autorizar el internamiento (N=119)

Argumentos para autorizar	N.º	%
Falta de arraigo	89	74,8
Carencia domicilio	88	73,9
Carencia de medios de vida	84	70,6
Antecedentes policiales	38	31,9
Antecedentes penales	23	19,3
Nombre	18	15,1
Documentación	3	2,5
Autorizaciones	2	1,7
Otros	60	50,4

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Tabla 22
Argumentos judiciales para denegar el internamiento (N=92)

Argumentos para denegar	N.º	%
Arraigo familiar	56	60,9
Domicilio estable	55	59,8
Arraigo social	37	40,2
Medios económicos suficientes	28	30,4
Orden expulsión no firme	9	9,8
No notificación	8	8,7
Antecedentes policiales insuficientes	6	6,5
No obstaculiza a la expulsión	4	4,3
Salud	4	4,3
Tiene autorización residencia	1	1,1
Otros	51	55,4

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Ya nos hemos referido a los tiempos que van entre la detención y la comparecencia para decidir el internamiento, pero ahora debemos fijarnos en el tiempo que transcurre entre la comparecencia y la resolución. Prácticamente el total de las resoluciones se toman el mismo día, es decir, salvo en casos de comparecencias de última hora del día, los y las magistradas toman las decisiones de manera inmediata (tabla 23)

Tabla 23
**Tiempo transcurrido entre la comparecencia
y la resolución**

Días	N.º	%
0	204	96,7
2	1	0,5
Dato erróneo	4	1,9
No consta	2	0,9
Total general	211	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Si bien es difícil hablar de tasas de autorización o denegación por juzgados, debido al bajo número de asuntos tramitados en la mayoría de estos órganos, sí podemos hacer algún breve comentario sobre los que mayor volumen han tenido. Por ejemplo, el Juzgado n.º 1 de Gasteiz, órgano que más solicitudes ha conocido (16), autorizó en un 87,5 % de las ocasiones; o el n.º 9 de Bilbao que, con 13 solicitudes, se acerca a la media, con un 53,8% de denegaciones (7); o el n.º 2 de Donostia que, de las 13 solicitudes que se le presentaron, únicamente autorizó 2 (15%). Los juzgados 5-6-10 de Bilbao, con 10 casos, rondan el 70 y 80 % de autorizaciones. Algunos juzgados presentan un 100% de autorizaciones o denegaciones, pero eso puede ser debido al bajo número de solicitudes que se le plantean, como el juzgado n.º 3 de Irún que autorizó las 5 solicitudes (tabla 24).

Tabla 24

Cómputo de resoluciones por órgano y sentido de la resolución

Órgano judicial	Autoriza		Deniega		Total
	N.º	%	N.º	%	
Total n.º	119	56,4	92	43,6	211
Gasteiz 1	14	87,5	2	12,5	16
Bilbao 9	6	46,2	7	53,8	13
Donostia 2	2	15,4	11	84,6	13
Donostia 5	7	58,3	5	41,7	12
Bilbao 3	5	45,5	6	54,5	11
Bilbao 4	4	36,4	7	63,6	11
Bilbao 10	7	70,0	3	30,0	10
Bilbao 5	8	80,0	2	20,0	10
Bilbao 6	8	80,0	2	20,0	10
Donostia 3	5	50,0	5	50,0	10
Bilbao 1	2	25,0	6	75,0	8
Bilbao 8	7	87,5	1	12,5	8
Donostia 4	3	37,5	5	62,5	8
Gasteiz 2	4	50,0	4	50,0	8
Gasteiz 3	3	37,5	5	62,5	8
Donostia 1	6	85,7	1	14,3	7
Bilbao 7	1	16,7	5	83,3	6
Gasteiz 4	3	50,0	3	50,0	6
Irun 3	5	100,0	0	0,0	5
Bilbao 2	2	50,0	2	50,0	4
Irun 1	2	66,7	1	33,3	3
Irun 2	2	66,7	1	33,3	3
Irun 5	2	66,7	1	33,3	3
Tolosa 4	2	66,7	1	33,3	3
Barakaldo 3	2	100,0	0	0,0	2
Gernika 4	1	50,0	1	50,0	2
Barakaldo 2	0	0,0	2	100,0	2
Irun 4	2	100,0	0	0,0	2
Tolosa 2	1	50,0	1	50,0	2
Bergara 1	1	100,0	0	0,0	1
Bilbao 6	1	100,0	0	0,0	1
Getxo 6	0	0,0	1	100,0	1
Tolosa 1	0	0,0	1	100,0	1
Tolosa 3	1	100,0	0	0,0	1

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Por otra parte, resulta interesante fijarse en la correlación entre la posición del fiscal y la del magistrado. En 110 ocasiones ambas instituciones han mantenido la misma postura: decretar el internamiento. Sin embargo, hay ocasiones en las que el juez se ha apartado de la línea propuesta por la Fiscalía, pero esto solo ocurre para denegar el internamiento (37 ocasiones). Más llamativo resulta que en el 100% de las veces que la Fiscalía era contraria al internamiento, el juez o jueza de instrucción ha mantenido el mismo criterio de no internamiento (tabla 25).

Tabla 25
Relación entre Fiscalía y Juez/a

Posición Fiscal	Posición Juez		Total
	Autoriza	Deniega	
No sabemos*	9	18	27
No se opone	110	37	147
Se opone	0	37	37
Total	119	92	211

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

(*) Casos en los que no hay información debido a que ésta se encuentra en un CD al que no se ha tenido acceso

Llegados a este punto, puede ser interesante preguntarse en qué medida hay similitudes o diferencias entre los datos de internamientos del País Vasco y los del conjunto del Estado, en relación a la detención de extranjeros por infracción de la ley de extranjería. La tabla 26 nos ofrece una diferencia importante de casi 12-13 puntos porcentuales: en Euskadi se interna bastante menos que en el total del Estado; o dicho de otra manera, la tasa de detención es muy alta considerando la posterior tasa de autorización del internamiento. Una vez más, debemos ser conscientes de que un número importante de las detenciones de la comisaría de Irún lo son para ejecutar readmisiones automáticas a Francia (sin pasar por juzgado ni CIE). Si elimináramos la variable fronteriza, quitando las detenciones de la comisaría de Irún (siendo conscientes de que no todas son en frontera), el porcentaje de internamiento subiría al 10-11%.

Tabla 26
**Comparativa Euskadi-Estado de la tasa de internamiento
 en relación a las detenciones por extranjería**

	Detenidos	Internados	% internamiento
Estado español (1)	36.327	6.930	19,1
Euskadi IUSFUNDIE (2)	1.913	119	6,2
Euskadi Transparencia (3)	1.913	131	6,8

Fuentes: Elaboración propia a partir de datos del Mecanismo para la Prevención de la Tortura-Defensoría del Pueblo (1), del análisis de expedientes de internamiento en el País Vasco durante 2015 (2) y datos del Portal de Transparencia (Ministerio del Interior) (3).

4. Internamiento y modalidades de salida en los CIEs de destino

El País Vasco se encuentra dentro de la demarcación administrativa territorial noroeste de la península, a la que le corresponde el CIE de Aluche (Madrid). Así, la regla general es que se solicite (y decrete) el internamiento en ese centro (179 personas). No obstante, algunas nacionalidades, como la argelina, se destinan al CIE de la Zona Franca de Barcelona debido a que el consulado argelino designado a la zona norte para el reconocimiento previo de sus nacionales es el de Barcelona, mientras que el de Madrid se encargaría de los nacionales de Argelia internados desde de la zona sur de España. También es cierto que, en ocasiones en las que no es necesario el reconocimiento o no hubiera plazas en el CIE de Zona Franca, los argelinos pueden ser internados en Aluche.

Tabla 27
CIE de ingreso

CIE que se solicita	Total
Madrid	179
Barcelona	28
No Consta	4
Total general	211

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes de internamiento, País Vasco 2015.

Resulta interesante ver que los tiempos de internamiento rondan los 30 días de media en Madrid y 19 en Barcelona, aunque la franja de mayor frecuencia se sitúa entre los 0-7 días (29%) y los 8-15 días (22,1%).

Tabla 28
Tiempos de estancia en CIE (en días)

N.º días	N.º	%
0-7	38	29,0
8-15	29	22,1
16-22	17	13,0
23-30	13	9,9
31-37	6	4,6
38-45	8	6,1
46-52	8	6,1
53-60	12	9,2
Total	131	100,0

Fuente: Ministerio del Interior a través del Portal de Transparencia

Aplicando un análisis de cruce de variables, para ver si se produce alguna correlación entre ellas, podemos percibir una tendencia curiosa entre la variable «tiempo» y la variable «expulsión»: a medida que avanza el tiempo, disminuye la probabilidad de ser finalmente expulsado. Mientras que en la primera semana la probabilidad de expulsión es del 78,95 %, va cayendo hasta el 42,8% en la cuarta, un 33% en la sexta y un 17% a partir de las 7 semanas. Se aprecia un breve pico en el medio, entre la cuarta y quinta semana (tabla 29 y gráfico 2).

Tabla 29
Probabilidad de expulsión según criterio temporal

Semanas internamiento	Total	Expulsión		% expulsión
		No	Sí	
hasta 1	38	8	30	78,9
de 1 a 2	24	6	18	75,0
de 2 a 3	20	6	14	70,0
de 3 a 4	14	8	6	42,9
de 4 a 5	6	2	4	66,7
de 5 a 6	6	3	3	50,0
de 6 a 7	6	4	2	33,3
más de 7 semanas	17	14	3	17,6
Total general	131	51	80	61,1

Fuente: Ministerio del Interior a través del Portal de Transparencia

Grafico 2
Proporciones de expulsiones según tiempo transcurrido en CIE,
en semanas (%)



Fuente: Elaboración a partir de datos de la tabla 29.

De entre las distintas posibilidades de abandonar el CIE (tabla 30), la más frecuente es la ejecución de la expulsión (61%), aunque caben otras posibilidades, como liberar a la persona por la imposibilidad de documentarla dentro de plazo (18%), siendo el director del CIE el órgano autorizado para decretar discrecionalmente el cese del internamiento.

Tabla 30

Modalidades de salida del CIE

Salida del CIE	N.º	%
Salida para expulsión	80	61,1
Salida por imposibilidad de documentar	24	18,3
Salida por orden judicial	18	13,7
Salida por agotar plazo internamiento	5	3,8
Salida por traslado	2	1,5
Salida por orden administrativa	2	1,5
Total	131	100

Fuente: Ministerio del Interior a través del Portal de Transparencia

La Ley Orgánica de Extranjería señala que el juez competente para dejar sin efecto el internamiento es el juez de instrucción del lugar donde se practica la detención de la persona extranjera; esto es, el mismo que autorizó el citado internamiento (art. 62.6 LOEx.). El Reglamento sobre centros de internamiento de extranjeros, por su parte, se limita a indicar que el extranjero internado queda a disposición del juez o tribunal que autorizó u ordenó el internamiento (art. 2.2 RCIEs), de lo cual se ha de deducir que la puesta a disposición se refiere a una posible decisión sobre la salida del interno del centro. Pero junto con el juez, también cabe que sea el director del centro quien adopte el cese del ingreso, ya sea de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal. En concreto, se indica que cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones que llevaron al internamiento de la persona extranjera (riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, actuaciones tendentes a dificultar o evitar la expulsión, existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes), ésta será puesta inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que la tenga a su cargo, es decir, el director del centro de internamiento (art. 37 1.º RCIEs), poniéndolo en conocimiento del juez que autorizó la privación de libertad (art. 62.3 LOEx.). Por tanto, no se requiere que sea el juez de instrucción competente quien autorice la puesta en libertad de la persona internada.

En esta segunda modalidad no se precisa una nueva intervención judicial, aunque también cabe la posibilidad de que, en vía de recurso o atendiendo a otras circunstancias como la propia orden de expulsión, sea un juez (13,7%), o la propia Administración (1,5%), quien declare improcedente el internamiento. Cinco personas lograron su libertad tras agotar los 60 días legales.

Finalmente, respecto a la tasa de expulsión (tabla 31), debemos decir que en términos generales ronda el 61%, 20 puntos por encima de la media del 41,4 % del Estado (2.871 expulsados de 6.930 internados), aunque la tasa de Madrid (CIE de mayor internamiento desde el País Vasco) es 70,52 % (1.036 expulsados de 1.469 internados). Esto nos indica que el perfil de las personas internadas procedentes del País Vasco responde a un perfil con menor tasa de expulsabilidad con respecto al CIE de Aluche, pero mucho mayor a la tasa global.

Tabla 31
Tasa de Expulsión, País Vasco y Estado

Internados	País Vasco (1)		Estado (2)	
	N.º	%	N.º	%
No expulsados	51	38,9	4.059	58,5
Expulsados	80	61,1	2.871	41,4
Total	131	100,0	6.930	100,0

Fuentes: (1) Ministerio del Interior a través del Portal de Transparencia; (2) Informe anual 2015 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura

V. Conclusiones

La extranjería en el País Vasco, y su incidencia en la Administración Pública y en la Justicia, es una materia necesitada de estudio permanente por sus particularidades competenciales y de localización geográfica. En algunos casos, como las expulsiones o internamientos, se trata de cifras relativamente bajas en relación con otros lugares del Estado, pero en otros ámbitos como las detenciones por infracción de la ley de extranjería o las readmisiones a través de la frontera con Francia, las cifras nos exigen una atención añadida a los procedimientos y mecanismos mediante las cuales éstas se producen. Vemos que hay una brecha entre el número de detenciones, el internamiento y el número de expulsiones. El centenar de expulsiones efectuadas en 2015 en el marco de la ley de extranjería contrastan con las 1.900 detenciones que se han producido en estas mismas fechas. Se trata, en definitiva, de un sistema cuyo propósito es la detención con meros fines sancionatorios más que la propia expulsión.

Una cuestión importante que invita a la reflexión es la relativa al perfil de las personas detenidas con orden de expulsión. En nuestro caso hemos podido observar que se trata, fundamentalmente, de un hombre magrebí, de entre 20-35 años, con una orden de expulsión dictada más o menos reciente (2014 o 2015) por estancia irregular (53.1a) o tal vez 57.2 LOEx. Tanto el género como la nacionalidad de los detenidos no se corresponde con la composición general de la población extranjera de referencia. La inmensa mayoría de los detenidos son hombres, cuando la proporción de hombres y mujeres extranjeras en el País Vasco es prácticamente la misma. Por otra parte, llama la atención que las principales nacionalidades de los detenidos no se corresponden con las de la

población extranjera empadronada en el País Vasco. Marroquíes y argelinos están mucho más presentes entre los detenidos que entre la población general extranjera. Lo mismo ocurre con los originarios del África subsahariana. Hay una clarísima sobrerrepresentación de estos grupos de nacionalidad, mientras que latinoamericanos, asiáticos y europeos tienen mucha menos presencia entre los detenidos que entre la población general (especialmente los latinoamericanos). Cabe preguntarse por los motivos de estos desequilibrios. ¿Es la mayor «irregularidad» de estos grupos nacionales la que genera más detenciones? Suponiendo que así fuera, ¿es, realmente, tanta la diferencia? ¿No estarán interfiriendo en las detenciones algunos otros factores como la «visibilidad» y/o los estereotipos y prejuicios relativos a la «peligrosidad» de estos grupos de personas? Recordemos que nos estamos refiriendo en todo momento a detenciones por estancia irregular, no por la comisión de delitos.

En cuanto a la tramitación de los procedimientos sancionadores por permanencia irregular en territorio estatal, convendría reflexionar sobre la aplicación de los criterios a la hora de determinar si tramitarlos por la vía ordinaria o preferente. Tal y como se ha expuesto en líneas precedentes, la opción por una u otra forma es trascendental, ya que en el primer caso no es posible internar a la persona extranjera, mientras que en la segunda sí. Esto último no debe llevar a los operadores a optar sistemáticamente por esta segunda vía sin atender debidamente a las circunstancias concurrentes en cada caso.

En relación a las garantías jurídicas del proceso, cabe señalar que, pese a la intervención de un juez del ámbito penal, las garantías formales son limitadas, especialmente en lo que refiere a la posibilidad de defensa. Especialmente resulta escaso el tiempo para recabar información por parte del abogado para preparar en buenas condiciones los argumentos de defensa que eviten el internamiento. Asimismo, la duración de las vistas o comparencias puede resultar relativamente corta, especialmente en lo que refiere a la práctica de determinados medios de prueba como la presencia de testigos o la petición de determinada documentación. En tanto que la resolución puede derivar en una privación de libertad de 60 días, sería interesante que se modulara el modo de comparencia, tal vez mediante un sistema de citación, de cara a una mejor defensa jurídica.

Otro dato a tener en cuenta es la distancia a la que se ubican los CIEs de habitual internamiento desde el País Vasco. Esto no solo dificulta la relación de la persona internada con sus posibles allegados, sino también supone un impedimento para continuar con la defensa letrada en casos de recursos interpuestos contra el internamiento, o incluso con la causa principal de expulsión, si aún ésta no hubiera devenido firme. En todo caso, el artículo 61 LOEx prevé una serie de medidas cautelares diferentes

al internamiento en un CIE: a) Presentación periódica ante las autoridades competentes; b) Residencia obligatoria en determinado lugar; c) Retirada del pasaporte; d) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente. Estas medidas también garantizarían en cierto modo la ejecutabilidad de la resolución de la expulsión. Sin embargo, tal vez sea el momento de explorar alternativas no solo al propio internamiento, sino al sistema sancionador de extranjería de manera integral (38). La expulsión, pese a la deriva comunitaria sobre la inevitabilidad del retorno de las personas en situación irregular, debería convertirse en una última ratio para casos de importante gravedad jurídica. Aún en estos casos, deberán hacerse valer los principios generales del Derecho Penal más garantista y progresista. Mientras tanto, la labor de la defensa letrada, la Fiscalía, el Poder Judicial y, por qué no, de la propia policía, está en el cumplimiento de los derechos fundamentales y de las garantías procesales de todas las personas, independientemente de su status jurídico-administrativo.

VI. Bibliografía

ADAM MUÑOZ, María Dolores, «El internamiento preventivo del extranjero durante la tramitación del expediente de expulsión: (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 144/1990 de 26 de septiembre)», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1991, págs. 970-978.

AIERBE, Peio; BARBERO, Iker; M. MAZKIARAN, Mikel, «De qué alternativas hablamos», en *Mugak*, núm. 64-65, 2013, págs. 29-30.

ANDRIJASEVIC, Rutvica. «From exception to excess: detention and deportations across the Mediterranean space.» Duke University Press, 2010.

BARBERO GONZÁLEZ, Iker; BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Cristina; ARRESE IRIONDO, Nieves; GONZÁLEZ MURUA, Ana Rosa, *La defensa de los Derechos Fundamentales ante la detención, internamiento y expulsión de personas extranjeras. El caso de la Comunidad Autónoma Vasca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CASTANEDO GARCÍA, María Esther, «Examen de la jurisprudencia existente relativa a los artículos 57 y 58 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero y su desarrollo reglamentario, y las sentencias de distintos tribunales superiores de justicia sobre la materia», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 36, 2014, págs. 261-279.

(38) J.M: SÁNCHEZ TOMÁS «¿Hay alternativas al internamiento de inmigrantes irregulares?» *Mugak*, N.º 64-65, págs. 31-34, 2013. P. AIERBE, I. BARBERO y M. MAZKIARAN, «De qué alternativas hablamos». *Mugak*, N.º. 64-65, 2013, págs. 29-30, 2013.

- FERNÁNDEZ OLALLA, Patricia, «Materias vinculadas a la extranjera que motivan la actuación del Ministerio Fiscal durante el servicio de guardia», en MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (coord.), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2015, págs. 235-246.
- GIBNEY, Matthew J.; HANSEN, Randall, *Deportation and the liberal state: the forcible return of asylum seekers and unlawful migrants in Canada, Germany and the United Kingdom*, UNHCR, Geneva, 2003.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, «Los centros de internamiento de extranjeros. Régimen jurídico tras el Reglamento de 2014 y la STS de 20 de marzo de 2015». en Miguel Revenga Sánchez (coord.), José Joaquín Fernández Alles (coord.) *Los centros de internamiento de extranjeros: régimen jurídico tras el Reglamento de 2014 y la STS de 10 de febrero de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, «Detention for the purpose of removal in Spain: Empirical and socio-legal approach to its functioning», en *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, núm. 2, 2017, págs. 533-552.
- JARRÍN MORÁN, Adriana; RODRÍGUEZ GARCÍA, Dan; DE LUCAS, Javier, «Los Centros de Internamiento para Extranjeros en España: una evaluación crítica», en *Revista CIDOB d'afers internacionals*, núm. 99, 2012, págs. 201-220.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «El nuevo régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, vol. II, 2014, págs. 1905-1935.
- LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente, «La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, 2009, págs. 201-230.
- MANZANEDO, Cristina, «Resoluciones de los juzgados de control de los centros de internamiento de extranjeros, CIE, 2009-2013», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 34, 2013, págs. 249-259.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, «Expulsión e internamiento de extranjeros: ¿Quiénes están en los CIE?», en REIG FABADO, Isabel (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 47-376.
- MAZKIARAN, Mikel, «Recorrido por las leyes de extranjería en España», en *Mugak*, núm. 29, 2015, págs.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- RÍOS, Julián; SANTOS, Eduardo; ALMEIDA, Cristina, *Manual para la defensa de Derechos Humanos de personas extranjeras encerradas en los Centros de Internamiento (CIE)*, Gakoa Liburuak, San Sebastián, 2014.

- SÁNCHEZTOMÁS José Miguel, «¿Hay alternativas al internamiento de inmigrantes irregulares?», en *Mugak*, núm. 64-65, 2013, págs. 31-34.
- SÁNCHEZTOMÁS, José Miguel, «Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular: marco comunitario e internacional», en MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (coord.), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial, 2015, págs. 55-80.
- SILVEIRA GORSKI, Héctor C., «Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de Derecho», en *Mientras tanto*, núm. 83, 2002, págs. 93-102.
- SOLANES CORELLA, Ángeles, «Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 2016, págs. 60-61.
- TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE*, Marcial Pons, 2014.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, «El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado», en PRESNO LINERA, Miguel Ángel (coord.) *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 147-197.
- WELCH, Michael; SCHUSTER, Liza. «Detention of asylum seekers in the US, UK, France, Germany, and Italy: A critical view of the globalizing culture of control». *Criminal Justice*, 2005, vol. 5, núm. 4, págs. 331-355.

Trabajo recibido el 15 de enero de 2018

Aceptado por el Consejo de Redacción el 16 de febrero de 2018

LABURPENA: Euskal Autonomia Erkidegoan ez dago atzerritarrak barneratzeko zentrorik; beraz, autonomia-erkidego honetan atxilotzen dituzten eta barneratzeko agindua daukaten pertsonak Alucheke zentrorra (Madril) edo, bestela, Zona Francako zentrorra (Bartzelona) eramaten dituzte. Euskal Autonomia Erkidegoko instrukzioeko epaitegietan 2015ean bideratu ziren 211 barneratze-espediente aztertzearen emaitza da lan hau. Espediente horiek eta aipatu ditugun zentroetako barneratze-datuak begiratu ahal izan ditugu, eta egoera irregularrean dauden atzerritarrak atxilotzeko, barneratzeko eta kanporatzeko prozesuen gaineko ikuspegi berritzailea lortu dugu. Hainbat aldagai gurutzatuta, prozesu horien auzi-jartzaile nagusiek ematen dituzten argudio nagusietara hurbildu gara; hala nola, hauetara: barneratzeko polizia-eskaerara, Fiskaltzaren, abokatuen eta atzerritarren beraien argudioetara, barneratzea onartzeko edo ukatzeko oinarri judizialetara edo, are, atzerritarrak barneratzeko zentroetatik askatzeko edo kanporatzeko inguruabarretara. Ikuspegi empiriko hau, etorkizuneko ikerketetarako ez ezik, prozedura horren ohiko jardueran interesa duten abokatu, epai eta fiskalentzat ere erabilgarria izan daiteke.

GAKO HITZAK: Atzerritarrak barneratzeko zentroak. Espediente judizialak. Euskal Autonomia Erkidegoa.

RESUMEN: En el País Vasco no hay ubicado ningún Centro de Internamiento de Extranjeros, por lo que las personas detenidas en esta comunidad autónoma, y sobre las que pesa una orden de internamiento, son trasladadas a los centros de Aluche (Madrid) o, circunstancialmente, al de Zona Franca (Barcelona). El presente trabajo es el resultado del análisis de 211 expedientes de internamiento sustanciados en los juzgados de instrucción del País Vasco durante el 2015 a los que hemos tenido acceso directo, así como a los datos de internamiento de los propios centros mencionados, obteniendo una perspectiva novedosa hasta la fecha de los procesos de detención, internamiento y expulsión de la población extranjera en situación irregular. A través del cruce de distintas variables nos hemos aproximado a los principales argumentos esgrimidos por los actores principales de tales procesos, como la solicitud policial de internamiento, los argumentos de la Fiscalía, de la defensa letrada y del propio extranjero, los fundamentos judiciales para conceder o denegar el internamiento, o incluso las circunstancias en las que se producen las liberaciones o expulsiones desde los propios CIEs. Esta visión empírica puede ser no sólo de gran interés para futuras investigaciones, sino también de gran utilidad para operadores jurídicos como abogados, jueces o fiscales interesados en la práctica cotidiana de este procedimiento.

PALABRAS CLAVE: Centros de Internamiento para Extranjeros. Expedientes judiciales. País Vasco.

ABSTRACT: There is not Detention Centre for Foreigners located in the Basque Country, so detained persons in this Community with a confinement order are transferred to the Aluche Centre (Madrid) or incidentally to that of the Zona Franca (Barcelona). This work is the result of the survey over 211 confinement records before the courts of instruction in the Basque Country over 2015 that we have had

direct access together with the confinement data provided by the aforementioned centres, obtaining an up until now innovative perspective of the process of arrest, confinement and expulsion of foreign population in irregular situation. Using the cross of several variables, we approach to the main arguments put forward by the relevant actors in those procedures, as the application for the confinement by the police, the reasons of the prosecutors, of the defence counsel and the foreigner him/herself, the judicial grounds to grant or reject placement, or even the circumstances where releases or expulsions take place from the same Detention centres. This empirical approach may be of interest not only for future studies but also of great use for practitioners as lawyers, judges or prosecutors interested in the day to day practice of this procedure.

KEYWORDS: Detention Centres for Foreigners. Judicial records. Basque Country.

Ejecutividad y prescripción de las sanciones administrativas en las Leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público*

Carmen Chinchilla Marín

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.02>

Sumario: I. La ejecutividad de las sanciones en la Ley 39/2015 *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas*. 1. El «no haber recurso administrativo alguno» contra la sanción como condición para que sea ejecutiva. 2. La resolución expresa de los recursos administrativos como condición para que las sanciones adquieran firmeza administrativa y sean ejecutivas.—II. La prescripción de las sanciones en la Ley 40/2015, *de Régimen jurídico del Sector público*. 1. La regla del cómputo del plazo de prescripción de la sanción en los casos de desestimación por silencio del recurso administrativo y su sujeta aplicación solo al recurso de alzada. 2. La regla del cómputo del plazo de prescripción de la sanción en los casos de desestimación por silencio del recurso administrativo y su compatibilidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.—III. La ejecutividad de la sanción una vez que ya es ejecutable y antes de que transcurra el plazo para recurrirla ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. 1. La regulación de la suspensión de los actos administrativos en la LPAC y en la LJCA. 2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en materia de ejecutividad y suspensión de los actos administrativos: la tutela cautelar como derecho fundamental.

I. La ejecutividad de las sanciones en la Ley 39/2015, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas*

1. El «no haber recurso administrativo alguno» contra la sanción como condición para que sea ejecutiva

Como es sabido, los actos administrativos se presumen válidos (artículo 39.1 LPAC); producen efectos desde la fecha en que se notifican a

* Mi agradecimiento a Margarita Beladiez, Miguel Loya y Javier Fernández Rivaya por el tiempo que tan generosamente han dedicado a leer este trabajo y por las observaciones tan acertadas que me han hecho.

los interesados (artículo 39.2 LPAC) y son «inmediatamente ejecutivos» (artículos 38 y 98.1 de la LPAC).

De la regla de la ejecutividad inmediata de los actos administrativos se excluían antes (Ley 30/1992) y se siguen excluyendo ahora (Ley 39/2015) las sanciones administrativas, lo cual significa que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los actos administrativos, no basta con que la Administración dicte y notifique una resolución sancionadora para que nazca el deber de cumplirla y la correlativa potestad administrativa para hacerla cumplir(1), sino que es necesario que la sanción ponga fin a la vía administrativa, como decía el hoy ya derogado artículo 138.3 de la LRJPAC.

La expresión «poner fin a la vía administrativa» no es la más correcta para determinar el momento a partir del cual son ejecutivas las sanciones, ya que, de acuerdo con la ley, ponen fin a la vía administrativa —entre otras— las resoluciones dictadas por los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico (artículo 114.1 LPAC)(2). Estas resoluciones, al poner fin a la vía administrativa, pueden ser recurridas directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, o, si se quiere, puesto que se trata de un recurso potestativo, en reposición ante el mismo órgano que las ha dictado. Por el contrario, las resoluciones dictadas por órganos que tienen un superior jerárquico no pueden ser recurridas directamente ante los Tribunales, sino que, previamente, deben ser recurridas en alzada y, una vez resuelto el recurso, podrán someterse al control judicial. Siendo ello así, una interpretación literal de la regla que establece que las sanciones serán ejecutivas «cuando pongan fin a la vía administrativa» llevaría a la consecuencia, absurda, de que una sanción recurrible en alzada no sería ejecutiva mientras no se resolviese el recurso de alzada (o hasta que no transcurriese el tiempo para interponerlo y no se interpusiera), y, por el contrario, una sanción impuesta por un órgano administrativo que careciere de superior jerárquico y que, por tanto, no fuera recurrible en alzada, sí sería ejecutiva a pesar de que contra dicha sanción pudiera interponerse recurso potestativo de reposición.

En mi opinión, la interpretación más lógica, aunque no la literal, de la expresión del artículo 138.3 de la ya derogada LRJPAC «poner fin a la vía administrativa» es entender que, en realidad, lo que el precepto quería decir era «adquirir firmeza en vía administrativa», con lo cual las sanciones no serían ejecutivas mientras existiese la posibilidad de interponer

(1) De acuerdo con lo establecido en el artículo 100 de la LPAC, los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos son los siguientes: el apremio sobre el patrimonio; la ejecución subsidiaria; la multa coercitiva; y la compulsión directa sobre las personas.

(2) Antes, en el mismo sentido, el artículo 109. a) de la LRJPAC.

un recurso administrativo, ya fuese de alzada, ya de reposición, o mientras que, habiéndose interpuesto recurso administrativo, este no hubiese sido resuelto. No obstante ser esta la interpretación más lógica de la expresión «poner fin a la vía administrativa», hubo Tribunales de lo contencioso-administrativo que interpretaron el artículo 138.3 de la LRJPAC en su sentido literal y concluyeron que las sanciones recurridas en reposición eran ejecutivas desde el momento mismo en que el órgano administrativo dictaba (y notificaba, claro está) la resolución sancionadora, todo ello sobre la base de entender que, al no haberse modificado por la Ley 4/1999 el artículo 138.3 de la Ley 30/1992, y haberse mantenido, por tanto, la regla según la cual son ejecutivas las sanciones que pongan fin a la vía administrativa, «queda clara la voluntad legislativa de que si se interpone el potestativo recurso de reposición cabe la posibilidad de ejecución inmediata acordada por el órgano administrativo» (3).

Afortunadamente, la nueva ley del Procedimiento Administrativo Común ha venido a poner fin a la confusión creada por el artículo 138.3 de la LRJPAC (4), diciendo ahora, en su artículo 90.3, y en referencia a las resoluciones sancionadoras, que

«La resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa...».

Y especificando, a continuación, en su artículo 98.1.b), para que no quepa ya duda alguna, que

«Los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que [...] se trate de una resolución de un procedimiento de

(3) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 13 de octubre de 2005, número 733/2005, (recurso n.º 545/2001).

Frente a esta sentencia, existen otras, de otros Tribunales de Justicia, que mantuvieron la tesis contraria, es decir, que, una vez interpuesto el recurso de reposición, la sanción no es ejecutiva hasta que no se resuelve dicho recurso, por considerar que, hasta ese momento, el acto administrativo sancionador no es firme (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 30 de octubre de 1996, número 716/1996, recurso 2682/1995, y otras como las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 12 de mayo de 2000, número 764/2000, recurso 3050/1996, y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 28 de mayo de 2001, número 372/2001, recurso 144/2001).

(4) Sobre la confusión que produjo esta expresión y las distintas expresiones utilizadas por las leyes para definir cuándo se produce la ejecutividad de las sanciones administrativas («poner fin a la vía administrativa», «agotar la vía administrativa» y «ser firme en vía administrativa»). Vid. MARTÍN REBOLLO, L. (2016), «La potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos "procedimientos comunes especializados"», en *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, LÓPEZ MENUDO, F. (Director), Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, págs. 362-364.

naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición».

La LPAC no dice, como decía antes la LRJPAC, que las sanciones serán ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa, pero tampoco dice que lo serán cuando sean firmes en vía administrativa. El legislador, es difícil saber si intencionadamente o no, ha prescindido de esas dos expresiones y, en su lugar, ha definido la ejecutividad de las sanciones por referencia a una circunstancia muy concreta: que no quepa contra la sanción recurso administrativo ordinario alguno.

Así, pues, queda claro ahora que las sanciones solo son ejecutivas cuando se dé una de las dos circunstancias siguientes: (i) que transcurran los plazos del recurso administrativo que proceda —alzada o reposición— sin haberse interpuesto o (ii) que, habiéndose interpuesto el recurso administrativo, dicho recurso haya sido desestimado y, en consecuencia, haya sido confirmada la validez de la sanción impuesta.

En relación con este último aspecto, es decir, la cuestión de la desestimación del recurso administrativo como condición para que las sanciones que hayan sido recurridas adquieran el atributo de la ejecutividad, se plantea la duda de si es necesario, para ello, que el recurso de alzada (ahora ya también, sin duda, el de reposición) haya sido desestimado de forma expresa o si, por el contrario, también es ejecutiva una sanción desde el momento en que el recurso interpuesto contra la misma haya sido desestimado por silencio administrativo. La duda planteada surge de la regulación que las leyes de Procedimiento administrativo —la anterior y la actual— hacen del silencio administrativo y, sobre todo, de la interpretación que los tribunales han hecho de esta cuestión cuando estaba en vigor la Ley 30/1992.

2. La resolución expresa de los recursos administrativos como condición para que las sanciones adquieran firmeza administrativa y sean ejecutivas

De acuerdo con lo establecido en el artículo 24. 1 de la Ley 39/2015, en sentido idéntico a lo que establecía ya, a este respecto, el artículo 43.1 de la Ley 30/1992, el silencio, en los recursos administrativos, tendrá sentido negativo, lo que significa que el transcurso del plazo máximo para resolver, sin que la Administración haya dictado y notificado su resolución, legitima al recurrente para entender que su recurso ha sido desestimado y, por tanto, para interponer el recurso contencioso-administrativo. Ahora bien, dado que el silencio negativo —a diferencia de lo que ocurre con el silencio positivo— no tiene la consideración legal de «acto administrativo

finalizador del procedimiento» (artículo 24.2 de la LPAC) (5), y dado que la ley lo concibe como una ficción a «los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente» (artículo 24.2 de la LPAC) (6), el Tribunal Constitucional, en su sentencia 243/2006, ha declarado que es necesario que el recurso de alzada sea desestimado «expresa y totalmente» para que la sanción sea ejecutiva. Es decir, que, según esta sentencia, la desestimación por silencio del recurso de alzada no determina la firmeza de la sanción impugnada y, por lo tanto, no puede ser ejecutiva. Así, pues, de acuerdo con esta jurisprudencia, mientras la Administración no cumpla con su obligación de dictar y notificar la resolución expresa que ponga fin al recurso administrativo interpuesto contra una sanción, dicha sanción no será ejecutiva.

Con posterioridad a esta sentencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación en interés de ley, declaró como doctrina legal la siguiente:

«interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, *de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción*» (7).

El Tribunal Supremo daba, pues, un paso más con esta sentencia, diciendo que la falta de resolución expresa de un recurso de alzada interpuesto contra una sanción impide no solo que la sanción recurrida adquiera firmeza y, en consecuencia, sea ejecutiva, sino también que el cómputo del plazo de prescripción de la sanción comience a correr. Esta conclusión es lógica, pues si la prescripción de la sanción supone la imposibilidad de que la Administración ejecute la sanción como consecuencia de haber dejado transcurrir el plazo que la ley establece para ello sin haberla ejecutado, es evidente que, mientras que la sanción no sea ejecutiva, el plazo de prescripción no puede empezar a contar, debido sencillamente a que la ejecutividad de la sanción es el presupuesto que debe darse para que la Administración pueda ejecutarla. O, dicho de otro modo: si la Administración no puede ejecutar la sanción, difícilmente puede empezar a correr el plazo que la ley establece para que la ejecute.

(5) En sentido idéntico, el artículo 43.2 de la LRJPAC.

(6) En el mismo sentido, el artículo 43.2 de la LRJPAC.

(7) STS de 22 de septiembre de 2008, recurso de casación en interés de ley n.º 69/2005. Esta misma doctrina ha sido reiterada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de febrero de 2013 (recurso de casación n.º 3378/2008).

Con lo cual, si, según el Tribunal Constitucional, la Administración no puede ejecutar la sanción hasta que no haya resuelto de forma expresa el recurso administrativo interpuesto contra la misma, por entender que solo a partir de ese momento habrá adquirido firmeza, lo lógico es que tampoco pueda comenzar a correr el plazo de prescripción de la sanción, ya que, de conformidad con lo establecido en el artículo 132.3 de la entonces vigente LRJPAC, dicho plazo «comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiere firmeza la resolución por la que se impone la sanción». Si la resolución no es firme, porque el recurso no se ha resuelto de forma expresa, la sanción tampoco puede prescribir (8).

Así, pues, tanto por el Tribunal Constitucional (STC 243/2006) como por el Tribunal Supremo (Sentencia de 22 de septiembre de 2008, dictada en recurso de casación en interés de ley) la cuestión había quedado fijada en términos muy claros: interpuesto un recurso de alzada contra una sanción, su desestimación por silencio administrativo impide que la sanción adquiera firmeza y, por consiguiente, ni es ejecutiva ni puede empezar a computarse el plazo de prescripción de la misma.

Hasta tal punto coincidían la interpretación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, que, años después, cuando un Juzgado de lo Contencioso planteó una cuestión de inconstitucionalidad sobre determinados preceptos legales (9), así como sobre la interpretación que, con carácter vinculante, había hecho de ellos el Tribunal Supremo en recursos de casación en interés de ley (10), por considerarla contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el silencio admi-

(8) Como diría, con razón, el Abogado del Estado en el recurso de casación resuelto por la Sentencia de 15 de febrero de 2013, en la que expresamente se reitera y mantiene la doctrina legal establecida en la Sentencia de 22 de septiembre de 2008, «no cabe admitir razón alguna para considerar que existe “firmeza” que permite el inicio del cómputo del plazo prescriptivo y otra distinta que dota de ejecutividad a la resolución sancionadora, al contrario, ambas deben correr juntas (en virtud, dice, de la teoría de la “*actio nata*”)). Las alegaciones del Abogado del Estado se recogen en estos términos en el Fundamento de Derecho segundo de la STS de 15 de febrero de 2013.

En el fundamento de Derecho tercero se citan la sentencia de 22 de septiembre de 2008 (dictada en recurso de casación en interés de ley y en la que se fija la doctrina legal que ha quedado transcrita en el texto) y la de 15 de diciembre de 2004, dictada también en recurso de casación en interés de ley, que estableció, como doctrina legal, que «el límite para el ejercicio de la potestad sancionadora, y para la prescripción de las infracciones, concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, sin poder extender la misma a la vía de recurso». A continuación, en el Fundamento de Derecho cuarto, el Tribunal Supremo afirma que «las consideraciones jurídicas expuestas en ambas sentencias, y las conclusiones alcanzadas sobre la base de las mismas, deben ser mantenidas al no apreciarse razones que aconsejen su rectificación».

(9) El art. 81 del Texto articulado de la *Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial*, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, y el art. 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.

(10) Sentencias, dictadas en recurso de casación en interés de ley, de 15 de diciembre de 2004 y 22 de septiembre de 2008, ya citadas.

nistrativo, el Tribunal Constitucional rechazó el planteamiento del Juzgado afirmando que no se advertía contradicción alguna entre la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional, y que, antes bien, con esa doctrina legal el Tribunal Supremo no había hecho otra cosa «que seguir la doctrina establecida en la STC 243/2006 sobre la firmeza y ejecutividad de la resolución sancionadora pendiente de resolución expresa del recurso de alzada, a los efectos de la prescripción de las sanciones» (STC 37/2012)(11).

II. La prescripción de las sanciones en la Ley 40/2015, de Régimen jurídico del Sector público

Así estaban las cosas en la jurisprudencia de los tribunales Constitucional y Supremo, cuando llegó el legislador, en 2015, y estableció la siguiente regulación en el artículo 30.3 de la Ley 40/2015, de Régimen jurídico del Sector público:

«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.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

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 comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso».

Si, por un lado, el precepto establece 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»(12) y, por otro, dice que «en el caso de desestimación presunta del recurso de

(11) En el mismo sentido, las SSTC 91, 93 y 98 de 2012.

(12) La fórmula utilizada por el precepto es más amplia, pues lo que dice es que el plazo de prescripción de la sanción comenzará al día siguiente a aquel en que sea ejecutable «o haya transcurrido el plazo para recurrirla». Sin embargo, creo que este último inciso no añade nada, ya que, precisamente, una sanción es ejecutiva cuando ya no quepa contra ella ningún recurso en vía administrativa (artículo 90.3 de la LPAC).

alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso», ello significa que, también, desde ese momento, la sanción es ejecutiva, ya que, si no lo fuera, no podría comenzar a computarse el plazo de prescripción, pues, de acuerdo con lo dicho en el párrafo primero del artículo 30.3 LRJSP, la condición para que el plazo de prescripción comience a contarse es que la sanción sea ejecutable.

O dicho de otra forma: siendo la ejecutividad la condición necesaria para que empiece a correr el plazo de la prescripción de las sanciones administrativas, si la ley dice ahora que el cómputo del plazo de prescripción, en los casos de desestimación presunta del recurso de alzada, comienza al día siguiente de aquel en el que se haya producido el silencio negativo, ello es así porque, para el legislador, la desestimación presunta del recurso administrativo hace que la sanción sea ejecutable. Si, como dije antes, la prescripción de las sanciones consiste en la extinción de la potestad administrativa para ejecutarlas, como consecuencia del transcurso del plazo legalmente establecido para ello sin haberlas ejecutado, es obvio que para que una sanción prescriba tiene que darse una condición previa: que la sanción sea susceptible de ser ejecutada.

Por tanto, interpretado en su conjunto el artículo 30.3 de la LRJSP, habrá que concluir que, de acuerdo con la nueva ley, una sanción es «ejecutable» (i) cuando haya transcurrido el plazo del recurso administrativo que proceda y no se haya interpuesto; (ii) cuando habiéndose interpuesto el recurso administrativo, este haya sido desestimado de forma expresa, y (iii) cuando habiéndose interpuesto el recurso administrativo, este haya sido desestimado de forma presunta, es decir, por silencio administrativo.

Esta conclusión no contradice, en mi opinión, lo dispuesto en los artículos 90.3 y 98.1. b) de la LPAC, pues estos preceptos estarían diciendo lo mismo, pero con otras palabras, ya que el hecho de que no quepa contra la sanción ningún recurso ordinario en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición —que es la condición que establecen estos preceptos para que una sanción sea ejecutiva— es la circunstancia que se da en las tres situaciones que antes he enunciado: no cabe recurso administrativo ordinario alguno si han transcurrido los plazos para recurrir y no se ha recurrido; tampoco cabe recurso administrativo ordinario alguno cuando, interpuesto el recurso de alzada (preceptivo) o el de reposición (potestativo), el recurso ha sido desestimado de forma expresa; y, finalmente, tampoco cabe recurso administrativo ordinario alguno cuando el recurso haya sido desestimado por silencio administrativo, pues, en tal caso, cabrá la resolución expresa del recurso, si la Administración cumple con su obligación de dictarla y notificarla, aunque sea tardíamente, pero

lo que no cabrá ya es interponer un recurso administrativo ordinario, que es la circunstancia que, según estos dos preceptos, tiene que darse para que una sanción sea ejecutiva.

Los preceptos citados no dicen que para que la sanción sea ejecutiva tiene que darse la circunstancia de «que no quepa dictar resolución alguna en vía administrativa» sobre la misma, sino que «no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa». Y quizás esa sea la razón por la que el legislador no ha hablado de firmeza a la hora de definir la condición o circunstancia que hace que una sanción sea ejecutiva, porque si hubiera dicho que las sanciones para ser ejecutivas tienen que ser firmes en vía administrativa, es claro que, mientras que el recurso administrativo interpuesto contra ellas no se resolviera de forma expresa, no se podría decir que habrían adquirido firmeza, pues podrían ser modificadas o, incluso, anuladas. Por tanto, el hecho de que el legislador, en la nueva ley, no haya utilizado la expresión «firmeza administrativa», al definir la ejecutividad de las sanciones administrativas, podría tener más importancia de la que aparenta.

Por todo lo dicho, no comparto la opinión de Tomás Cano cuando dice que el artículo 30.3 de la LRJSP «debería precisar que lo que corre, en rigor, es el plazo de prescripción de la infracción, no el de la sanción porque este, [...], comienza cuando la sanción sea ejecutable y la desestimación por silencio de un recurso no hace ejecutable la sanción» (13). En mi opinión, ello no es así, en primer lugar, porque el precepto separa en dos apartados diferentes las reglas de la prescripción de la infracción (apartado 2.º) y las de la sanción (apartado 3.º), por lo que carece de sentido entender que, en el apartado dedicado al régimen de la prescripción de las sanciones, el legislador debería aclarar que lo que prescribe —en caso de silencio negativo en vía de recurso— es la infracción y no la sanción, cuando, precisamente, es al régimen de prescripción de las sanciones a lo que está dedicado el apartado 3.º, en el que se encuentra la nueva regla del silencio.

Es más, en mi opinión cabría entender que la relación entre los párrafos primero y tercero del artículo 30.3 es una relación de regla general y regla especial, de tal manera que el primero vendría a establecer, como regla general, que el plazo de prescripción de las sanciones comienza a contarse desde el día siguiente a aquel en que las sanciones sean ejecutables y el tercero vendría a especificar, para los casos de desestimación de un recurso por silencio, que el plazo de prescripción comienza a contarse a partir del día siguiente a producirse el silencio, con lo cual el precepto no estaría haciendo otra cosa que concretar el momento (el día si-

(13) T. CANO, «El autismo del legislador: la “nueva” regulación de la potestad sancionadora de la Administración», *RAP*, 201, 2016, pág. 53.

guiente al que se produce el silencio) en el que se da la condición (ser ejecutable) para que el plazo de prescripción de las sanciones pueda empezar a computarse. Y ello tendría sentido pues, en mi opinión, y como ya he dicho, la ejecutividad y la prescripción de las sanciones no pueden dissociarse, ya que la primera es presupuesto de la segunda, pues solo cuando una sanción es ejecutable puede comenzar a computarse el plazo para su prescripción.

En segundo lugar, no comparto la opinión del autor porque, en mi opinión, cuando la Administración impone una sanción dentro del plazo legalmente establecido para ello, se extingue la posibilidad de que la infracción prescriba, ya que la sanción tiene la consideración legal de acto finalizador del procedimiento, y el hecho de que se interponga un recurso administrativo contra la misma no puede implicar una especie de «reiniciación» de un procedimiento que ya ha finalizado con la correspondiente resolución sancionadora. Este es, por lo demás, el criterio establecido por el Tribunal Supremo, en una doctrina legal que ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la cual el recurso administrativo no reabre los plazos de prescripción de las infracciones administrativas y, antes bien, al contrario, la imposición de la sanción dentro del plazo legalmente establecido para ello marca el punto final de la posibilidad de que una infracción prescriba. Esto es, y dicho sea con las palabras del Tribunal Supremo, «el límite para el ejercicio de la potestad sancionadora, y para la prescripción de las infracciones, concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, sin poder extender la misma a la vía de recurso» (14).

1. La regla del cómputo del plazo de prescripción de la sanción en los casos de desestimación por silencio del recurso administrativo y su supuesta aplicación solo al recurso de alzada

Sorprende que el artículo 30.3 de la LRJSP solo se refiera al recurso de alzada, pues no puede existir justificación alguna para establecer una regla distinta para el recurso de reposición, una vez que la ley ha aclarado que las sanciones solo son ejecutivas cuando no quepa contra ellas recurso administrativo ordinario alguno, «incluido el potestativo de reposición» (artículos 90.3 y 98.b de la LPAC). Si ahora ya está claro que mien-

(14) STS de 15 de diciembre 2004, número de recurso 97/2002. Dicha doctrina ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 37/2012, 91/2012, 93/2012 y 98/2012. No obstante, cabe destacar que la Sentencia del Tribunal Supremo citada tiene un voto particular del magistrado Peces Morate, al que se adhiere el magistrado Yagüe Gil, en el que se sostiene que si el procedimiento administrativo «se detiene en vía de recurso por un plazo superior al señalado por la Ley para la prescripción de la infracción», esta habrá prescrito y la Administración no podrá castigar al presunto responsable.

tras quepa un recurso administrativo, ya sea de alzada o de reposición, la sanción no es ejecutiva, y si, igualmente, se ha establecido que el plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día siguiente a la desestimación presunta del recurso, lo cual solo puede ser posible porque la sanción ya es ejecutable (artículo 30.3 de la LRJSP), carece de sentido que el precepto mencione solamente el recurso de alzada.

Existe, en mi opinión, un cierto paralelismo entre este precepto —el artículo 30.3 de la LRJSP— que establece la regla sobre el cómputo del plazo de prescripción en los supuestos de desestimación presunta del recurso, mencionando solamente el de alzada, y el artículo 24.1 de la LPAC, que también se refiere solo al recurso de alzada cuando establece el silencio positivo, como excepción a la regla del silencio negativo que es la que rige, con carácter general, para los recursos administrativos. Recordemos el tenor literal de este precepto:

«El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. No obstante, cuando *el recurso de alzada* se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado» (15).

El precepto se refiere, pues, solo y exclusivamente, al recurso de alzada, por lo que, de nuevo, es necesario preguntarse si puede existir alguna razón que justifique que el silencio sea positivo (salvo que se trate de las materias enumeradas en el propio artículo) cuando el transcurso del tiempo sin dictar resolución expresa se produzca en un recurso de

(15) El último inciso —«siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado»— es una novedad introducida por la Ley 39/2015 y el párrafo al que se remite dice lo siguiente: «El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar al medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas».

No obstante, el Tribunal Supremo, estando en vigor la ley 30/1992, ya había sostenido que, en caso de «doble silencio», el sentido del silencio no podía ser positivo si con ello se transferían al interesado facultades relativas al dominio público o al servicio público (STS de 25 de mayo de 2016, recurso n.º 2796/2014). Resulta sorprendente que en esta sentencia no se dedique ni una sola palabra para fundamentar una interpretación que no es la que se deduce del sentido literal del artículo 43.1, último párrafo, de la ley 30/1992.

alzada interpuesto contra un silencio negativo («la desestimación por silencio de una solicitud»), y que, por el contrario, sea negativo cuando el transcurso del tiempo sin resolver se produzca en un recurso de reposición interpuesto contra un silencio negativo. La razón de ser de la regla del silencio positivo en vía de recurso es solo una: otorgar un beneficio —la estimación de su recurso— a quien, después de haber visto desestimada su solicitud por silencio negativo, tendría que soportar, por segunda vez, otro silencio negativo de la Administración. Siendo ello así, la regla debería aplicarse también al recurso de reposición, ya que, por mucho que este recurso sea potestativo, una vez que se opta por interponerlo, el recurrente tiene el mismo derecho que quien interpone un recurso de alzada a que la Administración cumpla con su deber de dictar y notificar una resolución expresa en plazo (artículo 21 de la LPAC); o, dicho de otra manera: quien interpone un recurso de reposición no merece soportar, solo porque el recurso sea potestativo, dos silencios negativos de la Administración.

Pero lo cierto es que el legislador menciona exclusivamente el recurso de alzada cuando regula el silencio en vía de recurso (artículo 24 de la LPAC), de igual forma que, al establecer la regla del cómputo del plazo de prescripción en los supuestos de desestimación presunta del recurso administrativo interpuesto contra una sanción administrativa, se refiere, únicamente también, al recurso de alzada (artículo 30.3 de la LRJSP). Quizás el tratamiento diferenciado que la ley da, en estos dos supuestos, al recurso de alzada y al de reposición solo responda a un descuido del legislador (16), explicado por el hecho de que estas dos leyes —la 39/2015 y la 40/2015—, en las que se ha desdoblado la Ley 30/1992, mantienen la mayor parte del contenido de la ley de 1992, y es posible que, al mantenerla, también hayan «arrastrado», inadvertidamente, preceptos y formas de concebir las cosas que sólo tuvieron sentido en la redacción originaria de la ley de 1992, cuando se eliminó el recurso de reposición y solo existía, como recurso ordinario, el de alzada (17).

(16) Comparto plenamente la opinión de T. CANO CAMPOS cuando dice que el legislador «presenta, especialmente en estas leyes, déficit de atención» y que «se ha limitado a reproducir (a veces incluso mal) lo que ya había en los textos que incorpora y deroga» («El autismo del legislador...», *cit.* págs. 27-30).

(17) Incomprensiblemente, para mí, la Ley 4/1999, que modificó la Ley 30/1992 y volvió a introducir el recurso de reposición con carácter facultativo, siguió mencionando exclusivamente el recurso de alzada al establecer la regla del silencio positivo —como excepción al silencio negativo— cuando el objeto del recurso fuese, a su vez, una desestimación por silencio. No obstante, lo que parece claro es que la inclusión de la expresión «alzada» no obedece a ningún descuido, pues se introdujo a través de una enmienda presentada por el Grupo Mixto que se justificó en la necesidad de «adecuar el régimen de recursos al sentido del silencio que establece la regulación propuesta» (BOCG, Senado, Serie II, VI legislatura, n.º 106, pág. 45). La justificación, en mi opinión, no aclara esta cuestión, pues adecuar el régimen del silencio al régimen de recursos debería haber llevado, en buena lógica, a incluir también al recurso de reposición que, precisamente, se volvía a establecer en esta ley, aunque fuese con carácter potestativo.

Así, pues, por todo lo dicho, y no obstante el tenor literal del artículo 30.3 de la LRJSP, en mi opinión, la regla del inicio del cómputo del plazo de prescripción de las sanciones recurridas en vía administrativa debería aplicarse tanto al recurso de alzada como al de reposición.

2. La regla del cómputo del plazo de prescripción de la sanción en los casos de desestimación por silencio del recurso administrativo y su compatibilidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Aparte del problema de interpretación que plantea el hecho de que el artículo 30.3 de la LRJSP solo se refiera al recurso de alzada cuando establece la regla de que el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las sanciones recurridas tiene lugar al día siguiente a aquel en el que se haya producido la desestimación del recurso por silencio, este precepto plantea un segundo problema, cual es el de que dicha regla no solo no está en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en materia de silencio administrativo, sino que tampoco lo estaría, en principio, con la consideración que la LPAC tiene del silencio negativo, al calificarlo de ficción legal o presunción «a los solos efectos» de permitir al interesado recurrir contra el mismo; una concepción esta de la que, como es sabido, la jurisprudencia ha extraído la regla, finalmente consagrada en la ley, de que no hay plazo para recurrir contra el silencio negativo (artículos 122.1 y 124.1 de la LPAC).

Dejando al margen la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y centrandolo nuestro estudio solamente en la doctrina del Tribunal Constitucional, por ser esta la única que podría, en su caso, suponer un impedimento para que el legislador estableciese la regulación que ha incluido en el artículo 30.3 de la LRJSP(18), creo que, en el supuesto que nos ocupa, la doctrina constitucional sobre el silencio negativo y la ejecutividad de las sanciones, sentada en la STC 243/2006, no impide dicha regulación, y ello por las razones que paso a exponer a continuación.

En primer lugar, porque se trata de una doctrina establecida en interpretación de una legislación que no decía, como por el contrario sí dice ahora, que la desestimación del recurso por silencio determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la sanción, regla esta que, por las razones que ya he expuesto, lleva consigo, también, que a partir de ese momento la sanción sea ejecutiva.

(18) Sobre la cuestión de la vinculación del legislador a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *vid.* M. AHUMADA RUIZ, V. FERRERES COMELLA, L. LÓPEZ GUERRA y C. VIVER PI-SUNYER, *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2012.

En segundo lugar, porque la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el silencio negativo en vía de recurso y sus efectos sobre la ejecutividad de las sanciones, sentada por vez primera en su Sentencia 243/2006, no se estableció al hacer un juicio de inconstitucionalidad directo y abstracto sobre un precepto legal, sino que aquella sentencia resolvió un recurso de amparo que se otorgó por considerar que la argumentación de la sentencia impugnada ante el Tribunal Constitucional había sido «manifiestamente insuficiente», así como porque carecía de razonabilidad concluir, como había hecho aquella sentencia, que una sanción ha adquirido firmeza por el solo hecho de que hubiese transcurrido el plazo para dictar y notificar la resolución expresa del recurso, pues, a juicio del Tribunal, «el deber de la Administración de resolver el recurso y su potestad de hacerlo en sentido estimatorio, revocando o anulando totalmente la resolución impugnada en alzada, resultan incompatibles con la atribución de la nota de firmeza antes de la resolución expresa de aquél». Con base en ello, el Tribunal concluyó que la sentencia impugnada carecía de la razonabilidad exigida a las resoluciones judiciales, porque su razonamiento no permitía alcanzar su conclusión, dado que «no existe vinculación lógica directa entre su única premisa, la expiración de los plazos a que se refieren los artículos 115.2 LRJPAC y 46.1 LJCA, y la conclusión alcanzada».

Con independencia de las reflexiones críticas que cabría hacer sobre los pronunciamientos que se contienen en esta sentencia (19), lo que

(19) No este es lugar para analizar, a fondo, los pronunciamientos de esta sentencia, pero me parece que el Tribunal Constitucional fue demasiado lejos en esta ocasión, tratándose, como se trataba, de una cuestión de legalidad ordinaria, tal y como la calificó la propia sentencia, y teniendo en cuenta que, como también dijo en esta sentencia, «cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la interpretación y aplicación de preceptos legales que no afectan a derechos fundamentales susceptibles de amparo, sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento».

No entiendo cómo puede decirse que para *cualquier observador* resulta *patente* que *carece de toda motivación o razonamiento* una sentencia que concluye que la desestimación, por silencio administrativo, del recurso administrativo interpuesto contra una sanción, hace que la sanción adquiera firmeza y sea, por tanto, ejecutiva. No carece, a mi juicio, de toda motivación y razonamiento una resolución judicial que lo que hace es considerar que una sanción es firme —a efectos de ejecutividad— cuando, por aplicación del silencio administrativo, cabe entender desestimado el recurso administrativo interpuesto contra aquella, pues ¿acaso la firmeza administrativa no es —aparte de otros significados— la situación que se produce cuando el acto administrativo ya no puede ser objeto de recurso administrativo alguno y, además, está en disposición de ser recurrido en la vía contencioso-administrativa? Si a todo ello añadimos que era la propia Ley, aplicada en el caso de autos, la que decía que si un acto presunto no era recurrido en vía administrativa en plazo devenía *firme* a todos los efectos (artículo 115.1 LRJPAC), con mayor razón aún habría que considerar que al razonamiento judicial no le faltaba lógica y, por ello, resulta difícil entender que el Tribunal otorgara el amparo en este caso. Y, sobre todo, después de afirmar lo siguiente: «hemos venido exigiendo, pues, la coherencia lógica del razonamiento y excluyendo que puedan conside-

quiero resaltar ahora es que el recurso de amparo se estimó porque el razonamiento de la sentencia impugnada —dando por bueno que una sanción es ejecutiva desde el momento en que el recurso de alzada interpuesto contra la misma haya sido desestimado por silencio— era insuficiente, irrazonable e ilógico, pero no porque el hecho de considerar ejecutiva una sanción desde el momento en que haya sido desestimado por silencio el recurso interpuesto contra la misma sea, en sí mismo, contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es más, es la propia sentencia la que afirma que no puede descartarse que la cuestión debatida pudiera llegar a ser decidida de forma contraria a lo que alegaba el demandante (20) y que lo único que el Tribunal puede decir es que la sentencia impugnada «ha omitido premisas que justifiquen y expliquen su fallo», razón por la cual, si bien es cierto que estima el recurso de amparo, no lo es menos que decide «retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia a fin de que dicho órgano jurisdiccional pronuncie otra, respetuosa con el derecho fundamental reconocido».

Y no ha sido esta la única ocasión en la que el Tribunal Constitucional ha reconocido que son posibles otras interpretaciones de la legalidad en relación con la cuestión de las sanciones y el silencio administrativo en vía de recurso. Así, en su Sentencia 37/2012, ya citada, y en las que reiteraron su doctrina (21), el Tribunal, refiriéndose a la cuestión del silencio administrativo y la prescripción de las sanciones, afirmó lo siguiente:

«...no corresponde al Tribunal Constitucional determinar cuál sea la interpretación preferible cuando son posibles —dentro de la Constitución— distintas interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria, y entre ellas pueda identificarse alguna que acaso hubiera respondido más plenamente a los valores incorporados a los derechos fundamentales u otros preceptos constitucionales, pues una cosa es la garantía de los derechos fundamentales, tal y como le está encomendada a este Tribu-

rarse razonadas aquellas resoluciones judiciales respecto de las que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se advierte que “parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”...». Decir que este era el caso es, cuando menos, exagerado, por las razones que he expuesto.

(20) Esencialmente, lo que alegaba el demandante es que no adquiere firmeza y, por tanto, no es ejecutiva una sanción hasta que no se resuelve de forma expresa el recurso interpuesto contra la misma.

(21) SSTC 91/2012, 93/2012 y 98/2012.

nal, y otra, muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de la interpretación de la legalidad [...].

No es ocioso señalar, en este sentido, que el propio Tribunal Supremo, de manera prudencial, advierte expresamente en su Sentencia en interés de ley de 22 de septiembre de 2008 (fundamento de Derecho quinto) que de la conjunción de la doctrina legal sentada en esta sentencia con la formulada en la anterior Sentencia en interés de ley de 15 de diciembre de 2004, pudieran derivarse "consecuencias indeseables, como sería la pervivencia indefinida de una resolución sancionadora que estuviese pendiente de recurso de alzada y de la que no pudiese predicarse la prescripción de la infracción ni de la sanción" [...].»

Pues bien, esta precaución del Tribunal Supremo, en lugar de debilitar la legitimidad constitucional de la doctrina legal en la referida Sentencia en interés de ley, la refuerza, toda vez que deja abierta la puerta a sucesivas reconsideraciones cuando el caso así lo precisare». La pertinencia de aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional a la que acabamos de aludir en el párrafo anterior, referida a que no puede ser pretensión nuestra la de exigir la mejor solución o la más justa, de entre las posibles, cuando hay otras que, aun sin llegar a esos extremos, no obstante son constitucionalmente suficientes, resulta, a la vista de la aludida precaución del Tribunal Supremo, especialmente apropiada».

A la vista de todo lo expuesto, cabe concluir, pues, que la doctrina de la STC 243/2006, según la cual, mientras esté pendiente la resolución de un recurso administrativo contra una sanción, ésta no puede adquirir firmeza y no es ejecutiva, no impedía que el legislador estableciese que la desestimación por silencio del recurso determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la sanción, que es lo mismo que decir que a partir de ese momento es ejecutable, pues, como ya he dicho, una cosa (el correr del plazo de prescripción de la sanción) no se entiende sin la otra (que la Administración pueda ejecutarla y tenga que ejecutarla dentro de un plazo de tiempo determinado). La legalidad ordinaria vigente en el momento en que se dictó esa sentencia y las otras que la confirmaron sencillamente ha sido sustituida por otra legalidad ordinaria que, no en vano, ha dejado de hablar de «firmeza» de las sanciones para definir cuándo son ejecutivas.

Tampoco considero que la doctrina constitucional sobre la configuración del silencio administrativo, en general, esto es, la que no se refiere

específicamente a las sanciones, pueda ser un obstáculo frente a esta nueva regulación de la prescripción/ejecutividad de las sanciones administrativas, que determina, según la interpretación que sostengo, que, en los casos en los que el recurso administrativo haya sido desestimado por silencio, la sanción es ejecutable y, por consiguiente, empieza a correr el plazo de prescripción desde el día siguiente al que se produce el silencio administrativo negativo.

En primer lugar, conviene recordar cuál es, en esencia, la doctrina que el Tribunal Constitucional ha establecido sobre el silencio administrativo, y nada mejor para ello que hacerlo con el resumen que de la misma hace el propio Tribunal en su Sentencia 37/2012 (Fundamento jurídico 10):

«...por lo que se refiere a la doctrina constitucional sobre el silencio administrativo, este Tribunal tiene reiteradamente declarado que la figura del silencio es una mera «ficción legal, que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración», de manera que en estos casos «no puede calificarse de razonable aquella interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que aquella en la cual se habría encontrado si hubiera cumplido su obligación de resolver» expresamente y hubiese efectuado la notificación procedente observando todos los requisitos legales (SSTC 6/1986, de 21 de enero, F.J. 3; 204/1987, F.J. 4; 188/2003, F. J. 6; 220/2003, F.J. 5; 14/2006, F.J. 2; y 40/2007, F.J. 2, entre otras muchas). Por ello, este Tribunal concluye que resultan contrarios al art. 24.1 CE los pronunciamientos judiciales de inadmisión de recursos contencioso-administrativos por extemporaneidad (por no haber impugnado judicialmente en su día la desestimación presunta del recurso administrativo) fundamentados en considerar la existencia de una resolución administrativa expresa dictada fuera de plazo sólo como un acto confirmatorio de lo ya resuelto de manera consentida y firme por silencio, en tanto que supone una interpretación irrazonable y contraria al principio *pro actione* deducir del comportamiento pasivo de quien recurre, derivado de la propia inactividad de la Administración, un consentimiento con el contenido de un acto administrativo que fue impugnado».

Con independencia de que se comparta o no esta doctrina (22), lo que no debemos olvidar es que se dicta en relación a una cuestión muy concreta, cual es la de determinar si la decisión de inadmitir un recurso contra una resolución presunta, por el hecho de interponerlo fuera de plazo, resulta o no contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, en su grado máximo de expresión que es el acceso a la jurisdicción. Es decir, que se trata de una doctrina sentada en un caso en el que el silencio administrativo entra —o puede entrar— en colisión con un derecho fundamental. Cosa que, para el Tribunal Constitucional, no ocurre cuando se trata de valorar los efectos del silencio en relación con la ejecutividad y la prescripción de las sanciones e infracciones. No hay más que recordar, a este respecto, que, en su Sentencia 243/2006 (Fundamento de Derecho 5), el Tribunal sostuvo que, en el caso allí enjuiciado (si la desestimación presunta de un recurso de alzada hacía firme y, por tanto, ejecutable a la sanción recurrida, o no), se trataba de una cuestión de «interpretación y aplicación de preceptos legales que no afectan a derechos fundamentales susceptibles de amparo» (23). Siendo ello así, esta es una primera razón para considerar que no se puede trasladar, sin más, la doctrina constitucional sobre el silencio administrativo, establecida en relación con el acceso a los recursos, a cualquier cuestión que se plantee en relación con los efectos del silencio negativo.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el fundamento de esta doctrina constitucional radica —en palabras del propio Tribunal— en que «no puede calificarse de razonable aquella interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que aquella en la cual se habría encontrado si hubiera cumplido su obligación de resolver expresamente y hubiese efectuado la notificación procedente observando todos los requisitos legales». Si ello es así, lo que habría que concluir es que el criterio del Tribunal Supremo, avalado por el Tribunal Constitucional, según el cual mientras que la Administración no resuelva expresamente el recurso de alzada, no empieza a correr el plazo de prescripción de la sanción, sí que estaría «primando» la inacti-

(22) Me remito a lo dicho en «Silencio administrativo: delimitación jurisprudencial de su ámbito de aplicación (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007)», en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 16, febrero de 2008, págs. 36-37.

(23) Vid. Tomás CANO CAMPOS, «La imprescriptibilidad de las sanciones recurridas o la amenaza permanente del *ius puniendi* de la Administración», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, lustel, n.º 30, 2012, pág. 79, para quien la interpretación que realiza el Tribunal Supremo sobre la prescripción de las sanciones que han sido recurridas en alzada y cuyo recurso no se ha resuelto de forma expresa (avalada por el Tribunal Constitucional en las sentencias tantas veces citadas 37/2012, 91/2012, 93/2012 y 98/2012) sí que estaría vulnerando el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (artículo 25 CE).

vidad administrativa y colocando a la Administración en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber legal de resolver de forma expresa y en plazo el recurso, pues quedaría exclusivamente en sus manos decidir cuándo se extingue su potestad para ejecutar las sanciones o, incluso, si se extingue, pues bastaría con no resolver nunca, para que nunca prescribieran las sanciones.

Por eso, comparto plenamente la opinión de Tomás Cano cuando, refiriéndose a la interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 132 de la LRJPAC, avalada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 37/2012, dice que «la norma cuya constitucionalidad sostiene la mayoría del Tribunal Constitucional desvirtúa por completo la finalidad de la institución del silencio, pues transforma en una posición de ventaja lo que no es más que el incumplimiento de un deber legal de la Administración, provocando incertidumbre y unos efectos indeseables en los ciudadanos recurrentes que verán como el transcurso del tiempo (tanto cuanto quiera la Administración) en nada afecta a la consolidación de sus posiciones jurídicas y a la extinción de su responsabilidad por mucho que la ley haya previsto expresamente determinados plazos para ello» (24).

Así, pues, lejos de ser irrazonable una norma como la contenida en el artículo 30.3 de la LRJSP, que establece que las sanciones prescriben —a pesar de que el recurso administrativo no haya sido resuelto de forma expresa por la Administración— desde el momento en que se produzca su desestimación por silencio administrativo, en mi opinión es más que razonable y, desde luego, es la más respetuosa con la seguridad jurídica, que es el fundamento de una institución —la prescripción— que consiste en considerar extinguida una potestad administrativa cuando transcurre el tiempo máximo que ha establecido el legislador, sin que dicha potestad se ejercite.

El otro argumento que ha llevado al Tribunal Constitucional a considerar contrario al derecho a la tutela judicial efectiva el hecho de imponer plazos a los recursos contra el silencio negativo gira en torno al significado que el Tribunal ha atribuido a la expresión —contenida en la Ley 4/1999 (artículo 43.2) y reiterada hoy en la LPAC (artículo 24.2)— «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». Con base en esta interpretación, el Tribunal Constitucional, como es sabido, ha terminado declarando que el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, *Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa* (LJCA), que establece un plazo de seis meses para re-

(24) Tomás CANO CAMPOS, «La imprescriptibilidad de las sanciones...», *cit.* pág. 76.

currir los actos presuntos, ha dejado de ser aplicable en los supuestos de silencio administrativo negativo (STC 52/2014) (25).

En mi opinión, cabía hacer una interpretación distinta del artículo 43.2 de la LRJPAC que sería más respetuosa con la seguridad jurídica, por ser este un valor constitucional que aboga por la consolidación de las posiciones jurídicas y, se opone, por tanto, a que la posibilidad de recurrir un acto administrativo y, en general, cualquier acto jurídico, quede abierta *sine die*.

En efecto, para empezar, el precepto lo único que decía es que el silencio negativo tiene los solos efectos de permitir al interesado interponer los recursos procedentes, pero no añadía, a continuación, que el interesado pudiera hacerlo cuando quisiera. Es más, fue la propia ley la que no concebía que el silencio negativo pudiera recurrirse cuando el interesado quisiera, ya que, en su artículo 115.1, cuya redacción se mantuvo inalterada en la reforma de 1999, decía que, una vez transcurridos *los plazos* (en plural, pues la norma establecía dos plazos diferentes: un mes si el acto fuera expreso, y tres meses si no lo fuera), si no se recurría en alzada, «la resolución» —en ambos casos, pues, expresa y presunta—, «será firme a todos los efectos».

Siendo así, podría haberse interpretado que lo que quería hacer el legislador al establecer, en la Ley 4/1999, que el silencio negativo tiene los solos efectos de permitir el acceso al recurso —cosa que no cabría si no entendiésemos que hay un acto que recurrir— no era otra cosa que distinguirlo del silencio positivo, en el doble sentido de decir (i) que, una vez producido el silencio positivo, la Administración, si quisiera tomar una decisión expresa en sentido contrario, ya no podría, porque el silencio se considera a todos los efectos un acto, y tendría que acudir a la revisión de oficio y anularlo, si es que tuviera un vicio de nulidad; y (ii) que, por el contrario, el silencio negativo no produce ese efecto, sino que la Administración, que sigue obligada a dictar resolución expresa, no se encuentra vinculada al sentido desestimatorio que la ley atribuye al silencio administrativo en estos casos, sino que puede dictar una re-

(25) En el Fundamento de Derecho 5 de la STC 52/2014, el Tribunal declara que «con arreglo a la nueva ordenación del silencio administrativo introducida por la Ley 4/1999 ya no tienen encaje en el concepto legal de “acto presunto” los supuestos en los que el ordenamiento jurídico determina el efecto desestimatorio de la solicitud formulada, pues en tales supuestos el ordenamiento excluye expresamente la constitución *ipso iure* de acto administrativo de contenido denegatorio». Por tanto, concluye a continuación, «...habida cuenta de que [...] en los supuestos de silencio negativo ya no existe acto administrativo alguno finalizador del procedimiento (artículo 43.2 LPC), ni un acto administrativo denominado “presunto” basado en la ficción legal como se desprendía de la redacción originaria de la Ley 30/1992, [...], el inciso segundo del artículo 46.1 LJCA ha dejado de ser aplicable a dicho supuesto. En otras palabras, a la luz de la reforma de 1999 de la Ley 30/1992, la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el artículo 46.1 LJCA».

solución en el sentido —negativo o positivo— que considere procedente en Derecho.

En otras palabras, cabe pensar que lo único que quería decir el legislador es que el silencio negativo no produce ese efecto vinculante a su sentido que produce el silencio positivo y que, por el contrario, el efecto que produce es que el interesado, en lugar de quedarse esperando la resolución expresa de la Administración, está legitimado para impugnar el acto presunto en la vía —administrativa o judicial— que en cada caso resulte procedente. La palabra «solos», referida a los efectos del silencio negativo, si no se saca del contexto de lo que se está regulando en ese precepto, no debería significar otra cosa distinta a la que aquí acabo de exponer, y ello porque el propio legislador, en otro precepto, al regular los plazos de los recursos, daba por hecho que el silencio también debía ser recurrido en plazo, eso sí, en un plazo más amplio que el establecido para los recursos contra actos expresos. Si a ello añadimos que la LJCA —seis meses posterior a la Ley 4/1999, pero elaborada y tramitada en gran parte en paralelo a esta última— estableció un plazo de seis meses para recurrir el silencio (frente al de dos meses, para el recurso contra actos expresos), me parece más que razonable concluir que, en ambos casos, el legislador había considerado compatible su concepción del silencio administrativo negativo con el sometimiento a plazo de su impugnación. Y, en efecto, en mi opinión, ambas cosas no solo pueden, sino que deberían ser compatibles, ya que resulta más respetuoso con la seguridad jurídica establecer plazos amplios para recurrir el silencio, que dejar la posibilidad de recurrir a la disposición total de una parte, ya que por el hecho de que se trate de actos desestimatorios para el interesado, no puede excluirse que puedan afectar a los derechos o intereses legítimos de terceros.

A este respecto, conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado conforme a Derecho la decisión de inadmitir un recurso interpuesto fuera de plazo contra una desestimación presunta, y ello por entender que, conforme a una jurisprudencia reiterada de dicho tribunal, «los plazos para recurrir no tienen carácter dispositivo ni para el Juez ni para las partes» (26).

(26) Auto del Tribunal General, Sala Cuarta, de 13 de noviembre de 2012, en el asunto T-278/1, en cuyo apartado 46 declara : «En efecto, tal como recuerda el Tribunal en el anterior apartado 31, conforme a una jurisprudencia reiterada, los plazos para recurrir no tienen carácter dispositivo ni para el Juez ni para las partes. Pues bien, considerando, según se desprende de los escritos de 4 de mayo y de 29 de junio de 2012, a la luz del intercambio de correspondencia entre las demandantes y la Comisión, que la decisión denegatoria presunta, en el sentido del artículo 8, apartado 3, del Reglamento n.º 1049/2001, se produjo el 22 de abril de 2011, resulta manifiesto que las demandantes pretendieron dotar al plazo para interponer el recurso de anulación de carácter dispositivo, retrasando la fecha de la formación de dicha decisión y, en consecuencia, la fecha a partir de la que había comenzado a correr el plazo de que disponían para interponer dicho recurso y también la fecha en la que había finalizado».

Ahora bien, dicho todo ello, la cuestión es que la LPAC no solo mantiene la expresión «a los solos efectos», cuando distingue el silencio negativo del positivo (artículo 24.2 LPAC), sino que, además, ahora ha establecido que el recurso, ya sea dealzada o de reposición, si es contra un acto que no es expreso, se podrá interponer «en cualquier momento», a partir del día siguiente a aquel en el que se produzca el acto presunto (artículos 122.1 y 124.1 de la LPAC). La ley debería haber aclarado, por cierto, que la inexistencia de plazo para recurrir lo es en relación con un acto presunto de sentido negativo, pues resultaría contrario a la concepción del silencio positivo como un verdadero acto administrativo, a todos los efectos, considerar que éste se puede recurrir (por un tercero legitimado y en contra de los intereses de quien ha visto estimada su pretensión por silencio positivo), en cualquier momento. Es más, si se interpretara la expresión «acto presunto» en el sentido en que lo ha hecho el Tribunal Constitucional en su Sentencia 52/2014, esto es, considerando que solo puede haber un acto presunto y que ese único acto presunto posible es el producido por silencio positivo, mientras que el acto presunto negativo no sería tal acto (27), resultaría que los artículos 122. 1 y 124.1 de la LPAC habrían venido a consagrar la regla de que el silencio positivo (el único acto presunto existente, según el Tribunal Constitucional) puede recurrirse sin sometimiento a plazo alguno.

Pero volviendo a la cuestión que nos ocupa, y para terminar con los argumentos que, en mi opinión, llevarían a concluir que la doctrina constitucional sobre el silencio administrativo no se opone a una regulación como la establecida ahora en el artículo 30.3 de la LRJSP, considero que no hay contradicción alguna en que la ley diga, por un lado, que el silencio negativo tiene «los solos» efectos de permitir al interesado recurrir el acto presunto negativo, en lugar de esperar al acto expreso —que puede ser negativo o positivo— que, por otro lado, establezca que la desestimación de los recursos administrativos por silencio sí produce un efecto, cual es el de que, a partir del día siguiente de producirse el silencio en un recurso administrativo interpuesto contra una sanción administrativa, el plazo de prescripción de la sanción comienza a contarse, siendo ello así porque, también, a partir de ese momento, hay que entender que la sanción es ejecutable.

(27) Es precisamente con base en esta interpretación, que me atrevería a calificar de nominalista, que el Tribunal Constitucional ha concluido, como ha quedado expuesto en la nota 26, que el inciso del artículo 46.1 de la LJCA, que establece que el plazo para recurrir «los actos presuntos» es de seis meses, ha dejado de ser aplicable, porque los actos producidos por silencio negativo no son, realmente, actos administrativos. Es decir que, para el Tribunal Constitucional «en los supuestos de silencio negativo [...] ya no existe [...] un acto administrativo denominado "presunto"».

Aun aceptando que la expresión «los solos efectos» del artículo 24.2 de la LPAC signifique que queda excluido cualquier otro efecto para el silencio negativo que no sea el de permitir al interesado recurrirlo, no habría ninguna contradicción ni incoherencia entre ese precepto y el artículo 30.3 de la LRJSP, porque lo que habría que entender, en tal caso, es que la ley habría establecido una regla, pero también una excepción a esa regla, con la que, por lo demás, vendría a ponerse fin a ese efecto indeseado y contrario a la seguridad jurídica que produce el considerar, como han hecho el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, si bien con los votos particulares en contra de varios magistrados, que la prescripción de una sanción puede llegar a no producirse nunca, si así lo quiere la Administración (28).

Por todo ello, en mi opinión, la norma establecida en el artículo 30.3 de la LRJSP es una norma razonable y respetuosa con la Constitución, en cuanto que encuentra fundamento en el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Además, creo que merece una valoración positiva, porque viene a poner algún límite a los excesos en los que, en materia de silencio administrativo, ha incurrido, en mi opinión, la jurisprudencia.

El silencio administrativo es una patología que no se cura con más patologías, como lo es, en mi opinión, el establecer que un acto pueda ser impugnado *sine die*; que una sanción pueda no prescribir nunca; o que una sanción pueda no llegar a hacerse cumplir nunca, si así lo quiere la Administración, bastándole para ello con no resolver el recurso administrativo interpuesto contra la misma. La seguridad jurídica exige que haya plazos, aunque sea amplios, para recurrir, como también los exige para que la Administración pueda ejercer su potestad de ejecutar la sanción, y para que el sujeto sancionado sepa que, llegado un momento, su sanción ya no podrá ser ejecutada. Dejando la duración del plazo de prescripción en manos de la Administración *sine die*, se perjudica al sujeto infractor, ya que no tendrá nunca la seguridad de que la sanción vaya a prescribir, pero también se puede perjudicar al interés general y a posibles intereses de terceros a los que pueda beneficiar la ejecución de la sanción.

Todo lo cual pone de manifiesto que solo desde una perspectiva muy parcial puede concebirse que el silencio sea, exclusivamente, un problema entre una Administración que incumple su deber legal de resolver en plazo y un ciudadano que tiene derecho a la resolución expresa, y en

(28) Los Magistrados E. Gay, P. Pérez Tremps, A. Asua y L. Ortega, en sus votos particulares a la STC 37/2012, consideran contraria a la seguridad jurídica la doctrina legal del Tribunal Supremo sobre la prescripción de las sanciones en los casos en los que no hay resolución expresa del recurso administrativo.

plazo, de sus solicitudes y recursos, pues hay que considerar el interés general en juego y también los intereses de terceros. Por eso, en términos de seguridad jurídica, no me parece que la solución a este eterno e incorregible incumplimiento de la legalidad por parte de la Administración que es el silencio administrativo sea «compensar» al sujeto sancionado con la no ejecutividad de la sanción y «castigarlo», por cierto, y al mismo tiempo, con la no prescripción de su sanción. La solución pasa por exigir responsabilidades a quienes no dictan resolución en plazo, pues, salvo casos excepcionales, no parece que sea tan difícil estimar o desestimar, en plazo, un recurso teniendo en cuenta que a las resoluciones administrativas solo se les exige motivar con «con sucinta» referencia a hechos y fundamentos de Derecho.

III. La ejecutividad de la sanción una vez que ya es ejecutable y antes de que transcurra el plazo para recurrirla ante la Jurisdicción contencioso-administrativa

La otra gran novedad de la LPAC, en materia de ejecutividad de las sanciones, es la que se establece en relación con el estado en que queda una sanción una vez que ya es ejecutable, pero todavía está abierto el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo contra la misma.

El artículo 90.3 de esta ley establece lo siguiente:

«Cuando la resolución sea ejecutiva, se podrá suspender cautelarmente, si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa. Dicha suspensión cautelar finalizará cuando:

a) Haya transcurrido el plazo legalmente previsto sin que el interesado haya interpuesto recurso contencioso administrativo.

b) Habiendo el interesado interpuesto recurso contencioso-administrativo:

1.º No se haya solicitado en el mismo trámite la suspensión cautelar de la resolución impugnada.

2.º El órgano judicial se pronuncie sobre la suspensión cautelar solicitada, en los términos previstos en ella».

El precepto, con algunas imprecisiones terminológicas, a las que luego haré referencia, viene a establecer un régimen especial, y más favorable, de tutela cautelar frente a las sanciones administrativas, consis-

tente en que, una vez que la sanción es ejecutiva, situación que se da, como sabemos, cuando no quepa contra ella el recurso administrativo ordinario alguno, se producirá la suspensión por el solo hecho de que el interesado manifieste a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. A pesar de la ambigüedad de la expresión utilizada por el legislador —«se podrá suspender cautelarmente»—, para mí es claro que lo que ha querido decir la ley es que, si el interesado dirige un escrito a la Administración comunicándole su intención de interponer un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación de su recurso administrativo previo o, directamente, contra la sanción, si contra ella procede recurso potestativo de reposición, entonces se producirá la suspensión automática de la ejecutividad de la sanción. Entender que el legislador ha querido decir que, en estos casos, se podrá, o no, suspender la ejecutividad de la sanción carece de sentido, en mi opinión, y ello porque la actuación del interesado consiste en poner en conocimiento de la Administración su intención de recurrir, y no en presentarle una solicitud de suspensión que la Administración tenga que resolver y, por tanto, pueda resolver en un sentido (estimatorio) o en otro (desestimatorio). No hay tal posibilidad de pronunciamiento por parte de la Administración, y lo que se produce, por consiguiente, es un efecto automático de suspensión como consecuencia del acto de comunicación del interesado.

La regla ahora —y ahí radica su novedad— es que la comunicación por parte del interesado a la Administración de su intención de recurrir la sanción en el contencioso-administrativo suspende de forma automática su ejecutividad y, por eso, el precepto completa esta regla —de suspensión automática y temporal— con otras sobre la duración de la suspensión, estableciendo que la ejecutividad estará suspendida hasta que se produzca una de estas tres circunstancias: (i) que transcurra el plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo y el interesado no lo interponga; (ii) que el interesado lo interponga dentro de plazo, pero no solicite la suspensión de la sanción en el escrito de interposición; y (iii) que, habiéndose interpuesto el recurso contencioso en plazo, y habiéndose solicitado la suspensión —en el momento de la interposición y no en cualquier otro momento (29)—, el órgano judicial no otorgue la suspensión solicitada. En este último supuesto, lo que determina el cese de la suspensión no es, como impropriadamente dice la ley, «que el órgano judicial se pronuncie sobre la suspensión cautelar solicitada», pues si se pronunciara otorgándola, es evidente que la suspensión obtenida de forma automática y provisional no se extinguiría, sino que se

(29) El artículo 90.3.b).1.º dice «en el mismo trámite», refiriéndose a la interposición del recurso.

mantendría. Lo que razonablemente hay que entender que pone fin a la suspensión no es cualquier pronunciamiento sobre la solicitud de suspensión, sino solamente un pronunciamiento judicial desestimatorio de la misma (30).

Aparte de lo que acabo de señalar, el precepto deja un «fleco suelto», cual es el de que no prevé mecanismo alguno para que la Administración pueda tener conocimiento, de forma fehaciente y a su debido tiempo, de que se han producido las circunstancias que determinan el cese de la suspensión. Por tanto, y salvo en el supuesto de la desestimación de la suspensión por el órgano judicial, en el que la Administración tendrá conocimiento de la denegación de la suspensión desde el momento en que se le notifique el auto de medidas cautelares, en los otros dos supuestos —no presentación del recurso contencioso-administrativo en plazo y presentación sin solicitar la suspensión en el escrito de interposición— tendrá que ser la propia Administración la que realice las gestiones oportunas para poder saber a partir de qué momento es ejecutable la sanción. En mi opinión, este problema se podría haber evitado si el legislador hubiese establecido que el interesado, de la misma manera que tiene que comunicar a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo si quiere que se produzca la suspensión automática de la ejecutividad de su sanción, debe también comunicarle, llegado el momento, que ha interpuesto el recurso judicial y que ha solicitado la suspensión. No habiéndolo previsto así el legislador, entiendo que el interesado no puede resultar obligado a ello por la propia Administración, pues le falta la habilitación legal expresa para imponerle un deber de esta naturaleza, especialmente necesaria tratándose de un acto administrativo de naturaleza sancionadora.

A propósito de este novedoso precepto, y poniéndolo en relación con la interpretación que aquí he mantenido sobre el artículo 30.3 de la LRJSP y sus consecuencias sobre la ejecutividad de las sanciones en los casos de desestimación presunta del recurso administrativo, resultaría que, ahora, en la hipótesis de que mi interpretación fuese correcta, las sanciones recurridas en vía administrativa serían ejecutivas a partir del día siguiente en que se produjese el silencio, pero, si se quiere, ese mismo día, la ejecutividad quedaría suspendida con tal de que el sancionado comunicase a la Administración su intención de recurrirla en el contencioso. A su vez, dicha suspensión, como ha quedado expuesto, cesaría si, transcurrido el plazo del recurso contencioso-administrativo, el interesado no lo interpusiera. Ahora bien, ¿cuál sería el plazo para interponer el recurso contencioso en los casos en los que el recurso administrativo no se hu-

(30) Así lo entienden también Luis MARTÍN REBOLLO, «La potestad sancionadora...», *cit.* pág. 365 y Tomás CANO CAMPOS, «El autismo del legislador...», *cit.* pág. 51.

biera resuelto de forma expresa? La respuesta a esta pregunta ya la conocemos: ninguno, porque el Tribunal Constitucional ha dicho que el inciso del 46.1 de la LJCA, que es el que establece el plazo de seis meses para el recurso contra los actos producidos por silencio negativo, hay que tenerlo por no puesto y, por consiguiente, como ya no es de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, resulta que no hay plazo para recurrir estos actos ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Siendo ello así, se daría la paradoja de que, a pesar de que el legislador ha otorgado unos efectos al silencio producido en vía de recurso (el inicio del cómputo de la prescripción de la sanción) que, en buena lógica, deberían conllevar, como presupuesto, que el silencio en vía de recurso hace a la sanción ejecutable, resulta que la aplicación de una doctrina constitucional que ni siquiera ha dicho que el plazo de seis meses para recurrir el silencio ante el contencioso vulnera la Constitución, sino que, debido a la sucesión de dos normas en el tiempo, ese plazo no es aplicable, produciría como resultado que, con la nueva regulación, una sanción recurrida en vía administrativa, cuyo recurso no ha sido resuelto de forma expresa, empezaría a prescribir con su desestimación presunta, pero no podría ejecutarse si el sancionado comunica a la Administración su intención de recurrir en la vía contenciosa, con lo cual, y en ello radica la paradoja, se estaría extinguiendo, por el transcurso del tiempo sin ejercerla, una potestad administrativa —la de ejecutar las sanciones— a pesar de no haber tenido la Administración la posibilidad de ejecutarla.

La última cuestión que cabría plantear en relación con el artículo 90.3 de la LPAC es la de si la nueva regla sobre la ejecutividad, establecida solamente para las sanciones, no debería haberse previsto, con carácter general, para todos los actos administrativos, como, en mi opinión, exige el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de tutela cautelar, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo. Estableciendo la regla en cuestión solamente para las sanciones administrativas, el legislador ha perdido la ocasión de poner fin al estado de confusión en el que se encuentra la cuestión de la suspensión de los actos administrativos en el período que media entre el momento en el que se desestima el recurso administrativo y el momento en el que órgano judicial se pronuncia sobre la suspensión solicitada en vía contencioso-administrativa.

Aunque esta es una cuestión que nos aleja del tema que nos viene ocupando, ya que se refiere a los actos administrativos, en general, y no específicamente a las sanciones, no es posible dejar de abordarla ante la novedad que supone un precepto como el artículo 90.3 de la LPAC. Para ello, es necesario recordar, brevemente, cuál es el régimen jurídico de la suspensión de los actos administrativos, refiriéndonos, en primer lugar, a su regulación y, en segundo lugar, a la jurisprudencia que la ha interpretado.

1. La regulación de la suspensión de los actos administrativos en la LPAC y en la LJCA

Como es bien sabido, salvo en algunos ámbitos específicos, en los que está previsto expresamente que la interposición del recurso administrativo suspende (31), la regla general en el procedimiento administrativo común es que la interposición de un recurso administrativo no suspende y que, por consiguiente, el acto es ejecutivo salvo que el órgano competente para resolver el recurso acuerde su suspensión, cuando se den las circunstancias legalmente previstas para ello, a saber: el *periculum in mora* o el *fumus boni iuris*, entendiéndose por tal que el recurso esté fundado en una causa de nulidad de pleno derecho (artículo 117.2 de la LPAC) (32).

Si esta es la regla en relación con la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos en vía de recurso administrativo, las cosas no son muy distintas en el contencioso-administrativo, pues, si bien es cierto que el artículo 129 de la LJCA no dice, como hace el artículo 117 de la LPAC, que la interposición del recurso no suspende la ejecutividad del acto administrativo impugnado, en la práctica es como si lo dijera, ya que lo que este precepto establece es que el órgano judicial, «podrá» (33) otorgar la suspensión solicitada si, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en presencia, la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. Es decir, que en el recurso contencioso-administrativo hay que solicitar la suspensión de la ejecutividad y, solo si el órgano judicial la otorga, el acto administrativo se verá privado «cauteladamente», esto es, mientras dura el proceso, del atributo de la ejecutividad.

(31) Además del ámbito sancionador, está previsto así, por ejemplo, para el recurso contra el acuerdo de necesidad de ocupación en la *Ley de Expropiación forzosa*, de 16 de diciembre de 1954 (artículo 22.3); en el recurso especial en materia contractual interpuesto contra el acto de adjudicación del contrato (artículo 53 de la Ley 9/2017, *de Contratos del Sector público*) y, como regla general, en el ámbito tributario (artículos 224 y 233 de la Ley 58/2003, *General Tributaria*).

(32) Sobre el artículo 111 de la Ley 30/1992, que establecía esta regla, y la crítica al mismo, me remito a C. CHINCHILLA MARÍN, «La tutela cautelar», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, dirigidos por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, Lex Nova, 2001, y, de la misma autora, «Criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1999.

(33) De nuevo la forma verbal utilizada —«podrá»— no es la más adecuada, ya que, en realidad, cuando se da esa circunstancia, por exigencias del artículo 24 CE (derecho a la tutela cautelar), debería otorgarse la medida cautelar solicitada. Sobre la cuestión de la tutela cautelar y su naturaleza de derecho fundamental, por ser un instrumento necesario para garantizar la efectividad de la tutela judicial que la Constitución reclama, me remito a todo lo dicho en C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, 1991; «El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales», *RAP* 131, 1993; y también en C. CHINCHILLA MARÍN «Criterios de adopción...», *cit.* y «La tutela cautelar...» *cit.*

Dicho ello, podría pensarse que, hasta que esa circunstancia no se produzca, esto es, hasta que la suspensión no haya sido otorgada, bien en la vía administrativa, bien en la vía judicial, la Administración puede ejecutar sus actos. Y, sin embargo, ello no es así exactamente, debido a que existe una jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que ha venido a establecer, de forma reiterada, que, una vez que se ha solicitado la suspensión de un acto administrativo, mientras no se resuelva sobre su procedencia, la Administración no puede ejecutar el acto recurrido. El legislador ha hecho caso omiso de esa jurisprudencia y, en lugar de establecer las reglas necesarias para que la regulación de la ejecutividad de los actos administrativos recurridos esté en consonancia con el criterio que los Tribunales han extraído del artículo 24 de la Constitución, ha seguido regulando esta cuestión como si esa jurisprudencia no existiera.

Recordemos, de forma resumida, lo que los Tribunales han establecido al respecto.

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en materia de ejecutividad y suspensión de los actos administrativos: la tutela cautelar como derecho fundamental

En la Sentencia del Tribunal Constitucional en la que se estableció la doctrina que acabo de resumir —la 78/1996— el Tribunal otorgó el amparo a un ciudadano por considerar que se había lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva debido a que la Administración había procedido a ejecutar la sanción que le había impuesto, a pesar de que la misma estaba recurrida (en reposición) y no se había resuelto todavía ni el recurso ni la solicitud de suspensión formulada en dicho recurso.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, aplicando la doctrina que hasta ese momento había establecido sobre la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo, declaró lo siguiente:

«El derecho a la tutela judicial se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento debe permitir la impugnación de su denegación, y, si se ejercitó en el proceso, debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica. El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, pues, 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 (STC 66/1984). Si, pues, hemos declarado que la tutela se sa-

tisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez. Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva».

Podría pensarse que con esta última afirmación («los obstáculos insalvables» a la fiscalización judicial de la ejecutividad de los actos administrativos lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva), el Tribunal estaría queriendo decir que, para que haya lesión del derecho fundamental a la tutela cautelar, tiene que darse una suerte de irreversibilidad en lo ya ejecutado por la Administración.

No creo, sin embargo, que ello sea así, ya que el Tribunal no dice que la lesión, por la que otorgó el amparo, se produjera por haber hecho perder a la tutela judicial su efectividad, como consecuencia de haberse causado unos concretos daños de imposible reparación, sino por haberse impedido, en abstracto, y sin más, la revisión jurisdiccional de la ejecutividad del acto administrativo, ya que, en aquel supuesto, se había ejecutado un acto cuando dicho acto —una sanción— estaba pendiente de recurso administrativo y de una solicitud de suspensión. En mi opinión, ello queda suficientemente claro en el siguiente pronunciamiento de la sentencia:

«La cuestión radica, pues, precisamente en que se ordene ejecutar la sanción sin esperar a su firmeza y aun sin haber resuelto ni el recurso de reposición ni la solicitud de suspensión...Y aunque también es cierto que, en el proceso de impugnación del acto sancionador (...) podría obtenerse no sólo una resolución de fondo sobre su legalidad sino, eventualmente, un Acuerdo de suspensión, éste sería evidentemente tardío y entre tanto se habría consumado la indefensión del sancionado en cuanto a su solicitud de suspensión del acto que no hubiera podido ser ya revisada por el Tribunal competente. Ello lesiona, de modo evidente, el artículo 24.1 CE al impedir el acceso de dicha petición al Juez y, en consecuencia, hace que proceda la estimación del amparo» (34).

De lo dicho se desprende, pues, que lo que lesiona el artículo 24.1 de la CE, según el Tribunal Constitucional, es el hecho de que la Administración ordene la ejecución de un acto cuando está pendiente de re-

(34) La cursiva no está en el texto original.

solución el recurso administrativo y la solicitud de suspensión, pues es obvio que, en relación con lo que haya sido ejecutado por la Administración, el Juez ya no podrá ser quien decida si procede o no esa ejecución. Si, como ha dicho el Tribunal Constitucional, el artículo 24 de la CE exige que la ejecutividad de los actos administrativos pueda ser sometida a una decisión judicial, para evitar que el tiempo que dura el proceso acabe privándolo de su utilidad, es evidente que la Administración no debería poder ejecutar su acto antes de que el órgano judicial adopte una decisión sobre la ejecutividad del mismo, porque, si así lo hiciera, sería ella y no el juez quien decidiría sobre dicha ejecutividad, con lo cual no sólo se estaría vulnerando el artículo 24.1 de la Constitución, sino también el 117.3, que establece que la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales (35).

Esta ha sido, por lo demás, la conclusión que el Tribunal Supremo ha extraído de la doctrina del Tribunal Constitucional, como se pone de manifiesto en el siguiente pronunciamiento del Auto de 12 de julio de 2000:

«El Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de junio de 1982, tuvo ya ocasión de pronunciarse sobre la eventual oposición que podía darse entre el *principio de ejecutividad* de los actos administrativos y el citado derecho a la *tutela judicial efectiva*, y desde su sentencia 66/1984, de 6 de junio, viene armonizando, en términos de principios, *ambas exigencias, afirmando que se concilian cuando se hace posible que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometida a un Tribunal para que adopte la medida pertinente sobre la suspensión*, especificando, además, que *mientras se toma la decisión judicial sobre la suspensión cautelar, ésta no debe verse impedida por la ejecución del acto*» (36).

Con más claridad, aun, citando la STC 78/1996, el Tribunal Supremo ha mantenido este criterio, en su Sentencia de 24 de noviembre de 2004, afirmando que

«Esta Sala [...] ha recordado que la STC 78/1996, de 20 de mayo, declaró: “el derecho a la tutela judicial se extiende a la

(35) Así lo manifesté y argumenté en C. CHINCHILLA MARÍN, «La tutela cautelar en la nueva justicia...», *cit.* págs. 162-163.

(36) Auto del Tribunal Supremos de 12 de julio de 2000, recurso n.º 490/2000. La cursiva no está en el texto original.

pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento debe permitir la impugnación de su denegación, y, si se ejercitó en el proceso, debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica”».

Con base en el razonamiento anterior, el Tribunal Supremo concluye que el derecho a la tutela judicial se satisface cuando, antes de la ejecución, se permite someter a la decisión de los órganos judiciales la ejecutividad de los actos administrativos para que puedan resolver sobre la misma y que, por tanto, *«se vulnera ese derecho fundamental, no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, sino cuando, en relación con los mismos, se inician actos materiales de ejecución, sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar judicialmente la suspensión de esa ejecutividad»* (37).

Asimismo, refiriéndose también a la doctrina establecida en la STC 78/1996, el Tribunal Supremo ha declarado, en su Sentencia de 9 de febrero de 2010, que:

«Lo que conlleva esta doctrina es que, sometida a control jurisdiccional una resolución administrativa, y solicitada la suspensión de ejecución de la misma, no cabe que la Administración ejecute hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncie» (38).

Recientemente, en su Auto de 2 de marzo de 2016, el Tribunal Supremo ha mantenido con toda claridad este criterio, en un pronunciamiento, que, aunque extenso, conviene reproducir:

«Ciertamente, si el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, según la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional “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” (STC 66/1984, de 6 de julio), significa en primer lugar, que mientras que los jueces y tribunales resuelven sobre una demanda de tutela cautelar en un recurso contencioso-administrativo no puede la Administración ejecutar el acto cuya legalidad se cuestiona, pues tal proceder estaría impidiendo al

(37) SSTS de 24 de noviembre de 2004, recurso n.º 3071/2001; la cursiva no está en el texto original. En el mismo sentido, la STS de 17 de julio de 2001, recurso n.º 503/1997.

(38) STS de 9 de febrero de 2010, recurso n.º 2431/2007.

órgano judicial pronunciarse de manera efectiva sobre la tutela cautelar.

La Administración, por tanto, no puede ejecutar un acto administrativo que ha sido recurrido por el interesado y se ha solicitado la adopción de medidas cautelares.

No supone, en consecuencia, que la prerrogativa de autotutela no siga siendo una característica del acto administrativo, que lo es. Sucede que únicamente cuando se cuestiona la legalidad del acto administrativo y la procedencia de su ejecución inmediata —mediante la correspondiente petición de tutela cautelar— debe permitirse que el órgano judicial conozca y se pronuncie sobre la procedencia o no de la ejecución del acto administrativo impugnado.

Dicho de otra forma, durante el tiempo que media entre la formulación de la solicitud de la medida cautelar y su adopción ¿puede la Administración ejecutar el acto administrativo recurrido?

Esta cuestión ha sido resuelta, así STC 78/1996, de 20 de mayo, por la doctrina constitucional al estimar un recurso de amparo interpuesto contra la ejecución por la Administración de una sanción, a pesar de que la misma había sido recurrida en vía contencioso-administrativa con solicitud cautelar.

Es lógico entender que mientras se toma aquella decisión sobre la suspensión, no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez» (39).

Frente a estos pronunciamientos, en los que, como se ha visto, el Tribunal Supremo aplica —extrayéndola de la jurisprudencia constitucio-

(39) Auto del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2016, recurso n.º 4100/2015. Creo que el Tribunal Supremo, inadvertidamente, comete un error, pues, en el caso de la STC 78/1996, la orden de ejecución de la sanción se dio cuando estaba pendiente de resolución el recurso administrativo de reposición y la solicitud de suspensión. Lo que se recurrió en el contencioso-administrativo no fue la sanción, sino la orden de ejecución de la misma. La sanción se recurrió en reposición (Antecedente 2, apartados c y d). En mi opinión, eso no cambia la doctrina que el Auto del Tribunal Supremo reproduce y la conclusión que extrae de la misma, pues, al fin y al cabo, en ese caso el Tribunal Constitucional entendió que si se ejecutaba el acto en ese momento, se estaba imposibilitando que un órgano judicial pudiera, en el futuro, fiscalizar su ejecutividad y pronunciarse sobre la misma. El propio Tribunal Constitucional diría, años después, en su Sentencia 243/2006, que si en ese caso se concedió el amparo «no fue porque considerásemos improcedente la ejecución sin la previa resolución del recurso administrativo pendiente, sino porque en las circunstancias de aquel caso la ejecución inmediata impidió al recurrente obtener de los Tribunales un pronunciamiento sobre la suspensión de la ejecución que consideramos lesivo del artículo 24.1 CE (F5)».

nal— la regla de que mientras que el órgano judicial no tome la decisión sobre la suspensión de un acto administrativo, la Administración no puede ejecutarlo, existen otros en los que el Tribunal Supremo ha introducido algún matiz al respecto.

Así, por ejemplo, en su STS de 9 de febrero de 2010, tras afirmar, con rotundidad, que lo que conlleva la doctrina de la STC 78/1996 es que, solicitada la suspensión de la ejecución, no cabe que la Administración ejecute el acto impidiendo que los órganos judiciales se pronuncien sobre ello, añade lo siguiente:

«Ahora bien, lo que no conlleva esta doctrina es que la Administración, con una resolución firme en vía administrativa, deba esperar el plazo de dos meses que tiene el interesado para recurrir un acto administrativo en vía jurisdiccional para poder ejecutar, pues ello sería tanto como decir que, en todo caso, habría dos meses de suspensión automática de la ejecución, lo que no se prevé en nuestro ordenamiento jurídico. Además, de ser este el criterio correcto, lo que no es así, carecería de sentido la posibilidad de adoptar medidas cautelares provisionales, sin audiencia de la Administración demandada, prevista en el artículo 135 de la Ley 29/1998...» (40).

En un sentido parecido, en su Sentencia de 19 de diciembre de 2006, el Tribunal Supremo ha manifestado que

«...la aceptación incondicionada y sin matiz alguno de la tesis de que la solicitud de suspensión en vía jurisdiccional conlleva, automáticamente, el desapoderamiento absoluto de la Administración para ejecutar sus propios actos, comportaría, con toda probabilidad, la quiebra del principio constitucional de eficacia...

[...]

Por ello, cuando se solicite la suspensión del acto impugnado en vía jurisdiccional, mientras no recaiga resolución en la pieza cautelar incoada al efecto, la Administración sólo podrá realizar actuaciones tendentes a la ejecución de aquél que no comprometan definitivamente, de manera irreversible, la decisión judicial que pudiera dictarse al respecto, ni constituyan obstáculos de entidad relevante para su materialización. Así lo exigen también el deber de lealtad procesal de las par-

(40) STS de 9 de febrero de 2010, recurso n.º 2431/2007.

tes, anudado al principio de buena fe, y el respeto al reparto de poderes establecido en la Constitución» (41).

En mi opinión, lo dicho en estas dos últimas sentencias está en contradicción, en primer lugar, con la propia doctrina del Tribunal Supremo, pues, tal y como aquí ha quedado expuesto, lo que el Tribunal Supremo viene sosteniendo, con base en la doctrina de la STC 78/1996, es que mientras que el órgano judicial está resolviendo la solicitud de suspensión, la Administración no puede ejecutar el acto recurrido. Pero, en segundo lugar, y lo que es más importante, está también en contradicción con la doctrina del Tribunal Constitucional que, en buena lógica, ha concluido que si, según su propia interpretación del artículo 24 CE, la tutela judicial efectiva se satisface garantizando que los órganos judiciales puedan pronunciarse sobre la ejecutividad del acto, ello conlleva que, antes de que los órganos judiciales se pronuncien sobre ello, la Administración no puede ejecutar sus actos, cuando hayan sido recurridos y solicitada su suspensión, porque, si así lo hiciera, el pronunciamiento judicial ya no podría versar nunca sobre si la ejecución inmediata del acto privaba o no a la tutela judicial de su efectividad. En tercer y último lugar, con estas afirmaciones lo que hace el Tribunal Supremo es reconducir la cuestión a un problema de *periculum in mora*, lo que, en mi opinión, no es acertado, puesto que, como ya he dicho, y expuse en su momento con mayor detalle (42), toda la construcción que el Tribunal Constitucional ha hecho sobre la tutela cautelar como derecho fundamental no descansa en el hecho de que, efectivamente, se produzcan daños irreversibles, sino, en que se dé a los órganos judiciales la posibilidad de evitarlos, para lo cual éstos tienen que poder pronunciarse sobre la procedencia en Derecho de la ejecutividad inmediata de un acto administrativo cuando ha sido recurrido y solicitada su suspensión, y eso es lo que, sin embargo, no podrán hacer si, en el momento de decidir sobre si el acto administrativo debe o no ejecutarse, ese acto ha sido ya ejecutado.

Por todo lo dicho, creo que el legislador tendría que haber aprovechado la ocasión de la aprobación de estas dos nuevas leyes —en tantas cosas innecesarias— para poner orden en este estado de confusión al que ha llevado una jurisprudencia que, en ocasiones, se muestra lógica y contundente y, en otras, ambigua y poco convincente. Lo ha hecho, sí, con las sanciones, pero solo con las sanciones, cuando, en mi opinión, tratándose de un problema que afecta a la tutela judicial efectiva, nada justifica la diferencia de trato entre una sanción y el resto de los actos ad-

(41) STS de 19 de diciembre de 2006, recurso n.º 3716/2004.

(42) C. CHINCHILLA MARÍN «Criterios de adopción...» *cit.* págs. 22-26.

ministrativos que, por otro lado, pueden ser tanto o más gravosos que una sanción.

A este propósito, conviene recordar que, a pesar de que, en el caso resuelto por la STC 78/1996 (43), se trataba de una sanción, la doctrina que entonces estableció el Tribunal Constitucional no podía no ser trasladable a todos los actos administrativos porque, como argumenté en su momento (44), lo que se dijo en esa sentencia no era más que la conclusión a la que por lógica llevaba la interpretación que el propio Tribunal había hecho, hasta ese momento, sobre la cuestión de la ejecutividad del acto administrativo y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, especialmente, en su Sentencia 66/1984, en la que, por primera vez, declaró que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface permitiendo 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.

Hoy en día no creo que pueda haber duda alguna sobre que la doctrina del Tribunal Constitucional es aplicable a *todos* los actos administrativos, pues así lo acreditan las sentencias y Autos del Tribunal Supremo que la han aplicado en relación con actos administrativos que no eran sanciones (45) y, sobre todo, el hecho de que el propio Tribunal Supremo así lo ha declarado explícitamente en su Auto de 2 de marzo de 2016 (recurso 4100/2015), diciendo que:

«...más allá del ámbito estrictamente sancionador, si la Administración ejecuta el acto administrativo impugnado durante ese período de tiempo que media desde la solicitud de las medidas a la decisión cautelar judicial, estaría el órgano administrativo resolviendo sobre la medida instada, al menos por la vía de los hechos consumados, hurtando tal competencia al órgano judicial, lo que determinaría la vulneración de la tutela judicial efectiva».

(43) También se trataba de una sanción en el caso resuelto por la STC 243/2006 que reitera esta doctrina.

(44) C. CHINCHILLA MARÍN, «Criterios de adopción...» cit. págs. 27-34.

(45) Conviene recordar algo que normalmente se olvida: bastantes años antes de que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo establecieran la doctrina que venimos exponiendo, concretamente en 1990, la Audiencia Nacional ya dijo todo eso en un importante Auto del que di noticia en mi libro *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa* (C. CHINCHILLA MARÍN, *op. cit.* págs. 140-141 y 162-164). En ese caso, en el que no se trataba de una sanción, la Audiencia Nacional dijo que, si el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface —según el Tribunal Constitucional— facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de los órganos judiciales, es evidente que si la Administración ejecuta sus actos mientras estos están decidiendo sobre la cuestión, «estará violando (y este Tribunal también si no lo evita) el derecho a la tutela judicial efectiva». Igualmente, no tratan sobre sanciones y aplican la doctrina de la STC 78/1996, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006 y el Auto de 2 de marzo de 2016, ambos ya citados.

Por tanto, y con ello termino, el legislador debería haber generalizado, para todos los actos administrativos, la regla que el artículo 90.3 de la LPAC ha establecido para las sanciones y, al mismo tiempo, debería haber definido los supuestos concretos en los que un interés general muy cualificado justificaría la excepción a la regla que se deriva del derecho fundamental a la tutela cautelar. Al no haberlo hecho así, el legislador ha dejado que, desde los años noventa, en los que el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 78/1996, una cuestión tan importante como esta siga sin tener una respuesta clara e inequívoca en nuestro ordenamiento jurídico.

Trabajo recibido el 23 de noviembre de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 16 de febrero de 2018

LABURPENA: Sektore Publikoaren Araubide Juridikoari buruzko 40/2015 Legeak arau berria sartu du zigorrak preskribitzeko epearen zenbaketaren inguruan, zigorren aurka jarritako gora jotzeko errekurtoak administrazioaren isiltasunaren bidez ezesten diren kasuetarako. Hala, lege horren 30.3. artikuluan ezarritakoaren arabera, errekurtoa ustez ezesten bada, errekurto horren ebazpena emateko lege aurreikusi den epea amaitu eta hurrengo egunetik aurrera hasi behar da zenbatzen zigorra preskribitzeko epea. Preskripzioari buruzko arau berri horrek, zentzuzkoa denez, ondorioak eduki behar ditu zigorrak betearazteko araubidearen gainean, zigorra bete behar izatea baita zigorra preskribatzeko oinarria. Artikulu honetan, bi beritasun horien berri ematen da, eta kontraesan-arazoa aztertzen, Konstituzio Auzitegiak eta Auzitegi Gorenak errekurto-bideko isiltasunaren eta isiltasun horrek zigorren preskripzioaren eta bete behar izatearen gainean dituen ondorioen —hobeto esanda, «ondorio-ezaren»— inguruan duten jurisprudenziari dagokionez.

GAKO HITZAK: Administrazio-zehapenak. Preskripzioa. Bete beharra. Administrazioaren isiltasuna. Administrazio-errekurtoak.

RESUMEN: la Ley 40/2015, de *Régimen jurídico del Sector público*, ha introducido una nueva regla sobre el cómputo del plazo de prescripción de las sanciones en los casos en los que el recurso de alzada interpuesto contra las mismas se desestima por silencio administrativo. Así, a tenor de lo establecido en el artículo 30.3 de esta ley, en el caso de desestimación presunta del recurso, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a computarse desde el día siguiente a aquel en el que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso. Esta nueva regla sobre la prescripción lógicamente tiene que producir consecuencias sobre el régimen de ejecutividad de las sanciones, pues la ejecutividad de la sanción constituye el presupuesto de la prescripción de la misma. En este artículo se da cuenta de ambas novedades y se analiza el problema de su contradicción respecto de la jurisprudencia —del Tribunal constitucional y del Tribunal Supremo— sobre el silencio en vía de recurso y sus efectos (más bien, sus «no efectos») sobre la prescripción y la ejecutividad de las sanciones.

PALABRAS CLAVE: Sanciones administrativas. Prescripción. Ejecutividad. Silencio administrativo. Recursos administrativos.

ABSTRACT: The Act 40/2015 of the legal regime of the Public Sector has introduced a new rule on the calculation of the limitation period to be applied to sanctions in cases where hierarchical appeal filed against them had been rejected by administrative silence. Thus, within the meaning of section 30.3 of this Act, in case of implied rejection of the appeal, the calculation of the limitation period of the sanction shall begin from the day following the deadline legally established to resolve that appeal. This new rule about the limitation period has logically to have consequences over the enforceability of sanctions, since enforceability of the sanction as such is a prerequisite for the limitation period of it. This article deals with both novelties and analyzes the problem of their contradiction with the case

law —by the Constitutional Court and the Supreme Court— regarding the silence within the appeal and its effects (or rather lack of effects) about the limitation period and enforceability of sanctions.

KEYWORDS: Administrative sanctions. Limitation period. Enforceability. Administrative silence. Administrative appeals.

El procedimiento restringido en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público

Francisco Delgado Piqueras

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.03>

Sumario: I. Antecedentes.—II. Características generales.—III. Las solicitudes de participación: 1. Plazo de presentación. 2. Documentación a adjuntar.—IV. Selección de los candidatos: 1. Criterios objetivos de solvencia 2. Número de empresarios a invitar. 3. Examen e invitación de los candidatos.—V. Contenido de la invitación.—VI. Plazo de presentación de proposiciones.—VII. Adjudicación.—VIII. Bibliografía citada.

I. Antecedentes

La reciente aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, «por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014» (en adelante LCSP) a buen seguro va a provocar ríos de tinta, pues no en vano es una reforma de gran repercusión para las Administraciones Públicas y demás entidades del llamado sector público y para las empresas privadas contratistas. Amén de su trascendencia jurídica, es obvio resaltar que afecta a todo un sector económico de enormes magnitudes. De hecho, los primeros comentarios por parte de autores mañaneros han empezado a presentar sus mayores virtudes y también sus carencias(1). El presente trabajo tiene un objetivo menos ambicioso, pues no vamos a entrar en las Directivas propiamente

(1) Aun antes de aparecer en el *BOE*, el profesor GIMENO FELIU, J.M.^a (2017) nos introduce en las grandes y positivas novedades de la reforma: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública», Observatorio de Contratación Pública, consulta 23-10-2017 (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.317/relmenu.3/chk.5ae6d56c8ce0a3e6533497d25a4135ff>). Por su parte, el profesor GONZALEZ GARCIA, J. (2017) critica las oportunidades perdidas en: «Nueva Ley de Contratos del Sector Público», consulta 4-11-2017 (<https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/04/nueva-ley-contratos-sector-publico/>).

dichas(2) y solo pretendemos examinar una parte pequeña de la LCSP, con el fin de conocer su alcance para el procedimiento restringido, es decir, desentrañar qué permanece de su anterior regulación y cuáles pueden ser las novedades, tampoco muchas, pero que en todo caso conviene ir conociendo. Quiere contribuir así a la tarea ingente de desgranar una ley que tiene una desmedida extensión y no pequeña complejidad, si cabe aun mayor que sus antecesoras. Por razones obvias, todavía no hay jurisprudencia que aplique la nueva Ley, pero sí pueden ilustrarnos «mutatis mutandi» las sentencias dictadas al hilo de la legislación precedente, aunque tampoco son muchas y casi siempre van a la solución del caso(3).

La esencia del procedimiento restringido es que solo pueden presentar proposiciones u ofertas los empresarios previamente seleccionados por la Administración Pública, los cuales van a ser escogidos a través de una convocatoria pública. Por tanto, se desarrolla en dos fases, una pública y abierta a cualesquiera empresas que puedan estar interesadas y cumplan unos determinados requisitos subjetivos, destinada a seleccionar un número limitado de ofertantes a los que se va a invitar a formular sus proposiciones concretas. La segunda fase consistirá en elegir la oferta objetivamente mejor de entre las presentadas por las invitadas.

Huelga decir que los principios generales de igualdad, transparencia y libre competencia rigen también en el procedimiento restringido, por lo que los órganos de contratación han de dar a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio(4). No puede limi-

(2) De lo mucho escrito al respecto, por todos, véase el trabajo de mi compañera I. GALLEGO CÓRCOLES: «La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública», presentado en el X Congreso de la AEPDA, cuyas Actas fueron publicadas por Aranzadi-Thomson, 2015.

(3) Aunque sus resoluciones no son fuente del Derecho y excedería los márgenes de este trabajo, por su «autoritas» sí merecería un estudio sistemático la doctrina procedente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y sus análogos autonómicos, cuyo carácter cuasi-jurisdiccional ha sido reconocido por el TJUE, v. gr. para plantearle la cuestión prejudicial. Véase M.^a José SANTIAGO FERNÁNDEZ, «Los Tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro», en <http://asocex.es/los-tribunales-administrativos-de-recursos-contractuales-como-mecanismos-de-control-en-la-contratacion-publica-perspectiva-actual-y-de-futuro>; J. C. ROMAR VILLAR, «Diferencias en la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales, en relación al recurso especial en materia de contratación», 20-1-2014, [http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.132/relecategoria.121/relemenu.3/chk.d269a259dba4a3fd84b08962cde4337b](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.132/releategoria.121/relemenu.3/chk.d269a259dba4a3fd84b08962cde4337b)

(4) Así lo destaca, entre otras, la STJCE (Sala Sexta) de 12 de diciembre de 2002, en el asunto C-470/99, en una cuestión prejudicial elevada por un tribunal austriaco, a propósito un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras: «Resultado de lo anterior, que el procedimiento de adjudicación de un contrato público debe respetar, en todas sus fases, en particular en la de selección de los candidatos en un procedimiento restringido, tanto el principio de igualdad de trato de los posibles licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas»

tarse la participación por la norma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción (DA 4.ª LCSP). El procedimiento restringido no persigue eludir los requisitos de publicidad ni restringir artificialmente la competencia favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios. En puridad, el procedimiento restringido interesa por igual a las empresas como a la Administración, puesto que evita a las primeras incurrir en innecesarios costes de preparación de la proposición y a la segunda el coste de su tramitación y valoración.

Un procedimiento de adjudicación en el que hubiera un filtro de los ofertantes, para examinar solo las ofertas de algunos elegidos por haber acreditado el cumplimiento de unos requisitos de solvencia económica, financiera, técnica o profesional ha tenido presencia en la legislación española al menos desde el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953(5), luego trasplantado a la Ley de Contratos del Estado de 1965 y su Reglamento ejecutivo(6). Sin embargo, hay que recordar que el procedimiento res-

(véase, en este sentido, por lo que se refiere a la fase de comparación de ofertas, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54).

Una lectura actualizada de estos principios, en el trabajo de GIMENO FELIU, J.M. (2015), «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en libro *Observatorio de los Contratos Públicos*, número especial 2015, *Las Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), que recoge la ponencia presentada por el profesor en el X Congreso de la AEPDA.

(5) CARBONERO GALLARDO, J.M., (2010), «La adjudicación de los contratos públicos», en *La Ley*, pág. 135, nos ilustra sobre este antecedente: el concurso-subasta del art. 39 RCCL; las críticas y las opiniones favorables de diversos autores, entre ellos GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1953), «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», en *RAP* n.º 10, pág. 254: «Una importante aportación de la legislación local que no ha hecho más que desarrollar el Reglamento de 9 de enero último, es la consagración del sistema llamado de concurso-subasta, que no es más que un procedimiento de selección previa de licitadores para limitar entre ellos la subasta según la mejor postura económica, fórmula técnica verdaderamente progresiva, regulada además en el nuevo Reglamento con un positivo acierto. Las exigencias de garantía técnica de los constructores quedan perfectamente a cubierto, en contra de lo que ocurre en la subasta ordinaria; a la vez la depuración objetiva del precio a través de la licitación por la mejor postura económica se asegura igualmente, conservando, por tanto, las ventajas clásicas de la subasta y sorteando los inconvenientes del concurso simple, en que tantas veces es forzoso valorar sobre un único plano los factores heterogéneos de baratura, garantías técnicas, etc. Nada más oportuno que trasplantar el sistema a la regulación de los contratos de la Administración central, y nada más fácil.»

(6) El profesor MORENO MOLINA, J.A. señala su equivalencia con la fase de admisión previa de los procedimientos de concurso y subasta para la adjudicación de obras; MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLA, F. (2003), *Nuevo régimen de contratación administrativo*, 3.ª ed., La Ley, Madrid, pág. 409. Véase arts. 34 y 35 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, desarrollado en los arts. 93 y 110 a 112 al Reglamento de Contratos del Estado (Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre). Bajo este procedimiento, en síntesis, las empresas interesadas tenían que remitir los documentos justificativos del cumplimiento de unos criterios objetivos, en virtud de los cuales algunas pasarían a ser admitidas a la posterior subasta o concurso.

tringido como tal fue introducido por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, «por el que se modifica la Ley de Contratos del Estado para adaptarla a las directivas de la Comunidad Económica Europea» (nuevo art. 36 bis), limitándolo a los de una cuantía igual o superior a un millón de unidades de cuenta europea. Sin entrar en el detalle, es claro que su evolución ha seguido el paso marcado por las Directivas europeas.

El siguiente hito lo marcan los arts. 74 (Procedimientos de adjudicación) y 92 (Normas para la aplicación del procedimiento restringido) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, «de Contratos de las Administraciones Públicas», que pasan a ser sin modificaciones sustantivas los arts. 73 y 92 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, «por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas». Siguiendo las Directivas, esta Ley estructuraba tres procedimientos de adjudicación: abierto, restringido y negociado. Mientras que el procedimiento negociado únicamente podía seguirse en los casos expresamente previstos por la Ley, la utilización de los procedimientos abierto y restringido era libre para el órgano de contratación, que podía optar igualmente por la subasta o el concurso como forma de adjudicación (art 75). El procedimiento restringido seguía el procedimiento general, con algunas especialidades, atinentes al hecho de que, como se ha dicho, aquí solo pueden presentar proposiciones los empresarios seleccionados por la Administración, previa solicitud de los mismos. Por ello, el Pliego de Cláusulas Administrativas tenía que fijar el número de las invitaciones (entre 5 y 20) y los criterios objetivos de selección. La forma y contenido de las mismas vino regulado en el art. 91 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» (7).

No pretendemos analizar aquí las diferentes formulaciones que ha tenido a lo largo de una legislación tan cambiante. Para abreviar, diremos que la nueva Ley mantiene la sistemática de su antecedente inmediato: arts. 162 a 168 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» (TRLCSP), que introdujo un mayor detalle, aunque no cambios sustantivos(8). Por lo que, en lugar de resumirla,

(7) Un estudio del procedimiento restringido en esta etapa, en el libro de MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. (2003), *Nuevo régimen de contratación administrativo*, La Ley, Madrid, págs. 408 y ss.

(8) CARBONERO GALLARDO, J.M. (2010), *op. cit.*, pág. 487, destaca además la reiteración de principios, como la prohibición de la negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos o que su selección seguirá criterios objetivos y no discriminatorios, que expresan la preocupación por la limpieza del procedimiento, como el resto de la Ley.

será más interesante reseñar los posibles cambios entre el anterior y el actual procedimiento restringido. Vaya por delante que las variaciones son pocas y está por ver si con ellas el procedimiento restringido pasa a ser más utilizado en la práctica (9).

Otro dato importante a tener en cuenta es que algunas disposiciones del procedimiento restringido sirven de base para los procedimientos con negociación (art. 169.2), diálogo competitivo (art. 174.2) y asociación para la innovación (art. 178.3 LCSP in fine).

II. Características generales

La nueva Ley dispone en su art. 131 que la adjudicación de los contratos se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, como sucedía antes. Al ser un procedimiento ordinario, no se requiere una especial justificación, puesto que no limita la concurrencia. A sensu contrario, el art. 63.3.a LCSP sí obliga a publicar en el perfil del contratante la justificación del procedimiento utilizado para la adjudicación cuando sea distinto del abierto o del restringido. En ese sentido, el órgano de contratación mantiene, con carácter general, la facultad de optar por uno u otro (10), pero con una importante salvedad. Y es que, como novedad, los contratos de concesión de servicios especiales listados en el Anexo IV (servicios de carácter social, sanitario, educativo, investigación, seguridad y un largo etcétera) se adjudicarán siempre mediante el procedimiento res-

(9) Como señalan interventores expertos en la materia, este era un procedimiento muy poco utilizado. En su opinión, porque no había equivalencia entre la complejidad de su gestión y los resultados que se obtenidos, que podían ser fácilmente alcanzados a través de un procedimiento abierto. CANALES GIL, A. Y HUERTA BARAJAS, J.A. (2010), *La Contratación del Sector Público tras las reformas de 2010*, Editorial Reus, Madrid, pág. 304. A pesar de sus elogiadas posibilidades, CARBONERO GALLARDO, J.M. (2010), pág. 327, conviene que el procedimiento restringido en la práctica se dilata más que el abierto y aumenta notablemente los trámites, lo que disuade habitualmente a la Administraciones de usarlo. De hecho, según la información estadística del Registro Público de Contratos del Ministerio de Hacienda, en 2016 fueron solo 7 los procedimientos restringidos, seguidos en el ámbito de la AGE, sobre un total superior a 11.000, mientras que las CCA tramitaron 41, sobre un total superior a 83.000 licitaciones.

<http://www.minhafp.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/junta%20consultiva%20de%20contratacion%20administrativa/paginas/registro%20publico%20de%20contratos.aspx>

(10) En ese sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha n.º 76/2009, de 27 febrero (recurso 741/2005), relativa a un contrato para la aplicación aérea de productos fitosanitarios contra la mosca del olivo en 2005, señala que la elección del procedimiento restringido queda únicamente condicionada para la Administración a que previamente, en el anuncio de licitación, el órgano de contratación haya establecido los criterios objetivos de solvencia con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones: «sin que aparezca como obligada la explicación de por qué en un determinado ejercicio se optó por el procedimiento restringido, si se cumplía con las condiciones propias de éste, como era el caso».

tringido (11). Además la Ley considera especialmente adecuado este procedimiento cuando se trata de servicios intelectuales de especial complejidad, como algunos servicios de consultoría, arquitectura o ingeniería (art. 160.4 LCSP). Es decir, aunque no lo impone, recomienda el procedimiento restringido para ciertos contratos, dando un expreso respaldo que legitimaría *prima facie* su utilización en esos casos.

En el procedimiento restringido, ya se ha dicho, cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación. Pero sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. La Ley en esto no ha cambiado. Reitera igualmente que en este procedimiento está prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos (12).

Otra nueva previsión de la Ley para el procedimiento restringido es que, en contratos de servicios cuya presentación implique la realización de determinados desarrollos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares puedan contemplar primas o compensaciones por los gastos en que incurran los licitadores al presentar su oferta. En el TRLCSP (2011), estas primas o compensaciones solo estaban contempladas para los participantes en los procedimientos de diálogo competitivo y en los concursos de proyectos (arts. 179 y 184 respectivamente) (13).

(11) Además de una descripción, en el Anexo IV estos contratos vienen identificados por un código CPV (Common Procurement Vocabulary – Vocabulario Común de Contratación Pública), que consta de hasta 9 dígitos, que van dando lugar a divisiones, grupos, clases y categorías. Este sistema permite identificar y categorizar todas las actividades económicas susceptibles de ser contratadas mediante licitación pública en la Unión Europea. Es similar a la nomenclatura española del CNAE que, aunque no aplica a licitaciones, es una forma de catalogar todas las actividades económicas. La principal utilidad de un código CPV es que permite identificar licitaciones y adjudicaciones en cualquier país de la Unión Europea sin necesidad de traducciones, que a veces pueden resultar imprecisas. Véase el Reglamento (CE) n.º 2195/2002, de 5 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, «por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV)». Véase RUIZ DE CASTANEDA, A. (2011), «La nomenclatura CPV en la contratación», en el libro *Estudios en Homenaje a Angel Ballesteros*, La Ley, Madrid.

(12) Un ejemplo real de este tipo de prácticas prohibidas, que en este caso intentaban ocultarse mediante empresas interpuestas, en la información publicada en *El País* por Óscar LOPEZ FON-SECA, «Los seis pasos para amañar una adjudicación de 61 millones. Un informe de la UCO recién incorporado al sumario del “caso Púnica” detalla los pasos que siguió la trama para hacerse con un contrato del Ayuntamiento de Valdemoro». https://politica.elpais.com/politica/2017/03/13/actualidad/1489418866_942289.html

Son muchas las propuestas formuladas desde la academia contra esta lacra. Por todos, véase GIMENO FELIU, J.M. (2014), «Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública». Texto ponencia V Seminario de contratación pública, Formigal (Huesca).

(13) Con ello se trata de hacerlo más atractivo para los licitadores y ampliar su utilización por las Administraciones, según Isabel GALLEGO CÓRCOLES, en «Los procedimientos abierto, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo», del libro *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, dir. GIMENO FELIU, Aranzadi, 2018, pág. 1106.

III. Las solicitudes de participación

1. Plazo de presentación

La especialidad fundamental del procedimiento restringido reside en la fase de selección de empresas candidatas. La Ley marca cuáles deben ser los plazos mínimos para que éstas puedan presentar su solicitud de participación y qué documentación tienen que adjuntar (art. 161 LCSP).

A diferencia del TRLCSP, estos plazos no distinguen según el objeto del contrato, aunque sí atienden a su carácter armonizado o no y, en su caso, urgente. En concreto, los plazos de presentación de las solicitudes de participación son los siguientes:

- a) En primer lugar, si se trata de contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo para la presentación de solicitudes de participación será, como mínimo, de quince días, contados desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil oficial correspondiente.
- b) En segundo lugar, para los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada la LCSP sienta, como criterio material, que el plazo de presentación deberá ser el suficiente para el adecuado examen de los pliegos y de las circunstancias y condiciones relevantes para la ejecución del contrato, todo ello en atención al alcance y complejidad del contrato. En cualquier caso, prescribe la Ley que no podrá ser inferior a treinta días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- c) En cambio, cuando se trate de contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada, pero en los que el plazo general de presentación de solicitudes sea impracticable por una situación de urgencia (que, según el art. 119 LCSP, se refiere a contratos cuya celebración responde a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación es preciso acelerar por razones de interés público), el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a quince días contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.

Esta peculiar forma de fijar el *dies a quo* para este plazo se explica porque, conforme al Derecho europeo, para los contratos armonizados el art. 135 LCSP requiere que el envío al *DOUE* sea previo al anuncio en el perfil del contratante y, en su caso, en boletín oficial español, que debe dar ya cuenta de esa publicación.

Además de la obligación de anunciar la licitación en primer lugar en el *DOUE*, en todos los procedimientos restringidos el anuncio se

debe publicar en el perfil del contratante, con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las solicitudes de participación. Como es sabido, ahora es el perfil del contratante el instrumento fundamental para dar publicidad a la contratación pública (art. 63), que además debe estar alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Pública, constituyendo un vicio de nulidad la falta de publicación del anuncio de licitación en el medio preceptivo (art. 39.2.c). La celeridad del procedimiento por acortamiento de los plazos derivado de la normativa europea se incrementa además por efecto de los medios digitales.

2. Documentación a adjuntar

Por su parte, las solicitudes de participación deberán ir acompañadas de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos(14), prevista en el art. 140 LCSP, salvo el documento acreditativo de la constitución de la garantía provisional:

- a) La declaración responsable ajustada al formulario normalizado europeo de contratación, firmada y con identificación, en la que el licitador ponga de manifiesto que la sociedad está válidamente constituida, que el firmante ostenta la debida representación, que está clasificada o cumple los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigido en el pliego, que no incurre en prohibición de contratar, una dirección de correo electrónico para notificaciones, etc.
- b) Adicionalmente, la declaración pondrá de manifiesto que se cumple con los requisitos objetivos de solvencia que se hayan establecido para la selección de candidatos en el pliego, de acuerdo con el artículo 162 LCSP.
- c) En los casos en que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad (art. 75 LSCP), cada una de ellas también deberá presentar una declaración responsable. Lo mismo si varias empresas concurren agrupadas en una unión temporal,

(14) Sabido es que tanto los órganos administrativos como los tribunales resuelven esta cuestión de modo extremadamente formalista, aunque afecte a un incumplimiento en apariencia nímio. Así sucede en la STSJ el País Vasco n.º 428/2002, de 3 mayo (recurso 73/1997), relativa a un concurso restringido para la adjudicación del servicio de defensa jurídica del Ayuntamiento, en la que se excluye a un licitador porque la declaración jurada de no incurrir en causas de incompatibilidad y los certificados de estar al corriente de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social, aportados en el periodo de subsanación concedido por la mesa de contratación, eran de fecha posterior al momento en que finalizaba el plazo para la presentación de las solicitudes de participación.

así como el compromiso de constituirla si el contrato fuera adjudicado a su favor (art. 69 LCSP).

- f) Las empresas extranjeras, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, deberán aportar una declaración de sometimiento a los tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que pudieran surgir del contrato, con renuncia al fuero jurisdiccional que pudiera corresponder al licitante.
- g) Cuando el pliego prevea la división en lotes del objeto del contrato, si los requisitos de solvencia económica y financiera o técnica y profesional exigidos variaran de un lote a otro, se aportará una declaración responsable por cada lote o grupo de lotes al que se apliquen los mismos requisitos de solvencia.
- h) Cuando el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares o el documento descriptivo exijan la acreditación de otras circunstancias distintas de las que comprende el antedicho formulario europeo, deberán indicar la forma de su acreditación.

Finalmente, no será necesaria la presentación de documentos justificativos de los datos del empresario que consten en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en una base de datos nacional de un Estado miembro, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, siempre que sean accesibles de modo gratuito para la mesa y el órgano de contratación.

En este punto merece la pena resaltar como novedad la sustitución de certificados y copias compulsadas por declaraciones responsables, por imperativo del art. 59 Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, «sobre contratación pública, según un formulario normalizado europeo además (15).

IV. Selección de los candidatos

1. Criterios objetivos de solvencia

Es preceptivo que, antes de anunciar la licitación, el órgano de contratación haya establecido los criterios objetivos de solvencia, de entre los previstos en los arts. 87 a 91 LCSP, con arreglo a los cuales se elegirán los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones (art. 162.1 LCSP).

(15) Explica el profesor GIMENO FELIU, J.M. (2015), *op. cit.*, que esto supone un ahorro de costes para todas las partes, que beneficia especialmente a las PYMES, si bien obliga a la posterior comprobación de la documentación que aporte el candidato propuesto de manera condicional, antes de convertirse en el licitador seleccionado y recibir la adjudicación.

Esos criterios o normas, que deberán ser objetivos y no discriminatorios(16), han de figurar en el anuncio de licitación(17).

Estos criterios, recordemos, se refieren a la solvencia económica y financiera del empresario, que deberá acreditarse por uno o varios de los medios elegidos por el órgano contratante: volumen anual de negocios, seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales, patrimonio neto, ratio entre activos y pasivos, etc. Una elección discrecional que, en cualquier caso, conviene motivar(18). En los contratos de obras, la solvencia técnica se acreditará igualmente con las obras ejecutadas en los cinco últimos años, personal técnico disponible para la ejecución, títulos académicos y profesionales del empresario, los directivos y del responsable de la obra, plantilla media anual de la empresa, maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de las obras, etc.(19) En los contratos de suministro, mediante una relación de princi-

(16) La STS de 12 de enero de 2001 (rec. Casación 6984/1996) confirma la del TSJ de Andalucía, que había anulado los criterios y baremos previstos en el apartado de solvencia técnica de una contratación por el procedimiento restringido de una consultoría de apoyo técnico integrado a los servicios de carreteras provinciales, por vulneración del derecho fundamental de igualdad (art. 14 CE), al establecerse un baremo de puntuación desproporcionado, basado en el arraigo o radicación territorial, lo que produce la discriminación de las empresas aspirantes en las que no concorra el factor de radicación geográfica.

(17) Al respecto, la ya citada la STJCE (Sala Sexta) de 12 de diciembre de 2002 (asunto C-470/99), dictaminó: «La Directiva 93/37 debe interpretarse en el sentido de que, si, en el marco de un procedimiento restringido, la entidad adjudicadora ha fijado previamente las reglas de ponderación de los criterios de selección de los candidatos que serán invitados a presentar una oferta, está obligada a indicarlos en el anuncio o en los documentos de la licitación.»

(18) La STSJ de Cataluña n.º 772/2004, de 4 junio (recurso 67/2001), anula la convocatoria, la adjudicación y la contratación de un concurso, mediante procedimiento restringido, para la contratación de consultoría y asistencia técnica, de redacción del proyecto de rehabilitación y dirección de obras de un antiguo edificio municipal, al considerar ilegal, entre otras, una cláusula de los pliegos de condiciones administrativas que establecía como único medio para acreditar la solvencia económica y financiera de los licitadores un informe de instituciones financieras o de auditoría, excluyendo sin razón alguna el resto de medios previstos en el art. 16 LCAP.

(19) Como antes se dijo, estas especificaciones no pueden basarse en criterios discriminatorios. La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 mayo 2006 (recurso 140/2003), examina la contratación por el procedimiento restringido en forma de concurso de diversas obras de restauración forestal y tratamientos silvícolas. Para poder participar, en el pliego de condiciones administrativas particulares se establece un umbral de experiencia en obras públicas o privadas análogas, que se puntúa mediante la siguiente fórmula, transcrita en la Sentencia: « $I=4(A1+3A2)/PLS$ IVA, siendo: I puntuación que corresponde a cada empresa; A1 Volumen acreditado de obras similares realizadas fuera de Andalucía en miles de euros IVA excluido; A2 Volumen acreditado de obras similares realizadas en Andalucía en miles de euros IVA excluido; y PLSIVA presupuesto de licitación en miles de euros IVA excluido». Según el Tribunal: «A la vista de dicha cláusula se observa, que la fórmula empleada favorece y puntúa tres veces más los trabajos realizados dentro de la Comunidad Autónoma de Andalucía frente a los realizados en otras Comunidades Autónomas. Dicha diferenciación en el trato, ha de reputarse discriminatoria, por carecer de fundamento objetivo y razonable, y ello es así por cuanto difícilmente puede justificarse la singularidad de las obras ejecutadas dentro del territorio de una determinada Administración Pública, frente a obras análogas desarrolladas en otro territorio, cuando no se ha motivado la existencia de unas particularidades propias y exclusivas de dicho territorio frente al resto. En este sentido, el TJCE en su sentencia de 16 de septiembre de 1999 (cuestión prejudicial

pales suministros realizados en los últimos tres años de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, personal técnico e instalaciones o medios de los que se disponga para la ejecución del contrato, etc. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, mediante una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para los trabajos o prestaciones, etc. Esos mismos medios servirán para acreditar la solvencia profesional o técnica en contratos distintos de los de obras, servicios o suministro.

Es evidente que estos criterios específicos pueden resultar discutibles y su valoración jurídica difícil de prejuzgar fuera del caso concreto, de modo que éstos pueden pasar el filtro de los tribunales si la Administración da una justificación creíble que la recurrente no sea capaz de desvirtuar (20).

Es importe también recordar que la concreción de los requisitos mínimos exigidos para un contrato y de los medios admitidos para acreditarlos debe establecerse por el órgano de contratación en los pliegos, concretando las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos, sin perjuicio, repetimos, de indicarlo igualmente en el anuncio de licitación o en la invitación a participar. En su defecto, serán de aplicación los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contra-

suscitada por Austria) descarta toda discriminación de los contratistas, considerando contrario a ese principio el favorecimiento de «empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional», comportando tales discriminaciones una vulneración u obstáculo a la libre concurrencia; esto es, resulta del todo contrario al principio de igualdad el favorecimiento de una determinada región. Por todo ello, se declara la nulidad de pleno derecho de la cláusula 7 impugnada considerada contraria al principio de igualdad y discriminatoria.»

(20) Por ejemplo, la ya citada STSJ de Castilla-La Mancha n.º 76/2009, de 27 febrero (recurso 741/2005) valora correctamente como criterio de selección de las empresas invitadas el conocimiento del territorio por parte de los pilotos de las avionetas, acreditado por certificados de trabajos anteriores para la Administración, dada la complejidad y peculiaridad del servicio sanitario a prestar, motivado por la evitación del riesgo de siniestros y la optimización de recursos si se conoce la orografía del terreno donde se va a trabajar. La SAN de 2 de noviembre de 2000 (recurso 570/1999), relativa a un contrato de asistencia técnica para la redacción de un proyecto de rehabilitación de un edificio, por el procedimiento de concurso restringido, no aprecia que sea contrario al art. 92 LCAP valorar positivamente para ser invitado el haber realizado intervenciones en el mismo inmueble: «en la medida en que la propia ley permite una limitación, a efectos de la selección para invitar al número de licitadores previamente fijado, puede, en esta fase de selección, tenerse en cuenta una mayor cualificación específica, que se deduciría de un conocimiento previo de la obra, sin que pueda aducirse que ello es contrario al principio de concurrencia, por cuanto sería tanto como aceptar que el procedimiento restringido va contra dicho principio, lo que no tiene ningún fundamento legal. Otra cosa distinta es que a efectos de la adjudicación, solo se considere la propuesta económica y la adaptación de la solución al programa establecido.»

tos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos(21).

Por otro lado, hay que tener presente que la clasificación del empresario en un determinado grupo, subgrupo y categoría puede servir de prueba bastante que le exima de aportar nueva documentación, a cuyo efecto en el anuncio o invitación deberá indicarse el código CPV.

Aparte, esta exigencia de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica o profesional puede suprimirse reglamentariamente para los contratos cuyo importe no supere un determinado umbral.

2. Número de empresarios a invitar

Otro extremo que tendrá que fijar el órgano de contratación es una horquilla con el número mínimo y, en su caso, máximo de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento. La Ley establece que el número de candidatos invitados debe ser suficiente para garantizar una competencia efectiva y no pone un número máximo, pero sí un mínimo, que no podrá ser inferior a cinco (art. 162.2 LCSP) (22). El número debe figurar en el anuncio de licitación.

Puede ocurrir que, una vez escrutadas las solicitudes, el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, en cuyo caso el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas(23), pero no podrá invitar a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo ni a candidatos que no cumplan las condiciones.

(21) Una previsión en ese sentido fue introducida como art. 79.bis TRLCSP por la DF 3.5 de la Ley 25/2013, de 27 diciembre. Antes, el Informe de la JCCA E n.º 63/08, de 31 de marzo de 2009, había recomendado la fijación en el pliego de cláusulas administrativas particulares de algún método para valorar la solvencia técnica y profesional de los candidatos, sin generar discriminación ni trato preferencial, con el fin de poder descartar algunos si se superaba el número máximo de empresas a invitar.

(22) La STJCE de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/98), en una demanda de la Comisión motivada por diversos procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras relativos a la construcción y el mantenimiento de edificios escolares por autoridades francesas, subraya esta exigencia: «Sin embargo, si el legislador comunitario ha considerado que, en el marco de un procedimiento restringido y cuando los órganos de contratación establecen límites, un número de candidatos inferior a cinco no es suficiente para garantizar una competencia real, lo mismo debe afirmarse, con mayor razón, en caso de que los órganos de contratación opten por un número máximo de candidatos a los que invitar.»

(23) Es lo que sostiene la STSJ de Castilla-La Mancha 76/2009, de 27 febrero (recurso 741/2005), antes citada: «Como tampoco asumimos la mencionada —mas no probada— desviación de poder, por vulneración del art. 91.1.b) de la Ley de Contratos a la sazón vigente, al haber sido el número de empresas invitadas al concurso inferior a cinco. Sin embargo, de ese precepto se desprende que es en el anuncio de la convocatoria donde la Administración ha de proyectar su previsión, ciertamente entre cinco y veinte empresas, y en el caso que nos ocupa se preveía que fueran diez; pero ello no implica que en la fase posterior tuvieran que ser también más de cinco las empresas seleccionadas;...»

De la Ley entendemos que, si los pliegos no fijan un número máximo de candidatos a seleccionar, no cabe que la mesa o el órgano de contratación excluyan a candidatos que sí cumplen los criterios de solvencia ¿Con qué criterio se les denegaría la invitación? Para que el procedimiento restringido permita limitar el número de los ofertantes que pueden presentarse a la fase de adjudicación y las proposiciones que la Administración ha de estudiar resulta indispensable, por tanto, fijar en los pliegos un número máximo que, como ya se ha dicho, no podrá ser inferior a cinco. Acompañarlo de un baremo o método de ponderación que permita ordenarlos de mejor a peor facilitaría notablemente la motivación de la selección por parte del órgano de contratación, lo que deberá constar en el pliego o en el anuncio (24).

3. Examen e invitación de los candidatos

El siguiente paso a dar por el órgano de contratación será comprobar la personalidad y solvencia de los solicitantes, para seleccionar a los que deban pasar a la siguiente fase (art. 162.4 LCP). Esta selección ha de hacerse aplicando los criterios establecidos, de modo que todos los seleccionados los cumplan. Si fueran más del número máximo previsto, tendrá que escoger a los que obtengan una mejor puntuación, pues no cabe a nuestro juicio que esa elección se haga de modo discrecional, aleatorio o arbitrario. Dicho de otro modo, no parece de recibo que el órgano de contratación pueda excluir *motu proprio* a empresas que cumplan los criterios sentados en los pliegos mientras no se alcance el número máximo previamente establecido, sea cinco u otro superior.

Hecha la selección, el órgano de contratación procederá a invitar simultáneamente y por escrito a todas las empresas para que presenten sus proposiciones dentro del plazo que veremos más adelante.

V. Contenido de la invitación

Como se ha dicho, la invitación a las empresas escogidas tendrá que realizarse por escrito y simultáneamente. Lógico es pensar que a través de un medio fehaciente y válido en Derecho. En ese sentido, se impone la

(24) Al respecto, la STJCE (Sala Sexta) de 12 de diciembre de 2002, en el asunto C-470/99, en una cuestión prejudicial elevada por un tribunal austriaco, a propósito un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras, dictaminó «La Directiva 93/37 debe interpretarse en el sentido de que, si, en el marco de un procedimiento restringido, la entidad adjudicadora ha fijado previamente las reglas de ponderación de los criterios de selección de los candidatos que serán invitados a presentar una oferta, está obligada a indicarlos en el anuncio o en los documentos de la licitación.»

notificación personal, sin perjuicio de otro tipo de publicaciones en boletines, perfiles o tablones de anuncios.

Con arreglo al art. 163 LCSP, las invitaciones han de tener este contenido:

- a) Una referencia al anuncio de licitación publicado.
- b) La fecha límite para la recepción de ofertas.
- c) La dirección a la que deban enviarse
- d) La lengua o lenguas en que deban estar redactadas.
- e) Los documentos que se deban adjuntar complementariamente.
- f) Los criterios de adjudicación del contrato y su ponderación relativa o, en su caso, el orden decreciente de importancia atribuido a los mismos, si no figurasen en el anuncio de licitación.
- g) El lugar, día y hora de la apertura de proposiciones.
- h) Las indicaciones para permitir el acceso por medios electrónicos a los pliegos y demás documentación complementaria.
- i) La forma, lugar, fecha e importe a pagar por los pliegos y demás documentación complementaria que fuera accesible por medios no electrónicos, en los casos en que está admitido legalmente (circunstancias técnicas, confidencialidad y seguridad del art. 138.2 LCSP)

VI. Plazo de presentación de proposiciones

Por lo que hace al plazo de presentación de las proposiciones, el art. 164 LCSP atiende al carácter armonizado o no y, en su caso, urgente:

- a) En los relativos a contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo no será inferior a diez días, contados desde la fecha de envío de la invitación.
- b) Para los sujetos a regulación armonizada será el suficiente para la adecuada elaboración de las proposiciones en función del alcance y complejidad del contrato, que no será inferior a treinta días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita. Este plazo podrá reducirse en estos casos:
 - Si se hubiese enviado el anuncio de información previa con la antelación y toda la documentación necesaria que prevé el art. 156.3.a LCSP, el plazo general podrá reducirse a diez días.
 - Cuando el plazo general sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos antes descritos, el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a diez días contados desde la fecha del envío de la invitación escrita.

- Si el órgano de contratación aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos, podrá reducirse el plazo en cinco días. De los tres supuestos, esta será la única reducción aplicable en las concesiones de obras y de servicios.

No deja de ser llamativa, a mi juicio, esta peculiar determinación del *dies a quo* para el cómputo de un plazo tan esencial como es el de presentación de ofertas, puesto que así el tiempo que medie entre el envío y la recepción de la invitación por el destinatario juega en su contra, lo que perjudica claramente a las empresas no *avisadas* y no favorece la igualdad de oportunidades para competir. En mi opinión, la influencia del Derecho de la Unión Europea (negativa en este caso) no justifica que se excepcione la regla general del procedimiento administrativo común, por la que los plazos se cuentan a partir de la publicación o de la recepción de la notificación por el destinatario (art. 30.3 LPAC), y no desde el envío de esta (25). Por muy perfectos que sean los sistemas de comunicación, ninguno es infalible. Al computar como fecha de inicio del plazo la del envío de la invitación, se trasladaría al interesado la carga de probar cualquier pérdida o demora que no le sea imputable, a costa de su seguridad jurídica. La posición ordinamental de la LPAC, que asegura la igualdad de trato de todos los ciudadanos ante las Administraciones Públicas, debería prevalecer para salvaguardar esta elemental garantía.

VII. Adjudicación

El procedimiento restringido termina aquí su peculiaridad, puesto que la fase de adjudicación del contrato se remite a lo previsto en la Ley para el procedimiento abierto, sin que sea necesario calificar nuevamente la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, puesto que ya se hizo antes de cursar las invitaciones (art. 165 LCSP) (26). Ahora también podrá emplearse la subasta electrónica, siempre que las

(25) Esta incorrección viene siendo denunciada por la doctrina con motivo de similares regulaciones anteriores. En ese sentido, el profesor Antonio FORTES señala que desde el envío hasta la recepción pueden transcurrir días sin que el candidato seleccionado pueda conocer la invitación y, consiguientemente, empezar a preparar su oferta; y también puede ocurrir que la invitación le llegue cuando el plazo de recepción haya terminado o que nunca llegue a su destinatario, lo que a nuestro juicio supone una patente desigualdad de trato y una indefensión. FONTES MARTÍN, A. (2009), tomo II del libro colectivo *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona, pág. 1482, que cita la opinión en el igual sentido de IRURZUN MONTORO, F. (1997), «De la adjudicación de los contratos», en VV.AA. *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1997, pág. 335.

(26) La ya citada STSJ de Cataluña n.º 772/2004, de 4 junio (recurso 67/2001), considera ilegal y anula la cláusula del pliego que obligaba a los participantes seleccionados a volver a presentar la documentación aportada cuando concurren a la licitación, por infringir el art. 35.f LRJPAC.

especificaciones del contrato puedan establecerse de manera precisa en los pliegos y que las prestaciones no tengan carácter intelectual, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura (art. 143.2 LCSP). El examen de las proposiciones, la propuesta de adjudicación y demás actuaciones tendentes a la adjudicación siguen las mismas reglas que si fuera un procedimiento abierto; o una subasta electrónica, en su caso. Tampoco hay unos requisitos y criterios de adjudicación del contrato especiales por ser el procedimiento restringido (27). Lo que no significa que no tenga su peculiaridad; por ejemplo que, a diferencia del procedimiento abierto, si el concurso se tramitó por el procedimiento restringido los criterios objetivos que se utilizan para seleccionar a los participantes por su experiencia o especialización también pueden utilizarse para efectuar la adjudicación (28).

En principio, las empresas participantes no adjudicatarias no tienen derecho a percibir ninguna compensación por haber presentado su proposición (29), salvo que se hubiera previsto así en los pliegos (30).

(27) En la STSJ de Aragón n.º 1022/2000, de 20 diciembre (recurso 1184/1996), cuyo objeto era el contrato de proyecto y ejecución de los trabajos de restauración de una ermita, por el procedimiento restringido mediante concurso, se examina con minuciosidad el decurso de las sucesivas fases de invitación y adjudicación, las funciones de la mesa y del órgano de contratación, que en este caso se ajustaron a Derecho.

(28) En el Informe de la JCCAE n.º 13/98, de 30 junio 1998, se examina la procedencia de emplear como criterios objetivos de valoración de las proposiciones en los concursos los medios que se especifican para valorar la solvencia de las empresas y, en concreto, la experiencia de los suministradores, para llegar a esta conclusión: «1. Que según se desprende de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la experiencia es requisito que puede justificar la solvencia del empresario en la fase de verificación de su aptitud, pero no puede utilizarse como criterio de adjudicación del concurso incluido entre los enumerados en el artículo 87 de la citada Ley. 2. Que *la conclusión anterior, que se considera incuestionable en el procedimiento abierto, no tiene aplicación, por su naturaleza específica, en el procedimiento negociado y debe ser objeto de matizaciones en relación con el procedimiento restringido*, dado que entre los criterios objetivos a que se refiere el artículo 92.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, diferentes de los enumerados en el artículo 87, pueden incluirse, cuando las características del contrato a adjudicar lo aconsejen, los que hagan referencia a la experiencia o especialización de la empresa.» (la cursiva es nuestra)

(29) Este criterio viene de antiguo, como se expresa en la STS de 11 julio 1986 (RJ 1986/5064), referida a la solicitud por un ayuntamiento de oferta-presupuesto para la redacción de un anteproyecto de polideportivo a varias empresas: «aunque a efectos dialécticos se admitiese la concepción dada por el actor [concurso restringido de anteproyectos], no por ello habría de aceptarse la consecuencia de abono o pago del coste de los anteproyectos, ya que ante el silencio o falta de norma o cláusula expresa al efecto, la regla general es la contraria por cuanto sólo es aceptada en definitiva la oferta seleccionada (anteproyecto), haciéndola suya la Administración a través de la adjudicación definitiva o figura equivalente y sin que los demás ofertantes tengan, sin más, derecho al pago de sus trabajos, salvo que expresamente así lo estableciese la Administración, o bien en el caso de que hiciera suyos los estudios o anteproyectos presentados.»

(30) Es lo que reconoce la STSJ de Galicia n.º 353/2010, de 31 de marzo (recurso 4531/2007), en su FJ 4.º, relativa a un procedimiento restringido y modalidad de concurso para contratar la redacción del proyecto sectorial y proyecto básico de un nuevo hospital, cuyo pliego establecía una indemnización de 75.000 € por haber participado en el proceso selectivo.

Dicho esto, lo que no parece estar bien resuelto por la jurisprudencia es la indemnización a la que tendría derecho la empresa recurrente cuando la contratación es anulada, sea porque resulta indebidamente excluida o no invitada sea por vicios en la fase de adjudicación. En algunos casos las sentencias únicamente conceden los gastos en que la empresa hubiera incurrido con motivo de la contratación (31), lo que creemos que no repara la injusticia sufrida. Resultan, a nuestro entender, más equitativas aquellas que reconocen una indemnización equivalente al lucro cesante del 6% del precio del contrato, esto es, el beneficio industrial (32). Lo cual, a la postre, incentiva la buena administración y evita ámbitos de impunidad material.

VIII. Bibliografía citada

CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J.A. (2010), *La Contratación del Sector Público tras las reformas de 2010*, Editorial Reus, Madrid.

CARBONERO GALLARDO, J.M., (2010), *La adjudicación de los contratos públicos*, La Ley, Madrid

FONTES MARTÍN, A. (2009), tomo II del libro colectivo *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona.

GALLEGO CÓRCOLES, I. «La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública», X Congreso, AEPDA, Aranzadi-Thomson, 2015.

GALLEGO CÓRCOLES, I. «Los procedimientos abierto, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo», en el libro *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, págs. 1073 a 1493.

(31) La STSJ de Asturias n.º 1061, de 27 junio 2005 (recurso 1182/2000) anula la no selección de una empresa en un procedimiento restringido, al entender que la misma había probado con informes periciales que no existen diferencias litológicas ni climáticas en los montes asturianos respecto de los castellano-leoneses a los que se referían las certificaciones aportadas; empero deniega indemnizar a la mercantil no invitada con el beneficio industrial del 6% del precio de las obras ofertadas, «ya que no es acogible dicha pretensión como lucro cesante, y ello porque el procedimiento de adjudicación ha sido el de la subasta, y según el artículo 74 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la adjudicación, entre las seleccionadas, se debió de hacer a la que presentase la oferta más baja, y es lo cierto que tal circunstancia no ha podido verificarse al no ser admitida la recurrente a la licitación.». En consecuencia, dispone que la indemnización debe consistir únicamente en los gastos que justifique haber tenido.

(32) Así, en un concurso público, tramitado con urgencia por el procedimiento restringido para adjudicar el servicio de mensajería, al apreciar la comisión de un vicio de desigualdad en las actuaciones administrativas, la STSJ del País Vasco n.º 735/2002, de 27 septiembre (recurso 1998/1998), reconoce una indemnización del 6 % del precio del contrato como equivalente económico del derecho al procedimiento del que fue ilícitamente privada la empresa recurrente, a pesar de que la suya no era la mejor oferta.

- GARCIA DE ENTERRÍA, E. (1953), «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», en *RAP* n.º 10.
- GIMENO FELIU, J.M. (2015), «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en libro *Observatorio de los Contratos Públicos, número especial, Las Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- GIMENO FELIU, J.M. (2014), «Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública». Texto ponencia V Seminario de contratación pública, Formigal (Huesca).
- GIMENO FELIU, J.M.^a (2017), «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública», *Observatorio de Contratación Pública*, consulta 23-10-2017 (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.317/relmenu.3/chk.5ae6d56c8ce0a3e6533497d25a4135ff>).
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2017), «Nueva Ley de Contratos del Sector Público», consulta 4-11-2017 (<https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/04/nueva-ley-contratos-sector-publico/>).
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLA, F. (2003), *Nuevo régimen de contratación administrativo*, 3.ª ed., La Ley, Madrid.
- ROMAR VILLAR, J.C. «Diferencias en la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales, en relación al recurso especial en materia de contratación», 20-1-2014, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.132/relcategoria.121/relmenu.3/chk.d269a259dba4a3fd84b08962cde4337b>
- RUIZ DE CASTANEDA, A. (2011), «La nomenclatura CPV en la contratación», en el libro colectivo *Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley, Madrid.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, M.J., «Los Tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro», en <http://asocex.es/los-tribunales-administrativos-de-recursos-contractuales-como-mecanismos-de-control-en-la-contratacion-publica-perspectiva-actual-y-de-futuro>;

Trabajo recibido el 1 de diciembre de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 16 de febrero de 2018

LABURPENA: Lan honetan, Sektore Publikoko Kontratuei buruzko azaroaren 8ko 9/2017 Legean prozedura mugatua nola erregulatu den azaltzen da. Lege horrek, hain zuzen, Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2014ko otsailaren 26ko 2014/23/EB eta 2014/24/EB Zuzentarauen transposizioa egiten du Espainiako ordenamendu juridikora. Oro har, aurrekoaren (Sektore Publikoko Kontratuen Legearen testu bategina onartzen duen azaroaren 14ko 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuaren) sistematikari eusten dio, baina, era berean, ezagutu beharko diren berritasun batzuk ematen ditu; hala nola, IV. eranskinean zerrendatuta dauden zerbitzu berezien emakida-kontratuak (gizarte-, osasun-, hezkuntza-, ikerketa- eta segurtasun-arloko zerbitzuenak, beste askoren artean) prozedura mugatuaren bidez esleitzeko eskakizuna. Legeak, bestalde, oso egokitzat jotzen du prozedura hori konplexutasun bereziko zerbitzu intelektualak (aholkularitza-, arkitektura- edo ingeniari-tza-zerbitzu batzuk, adibidez) tartean daudenerako; hortaz, ezarri ere ezartzen ez badu ere, prozedura mugatua gomendatzen du kontratu jakin batzuetarako. Legean, prozedura mugaturako beste aurreikuspen bat dago: zerbitzu batzuk aurkeztean garapen jakin batzuk egin behar badira eta zerbitzu horiek kontratatu nahi badira, administrazio-klausula partikularren orriek hobariak edo konpentsazioak jaso ahalko dituzte, lizitazioaleek beren eskaintza aurkezteko orduan egin behar izan dituzten gastuak estaltzeko.

GAKO HITZAK: Administrazio Zuzenbidea Sektore publikoko kontratuak. Prozedura mugatua.

RESUMEN: En este trabajo se da cuenta de cómo ha quedado regulado el procedimiento restringido en la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, «por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014». En general, mantiene la sistemática de su antecesor (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»), pero también aporta algunas novedades que convendrá ir conociendo, como la exigencia de que los contratos de concesión de servicios especiales listados en el Anexo IV (servicios de carácter social, sanitario, educativo, investigación, seguridad y un largo etcétera) se adjudiquen siempre mediante el procedimiento restringido. Además la Ley considera especialmente adecuado este procedimiento cuando se trata de servicios intelectuales de especial complejidad, como algunos servicios de consultoría, arquitectura o ingeniería, por lo que, si bien no lo impone, recomienda el procedimiento restringido para ciertos contratos. Otra nueva previsión de la Ley para el procedimiento restringido es que, en contratos de servicios cuya presentación implique la realización de determinados desarrollos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares puedan contemplar primas o compensaciones por los gastos en que incurran los licitadores al presentar su oferta.

PALABRAS CLAVE: Derecho administrativo. Contratos del sector público. Procedimiento restringido.

ABSTRACT: This work gives account of how restricted procedure has been regulated by the recent Act 9/2017 of November 8th of Public procurement contracts «that transposes European Parliament and Council Directives 2014/23/UE and 2014/24/UE of February 26th of 2014 to the Spanish legal system». In general, the previous system has remained (Legislative Royal-Decree 3/2011 of November 14th «approving the revised text of the Act of Public procurement contracts») but it also has some novelties that we should know, for example the requirement that special service concession contracts listed in Annex IV (services of social, health, education, research or security nature and so on) were always to be awarded through the restricted procedure. Besides, the Act considers this procedure particularly suitable when it is about intellectual services with particular complexity, as for example some consulting, architecture and engineering services so even if it is not compulsory, the restricted procedure is recommended. Another new provision of this Act concerning the restricted procedure is that in service contracts where their submission implies some specific developments, the administrative clauses can grant premiums and compensations due to the expenses the bidders incur when they submit their tenders.

KEYWORDS: Administrative Law. Public procurement contracts. Restricted procedure.

La regulación del autoconsumo de electricidad en un nuevo entorno social y tecnológico*

Alejandro D. Leiva López

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.04>

Sumario: —I. Introducción. Contexto político-económico.—II. El autoconsumo de electricidad. 1. Concepto y marco jurídico. La figura del «*prosumer*». 2. Notas diferenciadoras respecto del modelo tradicional de suministro eléctrico. 3. Modalidades de autoconsumo. 3.1. Autoconsumo aislado. 3.2. El suministro con autoconsumo (tipo 1). 3.3. La producción con autoconsumo (tipo 2). 4. Cuestiones de interés en un nuevo entorno social y tecnológico. 4.1. Las redes inteligentes y el almacenamiento de energía. 4.2. El deber de mantenimiento de los costes fijos del sistema por parte del autoconsumidor. A propósito de la sobrecapacidad. 4.3. El auge de la industria fotovoltaica y la necesidad de que el autoconsumidor esté conectado a la red.—III. Conflictos competenciales en materia de autoconsumo: Estado vs CCAA. 1. Aspectos generales. 2. Posición de las Comunidades Autónomas. 2.1. Materias específicas objeto de conflicto. 2.1.1. *Objeto y ámbito de aplicación*. 2.1.2. *Condiciones técnicas y administrativas para la modalidad tipo 1*. 2.1.3. *Potencia instalada*. 2.1.4. *Calidad del servicio*. 2.1.5. *Conexión a la red*. 2.1.6. *Contratos de acceso e información*. 2.1.7. *Registro de instalaciones*. 2.1.8. *Instalaciones de cogeneración*. 2.1.9. *Autorización de vertido excedente*. 2.2. En especial: el autoconsumo compartido o vecinal. 3. Posición del Tribunal Constitucional. A propósito de la STC 68/2017. 3.1. Sobre el Registro de autoconsumo. 3.2. Sobre el autoconsumo compartido.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

I. Introducción. Contexto político-económico

Vivimos en un mundo cada vez más globalizado y con un modelo energético inestable desde el punto de vista medioambiental (por todos es conocido el efecto negativo severo del cambio climático) e incluso, en ocasiones,

* Trabajo realizado en el marco del proyecto I+D «Sostenibilidad energética y entes locales: incidencia del nuevo paquete energético de la Unión Europea» (DER2017-86637-C3-2-P), Ministerio de Economía y Competitividad, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, Convocatoria 2017.

económico (véase cómo el sistema ha adolecido durante varios años de un déficit tarifario como consecuencia del régimen de primas a renovables(1)).

El sector eléctrico se encuentra en un complejo escenario donde los recursos fósiles son limitados y la energía nuclear no parece ofrecer condiciones de seguridad óptimas. Sin embargo, y afortunadamente, emergen fuentes de energía renovables que tratan de colmar las deficiencias de este modelo productivo(2).

Por su parte, el autoconsumo de electricidad experimenta grandes avances tecnológicos y, de partida, debe convertirse en una tecnología competitiva capaz de cuestionar la continuidad del sistema tradicional de suministro o, al menos, de tener un intenso carácter complementario. Así, el precio competitivo de algunas tecnologías (como los paneles fotovoltaicos) y los avances en materia de dispositivos de almacenamiento (principalmente baterías para uso doméstico) permite que cada vez sean mayores los intereses del usuario eléctrico en esta forma de generación distribuida; sin perder de vista que, a día de hoy, no puede almacenarse electricidad en grandes cantidades(3).

Sin embargo, y siendo objeto principal de estudio, son muchos los que afirman que la regulación del autoconsumo parece caminar en otro sentido, existiendo dudas fundadas acerca de si el legislador favorece o, por el contrario, obstaculiza la implementación efectiva de este mecanismo de autogeneración de electricidad.

En la Cumbre del Clima de París o COP21 (celebrada entre 30 de noviembre y 11 de diciembre de 2015)(4) los Estados integrantes, bajo la supervisión de EE.UU. y China, manifiestan un interés común y firme por hacer frente al cambio climático, dejando atrás las poco efectivas declaraciones de intereses que acontecieron en Kioto (1997) y Copenhague (2009). Así, la COP21 de-

(1) A mayor abundamiento, y específicamente acerca de uno de los episodios más significativos de la progresiva suspensión del régimen de ayudas a la producción renovable, *vid.* DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, «Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, 2012, págs. 217-254.

(2) DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, DOMINGO LÓPEZ, Enrique y LEIVA LÓPEZ, Alejandro D., «Régimen jurídico del auto-consumo en España. A propósito del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre», en *Riesgo Regulatorio en las Energías Renovables II*, ed. Aranzadi, 2017, págs.106-107.

(3) A propósito de los precios competitivos que ofrece la empresa Tesla para baterías de uso doméstico destinadas al autoconsumo, *vid.* CHEVALIER, Michael, «¿Revolucionará Tesla la energía?: El fabricante estadounidense de coches eléctricos se diversifica con la fabricación de baterías de uso doméstico», en *Alternativas económicas*, núm.28 (septiembre), 2015, págs. 24-25 y, como obra de referencia en la materia, SIOSHANSI, Fereidoon P., en *Future of Utilities. Utilities of the Future*, 2016, ed. ACADEMIC PRESS, sobre la aparición de un nuevo modelo energético basado en el autoconsumo, las redes inteligentes y los sistemas de almacenamiento de electricidad a cargo de baterías y otras tecnologías.

(4) 21.ª Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2015 (COP21/CMP11), también conocida como «París 2015».

fine como prioritario el impulso de las energías renovables, otorgando un papel protagonista a la energía solar(5), y del autoconsumo de electricidad, especialmente a través de instalaciones fotovoltaicas. Es por ello que muchas de las reflexiones aquí vertidas se hacen desde la panorámica del autoconsumo fotovoltaico, siendo ésta la tecnología sobre la que el avance ingenieril y los precios competitivos se proyectan de forma más notoria(6).

El objetivo principal de la reunión de París de mantener el calentamiento global por debajo de los dos grados centígrados conecta con la necesidad de que acontezca un cambio de modelo económico encaminado a eliminar gradualmente los combustibles fósiles a favor de una implantación efectiva de las energías renovables, donde el papel asumido por el *prosumer*(7) es clave. El aumento deliberado de la temperatura del planeta, si no se adoptan medidas efectivas para su mitigación, provocará que cada vez necesitemos más energía y, por tanto, mayor producción con cargo a fuentes contaminantes fósiles; lo que ocasiona un impacto ambiental muy negativo. En la COP21 se concluye que no hay tiempo para formular meras declaraciones de intenciones, que ya no tiene cabida la indecisión que imperaba en cumbres como la de 2009 y que, consecuentemente, los estados tienen la obligación moral de actuar y transformar el actual modelo de desarrollo en un nuevo paradigma capitaneado por las energías renovables, la eficiencia energética y el autoconsumo de electricidad.

A nivel comunitario, la nueva propuesta de la Comisión Europea de Paquete de Energía (conocido como «*Winter Package*») persigue garantizar al ciudadano el acceso al autoconsumo sin cargas o procedimientos que no reflejen el coste real de la actividad, así como también promueve el denominado autoconsumo compartido.

Por su parte, en España, el 9 de octubre de 2015 (solo unas semanas antes de celebrarse la COP21), el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 900/2015, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo(8).

(5) *Vid.* cómo, en el seno de la COP21, las asociaciones renovables líderes crean el «*Global Solar Council*», con la finalidad de promover la rápida implementación de la energía solar a través de un marco de cooperación y formación mundial. Destacadamente, la copresidencia de este consejo corre a cargo del director general de la Unión Española Fotovoltaica (UNEF), José Donoso.

(6) Sobre las ventajas competitivas de autoconsumo mediante instalaciones fotovoltaicas, *vid.* DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, DOMINGO LÓPEZ, Enrique y LEIVA LÓPEZ, Alejandro D., «Régimen jurídico del...», *op. cit.*, págs. 110-112.

(7) Acrónimo formado por la fusión original de las palabras inglesas «productor» y «consumer», para referirnos al nuevo papel que tiene el usuario de consumir y, además, producir su propia energía. En castellano nos referimos al *prosumidor*. Se trata de una figura conocida no sólo en el ámbito energético sino también en otros campos como la informática o la agricultura.

(8) *BOE* núm. 243, de 10 de octubre.

La doctrina mayoritaria ha calificado esta norma como un «impuesto al sol», así como también lo han hecho los sindicatos (CCOO y UGT), las asociaciones de consumidores (ADICAE, ASGECO, FACUA u OCU), grupos ecologistas (GREENPEACE) y asociaciones empresariales (AIFOC, ANPIER, APPA Fotovoltaica, UNEF o PIMEC) (9).

Es por ello que ofrecemos un análisis de las distintas figuras de autoconsumo definidas en el RD 900/2015, poniendo en una balanza, de un lado, la creación de un peaje o posible «impuesto al sol» para aquellos que deciden invertir en tecnologías de autoconsumo y, de otro, la necesidad de que todos los usuarios eléctricos, incluido el autoconsumidor, contribuyan a los costes de mantenimiento del sistema.

Además, analizamos la posición más reciente de la jurisprudencia en relación a los conflictos competenciales que suscita el RD 900/2015, con especial atención a la figura del autoconsumo compartido o vecinal.

La regulación jurídica de sectores estratégicos como el eléctrico (conocida como regulación económica o regulación para la competencia) presenta una naturaleza económica, sociológica, política y jurídica que definen su carácter predominantemente interdisciplinar. Se trata de una intervención directa del Estado en la economía, en los sectores estratégicos regulados (no solo el eléctrico, sino también otros como el sector del transporte aéreo y ferroviario o el de las telecomunicaciones) valiéndose de mecanismos de control social que afectan a todos los aspectos del comportamiento; una supervisión que se encomienda normalmente a una agencia pública especializada e independiente. (10) Por tanto, si conexionamos todo ello con las especificidades del sector de la electricidad, y concretamente con las inherentes a la figura del autoconsumo que es objeto de estudio, la ardua tarea que se encomienda al Estado es la de controlar y accionar en cada momento la válvula que libera el vapor de una olla (mercado eléctrico) cuando la presión supera ciertos límites, en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de los operadores eléctricos y los del consumidor final o, para el caso que nos ocupa, del autoconsumidor.

(9) Destaca el manifiesto «Un compromiso de la sociedad a favor del derecho cívico al autoconsumo de energía». Aprobado el 27 de julio de 2015 y siendo partícipes la práctica totalidad de formaciones políticas, las asociaciones de consumidores, empresariales y sindicales, ecologistas, así como los distintos movimientos sociales. En este escrito defienden que el autoconsumo es un derecho cívico y elemental para la configuración de un nuevo modelo energético que haga frente al cambio climático. En definitiva, los firmantes piden la retirada de lo que, en esa fecha, era todavía un proyecto de Real Decreto.

(10) BALDWIN, Robert, SCOTT, Colin y HOOD, Christopher, en *A Reader on Regulation*, Ed. Oxford University Press, 1998, págs. 56-70.

II. El autoconsumo de electricidad

1. Concepto y marco jurídico. La figura del «prosumer»

Estamos ante un nuevo escenario en lo que al modo de generación de electricidad se refiere y ello conduce a convertirnos en prosumidores, esto es, consumidores y, al mismo tiempo, productores o generadores de energía (piénsese, por ejemplo, en el usuario que tiene su propia instalación fotovoltaica en el tejado de su vivienda), lo que nos hace partícipes en la toma de decisiones que versen sobre cuándo, cómo y qué energía consumir; sin olvidar la conexión que debe existir, en este nuevo marco regulativo, entre la figura del prosumidor, las redes inteligentes y el almacenamiento de electricidad (destacan los avances tecnológicos de la empresa Tesla en baterías de almacenamiento de electricidad para uso doméstico). En este sentido, el legislador no puede desatender los avances que brindan las ciencias ingenieriles y, por consiguiente, tiene que velar por que este trilema —prosumidor, redes inteligentes y almacenamiento— se desarrolle en absoluta armonía(11).

Acerca de esta doble figura (consumidor-productor) cabe significar que fue intencionadamente omitida por el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctricos y gasista(12). La citada norma modificó las definiciones de productor y consumidor contenidas en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico(13), bajo la premisa de que el «autoconsumidor» no se podía considerar «productor» o «autoproducción», ya que no venden electricidad excedentaria, sino que adquieren derechos de consumo diferidos, de ma-

(11) Sobre estas cuestiones conceptuales se pronuncia el Dr. Fereidoon P. Sioshansi, director de la consultora de servicios energéticos *Menlo Energy Economics* (San Francisco, EEUU), en su ponencia sobre la experiencia estadounidense en la materia, con ocasión de una Jornada sobre Generación Distribuida y Autoconsumo organizada por el Club Español de la Energía (ENERCLUB) y celebrada en Madrid el 3 de febrero de 2016. El ponente trae a colación conceptos relevantes e innovadores sobre almacenamiento de electricidad, no necesariamente a cargo de baterías, y anuncia que serán objeto de estudio exhaustivo en su obra *Future of utilities. Utilities of the future*, que en ese momento estaba en proceso de publicación. En la citada obra el autor trata de evidenciar cómo la nueva empresa energética del futuro, si la regulación lo permite, será nuestro propio hogar. En definitiva, un nuevo modelo, alejado del modelo tradicional energético no sostenible, que deberá configurarse con precisión y atendiendo no sólo a las ventajas sociales que produce, sino también a los problemas de intermitencia y de costes conexos a las nuevas tecnologías de autoconsumo y las redes inteligentes.

(12) BOE núm. 78 de 31 de marzo.

(13) BOE núm. 285, de 28 de noviembre.

nera que esta figura de autoconsumidor no debía estar sujeta a las obligaciones jurídicas exigidas al resto de productores.

Sin embargo, en la actualidad la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE)(14) dedica específicamente su artículo nueve a la regulación del autoconsumo de energía eléctrica y, en desarrollo de esta figura, el RD 900/2015 altera este matiz conceptual observado SUPRA creando la figura del «*autoproducer*» y definiendo para el que vierte su energía sobrante, y que por consiguiente adquiere derechos de consumo diferidos, una serie de obligaciones estrechamente ligadas a la figura del productor tradicional. Así, destacan la obligación de constituirse en empresa, darse de alta en el Impuesto de Actividades Económicas o hacer declaraciones trimestrales de IVA. Vemos, en definitiva, cómo el legislador rompe un marco conceptual predefinido y crea una figura más empresarial de autoconsumidor que vierte su excedente a la red.

En definitiva, el autoconsumo requiere de una intervención o participación activa por parte del usuario eléctrico y es por ello que presenta un carácter en cierto modo educativo. En este sentido, el prosumidor, al autoproducir gran parte de la electricidad que necesita, se va a concienciar del coste eléctrico que ésta implica y, por consiguiente, adoptará una actitud proactiva en el empleo de medidas de ahorro y mejora de la eficiencia energética (15).

2. Notas diferenciadoras respecto del modelo tradicional de suministro eléctrico

Para que la electricidad llegue a las zonas donde es demandada es necesario que acontezca un complejo proceso del que son partícipes distintos agentes del mercado. El modelo tradicional de suministro parte de grandes instalaciones de generación de electricidad conectadas, por medio de redes eléctricas, a los centros de consumo identificados por todo el territorio (16).

Por su parte, nace un nuevo paradigma energético que aproxima las plantas de producción a las zonas de consumo, el denominado modelo de Generación Distribuida; siendo su ramificación más habitual la del autoconsumo, esto es, la forma de producción en la que el consumidor genera su propia electricidad en su red interior.

(14) BOE núm. 310, de 27 de diciembre.

(15) ORTIZ GARCÍA, Mercedes, «El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica: autoconsumo, redes inteligentes y el derecho al sol», en *Eficiencia energética y derecho*, Fernando García Rubio (dir.), Lorenzo Mellado Ruiz (dir.), Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2013, págs. 254-255.

(16) AGÚNDEZ BETELU, Miguel Ángel y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, en *Energía eléctrica. Manual Básico para juristas*, Editorial La Ley, 2014, págs. 20-32.

De esta forma, se abre camino un nuevo modelo de generación que progresivamente va a ir integrándose en la red como un elemento de producción, eficiencia y gestión, y no como una mera conexión necesaria para obtener electricidad (17).

Así pues, como vemos INFRA, el autoconsumo, como forma de generación distribuida, presenta ventajas en diversos ámbitos con respecto al modelo tradicional de suministro eléctrico.

— *Generación*. Las instalaciones de producción emplean distintas fuentes de energía primaria para obtener electricidad a través de diversos mecanismos y procesos que, por lo general, son muy costosos. Éstas revisiten un gran tamaño para así garantizar las necesidades de consumo futuras, por lo que es preceptiva la adopción de complejos proyectos de construcción a largo plazo.

Por su parte, las tecnologías empleadas para el autoconsumo presentan un carácter modular, de manera que el coste de generación va a descender progresivamente con la construcción masiva de instalaciones de autoconsumo (como por ejemplo las placas fotovoltaicas). Asimismo, se dan otros factores que aconsejan la implementación de tecnologías de autoconsumo: su tamaño reducido, que no hace necesarios grandes espacios para su instalación; su breve proceso de construcción o instalación, lo que disminuye las necesidades de predicción de demanda futuras que permiten calcular de forma anticipada las instalaciones que es necesario construir; la estandarización de sus componentes y de los permisos de instalación; y las facilidades de interconexión (18).

— *Transporte*. La electricidad se transporta por medio de la Red de Transporte, la cual se encarga de unir las plantas de generación con las zonas de consumo. La energía llegará a los centros de transformación próximos a las zonas de consumo y, a continuación, las redes de distribución se encargarán de llevarla hasta los puntos específicos donde se demanda (fábricas, viviendas u oficinas) (19). Con frecuencia nos encontramos con un transporte de electricidad a largas distancias, lo que lleva aparejado que parte de la energía se pierda en el proceso por culpa del calentamiento; algo que dependerá de factores como la extensión de

(17) LEIVA LÓPEZ, Alejandro D., «Balance neto energético. Estado de la cuestión en EE.UU.», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50, 2017, pág.344

(18) ANDREU CASADEMONT, Frederic, «Autoconsumo instantáneo: ¿Qué proyectos de autoconsumo solar son rentables para las empresas?», en *Era solar: Energías renovables*, vol.32, núm. 183, 2014, págs. 6-9.

(19) AGÚNDEZ BETELU, Miguel Ángel y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, en *Energía eléctrica...*, *op. cit.*, págs. 2-10.

red, la ubicación de las plantas de generación y de la demanda, la operación de la red y las características técnicas de los distintos equipos necesarios. En este sentido, el autoconsumo, al aproximar la producción a la zona de consumo, va a reducir de forma significativa las pérdidas de energía en la red.

Además, este tránsito de energía a través de redes responde a sus propios postulados físicos y son complejos de gestionar; lo que va a requerir de una actuación precisa y diligente por parte de los gestores de red, quienes deberán examinar la incidencia de las pequeñas instalaciones de autoconsumo sobre la operación de la red a la que están conectados e implementar medidas dirigidas al fomento de éstas. El autoconsumo impone nuevos retos sobre la gestión de la red que, previsiblemente, no serán tan complejos desde el punto de vista técnico.

Así, la generalización del autoconsumo implica una obligación de revisión del sistema de planificación y gestión de las redes de transporte y distribución de electricidad; lo que supone una reducción de la necesidad de refuerzo de éstas.

— *Prestación del servicio* (20). Los gestores de la red deben velar por la prestación de un suministro eléctrico seguro, eficiente y sostenible. Sin embargo, el modelo tradicional presenta deficiencias en materia de calidad y seguridad de suministro (véase las dificultades de acceso a la energía que se producen en zonas poco desarrolladas y alejadas de los centros de producción).

Así, optar por un modelo basado en el autoconsumo puede ayudar a enfrentar situaciones de incremento progresivo de la demanda energética en zonas donde la red de distribución es restringida; evitando así eventuales procesos de construcción muy dilatados y costosos que son necesarios para hacer frente a las restricciones de la red de distribución y garantizando que la energía llegue a un mayor número de usuarios.

Asimismo, el autoconsumo podrá utilizarse como reserva para reducir la alta carga que soporta la red en horas punta. Nos encontramos con pequeños generadores (véase una instalación fotovoltaica) que ofrecen una sólida fiabilidad y que, caso de fallar, podrán recibir apoyo de otras instalaciones que comparten su carga. Todo ello contribuye a una mejora de la calidad de servicio y de la fiabilidad del suministro.

— *Medioambiente*. El modelo productivo y energético tradicional perjudica gravemente al medio ambiente, lo que se acentúa aún más si ob-

(20) GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, «La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99, 2014, págs. 1623-1649.

servamos las consecuencias severas del cambio climático. Los recursos fósiles disminuyen y la energía nuclear, además de presentar la desventaja de la radioactividad, no ofrece condiciones óptimas de seguridad de suministro (21). Por suerte, las energías renovables nacen para superar este desolador escenario ecológico, como consecuencia de un modelo productivo basado en fuentes finitas, y procurar así un mayor desarrollo sostenible. Es por ello que el autoconsumo nace para asumir el máximo protagonismo en la lucha contra el cambio climático y para, en consecuencia, preservar los principios medioambientales definidos en la normativa nacional, comunitaria e internacional. Se trata de un nuevo modelo que utiliza fuentes de energía renovable locales (aunque también cabe que sean utilizadas otras, menos contaminantes que las tradicionales, como el gas natural) y que está basado en la diversificación de recursos y el aumento de la autosuficiencia en las distintas zonas de consumo (22).

3. Modalidades de autoconsumo

El ya citado artículo nueve de la LSE se refiere a la figura del autoconsumo como «el consumo de energía eléctrica proveniente de instalaciones de generación conectadas en el interior de una red de un consumidor o a través de una línea directa de energía eléctrica asociada a un consumidor». Esta definición legal establece como idea principal la necesidad de que la electricidad consumida tenga origen en una instalación de generación que esté conectada de forma directa, a través de red interior o de una línea directa, al consumidor (como, por ejemplo, una placa solar ubicada en el tejado de una vivienda y conectada a los aparatos de consumo de ésta —electrodomésticos, vitrocerámica, calentador, etc.—) (23). Vemos así que esta figura descarta por completo que la energía provenga de la red de distribución, como sucede en el modelo tradicional de suministro.

Cabe significar que el tratamiento de la figura del autoconsumo estaba inmerso en una dispersión normativa en materia de electricidad. Y es a partir de la aprobación del RD 900/2015 cuando se establecen las condi-

(21) ALENZA GARCÍA, José Francisco, *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Ed. Aranzadi, 2014, págs. 157-160.

(22) GOICOECHEA, Félix, «Renovables y autoconsumo, el Titánic español», en *Electra*, núm. 184, 2014, págs. 14-16.

(23) Existiendo tantas redes internas o líneas directas como instalaciones de generación, por lo que, a diferencia de lo que ocurre con el modelo tradicional de suministro, no será necesaria una separación patrimonial de actividades; al menos en lo referido a estas micro redes. Vid. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, «La incipiente regulación...», *op. cit.*, págs. 1628-1629.

ciones administrativas, técnicas y económicas para las distintas modalidades de autoconsumo de energía eléctrica.

Así, vemos en adelante cómo resulta esencial observar las especificidades de cada modalidad de autoconsumo para identificar, en consecuencia, el régimen jurídico-económico y administrativo aplicable a cada caso.

3.1. AUTOCONSUMO AISLADO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2 RD 900/2015, podemos afirmar de forma inequívoca que estarán exentos de cualquier cargo o peaje contenido en el citado reglamento, «[...] las instalaciones aisladas y los grupos de generación utilizados exclusivamente en caso de una interrupción de alimentación de energía eléctrica de la red eléctrica [...]».

El precepto se refiere a aquellos usuarios que deciden prescindir de la red, esto es, una modalidad de autoconsumo, tipo 0 si se quiere, que quedaría excluida del ámbito de aplicación del reglamento. También serán definidas, según lo dispuesto en el artículo 3.1 j) como «[...] aquellas en las que no existe en ningún momento capacidad física de conexión eléctrica con la red de transporte o distribución ni directa ni indirectamente a través de una instalación propia o ajena [...]».

Sin embargo, en la práctica es muy complicado que el autoconsumidor opte por desconectarse, ya que la fuente de energía que necesita suele ser intermitente (por ejemplo, la radiación solar) y ello conduce a que tenga que dimensionar con mucha precisión su instalación y prever aquellos momentos en que la fuente de energía no juega a su favor (por ej. sol y viento).

En definitiva, el autoconsumidor que no está conectado a la red no paga nada, de manera que, como dispone la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2017 (24), «[...] No hay por tanto, y frente a la expresión que ha hecho fortuna, «impuesto al sol» propiamente tal, sino contribución a los costes del sistema cuando un autoconsumidor, además de consumir energía generada por él mismo, dispone del respaldo del sistema eléctrico para consumir electricidad del sistema en cualquier momento que lo necesite y, en su caso —como es lo habitual—, la consume efectivamente».

(24) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) núm. 1542/2017, de 13 de octubre, en contestación al recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/4261/2015 interpuesto por la Asociación Nacional de Productores e Inversores de Energías Renovables (ANPIER).

3.2. EL SUMINISTRO CON AUTOCONSUMO (TIPO 1)

Es también conocido como autoconsumo instantáneo, ya que la electricidad generada va directamente a los aparatos de consumo, esto es, se consume de forma instantánea en el mismo momento en que se produce (en una mañana soleada un panel fotovoltaico funciona a pleno rendimiento y proporciona electricidad a los aparatos de consumo que están siendo utilizados en ese momento).

El artículo 4.1 a) RD 900/2015 dispone que para esta modalidad tipo 1 «[...] existirá un único sujeto de los previstos en el artículo 6 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que será el sujeto consumidor [...]». Por tanto, debemos entender que el titular de la instalación de producción no puede considerarse «productor de energía eléctrica» en el sentido definido en el artículo 6 LSE (referido a los «*sujetos que desarrollan actividades destinadas al suministro de energía eléctrica*»); y, por ello, tampoco cabe afirmar que sean «instalaciones de producción». Al no existir interacción con la red, ya que no vierte energía a la red, no cabe considerarlo productor y, por tanto, no le serán exigibles determinadas obligaciones de carácter económico.

Sin embargo, sí estará sujeto a condiciones administrativas y técnicas derivadas de la conexión del centro de producción a la red y definidas en la normativa del sector eléctrico y reglamentaria sobre calidad y seguridad industrial, y, específicamente, las contenidas en el Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre (25).

Además, la Memoria de Impacto Normativo del reglamento de autoconsumo pone de manifiesto que la pretensión del consumidor es la de conectar instalaciones de generación muy pequeñas sin vertido de energía sobrante, por lo que se prevé para ellas un régimen administrativo sencillo.

Sobre los requisitos (definidos en los artículos 4.1.a) y 5.1 RD 900/2015) que deben cumplir los usuarios para acogerse a la figura de autoconsumo tipo 1, encontramos: *i)* el consumidor debe ser titular de un punto de suministro, con una potencia contratada no superior a 100 kW. En este punto, el legislador ha querido excluir a las instalaciones de potencia mayor por considerarlas, entendemos, de tamaño excesivo para el autoconsumo instantáneo. Lo que parece no armonizar con el tenor literal del artículo 2.2 RD 1699/2011, el cual define como «pequeñas» a aquellas instalaciones de hasta 1.000 kW que utilicen tecnologías como biomasa, biogás, cogeneración y biolíquidos. Es por ello que no

(25) Así lo establece el artículo 5.1.d) RD 900/2015, disponiendo que, a estos efectos de cumplir con las obligaciones de carácter administrativo y técnico, «[...] las instalaciones de generación de la modalidad de autoconsumo tipo 1 se considerarán instalaciones de producción».

se entiende que las instalaciones de autoconsumo de más 100 kW que utilicen estas tecnologías queden excluidos por razón de tamaño, mientras, paralelamente, están dentro del ámbito de aplicación de la normativa reglamentaria sobre instalaciones de pequeña potencia; *ii*) El consumidor será titular de todos los equipos de consumo y, a su vez, de todas las instalaciones de generación conectadas a su red; *iii*) Las instalaciones de generación estarán ubicadas en la red interior del consumidor; *iv*) La suma de potencias instaladas de generación será igual o inferior a la potencia contratada por el consumidor; *v*) La electricidad generada debe ser destinada al consumo propio; *vi*) Las instalaciones de generación no pueden estar dadas de alta en el Registro de instalaciones de producción de energía eléctrica. Lo que evidencia la no consideración de éstas como «*instalaciones de producción*» y, por tanto, la no sujeción a las condiciones de carácter económico previstas para aquellas instalaciones que sí deben estar inscritas en el mencionado registro y que podrán vender su energía sobrante en el mercado mayorista o a través de contratos bilaterales (26).

3.3. LA PRODUCCIÓN CON AUTOCONSUMO (TIPO 2)

En esta modalidad tipo 2, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1.b) «[...] existirán dos sujetos de los previstos en el artículo 6 LSE, el sujeto consumidor y el productor». Es por ello que debemos entender que existe un «*productor de energía eléctrica*» titular de «*instalaciones de producción*» y que, por tanto, debe estar sujeto a condiciones de carácter no solo administrativas y técnicas (27), sino también económicas. Así pues, los titulares de estas instalaciones podrán acudir al mercado o a contratos bilaterales para vender su energía excedentaria.

Acerca de los requisitos (contenidos en los artículos 4.1.b) y 3 y 5.2 RD 900/2015) que deben cumplirse para la modalidad de autoconsumo tipo 2: *i*) No existe límite de potencia instalada máximo ni mínimo. Por ello, la norma no impide que instalaciones de menos de 100 kW se acojan a esta modalidad tipo 2, siempre que estén inscritas en el Registro de instala-

(26) Así lo dispone el artículo 168.1 RD 1955/2000: «La inscripción en este registro será condición necesaria para poder realizar ofertas de energía eléctrica al operador del mercado y suscribir contratos bilaterales físicos».

(27) *Vid.* lo dispuesto en el artículo 5.2.c) RD 900/2015: «Las instalaciones de producción acogidas a la modalidad de autoconsumo tipo 2 deberán cumplir los requisitos técnicos contenidos en la normativa del sector eléctrico y en la reglamentación de calidad y seguridad industrial que les resulte de aplicación, en particular el Real Decreto 1955/2011 [...]». Vemos, así, que estarán sujetos a las mismas condiciones técnicas exigidas para la modalidad tipo 1.

ción de producción de energía eléctrica; *ii*) La suma de las potencias instaladas de las instalaciones de producción será igual o inferior a la potencia contratada por el consumidor; *iii*) La instalación de generación se conecta directamente a la red eléctrica interior del consumidor o a través de línea directa; *iv*) En caso de que existan varias instalaciones de producción, el titular de todas ellas deberá ser la misma persona física o jurídica, esto es, el productor. Así como en ningún caso el generador se podrá conectar a la red interior de varios consumidores (28). Lo que impide el denominado «autoconsumo compartido o vecinal» (29), es decir, que varios consumidores reciban su electricidad de un usuario que produzca en una zona próxima (30). Vemos en adelante, y en un apartado específico, las novedades jurisprudenciales en la materia; *v*) Las instalaciones de generación deben estar dadas de alta en el Registro de instalaciones de producción de energía eléctrica.

Por último, según lo establecido en el artículo 4.1.b) RD 1955/2015, en esta modalidad de autoconsumo tipo 2 la instalación de producción podrá estar conectada: *i*) directamente en su red interior, donde se encuentran los aparatos de consumo; o *ii*) mediante una línea directa que conecte con su red interior (son casos en los que el centro de producción —p.ej. una placa fotovoltaica— debe ubicarse fuera de la red interior del consumidor —p.ej. por razones de espacio—; siendo necesaria una línea directa que una la instalación de generación —que está fuera de su red interior— con los aparatos de consumo —que están dentro de su red interior—).

Sobre esta última (línea directa), cabe significar que, paralelamente, la normativa del sector eléctrico no permite estar conectado a través de línea directa a los aparatos de consumos ubicados en su red interior y, a la vez, a la red de electricidad para la venta de energía excedentaria. De manera que optar por la venta de energía sobrante supone la pérdida de calificación como línea directa (31).

(28) Cuestión que se ve reforzada por el artículo 13.2 RD 1699/2011, el cual dispone que «El titular de la red interior habrá de ser el mismo para todos los equipos de consumo e instalaciones de generación que tuviera conectados en su red [...]».

(29) Sobre las ventajas de esta modalidad de autoconsumo, Vid. LARRAZA LÁZCOZ, Álvaro, «Autoconsumo compartido: por qué impulsarlo y cómo», en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm. 3584, 2017, págs. 56-65.

(30) Sin embargo, sí sería posible que un centro de producción suministre electricidad a la comunidad de vecinos en su conjunto, esto es, a aquellos aparatos de consumo en régimen de copropiedad (garaje, ascensor, iluminación de zona de portal y otras zonas comunes, etc).

(31) Vid. los arts. 42 LSE y 69.2 RD 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. Disponiendo que la instalación de producción conectada a la red quedará sometida a las condiciones de acceso de terceros a las redes, desvaneciéndose su consideración de línea directa.

4. Cuestiones de interés en un nuevo entorno social y tecnológico

4.1. LAS REDES INTELIGENTES Y EL ALMACENAMIENTO DE ENERGÍA

En este nuevo entorno tecnológico resulta necesario el fortalecimiento de las denominadas redes inteligentes (en inglés, *Smart grids*) y una adecuada configuración de instrumentos dedicados al almacenamiento de energía.

El aumento de la densidad poblacional, asociado a la ágil urbanización acontecida en los últimos años (la ONU prevé que un 70 % de la población viva en ciudades para 2030), plantea grandes retos a empresas, administraciones públicas e industrias. Las ciudades, para afrontar esta situación, se han dotado de grandes infraestructuras para ofrecer máxima cobertura al ciudadano, pero, sin embargo, esto se ha hecho de forma muy individualizada para cada uno de los elementos que componen la ciudad. Es por ello que no se han atendido las necesidades básicas de instituciones, empresas y de los propios habitantes en un plano económico, social y medioambiental; necesidades que, en definitiva, deben cubrirse en el marco de desarrollo de las conocidas como ciudades inteligentes o eficientes. Así pues, este despliegue de infraestructuras y servicios, en respuesta a la coyuntura socioeconómica actual, resulta insuficiente para las grandes ciudades, por lo que deben afrontarse nuevos retos: lograr una sólida y alta eficiencia en el uso de sus recursos económicos y medioambientales y, paralelamente, garantizar el crecimiento económico en un marco adecuado de inclusión social. Por tanto, y para afrontar este escenario, es elemental el desarrollo tecnológico y regulativo del sector de la electricidad (32).

El sector eléctrico demanda estar cada vez más ligado a las tecnologías de la información inteligentes, de manera que todos los datos recopilados se envíen a través de una amplia variedad de redes inteligentes interconectadas que, a través de tecnologías de *big data*, los conviertan en comprensibles para los usuarios y les faciliten la toma de decisiones. La red inteligente presenta carácter bidireccional y tiene capacidad suficiente de adaptación a los cambios del sistema, ofreciendo información en tiempo real y satisfaciendo las necesidades energéticas de cada zona. Asimismo, deben facilitar la integración de las energías renovables para contribuir a la lucha contra el cambio climático y reducir las necesidades de creación de nueva infraestructura (33).

(32) RIVAS PEREDA, Carlos, «Autoconsumo y Smart Cities: Una introducción a tecnologías de futuro para la gestión eficiente de la energía», en *V Jornadas de Enxeñaría, Enerxía e Industria (XEEI): Eficiencia enerxética e innovación*, Santiago de Compostela, 28 de xaneiro 2016 / BLANCO SILVA, Fernando y SARMIENTO DÍEZ, Oriol (dir. Congreso), 2016, pág. 162.

(33) COLMENAR SANTOS, Antonio, BORGE DÍAZ, David, COLLADO FERNÁNDEZ, Eduardo y ALONSO CASTRO GIL, Manuel, en *Generación distribuida, autoconsumo y redes inteligentes*, Editorial UNED, Madrid, 2015, págs. 22-23.

Específicamente, el autoconsumo es viable cuando el comportamiento y las acciones del prosumidor se integran sin obstáculos en la red a la que están conectados. Esto va a garantizar un sistema energético eficiente y sostenible donde las pérdidas de electricidad son mínimas y los niveles de calidad, eficiencia y seguridad de suministro son elevados.

Para alcanzar estas metas se ha avanzado hacia una mayor automatización, coordinación e integración de los usuarios con la red de transporte y distribución de electricidad. Así, se han adoptado medidas en materia de gestión de la demanda, mecanismos de control en tiempo real, ciberseguridad, fiabilidad del sistema y sistemas de predicción y cobertura (34). Así, es de esperar que, con el paso de los años, el avance ingenieril en materia de redes (también conocidas como micro redes) cristalice en un nuevo paradigma energético donde la generación distribuida y el autoconsumo reemplacen definitivamente a las formas tradicionales de suministro.

De otro lado, en materia de almacenamiento de energía, por todos es conocido que la energía eléctrica presenta la particularidad de tener que consumirse en el mismo momento en que se produce, esto es, que no puede ser almacenada en grandes cantidades. Si bien es cierto que en otros campos energéticos las dificultades de almacenamiento son menores (35).

Es por ello que las distintas modalidades de autoconsumo, y especialmente la aislada, están seriamente condicionadas por el avance tecnológico en materia de almacenamiento de electricidad.

El sector eléctrico está evolucionando hacia un nuevo modelo caracterizado por una mayor presencia de energías renovables, más limpias pero a su vez más complejas de gestionar que las convencionales por su carácter intermitente (p.ej. variabilidad de la energía solar y eólica), y que requiere mejoras en materia de eficiencia y flexibilización del sistema. Así, la energía verde se convierte en la más difícil de manejar, sobre todo porque la demanda eléctrica suele no coincidir con sus ciclos de producción (p.ej. existe una alta demanda energética por la noche, momento en que los paneles fotovoltaicos no producen nada). Es por ello que debemos plantearnos cómo gestionar de forma más eficiente y fiable la energía que producimos (36); siendo una de las claves los sistemas de alma-

(34) BONET SÁNCHEZ, Eduardo, «Transporte inteligente y ciudades digitales», en *Política exterior*, núm. 164, 2015, págs. 166-175.

(35) Sobre sistemas de almacenamiento energético en redes de generación distribuida, Vid. COLMENAR SANTOS, Antonio, BORGE DÍAZ, David, COLLADO FERNÁNDEZ, Eduardo y ALONSO CASTRO GIL, Manuel, en *Generación distribuida...*, op. cit., págs. 60-71.

(36) BRAFF, William A., MUELLER, Joshua M. y TRANCIK, Jessika E., «Value of storage technologies for wind and solar energy», en *Nature Climate Change*, núm. 6, 2016, págs. 964-969.

cenamiento de electricidad, donde destacan los avances en materia de almacenamiento doméstico de electricidad con cargo a baterías (37).

En definitiva, para avanzar hacia un sistema eléctrico más sostenible basado en la generación descentralizada de electricidad, y especialmente en el autoconsumo, es necesario que el prosumidor disponga de los medios (redes inteligentes bien desarrolladas y sólidos sistemas de almacenamiento) y garantías suficientes que le permitan llegar al punto de paridad de red favorable para afrontar las cuantiosas inversiones que requiere una instalación de autoconsumo. Todo ello impone grandes retos al gestor público o ente regulador, sobre el que recae la responsabilidad de desarrollar una política energética que facilite la penetración de estos sistemas de autoconsumo y contribuya a la mitigación de los efectos perniciosos del cambio climático. Como vemos en adelante, el legislador debe procurar un equilibrio entre, de un lado, la necesidad de introducir formas de producción descentralizada como el autoconsumo y, de otro, la de sufragar los costes asociados al sistema eléctrico.

4.2. EL DEBER DE MANTENIMIENTO DE LOS COSTES FIJOS DEL SISTEMA POR PARTE DEL AUTOCONSUMIDOR. A PROPÓSITO DE LA SOBRECAPACIDAD

Son innumerables las ventajas que obtiene el autoconsumidor por estar conectado a la red eléctrica, a pesar de que su dependencia es menor que la de un usuario normal por tener su propio sistema de autoabastecimiento. Es por ello que aunque parece aceptado de forma generalizada que los costes empleados en el mantenimiento de la red deben ser sufragados por todos aquellos usuarios que estén conectados (38), incluido el autoconsumidor, y de forma proporcional al grado de interacción que

(37) La compañía norteamericana Tesla está ofreciendo al autoconsumidor doméstico un sistema de almacenaje electroquímico de la electricidad, esto es, una batería de ion-litio (llamada *Powerwall*) que amortigua los picos de consumo. Permite guardar la energía sobrante cuando la producción supera las necesidades de consumo (en las horas valle de un sistema de producción fotovoltaico, p.ej. cuando, durante el día, todos los miembros del hogar están fuera trabajando, en la escuela, etc, mientras que la placa solar produce a pleno rendimiento) y coger cuando la demanda sea mayor a la producción (p.ej. por la noche). Esta batería también podrá utilizarse para almacenar energía cuando las tarifas de electricidad son bajas, de manera que ello permitirá ahorrar en la factura cuando ésta se necesite en horas de demanda máxima y, obviamente, de mayor tarifa. Todo ello contribuye al aumento de la eficiencia de los sistemas de autoconsumo y favorece, sobre todo, a aquel que permanece aislado y que depende de lo que produce, ya que no está conectado a la red como respaldo. Vid. CHEVALIER, Michael, «¿Revolucionará...», *op. cit.*, págs. 24-25.

(38) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.3 LSE: «Todos los consumidores sujetos a cualquier modalidad de autoconsumo tendrán la obligación de contribuir a la financiación de los costes y servicios del sistema por la energía autoconsumida, cuando la instalación de generación o de consumo esté conectada total o parcialmente al sistema eléctrico (...) en los mismos términos que un consumidor no sujeto a ninguna de las modalidades de autoconsumo». Lo que nos permite observar cómo el autoconsumidor aislado no tiene la obligación de asumir ningún coste.

tengan con ésta(39), todavía hay quien duda acerca de si el autoconsumidor debe pagar por el respaldo que le ofrece la red en condiciones de igualdad con respecto al resto de usuarios. Así pues, este epígrafe trata de reforzar la postura mayoritaria acerca de la necesidad de que todos los usuarios contribuyan al mantenimiento de los costes del sistema en condiciones de igualdad y no discriminación.

Las actividades económicas de red (donde localizamos las que integran el mercado eléctrico) presentan ciertas peculiaridades. La mayor parte de los servicios públicos (siendo el suministro de electricidad uno de ellos) están de forma directa o indirecta ligados a redes físicas o infraestructuras sobre las que descansan (véanse las redes de electricidad, de telecomunicación, de autopistas, de aguas, etc). Y es por ello que la doctrina de la regulación de este tipo de actividades, conocida como Regulación para la Competencia(40), va encaminada a garantizar unas condiciones de acceso objetivas y no discriminatorias, para lo que definen ciertos peajes de acceso que los usuarios deben satisfacer. Así, nos referimos a infraestructuras cuyo adecuado mantenimiento va a revertir positivamente sobre las condiciones de calidad y seguridad de suministro que convierten la conexión a la red en un respaldo sólido y fiable para el autoconsumidor, quien en consecuencia deberá contribuir a su mantenimiento.

Sin embargo, el coste de mantenimiento de la red (que proviene de los peajes de acceso y cargos por otros servicios —pagos por capacidad y servicios de ajuste del sistema—) no es el único cargo asociado a los costes fijos del sistema(41), sino que aparecen otros conceptos fijos regulados (p.ej. los sobrecostes generados por el sistema de primas a productores de energía renovable) que se van a imputar a todos los consu-

(39) Vid. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, «La incipiente...», *op. cit.*, págs. 1645-1647.

(40) Concepto inspirado en la doctrina americana de las «essential facilities» o de los «recursos esenciales». Vid. a mayor abundamiento ARIÑO ORTIZ, Gaspar, DE LA CUÉTARA, Juan Miguel y DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, «Teoría y práctica de la regulación para la competencia. Hacia un nuevo concepto de servicio público», en *Regulación Económica. Lecturas Escogidas*, Ed. Thomson , Madrid, 2012, pág.567. A propósito de esta doctrina de los recursos esenciales, que fue inicialmente desarrollada en el «Derecho Antitrust» y que proyecta la idea del libre acceso a las redes para instrumentar ciertas competencias en los sectores regulados, que inspira el modelo actual de Regulación para la Competencia. Los autores se refieren a este concepto como aquel instrumento que crea competencia en ciertas actividades dentro de un sector (como las de red en el sector eléctrico) donde no existe competencia por ser consideradas monopolios naturales.

(41) Sobre los costes fijos del sistema Vid. las cifras ofrecidas por el Subdirector de Energía Eléctrica de la CNMC (Santiago Muñoz) en las Jornadas sobre Generación Distribuida y Autoconsumo que organizó el Club Español de la Energía (ENERCLUB) en febrero de 2016. El ponente destaca que dentro de los costes fijos del sistema, que representan aproximadamente el 40 % del coste total de la factura, encontramos que un 22 % se cubre con cargo a ingresos externos y un 78 % a través de peajes de acceso a la red regulados y de otros cargos que, en consecuencia, no dependen del consumo energético. Por su parte, el 60 % restante sí dependerá del consumo y representa la parte liberalizada de la factura.

midores a través de la factura y que aparecen como consecuencia de las decisiones, más o menos acertadas, del regulador.

Por otro lado, la planificación sobre capacidad de producción en un mercado como el eléctrico no es una tarea sencilla. El desarrollo de capacidad de generación eléctrica que se necesita para responder a la demanda prevista está condicionado por muy diversos factores. Así, encontramos los acuerdos institucionales de carácter internacional, las especificidades técnicas del propio sistema eléctrico, el nivel de desarrollo de las infraestructuras de transporte e interconexiones internacionales, la transformación de las condiciones del mercado financiero y de materias primas, la estructura empresarial que integra el mercado de la electricidad, la dependencia energética, las preferencias sociales y, en general, la propia conformación del sistema en el modelo presente(42).

En este campo, si hay algo que diferencia a España del resto de países de la OCDE es la enorme sobrecapacidad instalada. El precedente demuestra que la regulación ha incentivado la creación de una capacidad excedentaria (23.000 MW de ciclo combinado y 25.000 MW de renovables) que, tras no haber sido demandada, ha generado grandes costes para el sistema que se han visto reflejados en la factura eléctrica.

Y es en este contexto donde debemos entender que el autoconsumidor que vierte su electricidad sobrante a la red está generando aún más sobrecapacidad, por lo que debe contribuir a los costes y sostenibilidad económica del sistema. Caso de no hacerlo, entendemos que el resto de consumidores que no generan su propia electricidad pagarían no solo por la parte de coste de red que deja de pagar el autoconsumidor, sino también por ese exceso de capacidad que el autoconsumidor introduce en la red en un momento en el que, con ocasión de la actual coyuntura económica, existe contracción de la demanda.

Asimismo, el autoconsumo genera un nuevo coste que tendrá que ver más con la transformación del modelo energético, esto es, más vinculado a tecnologías de la información protagonistas en el sistema de distribución y que generan grandes costes destinados a cubrir avances en *software* y *hardware* necesarios para la adecuada implementación de las redes inteligentes, así como para cubrir las distintas funciones de operación y mantenimiento que demanda el sistema de autoconsumo.

Por estos motivos, queda aún más justificado, si cabe, la necesidad contenida en la LSE de que el autoconsumidor contribuya al mantenimiento de los costes y servicios del sistema pagando los mismos cargos y peajes que un consumidor común no sujeto a ninguna de las modalida-

(42) BECKER ZUAZUA, Fernando, «Prospectiva de la electricidad en España», en *Estudios de economía aplicada*, núm. 2 (ejemplar dedicado a: El sector de la energía eléctrica en España), 2011, págs. 421-430.

des de autoconsumo (43). Si bien en este punto hay que destacar que algunos sectores se han pronunciado, haciendo lectura de las disposiciones contenidas en el RD 900/2015, acerca de la inexistencia de tal equidad en la contribución a los costes del sistema por parte del autoconsumidor a la que se refiere la LSE; siendo esta posición rechazada por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (44).

Sin embargo, entendemos que lo que sí debe someterse a debate es la metodología empleada para el cálculo de los peajes y otros conceptos incluidos en la factura (donde incluso se toman en cuenta los kW que produce el autoconsumidor), los cuales podrán no estar adecuadamente configurados desde el punto de vista regulativo (45). Por lo que esta última cuestión es la que debe abordarse diligentemente por el regulador para favorecer una integración natural y una evolución filosófica en un verdadero mercado interior de la electricidad.

4.3. EL AUGE DE LA INDUSTRIA FOTOVOLTAICA Y LA NECESIDAD DE QUE EL AUTOCONSUMIDOR ESTÉ CONECTADO A LA RED

En primer lugar, cabe afirmar que el autoconsumo no se vincula exclusivamente al uso de fuentes de energía renovable, ya que existen otras formas de autoconsumir a través de combustibles fósiles y otras fuentes convencionales (p.ej. gas natural, cogeneración, motores de combustión interna, entre otras). Sin embargo, las renovables han entrado en este campo con más fuerza.

(43) Vid artículo 9.3 LSE, el cual dispone que todos los autoconsumidores «[...] estarán obligados a pagar los mismos peajes de acceso a las redes, cargos asociados a los costes del sistema y costes para la provisión de los servicios de respaldo del sistema que correspondan a un consumidor no sujeto a ninguna de las modalidades de autoconsumo descrita [...]».

(44) Véase STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^ª) núm. 1542/2017, de 13 de octubre. El recurrente (la asociación ANPIER) alega que los preceptos 17 y 18 RD 900/2015, en la medida en que definen un cargo variable transitorio por energía consumida y otro fijo por la potencia instalada, conducen al autoconsumidor a pagar más que los restantes sujetos no acogidos a ninguna de las modalidades de autoconsumo definidas. A lo que el Tribunal Supremo contesta disponiendo que «[...] no tiene razón la recurrente cuando afirma que se imponen a los autoconsumidores cargos que no pagan los consumidores ordinarios [...] En efecto, no puede calificarse así el hecho de que la metodología básica aprobada por el Gobierno en dichos preceptos tenga en cuenta como uno de los factores de cálculo el total de la energía consumida, incluida por tanto la energía autoconsumida que, como resulta evidente, es un elemento que solo existe en los usuarios autoconsumidores. El criterio empleado por el Real Decreto impugnado puede resultar objetable para la Asociación recurrente, pero no supone infracción alguna de la previsión legal del artículo 9 de la Ley del Sector Eléctrico, pues no es cierto que el autoconsumo pague más cargos o peajes que el consumidor ordinario».

(45) DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, DOMINGO LÓPEZ, Enrique y LEIVA LÓPEZ, Alejandro D., «Régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 130-141.

Específicamente, la tecnología fotovoltaica ha experimentado una intensa bajada de precios y, por ello, nos encontramos en un punto en que técnicamente es más barato autoproducir electricidad que comprarla a la compañía eléctrica, esto es, se produce la denominada paridad de red (en inglés, *grid-parity*(46)).

La energía fotovoltaica se caracteriza por ser versátil, ya que puede aprovecharse en plantas de gran tamaño (p.ej. huertos solares), medianas o pequeñas (p.ej. las placas fotovoltaicas instaladas en tejados de vivienda) y de tamaño muy pequeño (p.ej. pequeñas placas que abastecen a las cabinas de pago de la ORA). Incluso, en ocasiones, es la única tecnología viable para autoconsumir (p.ej. en estaciones espaciales).

Además de estas ventajas, cabe recordar los avances acontecidos en materia de almacenamiento de electricidad en instalaciones fotovoltaicas, destinados principalmente al sector residencial y a la pequeña empresa. En este campo los precios son cada vez más competitivos. Así, los consumidores deben valorar las opciones de autoconsumo y almacenamiento de electricidad como una solución integrada, considerando incluso la conveniencia de salir de la red. El regulador, por su parte, debe evaluar el papel que juega el almacenamiento a la hora de sufragar las necesidades de los sistemas y reflexionar acerca de qué cambios regulatorios son necesarios para que este novedoso modelo funcione de forma eficiente (47).

Sobre la necesidad de que el prosumidor esté conectado a la red, y en consecuencia deba contribuir a la financiación de los costes y servicios del sistema por la energía autoconsumida en el sentido detallado SUPRA, debemos decir que desde un punto de vista técnico es muy necesario por razones de calidad de suministro. La LSE, y específicamente el artículo 51, emplea la desafortunada denominación de «*calidad del producto*», para referirse a un componente de la calidad de suministro. Sin embargo, la electricidad, como producto, no tiene calidad; siendo más acertado decir que ésta reside en la red por la que fluye la carga eléctrica. Así pues, los aparatos eléctricos necesitan de esa seguridad y continuidad que ofrece la red, para lo que resulta esencial que su frecuencia, tensión y potencia estén siempre ahí como respaldo.

Además, la conexión a la red requiere del usuario suscribir un contrato de acceso, el cual incorpora una serie de garantías para éste. En este

(46) A mayor abundamiento *Vid.* COLMENAR SANTOS, Antonio, BORGE DÍAZ, David, COLLA-DO FERNÁNDEZ, Eduardo y ALONSO CASTRO GIL, Manuel, en *Generación distribuida...*, *op. cit.*, págs. 263-268. El estudio sitúa a la fotovoltaica como la tecnología más favorable a efectos de paridad de red, para lo que se examinan variables como el recurso renovable existente, la modularidad, la robustez y los costes de mantenimiento e inversión.

(47) SLAUGHTER, Andrew, «Almacenamiento de electricidad: tecnologías, impacto y perspectivas», en *Cuadernos de energía*, núm. 48, 2016, pág.64.

contrato se definen obligaciones de gestión de red que prevén, ante su eventual incumplimiento por parte del propietario y gestor de la red, un régimen de responsabilidad administrativa (48) (con efecto sancionatorio) y contractual (49) (con efecto indemnizatorio).

Por tanto, desde el punto de vista tecnológico, el autoconsumidor que decida permanecer aislado deberá asumir numerosos riesgos de carácter técnico. Por ello entendemos que éste, con el nivel de desarrollo tecnológico actual, todavía necesita de la infraestructura de red si quiere obtener niveles óptimos de calidad y seguridad de suministro.

III. Conflictos competenciales en materia de autoconsumo: Estado vs CCAA

1. Aspectos generales

El régimen jurídico del autoconsumo eléctrico constituye una materia novedosa que es definida en el artículo 9 de la LSE y desarrollada por el RD 900/2015. Se trata de una fuente alternativa de producción de electricidad que necesitaba de la configuración de un marco legal y reglamentario específico. Como establece el preámbulo de la LSE, se persigue el desarrollo ordenado de la actividad de autoconsumo en armonía con la necesidad de garantizar la sostenibilidad técnica y económica del sistema eléctrico en su conjunto, para lo que se obliga a los titulares de instalaciones de autoconsumo a que contribuyan a la financiación de los costes y servicios del sistema en la misma cuantía que el resto de consumidores.

Para lograr estos fines, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 LSE, se atribuye al Estado competencia en las siguientes materias (que

(48) *Vid.* los capítulos II («Infracciones y sanciones») y III («Procedimiento sancionador») del Título X de la Ley del Sector Eléctrico.

(49) *Vid.* BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, «La incidencia de la fuerza mayor en el suministro de energía eléctrica: estudio de la cuestión en la jurisprudencia», en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 75, Sección de Estudios, 2009, págs. 6-17. El autor defiende que la calidad de suministro constituye una sólida obligación contractual para la empresa eléctrica —comercializadora o distribuidora—. En este sentido, el afectado por cualquier irregularidad de que adolezca el suministro eléctrico tiene derecho a exigir, en base al clausulado contractual, los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del deber de velar por la seguridad y calidad de suministro (p.ej. daños que ocasionan apagones u oscilaciones de tensión sobre aparatos electrónicos y maquinaria empleada en distintos sectores). Asimismo, el autor se refiere al deber de la compañía eléctrica, dependiendo del emplazamiento geográfico en el que se encuentre, de prever los efectos nocivos de cierta fenomenología meteorológica, debiendo ser diligente en la adopción de medidas precautorias dirigidas a que estas circunstancias sobrevenidas no afecten a la adecuada prestación del servicio de suministro eléctrico; exceptuando casos en que se produce fuerza mayor, esto es, cuando se dan fenómenos de una envergadura extraordinaria.

van a ser definidas reglamentariamente): concepto y modalidades de autoconsumo; obligaciones y derechos que derivan de la conexión a la red; procedimiento de inscripción obligatoria en el registro administrativo de autoconsumo y comunicación de datos; condiciones administrativas y técnicas para la conexión a la red; condiciones económicas para verter la energía no autoconsumida a la red; ámbito organizativo; así como aquellas disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de la ley. Por su parte, el preámbulo del RD 900/2015 también refuerza la competencia estatal, disponiendo que las instalaciones de producción de pequeña escala destinadas al autoconsumo «[...] supondrán un reto adicional en cuanto a su integración en el sistema y la gestión de las redes [...]». Asimismo, deberán cumplir en todo el territorio nacional con unas condiciones administrativas, técnicas y económicas definidas para garantizar un desarrollo ordenado de las distintas formas de autoconsumo compatible con la sostenibilidad económica y técnica del sistema en su conjunto. Por todo ello, las disposiciones contenidas en el artículo 9 LSE y en el RD 900/2015 entrarían en la esfera de la ordenación básica de las actividades de suministro de energía eléctrica y del establecimiento de su régimen económico; cuya competencia se atribuye al Estado.

Siendo esto así, algunas Comunidades Autónomas han reclamado competencias en materia de autoconsumo atribuidas al Estado (50), esgrimiendo como argumento principal que la configuración de las condiciones técnicas, administrativas y económicas a que están sujetas las instalaciones de autoconsumo: *i)* no entran en el ámbito de la coordinación de la planificación general de la actividad económica de competencia estatal (art. 149.1.13 CE); *ii)* no presentan un régimen de autorizaciones cuya concesión competa al Estado, ya que el aprovechamiento de la instalación de autoconsumo no afecta a otra Comunidad Autónoma ni el transporte de energía sale de su ámbito territorial (art. 149.1.22 CE); *iii)* desbordan el marco de actuación básico en materia energética que compete al Estado (art. 149.1.25 CE); *iv)* corresponde a la Comunidad Autónoma en virtud de las competencias compartidas en materia de energía que los estatutos de autonomía reconocen (51).

(50) *Vid.* algunos de los recursos de inconstitucionalidad admitidos a trámite interpuestos contra el artículo 9 LSE: núm. 1820-2014 (BOE núm. 116, de 13 de mayo), interpuesto por el Parlamento de Cataluña; núm. 1908-2014 (BOE núm. 116, de 13 de mayo), interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña; y núm. 5819-2014 (BOE núm. 258, de 24 de octubre), interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

Así como el conflicto positivo de competencias admitido a trámite núm. 574-2016 (BOE núm. 68, de 19 de marzo), interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 19, 20, 21 y 22, las disposiciones adicionales primera, segunda y novena, así como la disposición final sexta del RD 900/2015.

(51) *Vid.*, p.ej., la atribución de competencias compartidas contenida en el artículo 133.1 del Estatuto de Cataluña en las siguientes submaterias: «a) La regulación de las actividades de producción,

En este orden de cosas, y ante estas reclamaciones de competencia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de las atribuciones competenciales estatales contenidas en el artículo 9 LSE, disponiendo que «[...] dicha regulación persigue integrar este modo de producción y consumo de electricidad en el sistema eléctrico, así como prever el establecimiento por vía reglamentaria de un régimen económico de las distintas modalidades de autoconsumo, determinando la contribución de la energía autoconsumida a la cobertura de los costes y servicios del sistema eléctrico. Por un lado, define el régimen básico de la actividad de uno de los sujetos que interviene en el sistema eléctrico, definición que ha de responder a unas características homogéneas en un sistema que opera de forma única para todo el territorio nacional, y, por otro, establece una serie de criterios generales respecto al régimen económico aplicable al mismo, extremos ambos que tienen por finalidad garantizar un desarrollo ordenado de la actividad compatible con la sostenibilidad económica y técnica del sistema en su conjunto, uno de los objetivos fundamentales de la Ley del Sector Eléctrico [...]» (52).

Asimismo, respecto del artículo 9 LSE, el TC ha concluido que «[...] Se trata, entonces, de una cuestión que se sitúa en el ámbito de la ordenación básica de las actividades de suministro de energía eléctrica y del establecimiento de su régimen económico, para lo que los títulos de los arts. 149.1.13 y 25 CE proporcionan fundamento competencial adecuado [...]» (53).

En definitiva, el parecer general del TC se inclina a favor del Estado y refuerza, por tanto, su intervención en la ordenación del sector, tanto a través de un título general relativo a la planificación de la economía (art. 149.1.13 CE) como mediante uno más específico relativo al sector energético (art. 149.1.25 CE). Asimismo, también considera que el autoconsumo puede generar aprovechamiento fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, por lo que tendrá cabida la intervención estatal por vía del artículo 149.1.22 CE. Sin embargo, como vemos en adelante, la

almacenaje y transporte de energía, el otorgamiento de las autorizaciones de las instalaciones que transcurran íntegramente por el territorio de Cataluña y el ejercicio de las actividades de inspección y control de todas las instalaciones existentes en Cataluña; b) La regulación de la actividad de distribución de energía que se lleve a cabo en Cataluña, el otorgamiento de las autorizaciones de las instalaciones correspondientes y el ejercicio de las actividades de inspección y control de todas las instalaciones existentes en Cataluña; c) El desarrollo de las normas complementarias de calidad de los servicios de suministro de energía; d) El fomento y la gestión de las energías renovables y de la eficiencia energética».

(52) STC 60/2016, de 17 de marzo (BOE núm. 97, de 22 de abril), Fundamento Jurídico 3, pág. 27507.

(53) Véase SSTC 72/2016, Fundamento Jurídico 3, pág. 33703 (BOE núm. 122, de 20 de mayo); 205/2016 (BOE núm. 7, de 9 de enero), Fundamento Jurídico 3, pág. 1198; y 60/2016, Fundamento Jurídico 3, pág. 27507.

STC 68/2017 de 25 de mayo (54) pone fin a esta rigidez doctrinal y estima parcialmente (en lo relativo a la impugnación de la competencia estatal en materia de registro de autoconsumo y autoconsumo compartido) un conflicto positivo de competencias planteado por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

2. Posición de las Comunidades Autónomas

Desde la regulación del autoconsumo en la LSE (artículo 9) han venido aconteciendo controversias en relación a las competencias atribuidas al Estado.

Asimismo, como vemos INFRA, el desarrollo de esta figura a cargo del RD 900/2015 ha provocado que varias Comunidades Autónomas consideren invadidas sus competencias en materia de autoconsumo.

2.1. MATERIAS ESPECÍFICAS OBJETO DE CONFLICTO (55)

2.1.1. Objeto y ámbito de aplicación

Los artículos 1 y 2 delimitan el objeto y ámbito de aplicación del RD de autoconsumo y manifiestan su vocación de regulación de todas las instalaciones existentes. Así, esta delimitación implica sujetar a todas las instalaciones de autoconsumo a las condiciones administrativas, técnicas y económicas reguladas en subsiguientes preceptos, algunos de los cuales extralimitan el campo de actuación básico atribuido al Estado en materia de energía o, incluso, reservan funciones ejecutivas y aplicativas al Estado que corresponden a la Comunidad Autónoma.

Asimismo, las autonomías entienden que el artículo 9.2 (párrafo segundo) LSE no otorga habilitación legal al Gobierno de España para establecer una delimitación que se proyecte sobre todas las instalaciones existentes, ya que solo le habilita para que defina específicamente las condiciones económicas de las instalaciones de modalidad tipo 2 (producción con autoconsumo) que vendan al sistema la energía sobrante no autoconsumida y, por tanto, perciban retribución por ello; y no así las propias de las instalaciones que no perciben retribución (tipo 1).

(54) *BOE* núm. 156, de 1 de julio.

(55) Las cuestiones aquí tratadas son extraídas de las impugnaciones realizadas por varias Comunidades Autónomas contra el RD de autoconsumo. *Vid.*, p.ej., el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Gobierno de Aragón (admisión a trámite publicada en *BOE* núm.298, de 14 de diciembre) y el conflicto de competencia núm. 574-2016 interpuesto por el Gobierno de Cataluña (admisión a trámite publicada en *BOE* núm. 68, de 19 de marzo).

2.1.2. *Condiciones técnicas y administrativas para la modalidad tipo 1*

La aplicación conjunta de los artículos 4 y 5 define como modalidad tipo 1 (autoconsumo instantáneo) a aquellas instalaciones de generación de potencia inferior a 100 kW, las cuales estarán sometidas a condiciones técnicas y administrativas definidas por el Estado.

En este punto, las CCAA entienden que dichas instalaciones de generación de pequeña escala y potencia, que se encuentran en un mismo espacio físico, no tienen una incidencia técnica o de gestión suficiente que justifique el carácter básico de la configuración de las condiciones administrativas y técnicas a que están sometidas; por lo que su desarrollo deben entrar en la esfera competencial autonómica.

Sin embargo, sí estaría justificado el carácter básico de las condiciones económicas en la modalidad tipo 2, para instalaciones de potencia mayor a 100 kW.

2.1.3. *Potencia instalada*

Los artículos 5.1.b) y 5.2.a) establecen como requisito de carácter técnico para ambas modalidades de autoconsumo que la suma de las potencias instaladas de generación sea igual o inferior a la potencia contratada por el consumidor. Sin entrar en valoraciones acerca de si esta medida resulta eficiente o no, las autonomías entienden que se está otorgando un carácter básico, y por tanto de competencia estatal, a una materia inequívocamente de carácter técnico.

Además, son cuestiones que afectan de forma directa a la red de distribución, sobre cuya regulación se atribuye gran protagonismo a la Comunidad Autónoma. Por lo que todo ello puede suponer una vulneración del concepto formal y material de bases.

2.1.4. *Calidad del servicio*

En relación a la calidad del servicio, y específicamente en lo referido a incidencias provocadas por instalaciones de autoconsumo en la red de distribución, el artículo 6 hace una remisión a la LSE y, específicamente, a su artículo 51 LSE.

Sobre esta cuestión, cabe significar que las empresas distribuidoras no asumirán responsabilidad por las posibles incidencias en la calidad que puedan tener su origen en las propias instalaciones de autoconsumo.

En cualquier caso, y sin entrar a valorar las disposiciones contenidas en los citados artículos, se trata de una materia que afecta a la red de distribución y, por tanto, que entra en la esfera competencial de la autonomía.

2.1.5. *Conexión a la red*

El artículo 7 obliga a todos los consumidores que quieran acogerse a cualquiera de las modalidades de autoconsumo a solicitar una nueva conexión a la red, incluso cuando no tienen intención de verter su energía excedentaria.

Al tratarse de una materia de carácter técnico, es la Comunidad Autónoma quien debe concretar las especificidades relativas a la conexión de una instalación de autoconsumo a la red de distribución, sin perjuicio del cumplimiento de aquellos criterios básicos definidos por el Estado.

Asimismo, el artículo 33.4 LSE aclara que ante discrepancias suscitadas en torno al otorgamiento o denegación del permiso de conexión a las redes de competencia autonómica (véase la conexión a redes de distribución), serán las propias Comunidades Autónomas las que deban pronunciarse sobre ello.

2.1.6. *Contratos de acceso e información*

El artículo 8 exige a los usuarios de cualquiera de las modalidades de autoconsumo la suscripción de un nuevo contrato de acceso con la empresa distribuidora o modificar el ya suscrito como cualquier otro consumidor. Esto incluye al autoconsumidor de la modalidad tipo 1 que no vierte energía a la red o que lo hace sin recibir retribución por ello.

Así, no cabe entender que la exigencia de formalización de un nuevo contrato esté dentro de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica de competencia estatal; sino más bien, por existir afectación a la red de distribución, autonómica.

Por su parte, la DA 9.^a prevé que las empresas distribuidoras remitan a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) información sobre los contratos de acceso suscritos para cada modalidad de autoconsumo, facilitándose a su vez el acceso a tan solo al Estado (Dirección General de Política Energética y Minas). En este punto, las autonomías entienden que esta información debiera ser pues en conocimiento, en primer lugar, de la Comunidad Autónoma, pues se trata de una competencia ejecutiva sobre instalaciones de autoconsumo sitas en un territorio determinado.

2.1.7. Registro de instalaciones

Los artículos 19 a 22 regulan el registro de autoconsumo de energía eléctrica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 LSE.

La regulación del registro para todas las modalidades de autoconsumo define detalladamente un procedimiento de inscripción y gestión que queda sin género de duda en manos del Estado (a través de la Dirección General de Política Energética y Minas).

Sin embargo, las autonomías consideran que, para la modalidad tipo 1, ello supone una injerencia en el ejercicio de funciones ejecutivas que les son atribuidas, ya que son instalaciones de escasa incidencia económica en el sistema, con afectación a la red de distribución y, por ello, sin sujeción a condiciones de carácter económico que demandasen intervención estatal.

Por otro lado, sostienen que un registro centralizado de carácter estatal solo tendría justificación para la modalidad de autoconsumo tipo 2 y, más concretamente, en relación al control de la venta de electricidad al sistema y su correspondiente retribución, esto es, en su labor de centralización de datos; ya que se trata de una modalidad de autoconsumo con gran incidencia técnica y de gestión que justifica su sujeción a condiciones económicas de carácter básico y competencia del Estado.

Sin embargo, el control del proceso de inscripción y gestión (autorización, modificación y cancelación) representa facultades ejecutivas de inspección y control que exceden del ámbito de actuación del Estado (56).

En definitiva, se reclama que las funciones de centralización de datos, procedimiento y gestión del registro sean de competencia autonómica para la modalidad de autoconsumo tipo 1, mientras que para la modalidad tipo 2 solo lo serán las de procedimiento y gestión, y no tanto una labor de recopilación de datos que se admite que sea asumida por el Estado por su gran incidencia económica sobre el sector.

2.1.8. Instalaciones de cogeneración

La DA 1.^a en su apartado 6 a), que regula las instalaciones de cogeneración asociadas al consumidor, reserva al Estado (y específicamente a la Di-

(56) Todo ello encuentra apoyo en la doctrina de la STC 223/2000, de 21 de septiembre (BOE núm. 251, de 19 de octubre). Se trata de un conflicto positivo (núm. 281/93) de competencia planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña respecto del Real Decreto 1085/1992, de 11 de septiembre, por el que aprueba el Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo.

rección General de Política Energética y Minas) la función de autorizar una configuración de medida singular cuando se acredite la imposibilidad técnica o física para adaptar la configuración de medida a las condiciones generales.

Sin embargo, cabe matizar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.22 CE, esta función de autorización solo debería ser atribuida al Estado cuando se trate de instalaciones de cogeneración de competencia estatal, esto es, cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad Autónoma o el transporte salga de su ámbito territorial. Mientras que la función de autorización de medida singular para aquellas instalaciones que, por no suponer aprovechamiento a otra Comunidad, sean competencia de Comunidad Autónoma, será competencia de ésta.

2.1.9. Autorización de vertido excedente

El apartado primero de la DA 2.^a reserva al Estado (de nuevo a la Dirección General de Política Energética y Minas) la facultad de autorizar el vertido de electricidad a los consumidores conectados en alta tensión (modalidad tipo 2), cuando su producto secundario sea la producción de electricidad, que debido a la implantación de mecanismos de ahorro y eficiencia energética no pueda consumirla en su propia instalación.

En este punto, y siguiendo la línea argumental defendida SUPRA, cabe invocar el contenido del artículo 149.1.22 CE, en la medida en que esa competencia estatal debiera estar justificada solo para aquellas instalaciones cuyo sobrante de energía se proyecte fuera de la Comunidad Autónoma. Y, por el contrario, serán de competencia autonómica aquellas que no supongan aprovechamiento fuera de su territorio (que, por tratarse de energía excedentaria, entendemos que serán las más comunes).

2.2. EN ESPECIAL: EL AUTOCONSUMO COMPARTIDO O VECINAL

También las Comunidades Autónomas se han pronunciado acerca del carácter básico de la prohibición contenida en el artículo 4.3 RD 900/2015.

El precepto dispone que «En ningún caso un generador se podrá conectar a la red interior de varios consumidores», impidiendo que los autoconsumidores de un edificio dividido en propiedad horizontal u otra modalidad compleja o de un conjunto de casas adosadas compartan la línea

de conexión de un generador a la red interior, esto es, impidiendo el denominado autoconsumo compartido o vecinal.

Entienden las autonomías que esta prohibición no reúne ninguno de los elementos que justifiquen el carácter básico o unitario de aplicación necesario en todo el territorio del Estado, y, por tanto, vulnera el contenido del artículo 149.1.25 CE.

Así pues, se estaría impidiendo a las Comunidades Autónomas optar por un modelo basado en el autoconsumo compartido que armonice con los objetivos medioambientales definidos por la Unión Europea para el año 2020 y con los artículos 6, 7 y 9 de la Directiva 2010/31/UE del Parlamento y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a la eficiencia energética de los edificios(57).

Por lo general, cuando hablamos de autoconsumo pensamos en un único titular de la instalación de producción y, a su vez, de los aparatos de consumo. Sin embargo, son numerosas las ventajas económicas y sociales que el titular de la instalación de producción puede proporcionar a aquellos usuarios que no disponen de espacio suficiente para instalar, por ejemplo, paneles solares(58). El autoconsumo compartido es primordial para desarrollar el modelo de generación distribuida, ya que implica un grado de eficiencia mucho mayor que las tres categorías de autoconsumo previstas en el RD 900/2015.

Por ello, la comunidad científica se ha pronunciado de forma unánime acerca de la necesidad de una regulación coherente con el avance tecnológico y que no imponga trabas al desarrollo del autoconsumo(59).

De esta forma, el artículo 4.3 RD de Autoconsumo deja sin desarrollo, y vacío en la práctica, la categoría de autoconsumo definida en el artículo 9.1.d) LSE, el cual establece: «Cualquier otra modalidad de consumo de energía eléctrica proveniente de una instalación de generación de energía eléctrica asociada a un consumidor». Si bien es cierto que esta hermética formulación del RD 900/2015 ve su fin tras el reciente pronunciamiento del TC que analizamos a continuación.

(57) *DOUE* núm. 153, de 18 de junio.

(58) *Vid.* LARRAZA LÁZCOZ, ÁLVARO, «Autoconsumo compartido: ...», *op. cit.*, pág.56.

(59) Véase ALBA RÍOS, Juan José, ARAGONÉS AHNERT, Vanessa, BARQUÍN GIL, Julián y MOREDA DÍAZ, Eduardo, «La regulación del autoconsumo en España: ¿un impuesto al Sol?», en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm. 3584, 2017, págs. 40-47; FABRA UTRAY, Jorge, «El marco actual y potencial del sistema eléctrico español para la generación distribuida de electricidad», en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm. 3584, 2017, págs. 20-25; MENDOZA LOSANA, Ana Isabel, «Trabas al autoconsumo de energía eléctrica», en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm 3, 2016, págs. 29-46.

3. Posición del Tribunal Constitucional. A propósito de la STC 68/2017

La Sentencia del TC núm. 68/2017, de 25 de mayo (60), es la primera en pronunciarse a favor de la competencia autonómica sobre algunas de las materias relacionadas en el RD 900/2015. Es el resultado del conflicto positivo de competencia planteado por la Generalitat de Cataluña (61) contra varios artículos del RD de Autoconsumo.

Ante el conflicto planteado, el TC tuvo que determinar cuál es el título o títulos prevalentes a los efectos de dirimir este conflicto. Para lo cual, como dispone el Fundamento Jurídico 3 de la STC 236/2012, de 13 de diciembre (62), «cuando se ofrezcan por las partes en el proceso constitucional (en este caso, la Generalitat de Cataluña y el Estado) diversas calificaciones sustantivas de las disposiciones o actos en conflicto que pudieran llevar a identificaciones competenciales también distintas, ha de apreciarse, para llegar a una calificación competencial correcta, tanto el sentido o finalidad de los varios títulos competenciales y estatutarios, como el carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas al conflicto, es decir, el contenido del precepto controvertido, delimitando así la regla competencial aplicable al caso».

La Generalitat impugnó varios de los preceptos del RD 900/2015 en el sentido ya abordado, siendo estas pretensiones estimadas parcialmente por el TC. Específicamente, se declara la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 4.3, 19, 20, 21 y 22 RD 900/2015.

3.1. SOBRE EL REGISTRO DE AUTOCONSUMO

Por lo que respecta a la impugnación de los artículo 19 a 22 del RD 900/2015, la Abogacía del Estado alude a la cobertura constitucional que ya le fue otorgada al Estado para el establecimiento de un registro único que abarque todas las modalidades de autoconsumo por SSTC 32/16 de 18 de febrero (63) y 60/16 de 17 de marzo. Aunque hay que recordar que en este caso fue una cobertura otorgada con ocasión de la impugnación del contenido general sobre registro estatal contenido en el artículo 9.4 LSE. Sin embargo, ahora corresponde examinar si el desarrollo del precepto citado con cargo a los artículo 19 a 22 RD de Autoconsumo respeta

(60) *BOE* núm. 156, de 1 de julio.

(61) Conflicto de competencia núm. 574-2016 interpuesto por el Gobierno de Cataluña (admisión a trámite publicada en *BOE* núm. 68, de 19 de marzo de 2016).

(62) *BOE* núm. 10, de 11 de enero.

(63) *BOE* núm. 71, de 23 de marzo.

la doctrina constitucional en materia de registros administrativos que, según las sentencias citadas, otorgó la competencia al Estado.

Así pues, el TC entiende que estos preceptos contenidos en el RD de Autoconsumo exceden el ámbito competencial del Estado al atribuir a este registro funciones de carácter ejecutivo que vulneran las competencias autonómicas. Ello se desprende del artículo 19.3, el cual dispone que «El Registro administrativo de autoconsumo de energía eléctrica tendrá como finalidad el control y adecuado seguimiento de los consumidores acogidos a cualquiera de las modalidades de autoconsumo de energía eléctrica». Se trata de una función de control y seguimiento que tendrá un fuerte componente ejecutivo y que, por tanto, corresponde regular a las Comunidades Autónomas. Solo tendría cabida que esta función ejecutiva fuese asumida por el Estado si la función que se atribuye al registro afectase a la homogeneidad técnica del sistema en su conjunto necesaria para su correcto funcionamiento. Sin embargo, el TC entiende que esta excepcionalidad no tiene lugar para las funciones atribuidas en el artículo 19.

Asimismo, el TC concluye que los artículos 20 a 22 del RD de Autoconsumo, que regulan la obligación de todos los consumidores acogidos a las modalidades de autoconsumo a solicitar la inscripción en el registro estatal (art. 20), el procedimiento de inscripción en el registro (art. 21) y la modificación y cancelación de las inscripciones (art. 22), son contrarios al orden constitucional de competencias. El Tribunal remite a su propia doctrina de las SSTC 243/1994, de 21 de julio (64) (Fundamento Jurídico 6) y 197/1996, de 28 de noviembre (65) (Fundamento Jurídico 12), en las cuales se dispone que la inscripción registral es un acto típicamente ejecutivo; de manera que para que esta inscripción en registros estatales sea compatible con las competencias ejecutivas de las CCAA, el Estado «[...] debe aceptar como vinculantes las propuestas de inscripción y de autorización o de cancelación y revocación que efectúen las Comunidades Autónomas que ostentan las competencias ejecutivas [...]».

3.2. SOBRE EL AUTOCONSUMO COMPARTIDO

La Abogacía del Estado, en oposición a la impugnación formulada por la Abogada de la Generalitat de Cataluña, defiende a ultranza la legalidad de la prohibición contenida en el artículo 4.3 RD 900/2015. Esgrime como argumento que la prohibición reglamentaria es solo una concreción técnica de lo dispuesto en el artículo 39.3 LSE, el cual establece que todas las insta-

(64) *BOE* núm. 197, de 18 de agosto.

(65) *BOE* núm. 3, de 3 de enero.

laciones destinadas a más de un consumidor tendrán la consideración de red de distribución y, en consecuencia, deberán ser cedidas a la empresa distribuidora de la zona y se convertirá en una infraestructura abierta al acceso de terceros a la red, por lo que no existirá una red interior.

En este punto, el TC no entiende como justificación la remisión al artículo 39.3 LSE. Y ello porque el artículo 4.3 RD de Autoconsumo «[...] parte de la existencia de redes interiores de varios consumidores cuya existencia niega la Abogacía del Estado en su argumentación. Nada permite excluir que la susodicha «red interior de varios consumidores» [...] se corresponda con lo que técnicamente se denominan «instalaciones de enlace», es decir, con aquellas que a través de la acometida unen la red de distribución con las instalaciones interiores o receptoras de cada uno de los usuarios que puedan encontrarse en una misma urbanización o edificio, y que discurren siempre por lugares de uso común pero que permanecen en propiedad de los usuarios, los cuales se responsabilizarán de su conservación y mantenimiento (conforme establece la instrucción técnica complementaria para baja tensión ITC-BT12 del Ministerio de Ciencia y Tecnología) [...]».

Por tanto, el TC no admite que las instalaciones destinadas a más de un consumidor sean consideradas red de distribución abierta al acceso de terceros, sino que se trata de instalaciones de enlace (acometidas) que discurren por lugares de uso común (donde hay red de distribución) pero que son propiedad del usuario particular. Por lo que decide anular el artículo 4.3 RD de Autoconsumo, en la medida en que impide que varios consumidores reciban energía en su red interior procedente de un mismo centro de producción.

Asimismo, y desde el punto de vista competencial, el TC no encuentra elementos que justifiquen el carácter básico de aplicación (66), por lo que se estaría impidiendo que las CCAA elijan un modelo energético basado en el autoconsumo compartido.

Ni en el preámbulo del Real Decreto, ni en la memoria de análisis de impacto normativo que se acompañó al proyecto, ni en la respuesta del

(66) EITC entiende que este caso del artículo 4.3 no se identifica con ninguno de los supuestos que justifican el carácter básico en la regulación de la red de distribución definidos en la STC 18/2011, de 3 de marzo (Fundamento Jurídico 10), entre los que destacan: la ordenación básica o primaria de la actividad de distribución para determinar las condiciones de tránsito de energía eléctrica por dichas redes; establecer la suficiente igualdad entre quienes realizan la actividad en todo el territorio; fijar las condiciones equiparables para todos los usuarios de la energía eléctrica; establecimiento de criterios de regulación de distribución de la energía atendiendo a zonas eléctricas con características comunes y vinculadas con la configuración de la red de transporte y de ésta con las unidades de producción; labores de coordinación que persigan la integración de la diversidad de las partes del sistema en el conjunto del mismo mediante la adopción por el Estado de medios y sistemas de relación, para asegurar la información recíproca, la homogeneidad técnica en ciertos aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias.

Consejo de Ministros al requerimiento de incompetencia formulado por la Generalitat, ni, finalmente, en las alegaciones formuladas por la Abogacía del Estado se justifica suficientemente la necesidad de imponer esta prohibición a través de una norma estatal. Por lo que se estaría impidiendo que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de las competencias energéticas que tienen atribuidas, adopten medidas para la implantación de instalaciones comunes de autoconsumo en grandes edificios de viviendas, urbanizaciones o cualquier otro tipo de edificio complejo con elementos comunitarios donde puedan beneficiarse los usuarios que allí se encuentren.

Entiende el Tribunal que la prohibición contenida en el artículo 4.3 dificulta la consecución de objetivos de eficiencia energética y medioambientales contenidos en la normativa comunitaria: *i)* Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables(67). ; *ii)* Directiva 2010/31/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a la eficiencia energética de los edificios. La Directiva considera las instalaciones descentralizadas de producción de electricidad basada en fuente de energía renovable como medio esencial para garantizar que los edificios cumplen los requisitos mínimos de eficiencia energética que deben cumplir los EEMM. Además, la norma comunitaria fija para 2020 el objetivo de implantar edificios de consumo de energía casi nulo cubiertos por energía procedente de fuentes renovables producida en el mismo entorno; y *iii)* Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética(68). La Directiva se transpone a través del Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía(69). Cabe significar que esta norma también se refiere al concepto de edificios de consumo casi nulo que, por tanto, justifican la necesidad de la modalidad de autoconsumo compartido.

IV. Conclusiones

Primera. El autoconsumo de electricidad nace en un nuevo paradigma energético que aproxima los centros de producción a las zonas de consumo y, en este sentido, emerge como una alternativa sólida al modelo

(67) *DOUE* núm. 140, de 5 de junio.

(68) *DOUE* núm.315, de 14 de noviembre.

(69) *BOE* núm. 38, de 13 de febrero de 2016.

tradicional de suministro eléctrico, respecto del cual presenta grandes ventajas de carácter técnico, económico y medioambiental.

Segunda. Si bien es cierto que aquellas instalaciones de autoconsumo que no estén conectadas a la red quedan excluidas del ámbito de aplicación del RD 900/2015 y, por tanto, no están sujetas a las condiciones técnicas, administrativas y económicas aquí definidas, en la práctica, y como consecuencia del carácter intermitente de las fuentes de energía renovable destinadas a autoconsumo (principalmente sol y viento) aun no existen garantías tecnológicas de rigor que permitan al usuario dimensionar su instalación sin necesidad del respaldo que le ofrece la red.

Tercera. No se justifica que para la modalidad de autoconsumo tipo 1 el legislador haya definido un límite de potencia contratada no superior a 100 kW, máxime si tenemos en cuenta que el RD 1699/2011 define como de «pequeño tamaño» a determinadas tecnologías de hasta 1.000 kW de potencia. Entendemos que, con base a esta remisión normativa, el legislador debió al menos justificar la exclusión del tipo 1 para estas instalaciones por tener, presuntamente, un tamaño excesivo para el autoconsumo instantáneo.

Cuarta. La prohibición de que un mismo generador se conecte a la red interior de varios consumidores ha sido rechazada de forma unánime por la comunidad científica. Esta prohibición deja sin efecto, y vacío de contenido en la práctica, la categoría de autoconsumo definida en el artículo 9.1.d) LSE, esto es, la referida a cualquier otra modalidad de consumo de electricidad que provenga de una instalación de producción asociada a un consumidor.

Quinta. Si el autoconsumidor no contribuye a los costes y a la sostenibilidad económica del sistema, el resto de consumidores que no genera su propia electricidad pagaría no solo la parte relativa al coste de red que deja de pagar el autoconsumidor, sino también por un exceso de capacidad que éste introduce cuando vierte energía excedentaria a la red (tipo 2) en el sistema.

Sexta. Desde los comienzos de la regulación del autoconsumo en la LSE el legislador ha apostado por una atribución de competencias casi plena al Estado. Las CCAA han reaccionado impugnando el artículo 9 LSE y varios preceptos contenidos en el RD 900/2015, alegando como motivo principal que las condiciones técnicas, administrativas y económicas a que están sujetas las instalaciones no entran en el ámbito de la coordinación de la planificación general de la actividad económica de competen-

cia estatal, no suponen aprovechamiento, por lo general, fuera del territorio autonómico y, en definitiva, desbordan el marco de actuación básico que compete al Estado.

Así pues, la STC 68/2017 se pronuncia por primera vez estimando algunas de las impugnaciones formuladas contra el RD 900/2015. En primer lugar, admite el carácter fuertemente ejecutivo de la función de control y seguimiento de los consumidores acogidos a cualquiera de las modalidades de autoconsumo y, por ello, su atribución competencial a la autonomía. Asimismo, concluye que la inscripción registral es un acto típicamente ejecutivo, por lo que las propuestas de inscripción, modificación y cancelación que emitan las CCAA deben ser aceptadas como vinculantes por el Estado. Por otro lado, anula la prohibición de que un mismo generador se conecte a la red interior de varios consumidores, sobre la base de que las instalaciones destinadas a más de un consumidor no tendrán la consideración de red de distribución (lo cual obligaría a ceder la instalación a la distribuidora, quedando abierto al acceso de terceros a ésta), sino que se trata de instalaciones de enlace que discurren por zonas de uso común pero que son propiedad del usuario particular. Tampoco se entiende la prohibición a la luz de los postulados contenidos en las normas comunitarias sobre consecución de objetivos de eficiencia energética y medio ambiente. Asimismo, el Tribunal no encuentra elementos de rigor que justifiquen el carácter básico en el establecimiento de esta prohibición, por lo que se impide que las CCAA opten por un modelo basado en el autoconsumo compartido.

V. Bibliografía

- AGÚNDEZ BETELU, Miguel Ángel y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, en *Energía eléctrica. Manual Básico para juristas*, Editorial La Ley, 2014.
- ALBA RÍOS, Juan José, ARAGONÉS AHNERT, Vanessa, BARQUÍN GIL, Julián y MOREDA DÍAZ, Eduardo, «La regulación del autoconsumo en España: ¿un impuesto al Sol?», en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm. 3584, 2017.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco, en *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Ed. Aranzadi, 2014.
- ANDREU CASADEMONT, Frederic, «Autoconsumo instantáneo: ¿Qué proyectos de autoconsumo solar son rentables para las empresas?», en *Era solar: Energías renovables*, vol.32, núm. 183, 2014.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, DE LA CUÉTARA, Juan Miguel y DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, «Teoría y práctica de las regulaciones para la competencia.

- Hacia un nuevo concepto de servicio público», en *Regulación Económica. Lecturas Escogidas*, Ed. Thomson, Madrid, 2012.
- BALDWIN, Robert, SCOTT, Colin y HOOD, Christopher, en *A Reader on Regulation*, Ed. Oxford University Press, 1998.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, «La incidencia de la fuerza mayor en el suministro de energía eléctrica: estudio de la cuestión en la jurisprudencia», en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 75, Sección de Estudios, 2009.
- BECKER ZUAZUA, Fernando, «Prospectiva de la electricidad en España», en *Estudios de economía aplicada*, núm. 2 (ejemplar dedicado a: El sector de la energía eléctrica en España), 2011.
- BONET SÁNCHEZ, Eduardo, «Transporte inteligente y ciudades digitales», en *Política exterior*, núm. 164, 2015.
- BRAFF, William A., MUELLER, Joshua M. y TRANCIK, Jessika E., «Value of storage technologies for wind and solar energy», en *Nature Climate Change*, núm. 6, 2016.
- CHEVALIER, Michael, «¿Revolucionará Tesla la energía?: El fabricante estadounidense de coches eléctricos se diversifica con la fabricación de baterías de uso doméstico», en *Alternativas económicas*, núm.28 (septiembre), 2015.
- COLMENAR SANTOS, Antonio, BORGE DÍAZ, David, COLLADO FERNÁNDEZ, Eduardo y ALONSO CASTRO GIL, Manuel, en *Generación distribuida, autoconsumo y redes inteligentes*, Editorial UNED, Madrid, 2015.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, «Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, 2012.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, DOMINGO LÓPEZ, Enrique y LEIVA LÓPEZ, Alejandro D., «Régimen jurídico del auto-consumo en España. A propósito del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre», en *Riesgo Regulatorio en las Energías Renovables II*, ed. Aranzadi, 2017.
- FABRA UTRAY, Jorge, «El marco actual y potencial del sistema eléctrico español para la generación distribuida de electricidad», en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm. 3584, 2017.
- GOICOECHEA, Félix, «Renovables y autoconsumo, el Titánico español», en *Electra*, núm. 184, 2014.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, «La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanística», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99, 2014.

- LARRAZA LÁZCOZ, Álvaro, «Autoconsumo compartido: por qué impulsarlo y cómo», en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm. 3584, 2017.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro David, «Balance neto energético. Estado de la cuestión en EE.UU.», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50, 2017.
- MENDOZA LOSANA, Ana Isabel, «Trabas al autoconsumo de energía eléctrica», en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm 3, 2016.
- ORTIZ GARCÍA, Mercedes, «El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica: autoconsumo, redes inteligentes y el derecho al sol». En *Eficiencia energética y derecho/ Fernando García Rubio (dir.), Lorenzo Mellado Ruiz (dir.), Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2013.*
- RIVAS PEREDA, Carlos, «Autoconsumo y Smart Cities: Una introducción a tecnologías de futuro para la gestión eficiente de la energía», en *V Jornadas de Enxeñaría, Enerxía e Industria (XEEI): Eficiencia enerxética e innovación*, Santiago de Compostela, 28 de xaneiro 2016 / BLANCO SILVA, Fernando y SARMIENTO DÍEZ, Oriol (dir. Congreso), 2016.
- SIOSSHANSI, Fereidoon P., en *Future of Utilities. Utilities of the Future*, ed. ACADEMIC PRESS, 2016.
- SLAUGHTER, Andrew, «Almacenamiento de electricidad: tecnologías, impacto y perspectivas», en *Cuadernos de energía*, núm. 48, 2016.

Trabajo recibido el 14 de septiembre de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 16 de febrero de 2018

LABURPENA: Elektrizitatea energia berriztagarrien iturrietatik (adibidez, fotovoltaikotik) autokontsumitzen bada, maila askotan egiten zaie on sistema elektrikoari, planetari eta kontsumitzaileari. Sorkuntza banatuaren modalitate horrek abantailak sorrazten ditu ingurumenean (karbono-gabetzeari laguntzen baitio), herrialdeko ekonomian (negozio-eredu berriak bultzatzen baititu), sistema elektrikoan oro har (garraioan gertatzen diren galerak murrizten baititu) eta, batez ere, azken kontsumitzailearengan (aurrezpenaz gain, energia-kudeaketaren kontrolari laguntzen baitio).

Horrela, bada, elektrizitatea sortzeko eredu horrek duen garrantziarengatik, autokontsumoan eta ingurune sozial eta teknologiko berrian oinarritzen baita, lan sistematikoa bat egin dugu, non elektrizitatearen autokontsumo-eredu ezberdinen legezko erregulazioa aztertzen den (900/2015 Errege Dekretuan zehazten dira eredu horiek). Era berean, are zorrotzagoak izate aldera, egoki ikusi dugu gaur arte egon diren eskumen-arloko gatazkei buruzko azken doktrina-erabakiak aztertzea; batez ere, autokontsumo partekatuen arlokoak.

GAKO HITZAK: Elektrizitatearen autokontsumoa. Sorkuntza banatua. Autokontsumo partekatua. Ekoizle eta kontsumitzaile. Autokontsumoaren erregistroa.

RESUMEN: El autoconsumo de electricidad a través de fuentes de energía renovable, como la fotovoltaica, constituye una alternativa que favorece al sistema eléctrico, al planeta y al consumidor a muchos niveles. Esta modalidad de generación distribuida proporciona ventajas en el medio ambiente —por su contribución a la descarbonización—, en la economía del país —favoreciendo nuevos modelos de negocio—, en el sistema eléctrico en su conjunto —ya que contribuye a la reducción de pérdidas en el transporte— y, sobre todo, para el consumidor final —favoreciendo no solo al ahorro, sino también al control de la gestión energética—.

Así, por la importancia de este modelo de generación de electricidad con autoconsumo en un nuevo entorno social y tecnológico, hemos elaborado un trabajo sistemático que analiza la regulación legal de las distintas figuras de autoconsumo de electricidad definidas en el Real Decreto 900/2015. Asimismo, y para una mayor exhaustividad y rigor, hemos considerado conveniente analizar los más recientes pronunciamientos doctrinales acerca de los conflictos competenciales acontecidos hasta la fecha y, destacadamente, en materia de autoconsumo compartido.

PALABRAS CLAVE: Autoconsumo de electricidad. Generación distribuida. Autoconsumo compartido. Prosumidor. Registro de autoconsumo.

ABSTRACT: The electricity self-consumption through renewable energy sources, such as photovoltaic power, is an alternative that favors the electricity system, the planet and the consumer at very many levels. This type of distributed generation provides advantages in the environment —with regard to the decarbonization—, in the country's economy —favoring new business models—, in the electricity system —with regard to the reduction of electricity losses in transport— and, above all, for the final consumer —promoting not only energy savings, but also energy management—.

In this way, due to the importance of this electricity self consumption model, we have elaborated a systematic research work that analyzes the legal regulation of the different electricity self-consumption figures defined in the Royal Decree 900/2015.

As well, we have considered the opportunity to analyze the most recent doctrinal pronouncements about the potential conflicts over areas of competence occurred at the time and, in particular, the advances in terms of shared self-consumption.

KEYWORDS: Electricity self consumption. Distributed Generation. Shared self consumption. Prosumer. Self consumption registry office.

Hacia un nuevo marco de transparencia durante los intercambios transnacionales de datos tributarios de carácter personal: el deber de informar*

Bernardo D. Olivares Olivares

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.05>

Sumario: 1. Las incertidumbres respecto de la protección de los datos personales durante su transmisión entre las Administraciones Tributarias de la Unión Europea. 2. El deber de informar. 2.1. Una aproximación a su concepto. 2.2. Las exenciones al deber de informar en el Reglamento General de Protección de Datos. 2.2.1. Alcance y tipos. 2.2.2. Cuando el interesado ya dispone de la información. 2.2.3. El artículo 23 del Reglamento General de Protección de Datos. 2.2.4. El tratamiento que expresamente se encuentra regulado en una norma nacional o de la Unión Europea. 2.2.5. Cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados. 2.2.6. Los tratamientos realizados en el marco de investigaciones concretas. 3. Estado actual de la situación en las principales normas tributarias a la luz de la doctrina del Supervisor Europeo de Protección de Datos. 4. Entre la ficción y la realidad: propuestas de mejora para un sistema de protección coherente en las Administraciones Públicas. 5. Bibliografía.

1. Las incertidumbres respecto de la protección de los datos personales durante su transmisión entre las Administraciones Tributarias de la Unión Europea

La integración económica y social resultante del funcionamiento del mercado interior en la UE (1) ha aumentado sustancialmente los flujos transfronterizos de datos personales (2). En este contexto, de libre circu-

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación: «La seguridad jurídica en el sistema tributario español», número DER2015-68072-P del Ministerio de Economía, Industria y competitividad y dirigido por los profesores Dr. Begoña Pérez Bernabéu y Dr. Jorge Martín López.

(1) Unión Europea.

(2) Exposición de motivos del RGPD parágrafos 5-7.

lación de la información, las circunstancias sociales y económicas actuales también han impulsado el desarrollo de un marco jurídico en su territorio que facilita el intercambio de los datos de los obligados tributarios (3).

Este hecho está permitiendo el tratamiento masivo de la información, por parte de las administraciones tributarias, a través de la incorporación de políticas de transparencia y de cooperación entre los Estados Miembros (4), siendo uno de sus nexos comunes el intercambio de información de carácter personal (5). Ello posibilita un modo de acceso a los datos de los obligados tributarios de otros Estados que no cuenta con precedentes ni en su magnitud, ni en el ámbito normativo.

En suma, este impulso reformador incide tanto en el aumento del intercambio de información como en el control de los deberes fiscales de los obligados tributarios ante las distintas jurisdicciones nacionales (6). Esta situación plantea numerosas cuestiones en torno al derecho a la protección de los datos personales, en cuyo origen se hallan preguntas tales como: ¿Puede o no el obligado tributario controlar el tratamiento de la información personal tras las transferencias de datos en el contexto de la UE? o, respecto de los instrumentos de cooperación administrativa, ¿tienen realmente virtualidad en este modo de proceder los distintos principios, derechos y deberes que impone la legislación de protección de datos de carácter personal? (7)

(3) FERNÁNDEZ MARÍN, F., «El principio de leal cooperación entre las Administraciones tributarias de los Estados Miembros», en DI PIETRO, A. y TASSANI, T. (directores), *Los principios Europeos del Derecho Tributario*, Atelier, Barcelona, 2015, pág. 276.

(4) BRODZKA, A. y GARUFI, S., «The Era of Exchange of Information and Fiscal Transparency: The Use of Soft Law Instruments and the Enhancement of Good Governance in Tax Matters», en *European Taxation*, n.º 8, 2012, págs. 394-408; SERRAT ROMANÍ, M., «La subjetividad tributaria del agente retenedor en los modelos de intercambio de información: ¿sustituto o colaborador?», *Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 8, 2014, págs. 107-118, y DUFFY, B. y DINEEN, M., «Europe moves towards a more transparent tax regime», en *Tax planning international: European tax service*, vol. 17, n.º 7, 2015, pág. 4.

(5) COCKFIELD, A. J., «Protecting Taxpayer Privacy Rights Under Enhanced Cross-Border Tax Information Exchange: Toward a Multilateral Taxpayer Bill of Rights», en *U.B.C. Law Review*, vol. 42, n.º 2, 2010, págs. 419-422; OWENS, J.: «Tax Transparency: The Full Monty», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 9, 2014, pág. 512 y MORENO GONZÁLEZ, S., «The Automatic Exchange of Tax Information and the Protection of Personal Data in the European Union: Reflections on the Latest Jurisprudential and Normative Advances», en *EC Tax Review*, n.º 3, 2016, págs. 146-161.

El concepto de información personal es todo dato que permite identificar o hacer identificable a una persona física. Véase el artículo 4.1) del RGPD.

(6) Véase el considerando número 1 de la Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE.

(7) Considerandos 7 y 68 del RGPD; KOOPS, B. J., «The trouble with European data protection law», en *International Data Privacy Law*, vol. 4, n.º 4, 2014, pág. 251.

Recordemos que el derecho fundamental es reconocido en los artículos 16 del TFUE (8) y 8 de la CDFUE (9); gozando de un instrumento propio para su implementación en los distintos Estados, la Directiva 95/46/CE, que será sustituida en mayo de 2018, por una de las mayores novedades normativas en el ámbito de la UE: el RGPD. (10) Queremos destacar que esta ubicación y desarrollo normativo implica que, el derecho fundamental, debe tener un reconocimiento pleno en el seno de los Estados durante los intercambios de información en la UE (11).

En este sentido, dichos intercambios de datos pueden generar situaciones de incertidumbre respecto a la protección que el derecho fundamental brinda a los ciudadanos (12). Téngase en cuenta, en primer lugar, que el hecho de que se lleve a cabo una transferencia de datos puede implicar que la información personal de los ciudadanos se extravíe, se modifique o sea utilizada para fines diferentes para los que fue recogida. En segundo lugar, también existe la posibilidad de que los datos que se recopilen de otras administraciones provengan de lugares donde las garantías del derecho a la protección de los datos personales sean menores a las dispuestas en el ordenamiento jurídico interno del país

(8) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012) C 326/47.

(9) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2016) C 202/389.

El carácter de derecho fundamental en el orden constitucional español se reconoce a partir del artículo 18.4 de nuestra Carta Magna. Véanse las SSTC 290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre.

(10) Reglamento (UE) 2016/679 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) L 119/1. Véase DE HERT, P., «Data Protection as Bundles of Principles, General Rights, Concrete Subjective Rights and Rules. Piercing the Veil of Stability Surrounding the Principles of Data Protection», en *European Data Protection Law Review*, n.º 2, 2017, págs. 173-179.

(11) LYNKEY, O., «From Market-Making Tool to Fundamental Right: The Role of the Court of Justice in Data Protection's Identity Crisis», en GUTWIRTH, S., LEENES, R., DE HERT, P. y POULLET, Y. (editors): *European Data Protection: Coming of Age*, Springer, London, 2013, págs. 59-84, DIEPVENS, N. y FILIP DEBELVA, F., «The Evolution of the Exchange of Information in Direct Tax Matters: The Taxpayer's Rights under Pressure», en *EC Tax Review*, n.º 4, 2015, pág. 217 y ALLEVI, L. y CELESTI, C., «10th GREIT Annual Conference on EU BEPS; Fiscal Transparency, Protection of Taxpayer Rights and State Aid and 7th GREIT Summer Course on Tax Evasion, Tax Avoidance & Aggressive Tax Planning», en *INTERTAX*, vol. 44, n.º 1, 2016, pág. 81.

Además, recordemos que el RGPD debe gozar de un nivel de implementación homogéneo respecto a sus garantías. Esto permite su estudio en el contexto normativo de la UE, brindándonos la posibilidad de analizar, por su conexión y ámbito de aplicación, las implicaciones de la nueva regulación durante los intercambios de información tributaria entre los Estados Miembros.

(12) GUTMANN, D., «Taking Human Rights seriously: Some Introductory Words on Human Rights, Taxation and the UE», en KOFLER, G., POIARES, M. y PISTONE, P. (editors): *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, IBFD, Amsterdam, 2010, pág. 110; KOFLER G. y PISTONE P., «General Report», en KOFLER G., POIARES MADURO M. y PISTONE P. (cords.): *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, IBFD, Amsterdam, 2010.

cesionario (13). Por último, el hecho de que el flujo de datos tenga un alcance transnacional, aunque sea en el propio contexto de la UE, exige que la supervisión se sitúe fuera de las fronteras del Estado que transmite los datos. Esta situación dificulta que los interesados puedan controlar el tratamiento de su información (14).

La opacidad de los tratamientos en el contexto tributario es un problema que ha sido criticado reiteradamente por la doctrina científica y el SEPD (15) en diversos dictámenes. (16)

(13) Recuérdese que, a pesar de que el objetivo es armonizar complementemente las normas de protección de datos en la UE, el RGPD remite en muchos aspectos al desarrollo de la legislación interna. Ello puede implicar una protección, si se nos permite, a distintas velocidades en la transmisión de datos entre los Estados Miembros.

(14) SACCHETTO, C., «La colaboración internacional en materia tributaria», en *Boletín de Fiscalidad Internacional*, n.º 15, 1998, pág. 7; MARTÍNEZ GINER, L. A., *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre estados*, Iustel, Madrid, 2008, pág.18, ABERASTURI GORRINO, U., «Movimiento internacional de datos. Especial referencia a la transferencia internacional de datos sanitarios», en *Revista de Administración Pública*, n.º 186, 2011, pág. 331.

La doctrina científica también ha señalado otros problemas relativos a los costes y las exigencias del principio de calidad de los datos durante los intercambios transnacionales de información personal. Véanse VAN BREDERODE, R. F., «The Impact of Science and Technology on Taxation», *INTERTAX*, vol. 41, n.º 12, 2013, pág. 634, MORENO GONZÁLEZ, S., «El intercambio automático de información tributaria y la protección de datos personales en la Unión Europea. Reflexiones al hilo de los últimos progresos normativos y jurisprudenciales», en *Quincena fiscal*, n.º 12, 2016, págs. 39-70, SOONE, A., «Exchange of Tax Information and Privacy in Estonia», *INTERTAX*, vol. 44, n.º 3, 2016, págs. 282-283 y MARTÍNEZ GINER, L. A., «El intercambio automático de información en materia tributaria: retos e incertidumbres jurídicas», en *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, n.º 173, 2017, págs. 97-164.

Llama la atención que en el RGPD sólo se reconozca el riesgo potencial sobre los derechos de los interesados cuando la información se transmite fuera de la UE. Véase el considerando 116 de dicha norma.

(15) Supervisor Europeo de Protección de Datos.

(16) Véanse, entre otros, los Dictámenes del SEPD sobre la Propuesta Modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la asistencia mutua administrativa a fin de proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude y cualquier otra actividad ilegal de 28 de abril de 2007; sobre la Iniciativa de la República Francesa relativa a la Decisión del Consejo sobre la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros, de 23 de septiembre de 2009; sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (refundición), de 17 de marzo de 2010; sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad de 20 de abril de 2010; sobre la propuesta de Reglamento del Consejo sobre cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales, de 13 de marzo de 2012; on the proposal for a Council Directive amending the Directive 2011/16/UE on administrative cooperation in the field of taxation, de 12 de marzo de 2013; on the proposal for a Council Directive amending the Directive 2011/16/UE on administrative cooperation in the field of taxation; y *Guidelines on data protection in UE financial services regulation*, de 25 de noviembre de 2014.

OLIVARES OLIVARES, B. D., «La protección de los datos personales en el ámbito tributario a la luz de la Directiva 2011/16/UE. Situación actual y perspectivas de futuro», en MARTÍN DÉGANO, I. y HERREIRA MOLINA, P.M., *Intercambio de información y medidas fiscales de efecto equivalente*, Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, n.º 8, 2014, págs. 127 y ss., DEBELVA, F. y MOSQUERA, I.: «Privacy and Confidentiality in Exchange of Information Procedures: Some Uncertainties, Many Issues, but Few Solutions», *INTERTAX*, vol. 45, n.º 5, 2017, págs. 380-381 y DE FLORA, M. G.: «Protection of the Taxpayer in the Information Exchange Procedure», *INTERTAX*, vol. 45, n.º 6-7, 2017, pág. 457.

En este ámbito, el deber de informar a los interesados sobre el tratamiento de sus datos de carácter personal constituye una proyección de la transparencia recogida en el RGPD (17). Su fundamento radica en el necesario conocimiento que los ciudadanos debemos tener sobre el uso de los datos, como medio para evitar el empleo ilícito o desviado de la información (18). Por lo tanto, durante las transmisiones de datos tributarios, los distintos responsables del tratamiento deben de cumplir con dicho deber, como regla general (19).

Ahora bien, esta faceta del derecho fundamental puede limitarse, no es absoluta. El propio artículo 52 de la CDFUE, así como la normativa tributaria que regula el intercambio de datos y la cooperación administrativa, prevé su restricción siempre que esté establecida por la ley, respete el contenido esencial de dichos derechos y las limitaciones que se impongan sean proporcionadas (20).

Dadas las peculiaridades del intercambio de información internacional, a nuestro juicio, no nos encontramos ante la discusión de si el responsable del tratamiento puede quedar liberado de su deber de informar. Pensamos que es necesario centrar el análisis de esta problemática en *cómo y hasta dónde* puede eximirse al responsable del tratamiento para

(17) Davies, S.: «The Data Protection Regulation: A Triumph of Pragmatism over Principle?», *European Data Protection Law Review*, n.º 3, 2016, págs. 290-291.

(18) Artículo 5.1 del RGPD.

(19) A pesar de ello, en el contexto nacional español, esta importante faceta del derecho fundamental es uno de los aspectos que menos se garantizan. Así lo ponen de relieve VALERO TORRIJOS, J. y LÓPEZ PELLICER, J. A., «Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de los datos personales en la actividad administrativa», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, n.º 59, 2001, FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: «La Protección de los Datos Personales en las Administraciones Públicas», Aranzadi, Madrid, 2004, págs. 297-314 y GUICHOT REINA. Este último llega a concluir que «[n]o cabe finalizar sino constatando el incumplimiento casi sistemático del deber de información por parte de la Administración Pública que, en general, no advierte del tratamiento ni en los formularios o impresos a rellenar para el inicio de procedimientos a instancias de parte, o en las notificaciones que se comunica el inicio de procedimientos de oficio. Sin que debiera entenderse que basta la disposición general de creación del fichero, dado que la LOPD regula el derecho de información como una garantía adicional...», en *Datos personales y Administración Pública*, Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 393. En un sentido similar se pronuncia TRONCOSO REIGADA respecto a la Administración electrónica: «[s]in embargo, son todavía muchos los formularios on line de las Administraciones Públicas que no incluyen la leyenda informativa o no cumplen con exactitud el principio de información en la recogida de datos», en TRONCOSO REIGADA, A., «La información y el consentimiento para el tratamiento de datos personales en la administración electrónica», en VV.AA., *Administración electrónica y ciudadanos*, Civitas, 2011, documento bibliográfico digital westlaw-aranzadi BIB 2011\587. Véase también VALERO TORRIJOS, J., «Implicaciones de la protección de datos de carácter personal para la Administración electrónica», en VV.AA., *La protección de datos en la Administración electrónica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 186-190.

(20) PIÑAR MAÑAS, J. L., «El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 19-20, 2003, págs. 56-66; Marín Aís, J. R.: *La participación de la Unión Europea en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 165-173.

mantener un mínimo grado de transparencia. El RGPD contempla numerosos supuestos de dispensa de dicha obligación y establece, con un amplio margen interpretativo, la forma en la que deben llevarse a cabo cuando entran en juego intereses económicos y financieros importantes para los Estados Miembros.

Tras lo expuesto, los problemas planteados requieren un examen del marco jurídico del deber que establece el RGPD porque es necesario: (i) analizar y concretar el alcance de sus supuestos de exención, (ii) estudiar sus implicaciones en la legislación tributaria, y (iii) proponer mejoras que fomenten la transparencia de los tratamientos durante los intercambios de datos entre las distintas administraciones tributarias de la UE.

2. El deber de informar

2.1. Una aproximación a su concepto

Las operaciones técnicas de recopilación, utilización y cesión de los datos son el eje procedimental sobre el que se proyectan los principios, derechos y deberes de la legislación sobre protección de datos. Estas tres acciones integran la noción de «tratamiento», reflejando el proceso de uso de la información en poder de la Administración tributaria(21). En este sentido, técnicamente éste consiste en un conjunto de procesos vinculados unívocamente al dato personal, generándose a través de esta relación la «condición necesaria» para la aplicación de las normas sobre protección de datos personales(22).

En el contexto del intercambio de información transnacional, las administraciones tributarias o los órganos administrativos competentes de los Estados Miembros se configuran como responsables del tratamiento, recibiendo y transmitiendo la información hacia otros Estados, decidiendo, en definitiva, sobre el uso de los datos de carácter personal de los interesados, en base a las distintas normas de cooperación administrativa y su legislación interna(23). Son, por lo tanto, los encargados de velar por el

(21) El sujeto protegido que interviene en las operaciones de obtención o cesión de datos de otros países, siguiendo la terminología del artículo 4.1) del RGPD es el «afectado o interesado». Es decir, la persona física titular de los datos que son objeto de tratamiento por parte de la Administración tributaria, en nuestro caso, en el marco de la operación de obtención de datos de otro Estado para la aplicación de los tributos, la imposición de sanciones y la recaudación de recursos públicos que por ley tenga impuesta ésta.

(22) Artículo 4.2) del RGPD.

(23) Artículos 4.1) y 4.7) del RGPD. Véase SOMARE, M. y WÖHRER, V., «Automatic Exchange of Financial Information under the Directive on Administrative Cooperation in the Light of the Global Movement towards Transparency», *INTERTAX*, vol. 43, n.º 12, 2015, págs. 812-813.

efectivo cumplimiento de las obligaciones que les impone la legislación sobre protección de datos.

El deber de informar garantiza al ciudadano conocer aspectos esenciales del tratamiento (24). Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando los datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados (25). En España, por ejemplo, esta obligación forma parte del *derecho a saber* que ha sido considerado por nuestro Tribunal Constitucional como parte del contenido esencial del derecho fundamental (26).

Por lo tanto, debemos destacar que el deber no es un mero aspecto de carácter procedimental integrado generalmente en el acto de notificación tributaria. Es una obligación material del responsable íntimamente relacionada con la exigencia de un tratamiento leal y transparente, que posibilita valorar el uso de los datos y ejercer todos los derechos reconocidos en el RGPD (27). Por ello, debe convertirse en una garantía de control con aplicabilidad real durante los intercambios de información entre las distintas administraciones tributarias.

En el contexto español, el responsable del tratamiento es la Dirección General de la AEAT, el órgano responsable del tratamiento de la información durante la obtención de datos de otros países. Véanse, sin ánimo de ser exhaustivos, la Orden PRE 3581/2007, de 11 de diciembre de 2007 y Resolución de la Presidencia de la AEAT, de 13 de marzo de 2013.

Como indica LAMPREAVE MÁRQUEZ: «...esta potestad ha sido delegada en el Director de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT). La oficina central de enlace, ubicada en el seno de la AEAT, es el Equipo Central de Información (en adelante, ECI), integrado en la Oficina Nacional de Investigación del Fraude (ONIF), en el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria. El ECI es el órgano responsable de canalizar el intercambio de información con otras Administraciones públicas nacionales, así como con entidades supranacionales o extranjeras. Para ello, el ECI actúa como punto central de enlace en directa comunicación con órganos similares en otros países. En este sentido, según se desprende del artículo 205 del RGGI, cuando en virtud de la normativa sobre asistencia mutua una oficina territorial deba comunicar de forma automática determinada información a otro Estado o entidad internacional o supranacional, la misma se comunicará, en todo caso, al ECI que será el responsable de su remisión al otro Estado o entidad», en MARTÍNEZ GINER, L. A., MORENO GONZÁLEZ, S. y LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., «Nuevo intercambio de información tributaria versus medidas tributarias de efecto equivalente Informe Nacional español para el Congreso de la European Association of Tax Law Professors, (EATLP) Istanbul 2014», en MARTÍN DÉGANO, I. y HERRERA MOLINA, P.M., Intercambio de información y medidas fiscales de efecto equivalente, *Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 8, 2014, pág. 11. Véase también el documento: *List of competent authorities referred to in Article 4(1) of Council Directive 2011/16/EU*, 2011/C 177/05.

(24) GT 29: «Opinion 15/2011 on the definition of consent», pág. 8 y OCDE: «The OECD Privacy Framework», *op. cit.*, págs. 99-101.

(25) Considerando 39 del RGPD. Sobre el concepto de interesado o sujeto protegido véase BLUME, P.: «The Data Subject», *European Data Protection Law Review*, n.º 4, 2015, págs. 258-261.

(26) Véanse los fjs. 7 y 8 de la SSTC 290 y 292/2000 de 30 de noviembre.

(27) Artículos 5.1.a) y 16-21 del RGPD.

El RGPD fija en sus artículos 13 y 14 el régimen normativo del deber. La regla general es que debe informarse a los interesados en el momento en que los datos son obtenidos directamente del titular y, en el plazo máximo de 1 mes, cuando éstos son facilitados por terceros (28).

En consecuencia, la regulación distingue un trato diferente en función de si la información ha sido obtenida del propio interesado o si, por el contrario, se transmite por parte de terceros. Esto afecta notoriamente a las exenciones que pueden establecerse, como tendremos la ocasión de examinar en el siguiente epígrafe.

Sobre el contenido de la obligación, el RGPD establece una mayor transparencia sobre el uso de los datos que la Directiva 95/46/CE (29). Los responsables del tratamiento de las distintas administraciones tributarias deberán facilitar: información sobre su identidad y detalles de contacto; las finalidades del tratamiento para las que los datos van a emplearse, así como su base legal; las categorías de información obtenida; los sujetos o categorías de sujetos a los que se comunicarán los datos; la intención del responsable del tratamiento de transferir los datos personales a un tercer país u organización internacional; el periodo de tiempo que la información será almacenada o el criterio empleado para determinarlo; la existencia de los derechos de acceso, rectificación, cancelación, supresión y limitación del tratamiento; el derecho a presentar una queja ante la autoridad supervisora; la fuente de la que se obtuvieron los datos (en caso de que los proporcionaran terceros); y la existencia de decisiones automatizadas y de elaboración de perfiles (30).

Esto implica que, cuando la Administración obtiene los datos directamente del interesado debe de informarle de lo indicado en el párrafo anterior, incluida la intención de transmitir los datos a otros países. También conlleva que, cuando la Administración tributaria de otro Estado recibe la información (con las excepciones que trataremos más adelante), si el sujeto no ha sido informado previamente, ésta deberá de informar al interesado en el plazo de un mes con carácter general.

El RGPD no distingue si la obtención de datos es nacional o transnacional. El régimen específico que regula la cesión internacional en esta norma, se circunscribe únicamente a que los datos personales se transmitan fuera de la UE. Esta situación equipara jurídicamente una transmi-

(28) Artículos 13 y 14 RGPD. Artículos 14.3.a) y 14.3.c) del RGPD. Ahora bien, este régimen tiene excepciones, por ejemplo, cuando el tratamiento de la información tenga la finalidad de contactar con el interesado o transmitirlos a otro sujeto. En estos deberá informarse al interesado cuando se contacte con éste o la primera vez que se comuniquen al otro destinatario.

(29) Esto se debe a la presión del Parlamento Europeo durante el proceso de aprobación del Reglamento como puede observarse de las enmiendas interpuestas en la versión presentada por la Comisión Europea.

(30) Artículos 13.1, 13.2, 14.1 y 14.2 RGPD.

sión transnacional entre dos Administraciones Públicas sitas en la UE a una cesión de datos ordinaria, como si se realizara en el contexto del propio país(31).

A nuestro juicio, esta faceta del derecho a la protección de los datos personales es imprescindible, porque a través de los datos que se proporcionan se genera una situación jurídica de «certeza» sobre el estado, destino y uso real de la información. Este hecho es especialmente relevante en ausencia del principio de consentimiento, como sucede en el ámbito del tratamiento de los datos por parte de la Administración tributaria, donde, a nuestro juicio, es preciso reforzar los principios de transparencia y lealtad(32). En caso contrario, es decir, si no se informara a través de las distintas fórmulas que establece el RGPD de ninguno de estos extremos al obligado tributario, dicho sujeto sería incapaz de conocer, con un grado mínimo de certeza, la situación de su información personal, lo que podría impedir el ejercicio de la protección que brinda este derecho fundamental(33).

En cuanto a cómo se ha de ejercer este deber, el RGPD permite que se informe al interesado por escrito o por otros medios, inclusive a través de medios electrónicos. Por lo que predomina la libertad de forma.(34) Únicamente se exige que sea de manera concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo.(35) Además, recordemos que el responsable del tratamiento deberá probar que ha informado al interesado en virtud del principio de responsabilidad proactiva.(36)

(31) Artículos 44 y ss. del RGPD.

(32) Esta postura la comparten también otros autores, véase TRONCOSO REIGADA, A.: *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 454: «...es importante también el cumplimiento del principio de información en el ámbito de las Administraciones Públicas, ya que éstas llevan a cabo tratamientos de datos personales sin consentimiento del interesado, dándose una situación de desigualdad. De esta forma, la ausencia del consentimiento del interesado en un derecho que también se denomina de autodeterminación informativa obliga a reforzar el resto de principios de protección de datos, sobre todo el principio de información y de calidad».

(33) CALDERÓN CARRERO, J. M., *El derecho de los contribuyentes al secreto tributario*, Netbiblo, La Coruña, 2009, pág. 75 y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., «El difícil equilibrio entre prerrogativas de la Administración y garantías de los particulares: el tratamiento de datos personales de los extranjeros no comunitarios», en *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 151, 2011, documento bibliográfico digital westlaw-aranzadi BIB 2011\1069, págs. 15-19.

(34) La AEPD se ha pronunciado respecto de la libertad de forma para cumplir con el deber de información en los informes 305/2005, 0575/2008 y 0029/2011, admitiendo su observancia cuando a través de un cartel anunciador se garantiza el conocimiento de los extremos exigidos por la legislación sobre protección de datos. Véase también la guía sobre el deber de informar de la AEPD <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/temas/reglamento/common/pdf/modeloclausulainformativa.pdf> (visitado el 1/09/2017).

(35) Artículo 12.1 RGPD.

(36) Artículo 5.2 RGPD.

La doctrina del GT 29 viene exigiendo dos requisitos para que se considere que se ha cumplido con el deber de información. Por un lado, la «calidad de la información» y por otro, su «accesibilidad y visibilidad». El primero está referido a la manera en la que se presenta la información (texto claro, sin jerga farragosa, comprensible y visible) y resulta vital para comprobar que la obtención de datos es «informada». El segundo implica que la información debe comunicarse directamente al interesado, es decir, no basta con que la información esté «disponible» en algún lugar (37).

Es preciso destacar que parte de esta posición del GT 29 se ha recogido en el artículo 12, apartados 1 y 7, del RGPD, de modo que durante la obtención, dicha información «...podrá transmitirse en combinación con iconos normalizados que permitan proporcionar de forma fácilmente visible, inteligible y claramente legible una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto...» (38).

Antes de continuar analizando las distintas exenciones que ofrece el RGPD y sus implicaciones en la legislación tributaria de la UE, es preciso esbozar de manera preliminar la operación de transmisión de los datos por parte de la Administración tributaria del Estado cesionario respecto al sujeto al que debe informar. Si nos atuviéramos a las reglas generales sin contemplar ninguna exención, el escenario internacional y la falta de una regulación específica para este tipo de operaciones complicaría enormemente el cumplimiento del deber hasta hacerlo impracticable (39).

Téngase en cuenta que pueden plantearse hasta tres escenarios distintos: (i) el obligado tributario titular del derecho fundamental puede estar situado en el país de la UE que envía la información (v. gr. Italia). Esto implicaría que en el caso de una transferencia de datos (Italia-España) el responsable de la obtención de la información en la Administración tributa-

(37) GT 29: «*Opinion 15/2011 on the definition of consent*», pág. 20.

(38) Un ejemplo de los iconos normalizados a los que aludimos se encuentra en el Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos), (COM(2012)0011 —C7-0025/2012—2012/0011(COD)). Concretamente el Anexo 1.—Presentación de los detalles mencionados en el artículo 13 bis (nuevo), que establece cómo se han de facilitar dichos detalles.

En la actualidad, las plataformas webs de las distintas administraciones son un instrumento esencial, que podría servir para articular el cumplimiento de dicho deber a través del aviso por capas o mediante accesos personalizados que permitan al contribuyente conocer el destino y la base normativa que ha permitido la comunicación de su información a otra Administración tributaria.

(39) CASTRO ARANGO, J. M., «Los derechos humanos y fundamentales a la intimidad y la protección de datos como límites al intercambio de información», en COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (coordinadores): *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio de información tributaria*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 307.

ria cesionaria debería de informar al ciudadano italiano de los extremos establecidos en el artículo 15 RGPD, siempre que no hubiera sido informado previamente; (ii) el titular del derecho puede residir en el Estado cesionario de los datos tributarios, en cuyo caso la Administración tributaria no tendría ningún problema en comunicar la recepción de los datos personales; (iii) la persona física a la que se debe informar podría residir en un país fuera de la UE. En este último supuesto, es altamente probable que resulte muy difícil informar en los plazos establecidos en nuestra legislación al titular del derecho.

Además, es preciso considerar que durante los intercambios de información entre los distintos Estados Miembros, cada modalidad de comunicación de datos tiene distinta incidencia en la transparencia. Por ejemplo, el intercambio automático, debido a que está regulado con carácter previo y con detalle, goza de mayor previsión y precisión, lo que propicia una mayor transparencia. En cambio, los datos obtenidos a través de intercambios espontáneos de información o las peticiones de información a otras administraciones tributarias, tendrán que gozar de un mayor nivel de justificación. En estos últimos supuestos existe una mayor probabilidad de infringir el principio de transparencia y lealtad del RGPD ya que, además de ser trascendentes los datos, deben ser los mínimos necesarios para alcanzar la finalidad para la que son obtenidos.

Este panorama explicita la dificultad técnica y la necesidad de coordinación que requiere el deber de informar. Por ello, se deben de buscar alternativas para adaptar el ejercicio de esta obligación a la realidad práctica, superando la concepción clásica de la información facilitada directamente al interesado, y aprovechando los cambios normativos que introduce el RGPD para permitir un mínimo grado de control de los tratamientos en el escenario transnacional.

2.2. Las exenciones al deber de informar en el Reglamento General de Protección de Datos

2.2.1. ALCANCE Y TIPOS

Como hemos analizado, el ámbito transnacional plantea el reto de alcanzar soluciones que permitan proteger los intereses legítimos de los ciudadanos. Ante la dificultad para informar en determinados contextos, el RGPD contempla una serie de supuestos que eximen al responsable del tratamiento de cumplir con dicho deber, a la vez que trata de garantizar la transparencia en el uso de la información. Así, el deber de informar no será exigible cuando:

1. El interesado ya dispone de la información del tratamiento (40).
2. Se limita expresamente el derecho a ser informado (41).
3. La obtención o la comunicación esté expresamente establecida por el Derecho de la Unión o de los Estados Miembros (42).
4. La comunicación de la información resulta imposible, supone un esfuerzo desproporcionado o puede obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de tal tratamiento (43).
5. Los datos personales deben seguir teniendo carácter confidencial sobre la base de una obligación de secreto profesional (44).
6. Se obtienen los datos para una investigación concreta (45).

Las distintas exenciones pueden ordenarse en función de la intensidad con la que afectan a la transparencia del tratamiento. Así, una posibilidad de jerarquizarlas es atendiendo al nivel informativo que garantizan. Este criterio permite su clasificación de mayor a menor nivel de transparencia como hemos tratado de reflejar en el orden expuesto.

El deber de información es la obligación del responsable del tratamiento que goza de un mayor número de exenciones, sobre todo, durante la obtención de información de los interesados que facilitan terceros. Todos los supuestos que hemos enumerado en este apartado, salvo los dos últimos, tienen en común que el RGPD exige a los responsables que establezcan medidas adecuadas para proteger los intereses legítimos del interesado. Por ello, no podemos perder de vista la idea que subyace a la mayoría de las exenciones que vamos a analizar: cuando se exceptiona el deber, se debe establecer un nivel mínimo de salvaguarda a través de medidas que garanticen la transparencia de los tratamientos.

Ahora bien, hemos de recordar que el Reglamento también garantiza un amplio margen de maniobra en la interpretación de «qué medidas tomar» cuando se exceptúa la obligación de informar, lo que podría permitir un nivel material de protección diferente en los distintos Estados (46). Para su análisis, hemos seleccionado aquellos supuestos de exención que tienen una mayor repercusión durante el intercambio de información transnacional entre los distintos Estados Miembros de la UE.

(40) Artículos 13.4 y 14.5.a) RGPD.

(41) Artículo 23 RGPD.

(42) Artículo 14.5.c) RGPD.

(43) Artículo 14.5.b) RGPD.

(44) Artículo 14.5.d) RGPD.

(45) Artículo 4.9 RGPD y considerando 31 de la Exposición de Motivos del RGPD.

(46) WAGNER, J. y BENECKE, A., «National Legislation within the Framework of the RGPD», *European Data Protection Law Review*, n.º 3, 2016.

2.2.2. CUANDO EL INTERESADO YA DISPONE DE LA INFORMACIÓN

La primera exención que la legislación regula está referida a que no será necesario informar cuando el interesado ya conoce el tratamiento (47). Este supuesto es especialmente relevante cuando terceros facilitan los datos a la Administración tributaria. Es decir, si el responsable del fichero del Estado cedente, encargado de obtener los datos, ya hubiera informado al ciudadano de que su información será transmitida a la Administración tributaria competente en virtud de los instrumentos de cooperación administrativa y, en los términos que exigen los artículos 14 y 15 RGPD, no sería necesario que el Estado cesionario tuviera que volver a informarle en el plazo de un mes. El razonamiento que integra esta exención del deber es lógico. Si ya fue informado el titular del derecho, no tendría sentido exigir al posterior responsable la comunicación de aspectos que ya conoce el interesado.

Para cumplir con dicha exención es necesaria la coordinación entre los Estados Miembros. Desde nuestro punto de vista, la legislación de la UE que regula el intercambio de información, es el instrumento más eficaz para alcanzar este propósito.

Es preciso indicar que esta exención debería interpretarse de manera restrictiva. Es decir, no alcanzaría a exégesis laxas, como concebir que el sujeto quedaría informado si se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban. Es necesario que se traslade toda la información a la que se refieren los artículos 14 y 15 RGPD en sus apartados 1 y 2. El obligado tributario no tiene por qué conocer de antemano cuál es la dirección del responsable de la Administración tributaria de otro país a la que van a ser cedidos sus datos y ante la cuál puede ejercer los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación del tratamiento. Tampoco tiene porque estar al corriente de cuál es la Agencia de Protección de Datos competente para resolver cualquier reclamación que tenga a bien presentar.

Además, el RGPD exige el cumplimiento proactivo de las obligaciones que establece. La Administración tributaria que obtiene o cede la información deberá demostrar la observancia de dicho deber (48).

También es preciso subrayar que la información no puede ser inexacta o genérica. Por lo tanto, no sería suficiente con indicar que los datos podrán ser cedidos a otras administraciones tributarias. En ausencia de una previsión normativa específica, deben cumplirse todos los extremos in-

(47) Artículos 13.4 y 14.5.a) RGPD.

(48) Artículos 5.2 y 24 RGPD.

formativos que hemos indicado para garantizar el control efectivo del uso de los datos a través del conocimiento de quién trata exactamente la información, dónde está, ante quién se pueden ejercer los derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición, etc. Por ello entendemos que las expresiones del RGPD «categorías de destinatarios» y «categorías de datos» no deberían dar lugar, en ningún caso, a una información que impidiera seguir el «rastreo» en el uso de los datos de carácter personal por parte de las distintas administraciones tributarias (49).

Sin embargo, en la actualidad, no se regula la competencia para ejercer este deber derivado de las exigencias comunitarias en los instrumentos de colaboración entre los países, salvo por lo que se refiere al intercambio automático de datos de la Directiva 2014/107/UE de 9 de diciembre, que modificó la Directiva 2011/16/UE de 15 de febrero.

Concretamente, en la mencionada reforma se introdujo el artículo 25 titulado «Protección de datos» de la Directiva 2011/16/UE indicando que «...cada Estado miembro garantizará que toda institución financiera obligada a *comunicar información bajo su jurisdicción comunique a toda persona física (...)* la información sobre ella a que se refiere el artículo 8, apartado 3 bis, será recopilada y transferida con arreglo a la presente Directiva y que *la institución financiera [está] obligada a comunicar información facilite a dicha persona física toda la información a la que deba tener acceso con arreglo a la legislación nacional* de desarrollo de la Directiva 95/46/CE, se facilitará con suficiente antelación para que la persona física pueda ejercer su derecho a la protección de sus datos personales» (50).

Como podemos observar, se exige que las instituciones financieras informen al ciudadano, eximiendo a la Administración tributaria cesionaria de su deber de informar. Sin embargo, no se han articulado instrumentos de desarrollo para garantizar dicha obligación en este supuesto. Únicamente se ha plasmado la mera transposición literal del precepto (51). Ello conlleva que, en la práctica, la eficacia real de la obligación impuesta a las instituciones financieras sea susceptible de mejora.

(49) Sobre la categorización de datos personales, Craddock E., Stalla-Bourdillon S. y Millard D.: «Nobody puts data in a corner? Why a new approach to categorising personal data is required for the obligation to inform», en *Computer Law and Security Review*, n.º 33, 2017, pág. 151.

(50) La cursiva es nuestra. Esta obligación ya ha sido analizada por la doctrina científica: Maryte Somare y Viktoria Wöhrer: «Automatic Exchange of Financial Information under the Directive on Administrative Cooperation in the Light of the Global Movement towards Transparency», *INTERTAX*, Volume 43, Issue 12, 2015, págs. 811-813 y Martínez Giner, L. A., «La información automática de cuentas financieras: nuevos retos de la asistencia mutua en la Ley General Tributaria», en *Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 13, 2016, págs. 145-154.

(51) Véase la Disposición adicional vigésimo segunda que se introdujo en la LGT por la reforma operada por la de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, como consecuencia de la entrada del nuevo estándar internacional de intercambio automático de información financiera.

En el resto de instrumentos de intercambio de información tributaria de la UE, como tendremos la ocasión de examinar, en el mejor de los casos se remiten a la legislación interna para el ejercicio de este deber. Advertimos que esta situación puede resultar problemática debido a la necesaria coordinación que exige entre los Estados Miembros la regulación sobre el cumplimiento de dicha obligación.

2.2.3. EL ARTÍCULO 23 DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

El artículo 23.1 del RGPD contempla la posibilidad de establecer medidas legislativas que eximan de las obligaciones a los responsables, incluido el deber de informar para salvaguardar los intereses económicos en el ámbito fiscal de la UE o de un Estado Miembro (52).

Esta exención tendrá lugar cuando la normativa establezca directamente que el responsable no debe informar al interesado a través del desarrollo de normas con el contenido del artículo 23.2 del RGPD (53). El Reglamento indica que, para que los Estados eximan al responsable de su obligación, deberán emplearse medidas legislativas que contengan, como mínimo, disposiciones específicas relativas a: la finalidad del tratamiento o de las categorías de tratamiento; las categorías de datos personales de que se trate; el alcance de las limitaciones establecidas; las garantías para evitar accesos o transferencias ilícitos o abusivos; la determinación del responsable o de categorías de responsables; los plazos de conservación y las garantías aplicables habida cuenta de la naturaleza, el alcance y los objetivos o categorías del tratamiento; los riesgos para los derechos y libertades de los interesados y su derecho a ser informados sobre la limitación, salvo que pueda ser perjudicial para sus fines.

Recordemos que, a diferencia de los requisitos que se exigen para que el tratamiento sea legítimo, y donde el Reglamento en su artículo 6.2 urge de manera voluntaria a que los Estados Miembros regulen los detalles del tratamiento, en el caso de la exención del deber de informar, el artículo 23.2 no contiene una premisa de carácter voluntario sino de naturaleza imperativa, que debe ser establecida en los términos de contenido mínimo que hemos indicado. Si se cumple dicho mandato, el responsable del tratamiento en la Administración tributaria quedará exento de su deber, puesto que el interesado ya se encuentra informado de las condiciones en las que podrán ser empleados sus datos con un mínimo grado de certeza.

(52) Véase el Considerando 73 del RGPD.

(53) Ello se debe a que el artículo 23.2.c) establece la obligación de indicar el alcance de las limitaciones establecidas.

Si bien estas medidas otorgarán una mayor flexibilidad al responsable del tratamiento, puesto que no deberá proporcionar a los ciudadanos información concreta acerca del uso de sus datos personales, ya que los tratamientos quedarán publicados con suficiente detalle, no es menos cierto que se corre el riesgo de no ofrecer información exacta acerca del tratamiento de los datos de los ciudadanos, imposibilitándoles que realicen un control del uso de su información *real*. Este tipo de normas ofrecen una *foto estática* sobre el tratamiento que es adecuada, desde nuestro punto de vista, para eximir del deber de informar. Pero recordemos que otras garantías, como el derecho de acceso, que permite el control externo al tratamiento y que ofrece información dinámica, en *tiempo real*, sobre el uso de los datos (qué datos conoce la administración, cuándo han sido transmitidos, a quién exactamente, etc.) podrían perder toda su efectividad.

El desarrollo de medidas de este tipo requerirá de una intensa actividad reguladora por parte de los Estados Miembros. Además, no será necesario que esta información esté recogida en una norma con rango de ley, el RGPD no exige un acto legislativo adoptado por un parlamento, sin perjuicio de los requisitos de conformidad con el ordenamiento constitucional del Estado miembro de que se trate(54). No obstante, dicha base jurídica o medida legislativa debe ser clara y precisa, y su aplicación previsible para los interesados de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y del TEDH(55).

En la actualidad, no hemos encontrado ninguna disposición que cumpla con dichos requisitos en el contexto del intercambio de información tributaria. Entendemos que dada la complejidad de los tratamientos lo ideal sería que, independientemente de su desarrollo nacional, la base de estas medidas estuviera regulada en la normativa de la UE.

2.2.4. EL TRATAMIENTO QUE EXPRESAMENTE SE ENCUENTRA REGULADO EN UNA NORMA NACIONAL O DE LA UNIÓN EUROPEA

El RGPD, siguiendo la regulación de la Directiva 95/46/CE, permite liberar al responsable del tratamiento cuando la obtención o la comunicación de los datos estén expresamente establecidas por el Derecho(56). Sin embargo, a diferencia de la Directiva, introduce dos novedades: no

(54) Por ejemplo, en España los tribunales y la Agencia Española de Protección de Datos vienen exigiendo que la exención de la obligación se encuentre expresamente en una norma con rango de ley.

(55) Considerando 41 del RGPD.

(56) Artículos 14.5.c) del RGPD y 11.2 de la Directiva 95/46/CE.

hace referencia al término ley en sentido estricto e indica que, además, será necesario tomar medidas para proteger los intereses legítimos del sujeto protegido.

Desde nuestro punto de vista, esta es una de las exenciones que será más empleada durante las transmisiones de los datos tributarios de carácter personal entre los distintos países de la UE. Las Administraciones podrán ampararse en la legislación que ya existe para evitar informar a los interesados, ya que la ley, como analizaremos posteriormente, contempla la operación de obtención o comunicación de los datos en todos los casos.

Dicha exención plantea tres aspectos problemáticos que hemos de analizar: uno formal (qué norma ampara la publicación de la cesión u obtención), otro material, respecto al alcance del término «expresamente» (qué contenido se debe regular) y, por último, aquel relacionado con el equilibrio que se trata de mantener (qué medidas alternativas pueden proteger los intereses legítimos de los ciudadanos ante la exención).

Respecto al aspecto formal, esto es, qué tipo de norma atiende a la expresión «cuando la obtención o la comunicación esté expresamente establecida por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros». La AEPD(57), sobre la interpretación de la proyección nacional de la exención de la Directiva 95/46/CE, ha venido manteniendo un criterio uniforme. La exigencia de forma se refiere a que la habilitación debe estar prevista por una norma con rango de ley, sin que quepa su legitimación a través de normas de «valor» inferior (58).

Sin embargo, parece que el RGPD implementa un cambio de paradigma respecto de la interpretación del aspecto formal, flexibilizándolo notablemente, quizás, en parte, para adaptar el ejercicio del deber a la realidad práctica que supone que taxativamente todas las obligaciones de información y transmisiones de datos en el contexto tributario debieran estar *expresamente* establecidas por una norma con rango de ley, sin dejar, en principio, cabida a una norma de carácter reglamentario que, gozando de la misma publicidad que una ley, podría cumplir mejor con los requisitos materiales.

Desde nuestro punto de vista, el RGPD sigue un criterio material y no formal; criterio sugerido en diversas ocasiones por los Abogados Genera-

(57) Agencia Española de Protección de Datos.

(58) Recordemos que la Directiva indicaba en su artículo 11.2 que dicha exención se aplicaba cuando «...el registro o la comunicación a un tercero estén expresamente prescritos por ley». Véanse los siguientes informes de la AEPD: 0060/2004, pág. 2: «...recogido expresamente en una norma con rango de Ley»; 0397/2008, pág. 3: «...expresamente previsto en una norma con rango de Ley»; 0271/2012, pág. 4: «...sin que quepa la habilitación por normas de valor inferior a la ley».

les en sus opiniones, véanse, por ejemplo, las Conclusiones de Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de abril de 2011, en el Asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA contra Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)* (59) y de Henrik Saugmandsgaard Øe, presentadas el 19 de julio de 2016, en los asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, *Tele2 Sverige AB contra Post- och telestyrelsen* (60).

El artículo 14.5.c) del RGPD indica que no será necesario informar a los ciudadanos «[cuando] la obtención o la comunicación esté expresamente establecida [por el Derecho de la Unión o de los Estados Miembros]». Como podemos observar, ya no se hace referencia al término ley de la Directiva 95/46/CE que indicaba que «...el registro o la comunicación a un tercero [debían estar] expresamente prescritos por ley» (61), sino a «Derecho de la Unión o de los Estados Miembros». Además, como hemos analizado en el apartado anterior, el considerando 41 del RGPD establece que la medida legislativa no implica necesariamente un acto legislativo adoptado por un parlamento. Los únicos requisitos que debe cumplir la medida legislativa es que sea clara, precisa y su aplicación previsible para los interesados.

Como anticipábamos, desde el punto de vista material debemos reflexionar sobre qué contenido debe tener la norma para cumplir con la expresión «... cuando la comunicación esté *expresamente* establecida por el Derecho de la Unión o de los Estados Miembros» (62). Nos encontramos ante el reto de determinar los requisitos que debe cumplir la disposición legislativa para que pueda considerarse que la operación de tratamiento está prevista *expresamente*.

Es preciso tener en consideración que esta previsión normativa no se concibe como una limitación del derecho fundamental, sino como una exención del deber en la que se establece un nivel distinto de publicidad sobre el tratamiento en la norma que habilita «expresamente» la comunicación de los datos. Si los preceptos que anunciamos fueran concebidos como limitaciones al derecho a la protección de datos, entonces debería tenerse en cuenta el contenido informativo establecido en el artículo 23.2 del RGPD.

Ahora bien, puede llamar la atención que una limitación del derecho implique la aprobación de una norma que goce de mayor contenido material que el supuesto de liberación al responsable del deber de informar. En estos casos de exención, el interesado gozaría de menos ele-

(59) Apartados 94-100.

(60) Apartados 137-154.

(61) El texto entre corchetes es nuestro.

(62) La cursiva del término es nuestra.

mentos informativos sobre el tratamiento de sus datos que cuando nos encontramos ante la limitación del derecho prevista en el artículo 23 del RGPD.

En España, el Gabinete Jurídico de la AEPD ha tratado de dar una solución a estos problemas. De sus informes puede extraerse que, para eximir del deber de informar al responsable del tratamiento, bastaría con que la norma contemplase la operación de tratamiento, una relación de los sujetos que podrán obtener, acceder o ceder la información personal, el motivo y los datos concretos que se obtienen o transmiten (63).

Entendemos que, en el ámbito tributario, la exoneración del deber de informar del responsable requiere que la norma sea transparente y precisa, contemplando los aspectos nucleares que permiten informar al interesado sobre la situación de sus datos personales.

Este grado de certeza, esa previsión taxativa y expresa del supuesto que libera del deber de informar, tendría que contemplar como mínimo los datos tratados, los fines del tratamiento y sus destinatarios. En consecuencia, podrá legitimarse materialmente la exención cuando, cumpliendo estos requisitos materiales de publicidad y transparencia, la información personal no provenga del interesado.

El GT 29 ya indicó que, cuando más complejo es el tratamiento, más difícil le es al ciudadano entenderlo. Ello requiere un mayor esfuerzo por parte del responsable del tratamiento para demostrar que el ciudadano puede comprenderlo. El intercambio de información transnacional requiere, por tanto, un mayor esfuerzo para alcanzar la transparencia y que los ciudadanos puedan controlar el tratamiento de sus datos (64).

En este contexto, es especialmente relevante la STJUE de 1 de octubre de 2015, C-201/14, *Smaranda Bara y otros*, puesto que hasta la fecha de la realización de la presente investigación es la única que ha resuelto una cuestión prejudicial relacionada con el deber de información entre administraciones públicas. Recordemos que la comunicación de datos entre las distintas administraciones tributarias de la UE se rige por las mismas reglas que una cesión entre administraciones sitas en el mismo Estado. Por lo tanto, este pronunciamiento, aunque sea de carácter puramente nacional, nos permite arrojar algo de luz a la interpretación de los requisitos materiales que permiten eximir al responsable del deber de informar desde el punto de vista del TJUE.

Dicho lo anterior, la STJUE, de 1 de octubre de 2015, asunto C-201/14, trata un supuesto de transmisión de datos tributarios de carácter personal entre administraciones públicas, en el que se examina, en detalle, la

(63) Véanse los informes 0060/2004, 83/2006, 125/2006, 0039/2007, 0221/2008, 0397/2008, 0468/2010 y 0271/2012.

(64) Extraído de GT 29: «*Opinion 15/2011 on the definition of consent*», pág. 20.

adecuación del presupuesto de hecho que contempla la ley para limitar el principio de información, de acuerdo con lo exigido en la Directiva 95/46/CE. Esta cuestión es de sumo interés, puesto que el TJUE se pronuncia sobre un caso de intercambio de información entre administraciones públicas evaluando las exigencias materiales y formales de la operación de tratamiento, para eximir al responsable de su deber de informar (65).

La STJUE de 1 de octubre de 2015, C-201/14, tuvo lugar a raíz de una cuestión prejudicial planteada por la Corte de apelación de Rumanía (Curtea de Apel Cluj). La controversia sobre la que versa el litigio principal se originó tras la obtención, por parte de la Agencia Nacional de la Administración Tributaria, de información tributaria de carácter personal relativa a los ingresos de unos trabajadores por cuenta ajena que, posteriormente, se transmitió a la luz del artículo 315 de la Ley n.º 95/2006 sobre la reforma del sector sanitario, a la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad (66).

Dicho tratamiento de datos tenía como finalidad que la Administración cesionaria pudiera calcular las liquidaciones de las cotizaciones pendientes de ingreso de los trabajadores por cuenta ajena, en base al artículo 35 de la Orden n.º 617/2007 del Presidente de la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad, de 13 de agosto de 2007 (67).

Los recurrentes en el litigio principal impugnaron, ante la Corte de Apelación de Rumanía que posteriormente planteo la cuestión prejudicial ante el TJUE, los diferentes actos administrativos en virtud de los cuales la Administración tributaria transmitió a la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad, la información personal necesaria para la elaboración de esas liquidaciones. Para ello invocaron que la obtención y posterior cesión de sus datos personales se había realizado incumpliendo lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE. Según los recurrentes, no habían dado su consentimiento expreso y tampoco habían sido informados por ninguna de las dos administraciones intervinientes en el tratamiento de sus datos personales (68).

Entre la información enviada, se transmitieron datos con trascendencia tributaria de carácter personal como las clases de ingreso que habían

(65) Sobre la notoriedad de este pronunciamiento, véase el dictamen del GT 29, de 16 de diciembre de 2015: «Guidelines for Member States on the criteria to ensure compliance with data protection requirements in the context of the automatic exchange of personal data for tax purposes», pág. 4, la Nota sobre el cumplimiento del deber de información en las comunicaciones entre administraciones públicas, de la Agencia Catalana de Protección de Datos, publicada el 30 de marzo de 2016, a raíz de la STJUE que analizamos y el Dictamen de esta misma Agencia, CNS 20/2016.

(66) Véase el Apartado 11 de dicha Sentencia.

(67) Extraído del Apartado 12 de la Sentencia y el Apartado 10 de las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 9 de julio de 2015.

(68) Véase el Apartado 12 de las Conclusiones y el Apartado 15 de la STJUE.

obtenido los trabajadores, los tributos pagados, la categoría de contribuyente que ostentaban y los apellidos y nombre.

El TJUE se basó en dos argumentos para justificar que la habilitación legal, que proporciona el citado artículo 315, no podía sustituir al deber de información: por una parte, dicho precepto no se consideró una «información previa y suficiente» (69), puesto que el presupuesto de hecho de la norma rumana no contemplaba siquiera los datos relativos a los ingresos como requisito para adquirir la condición de asegurado (70); por otra parte, tampoco podrían aplicarse a este caso los artículos 11.2 y 13 de la Directiva 95/46/CE, que permiten limitar el derecho de los interesados «cuando prevalezca un interés económico y financiero importante de un Estado miembro (...), incluidos los asuntos (...) fiscales» o «una función de control, de inspección...» (71), puesto que el TJUE indicó que, para que pudieran emplearse estos presupuestos habría sido necesario que las operaciones de tratamiento se hubieran adoptado mediante medidas legales claras que contemplaran, entre otros aspectos, la definición de los datos que podían transmitirse y las disposiciones de aplicación durante su transmisión. En este caso, dichos aspectos estaban regulados en el Protocolo de 2007, que no es público y carece de rango normativo suficiente (72).

Lo dicho hasta aquí supone que, el hecho de que la transmisión de los datos se produzca entre instituciones públicas, que actúan en cumplimiento de las obligaciones generales de colaboración establecidas por las disposiciones de la Ley rumana n.º 95/2006, con el desarrollo específico del Protocolo de 26 de octubre de 2007, no puede eximir a las instituciones de tratar de manera transparente y leal los datos personales informando de dicho tratamiento a los interesados (73).

El argumento señalado, que comparten en esta resolución el TJUE y el Abogado General, es significativo porque configura *ex profeso* al objeto de intercambio (la definición de los datos) como un elemento que debe estar regulado en el presupuesto de la norma. Es decir, si la ley que ampara la operación de tratamiento no es clara y expresamente no se menciona el tipo de información tributaria que se intercambia, debería cumplirse con el deber que analizamos cuando se obtienen o se transmiten

(69) Los artículos 10.1 y 11.1, de la Directiva 95/46/CE establecen que no se deberá informar al interesado cuando los datos se captan directamente del interesado siempre que «...ya hubiera sido informada de ello».

(70) Apartados 37 y 38 de la STJUE.

(71) Véase el artículo 13.1, letras e) y f), de la Directiva 95/46/CE.

(72) Véase el Apartado 40 de la STJUE y el Apartado 39 de las Conclusiones.

(73) Véanse los apartados 39 a 41 de la STJUE. En el mismo sentido, Apartado 83 de las Conclusiones del Abogado General sobre dicho asunto.

los datos personales. Además, la remisión a una norma de carácter inferior a la ley, que ni siquiera goza de publicidad para establecer los elementos esenciales de la operación de tratamiento, tampoco es acorde a lo exigido en la Directiva 95/46/CE según el TJUE (74).

El argumento que emplea el TJUE va en la línea de lo que expresamos en este apartado, reafirmando nuestra posición acerca de la exención del deber de información. La habilitación normativa debería constituir «una información previa [suficiente] (75) que pueda dispensar al responsable del tratamiento de su obligación de informar a las personas de quienes recaba los datos relativos a sus ingresos sobre los destinatarios de dichos datos» (76).

Dicho lo anterior, una interpretación *a sensu contrario* de las consideraciones vertidas por el TJUE en la Sentencia de 1 de octubre de 2015, permitiría considerar que la limitación del deber de información hubiera cumplido con las exigencias de la Directiva 95/46/CE, si los aspectos claves contenidos en el artículo 4 del Protocolo rumano de 2007 que desarrolla el intercambio y contempla los datos comunicados hubieran estado en una base legal accesible y previsible, en conjunción con lo ya establecido en el precepto 315 de la Ley rumana n.º 95/2006.

Como hemos tenido ocasión de examinar, el presupuesto legal que configura la operación de cesión entre las distintas administraciones en dicha norma, establece los sujetos que intervienen y la finalidad del intercambio, pero no amparaba la definición de los datos que se transmitieron.

Por ello, estos son los aspectos esenciales que, a nuestro juicio, deben integrar las normas tributarias que regulen el intercambio de información internacional para eximir al responsable del tratamiento de su deber de informar.

Como adelantábamos, junto al aspecto formal y material, es necesario que el responsable del tratamiento adopte medidas apropiadas para proteger los intereses de los sujetos protegidos (77). Sin embargo, el RGPD no establece en ningún caso qué debe entenderse respecto al concepto de «medidas adecuadas», sólo se indica que deberán regularse en el Derecho de la Unión o de los Estados Miembros.

Desde nuestro punto de vista, hubiera sido deseable que, un aspecto tan esencial, se concretara o definiera, estableciendo un mínimo contenido, como sucede, por ejemplo, con la elaboración de perfiles que re-

(74) SCHENDEL, S.: «Determining the Scope of Exemptions from Data Subjects' Rights to Process Tax Data», *European Data Protection Law Review*, n.º 2, 2016, pág. 257.

(75) La inclusión de este inciso en la cita del TJUE es nuestra.

(76) Véase el apartado 38.

(77) Artículo 14.5.c) del RGPD.

gula el propio RGPD (78). La posibilidad de admitir «cualquier medida que proteja los intereses del sujeto protegido» dará lugar a un nivel distinto de protección en cada uno de los Estados y, posiblemente, a un mayor conflicto, dejando en manos de las autoridades de protección de datos y tribunales competentes la interpretación sobre el alcance de dicha expresión. A nuestro juicio, una medida eficaz sería publicar el registro de las actividades de los tratamientos en las plataformas web de las distintas autoridades fiscales (79). Junto a estos datos deberían facilitarse fórmulas que permitieran a los interesados ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y limitación del tratamiento ante los responsables de las distintas administraciones tributarias (80). Ello garantizaría la transparencia y el control del uso de los datos.

2.2.5. CUANDO LA INFORMACIÓN AL INTERESADO RESULTE IMPOSIBLE O EXIJA ESFUERZOS DESPROPORCIONADOS

El siguiente supuesto de exención del deber tiene lugar cuando la comunicación de dicha información «exija esfuerzos desproporcionados o resulte imposible cumplir» (81). En particular, el Reglamento, siguiendo la exención que ya se regulaba en la Directiva 95/46/CE (82) se refiere a las situaciones en las que el tratamiento se realice con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos; pero no se excluye su aplicabilidad también a otros supuestos (83). Por lo tanto, es preciso estudiar si las operaciones de tratamiento de datos, cuando se comunica información entre los distintos Estados Miembros, podría encajar en esta modalidad de exención.

Es preciso destacar con carácter previo que, en tales casos de exención, el responsable debe adoptar medidas adecuadas para proteger los derechos, libertades e intereses legítimos del interesado, inclusive, como reconoce el RGPD, haciendo pública la información. Es importante desta-

(78) Artículo 22.3 del RGPD: «...el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión».

(79) La información a la que nos referimos podría ser la exigida para cumplir con el registro de actividades del tratamiento que contempla el artículo 30 del RGPD.

(80) L'HOIRY, X. D. y NORRIS, C.: «The honest data protection officer's guide to enable citizens to exercise their subject access rights: lessons from a ten-country European study», *International Data Privacy Law*, n.º 5, 2015, pág. 196.

(81) Véase el artículo 15.1.b) del RGPD.

(82) Artículo 11.2 de dicha norma.

(83) Véase el considerando 62 del RGPD.

car que, en este caso, no se remite a que las medidas protectoras se incorporen en la norma, como sucedía en el presupuesto de exención que hemos estudiado en el epígrafe anterior, sino que es el responsable del tratamiento quien debe adoptarlas.

Por lo tanto, el responsable del fichero podrá quedar liberado cuando, como consecuencia del «número de interesados», «de la antigüedad de los datos», y las «garantías adoptadas», el deber de informar «resulte imposible» o exija «esfuerzos desproporcionados» en conjunción con la valoración de la utilización de otras «medidas compensatorias que debe adoptar el responsable» (84).

De nuevo, el RGPD no concreta quién debe determinar cuándo el deber de informar «resulta imposible o exige esfuerzos desproporcionados» y se remite indirectamente al desarrollo de normativa nacional para que el legislador articule, en cada caso, los procedimientos pertinentes para concretarlo.

En España, la normativa de desarrollo de la Directiva 95/46/CE (85) encomienda dicha calificación en base a la valoración positiva de la AEPD, una vez que el responsable ha realizado la petición que debe contener una relación exhaustiva de datos entre los que han de hallarse los relativos a: «a) Identificar claramente el tratamiento de datos al que pretende aplicarse la exención del deber de informar; b) Motivar expresamente las causas en que fundamenta la imposibilidad o el carácter desproporcionado del esfuerzo que implicaría el cumplimiento del deber de informar; c) Exponer detalladamente las medidas compensatorias que propone realizar en caso de exoneración del cumplimiento del deber de informar; d) Aportar una cláusula informativa que, mediante su difusión, en los términos que se indiquen en la solicitud, permita compensar la exención del deber de informar» (86).

(84) Véase el considerando 62 del RGPD y, en el contexto nacional, confróntese la postura de GUICHOT REINA, E., *Datos personales y Administración Pública*, op. cit., pág. 389 respecto a las medidas compensatorias: «[e]sta última está llamada, a nuestro juicio, a tener gran aplicación en los procedimientos administrativos en masa (así, piénsese en las informaciones en materia tributaria o de seguridad social transmitidas por los respectivos empleadores), bien que, para recurrir a ella, es necesario un acto administrativo dictado por la APD o la correspondiente agencia autonómica que lo autorice, tramitando el correspondiente procedimiento que, sin embargo, no parece deba notificarse a los afectados, pese a que su derecho a ser informado esté en juego...».

(85) Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Recordemos que dicha norma está en proceso de ser derogada por la nueva legislación de protección de datos que deberá aprobarse antes de mayo de 2018 por la aplicabilidad del RGPD.

(86) Véanse los artículos 153-156 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Véanse los informes de la AEPD 0000/2002 y 685/2008 sobre el procedimiento para obtener la exención sobre el deber de informar.

Debemos insistir en que este supuesto de exención del deber de información es una medida excepcional (87). Hasta la fecha, ninguna Administración tributaria en el ámbito nacional se ha acogido a ella. Aun así, dada la complejidad de los intercambios de información transnacionales, entendemos que el caso podría darse, siempre que se tomen medidas adecuadas para proteger los intereses de los sujetos protegidos de manera efectiva garantizando el tratamiento transparente de sus datos.

2.2.6. LOS TRATAMIENTOS REALIZADOS EN EL MARCO DE INVESTIGACIONES CONCRETAS

El artículo 4.9) del RGPD introduce una importante excepción respecto a la cesión de los datos, al considerar que el término «destinatario» no alcanza a las autoridades públicas que puedan recibir la información personal en el marco de una investigación tributaria concreta (88). Este precepto afecta especialmente a la modalidad de obtención de datos previa solicitud que regulan las distintas normas de cooperación administrativa e intercambio de información.

La «ficción jurídica» que contempla este supuesto implica que la Administración tributaria, cuando obtiene los datos del Estado cedente no es un nuevo destinatario. Ello tiene consecuencias respecto de los presupuestos legitimadores del tratamiento y el deber de información.

Es decir, al no considerarse cesión por no existir destinatario, sino una aparente «reutilización de los datos para fines compatibles», no se considera necesario un nuevo presupuesto legitimador. En este contexto tampoco lo sería una norma que «expresamente» contemple la operación de comunicación, permitiendo al responsable de la Administración tributaria cesionaria quedar exento del deber de informar. Ello conlleva una reducción de las garantías que impone el derecho a la protección de datos en aras a la protección del interés general y a una mayor flexibilidad durante investigaciones concretas.

Como hemos indicado, en el ámbito tributario, este precepto tiene consecuencias respecto de los requerimientos rogados o individualizados de información a otros países en supuestos de comprobación e investigación de las actividades los obligados tributarios, que no llegarían a considerarse comunicaciones de datos.

(87) En este mismo sentido apunta la jurisprudencia, en particular la STS, de 3 de octubre de 2014, recurso de casación 6153/2011, fjs. 3 y 5. Así se desprende a la vista del escaso número de autorizaciones que la AEPD otorga cada año. Véanse las siguientes resoluciones: R/00241/2015, R/02101/2014, R/01264/2014, R/01870/2012, R/01302/2011, R/01143/2010, R/01225/2010, R/01144/2010, R/00979/2010; y los expedientes: A5-00004-2013, A5-00003-2013, A5-00002-2013, A5-00001-2013, A5/00005/2009, A5-00001-2009, PR-00001-2007, PR-00001-2006, PS-00103-2005, PS-00172-2005.

(88) Considerando 31 de la Exposición de Motivos del RGPD.

Sin embargo, como una interpretación amplia podría llevar a no aplicar las garantías esenciales de la legislación que examinamos, en la exposición de motivos del RGPD se establecen las pautas que deben cumplir las solicitudes presentadas por las autoridades públicas para este fin, las cuales siempre deben presentarse por escrito, de forma motivada y con carácter ocasional. Además, tales solicitudes no deben referirse a la totalidad de un fichero, ni dar lugar a la interconexión de varios, los datos que se recaban deben ser concretos (89).

Esta excepción también está condicionada a que el tratamiento de datos personales por dichas autoridades debe respetar escrupulosamente los principios relativos a la finalidad del tratamiento. Es decir, en estos casos adquiere especial relevancia el artículo 5.c) del RGPD sobre la «limitación de la finalidad», que exige que los datos recogidos sean empleados con fines determinados, explícitos y legítimos, y prohíbe ulteriores usos con fines incompatibles.

En este sentido, durante la modalidad de obtención de datos, previa solicitud, en todas las normas de la UE que regulan la cooperación administrativa y el intercambio de información, son numerosas las que incluyen la expresión «*podrá* incorporar un informe motivado» (90). A nuestro juicio, en dicha expresión sería recomendable sustituir el término *podrá* por *deberá* de aportarlo en cualquier caso. Ello eximiría a la Administración tributaria de cumplir siempre con las exigencias del RGPD respecto deber de informar y respetaría, en mayor medida, el principio de calidad de los datos. Además, sería conveniente que se incorporara una mención expresa al carácter ocasional de la solicitud y que, en todo caso, debe regir el principio de limitación de la finalidad del RGPD. Así se garantizaría una mayor seguridad jurídica permitiendo no considerar al Estado cesionario como destinatario y, por lo tanto, aplicar adecuadamente la excepción del artículo 4.9) del RGPD.

3. Estado actual de la situación en las principales normas tributarias a la luz de la doctrina del Supervisor Europeo de Protección de Datos

En actualidad disponemos de un amplio sistema normativo que permite el intercambio de datos personales a través de los diversos reglamentos y directivas de la UE. Hemos seleccionado una muestra represen-

(89) Hubiera sido deseable que las instrucciones que se contienen en el considerando 31 de la Exposición de Motivos del RGPD se hubieran incorporado al artículo 4 (9).

(90) Véanse los artículos 7.4 del Reglamento 904/2010 del Consejo, de 7 de octubre de 2010, 6.2 de la Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero de 2011 y 8.3 del Reglamento 389/2012 del Consejo, de 2 de mayo de 2012.

tativa de dichas normas para su análisis, que incluye: (i) el Reglamento 904/2010 del Consejo, de 7 de octubre de 2010, relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido; (ii) la Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad de los impuestos directos, así como a los impuestos indirectos aún no cubiertos por la legislación de la UE; (91) (iii) y el Reglamento 389/2012 del Consejo, de 2 de mayo de 2012, sobre cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales y por el que se deroga el Reglamento (CE) 2073/2004.

Todos estos instrumentos contemplan la transmisión de información personal como examinamos en otro trabajo (92). Tras haber estudiado el régimen normativo que impone el deber de informar, en este momento, nuestro objetivo es señalar las particularidades que establece la normativa mencionada respecto al deber de informar y la posición del SEPD.

En el seno de la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del IVA, el Reglamento (UE) 904/2010 del Consejo, de 7 de octubre de 2010, establece la posibilidad de que los Estados Miembros limiten los distintos derechos y obligaciones que establece la legislación sobre protección de datos personales en base la Directiva 95/46/CE.

Ahora bien, esta norma hace una alusión general en la que no se indican ni los supuestos específicos de exención del deber, ni tampoco de la limitación del resto de los derechos y obligaciones. En relación con el derecho a ser informado, la regulación no contempla ninguna particularidad acerca de cómo ha de informarse a los obligados tributarios. La única referencia a la normativa sobre protección de datos, al margen de la limitación de carácter general que prevé su considerando 26, se produce en los artículos 16 (información de retorno) y 31 (información sobre los sujetos pasivos). En ambos casos se remite a las reglas nacionales que cada país hubiera desarrollado sobre los datos que se intercambian.

(91) La Directiva ha sido modificada en numerosas ocasiones, véase Council Directive 2014/107/EU of 9 December 2014 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation; Council Directive (EU) 2015/2376 of 8 December 2015 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation; Regulation (EU) 2015/2378 of 15 December 2015 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Implementing Regulation (EU) No 1156/2012; Council Directive (EU) 2016/881 of 25 May 2016 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation; y Council Directive (EU) 2016/2258 of 6 December 2016 amending Directive 2011/16/EU as regards access to anti-money-laundering information by tax authorities. Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements.

(92) OLIVARES OLIVARES, B.D., *La protección de los datos personales de los obligados tributarios durante su captación en el contexto nacional y de la Unión Europea*, Tesis doctoral inédita, Universidad Miguel Hernández, 2016, págs. 419-429.

El propio SEPD criticó duramente la ausencia del desarrollo del ejercicio del deber de información y expresó que: «[l]os artículos 10 y 11 de la Directiva 95/46/CE contienen la obligación de que el responsable del tratamiento informe al interesado antes de la obtención de los datos, o, cuando los datos no han sido recabados del propio interesado, en el momento del registro de los datos. Puede considerarse que estas disposiciones desarrollan el principio general de transparencia, que forma parte de la lealtad del tratamiento exigida en el artículo 6, apartado 1, letra a) de la Directiva 95/46/CE. El SEPD ha comprobado que la propuesta no contiene otras disposiciones que se remitan al principio de transparencia, por ejemplo sobre el modo en que el sistema se pone en conocimiento del público en general o la manera en que se informará a los interesados acerca del tratamiento de sus datos. Por consiguiente, el SEPD insta al legislador a que adopte una disposición en la que se aborde la cuestión de la transparencia de la cooperación y de los sistemas de apoyo» (93).

La opinión de dicha autoridad no fue tomada en cuenta, por lo que en la actualidad sigue sin coordinarse en dicho instrumento la aplicación del deber de información. Ante la ausencia de una regulación específica, cuando el responsable del tratamiento obtiene información de los obligados tributarios proporcionada por terceros, debería de informarse a los interesados, salvo que ya hubieran sido informados durante la obtención de sus datos por el país cedente o que la operación de tratamiento pudiera enmarcarse en alguna de las exenciones que ya hemos examinado.

En el ámbito de los impuestos especiales, el Reglamento (UE) 389/2012 del Consejo, de 2 de mayo de 2012, sobre cooperación administrativa, reconoce expresamente en el artículo 28.4 que durante el tratamiento de la información personal se atenderá a las disposiciones que hubieran desarrollado «...los Estados Miembros en aplicación de la Directiva 95/46/CE». Por lo tanto, existe una delegación expresa en esta materia a los Estados. Además, se reconoce expresamente la posibilidad de que los Estados Miembros limiten, en aras de la correcta aplicación de la norma, el alcance de las obligaciones y derechos previstos en el artículo 10 y el artículo 11, apartado 1, de la Directiva 95/46/CE, entre otros. Es decir, se prevé la posibilidad de liberar al responsable del tratamiento del deber de informar a los obligados tributarios durante la obtención de los datos. Hasta la fecha en nuestra legislación no se ha establecido ninguna norma que ampare expresamente la exención de esta obligación o la restricción directa del derecho fundamental.

(93) Dictamen sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido de 13 de marzo de 2010, apartado 54 del documento.

Al igual que sucedió con el Reglamento 904/2010 de cooperación administrativa, en el ámbito del IVA, el SEPD también criticó la inclusión de esta limitación el 3 de marzo de 2012, en su Dictamen sobre la propuesta de Reglamento del Consejo sobre cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales. En este indica que dicha limitación es desproporcionada y que deben especificarse las situaciones específicas en que será necesaria(94). Por lo tanto, la ausencia de regulación específica en el Reglamento y en la normativa interna de desarrollo, nos debe conducir a la misma conclusión que alcanzamos en el anterior apartado: la Administración tributaria tendrá que aplicar las reglas generales en esta materia. Es decir, salvo que pueda aplicarse algún supuesto de exención del deber, deberá de informar a los obligados tributarios del contenido del artículo 15.1 RGPD.

Por último, la Directiva 2011/16/UE establece en el considerando número 27 que: «...las limitaciones que implica esta norma son necesarias y proporcionadas con vistas a la pérdida potencial de ingresos de los Estados Miembros y a la crucial importancia de la información contemplada en la presente Directiva para la eficacia de la lucha contra el fraude» (95). Como podemos observar, la Directiva continúa con la tónica general de la normativa europea en el contexto tributario, contemplando las posibles limitaciones al derecho fundamental.

Junto a este considerando, su artículo 25 indica que puede limitarse la obligación de informar al interesado de los datos que no han sido recabados de éste. Este supuesto implica que el responsable de la Administración tributaria cesionaria podría no tener que informar a los interesados(96). Ahora bien, la legislación española no ha contemplado una limitación expresa en estos casos como ya hemos analizado. De producirse en el futuro debería de cumplir con el mandato del artículo 23.2 del RGPD.

Recordemos que tanto el artículo 6.1 a) de la Directiva 95/46/CE como el precepto 5 del RGPD establecen que todos los datos deben ser tratados de manera transparente. Precisamente, la regulación del derecho a ser in-

(94) Véase el apartado 19 de dicho dictamen.

(95) Este considerando fue introducido tras la crítica por parte del Supervisor Europeo de Protección de Datos en el apartado 33 de su Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (2010/C 101/01). El propio Supervisor, en el apartado 7, de su Dictamen ya criticó severamente la falta de normas relativas a la protección de datos en la propuesta: «...la propuesta actual es un claro ejemplo de la falta de conocimiento en materia de protección de datos, ya que esta cuestión se ha soslayado casi por completo. Por lo tanto, la propuesta contiene varios elementos que no respetan las obligaciones aplicables en materia de protección de datos».

(96) Esta fue otra de las modificaciones que se introdujeron, también contemplada en el apartado 33 del Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (2010/C 101/01) del Supervisor Europeo sobre Protección de Datos.

formado es considerada una proyección de este principio. Ésta sirve al fin de informar a los sujetos propietarios de la información acerca de la identidad del responsable y el propósito del tratamiento de sus datos. Además, estos artículos indican que los titulares deben conocer cuáles son los ficheros de datos sobre los que pueden ejercer sus derechos de acceso y rectificación. Todo ello con el objetivo de que el titular del derecho pueda identificar en qué contexto está teniendo lugar el tratamiento de su información (97).

El 5 de noviembre de 2013, el SEPD, en su comentario acerca de la propuesta de reforma del artículo 8 de la citada Directiva de cooperación administrativa, ya advirtió que ni la actual Directiva, ni siquiera la nueva propuesta de reforma contenía previsiones que indicaran cómo debe articularse el principio de transparencia en la práctica; por ejemplo, cómo se debe comunicar el intercambio de información a los interesados a largo plazo o cómo los sujetos titulares podrán ser informados sobre el tratamiento al que serán sometidos sus datos. (98)

Tras este comentario, el legislador modificó el artículo 25 de la Directiva de cooperación administrativa a través la modificación operada por la Directiva 2014/107/UE de 9 de diciembre, que introdujo como principal novedad la obligatoriedad del intercambio automático de información como ya hemos estudiado anteriormente.

En este sentido, siempre que la entidad financiera informe al interesado en los términos que indicamos cuando analizamos el contenido material del deber de información, la Administración tributaria cesionaria quedará exenta de su deber de informar.

Como podemos observar, la Directiva incorpora la única norma de coordinación del deber y únicamente para la modalidad de intercambio automático de información. En el resto de supuestos, la normativa tributaria se remite en el mejor de los casos al desarrollo nacional para eximir a los responsables (99). Como ya hemos tenido la ocasión de analizar, a nuestro juicio y en estos casos, la exención predominante será la regulada en el artículo 14.5.c) del RGPD: «...obtención o la comunicación esté expresamente establecida por el Derecho de la Unión o de los Estados Miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca medidas adecuadas para proteger los intereses legítimos del interesado».

(97) Véase European Data Protection Supervisor: «*Comments of the European Data Protection Supervisor on the proposal for a Council Directive amending the Directive 2011/16/UE on administrative cooperation in the field of taxation*», ob. cit., pág. 2.

(98) Véase en: https://edps.UEuropa.UE/sites/edp/files/publication/13-11-05_taxation_cooperation_en.pdf (visitado el 15/05/2017).

(99) DOURADO, A. P.: «Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies», RSCAS 2013/11, *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, 2013, pág. 6.

Es necesario que se respete tanto el contenido material como que se adopten medidas como las indicadas en el apartado anterior para que se garantice el tratamiento transparente de los datos personales de los obligados tributarios.

4. Entre la ficción y la realidad: propuestas de mejora para un sistema de protección coherente en las Administraciones Públicas

Tal y como hemos podido constatar, con carácter general, las normas que regulan el intercambio de información tributaria no contemplan medidas específicas encaminadas a garantizar el cumplimiento del deber de informar. Además, la normativa tampoco prevé la coordinación entre los distintos sujetos responsables del tratamiento que intervienen durante la comunicación de los datos. Ello se debe a que no existe un marco jurídico común y específico que establezca en el ámbito tributario cómo, en qué momento y quién ha de informar a los obligados tributarios sobre los elementos esenciales que configuran el tratamiento de la información. La remisión al desarrollo de normativa nacional no logra garantizar el efectivo cumplimiento del deber.

Tras detectar los problemas que tienen lugar, apuntamos dos posibles soluciones: (i) introducir en las normas de asistencia mutua e intercambio de información una regulación sobre la protección de datos de carácter personal, que respete los estándares del RGPD y que permita coordinar el deber de informar en cada intercambio; (ii) eximir de manera expresa y proporcionada de este deber al responsable del tratamiento, incluyendo en cada instrumento medidas adecuadas para proteger los intereses legítimos de los interesados y que permitan al titular prever el tratamiento de su información ante los posibles intercambios.

En el último caso y dependiendo del tipo de exención o limitación, estas medidas podrían contener los aspectos exigidos en el artículo 23.2 del RGPD o publicitar el registro de las actividades del tratamiento del artículo 30 del RGPD. En todo caso, dicha información debería ser fácilmente accesible a través de medios telemáticos, posibilitando el ejercicio de los distintos derechos que prevé el RGPD.

Téngase en cuenta, en relación con la primera propuesta, que si se coordina el cumplimiento del deber de información, como sucedió con la modificación del artículo 25 de la Directiva 2011/16/UE, ello permitiría a las administraciones y a los operadores privados que suministran los datos delimitar sus responsabilidades e informar efectivamente a los interesados. En cambio, la segunda opción, destaca por la simplificación de la carga administrativa y permitiría, sin tener que modificar excesivamente el actual marco legislativo, respetar la transparencia del tratamiento.

La modalidad de intercambio de información que mayor potencialidad lesiva representa para el derecho fundamental es la obtención de datos previa solicitud para investigaciones tributarias. El RGPD otorga en este caso una mayor discrecionalidad al responsable del tratamiento, adquiriendo especial relevancia el principio de limitación de la finalidad. Para otorgar una mayor seguridad jurídica recomendamos un cambio en la terminología sustituyendo el término *podrá* por *deberá* solicitarse a través de un informe motivado.

En aras a una mayor transparencia también sería deseable que el legislador concretase el significado de expresiones como «medidas adecuadas para proteger los intereses legítimos del interesado», que se encuentran en las diversas modalidades de exención del deber en el RGPD.

El cambio legislativo que propicia el Reglamento es el momento idóneo para asumir el reto que supone adaptar el deber de informar a la realidad en la que se proyecta, enfrentando las dificultades y tomando ventaja. La norma nos brinda la posibilidad de dejar de abrazar la ficción y construir un sistema de control coherente con el contexto tributario. Ello permitirá alcanzar un equilibrio justo y facilitar el conocimiento de los tratamientos de manera efectiva. A nuestro juicio, dicha meta debe lograrse a través de la flexibilidad del deber y su necesaria adaptación a la realidad que brinda el escenario transnacional. Estas dos premisas han de guiar a los distintos Estados en su misión de otorgar la información necesaria.

5. Bibliografía

- ABERASTURI GORRIÑO, U.: «Movimiento internacional de datos. Especial referencia a la transferencia internacional de datos sanitarios», *Revista de Administración Pública*, n.º 186, 2011.
- ALLEVI, L. y CELESTI, C.: «10th GREIT Annual Conference on EU BEPS; Fiscal Transparency, Protection of Taxpayer Rights and State Aid and 7th GREIT Summer Course on Tax Evasion, Tax Avoidance & Aggressive Tax Planning», *INTERTAX*, vol. 44, n.º 1, 2016.
- BLUME, P.: «The Data Subject», *European Data Protection Law Review*, n.º 4, 2015.
- BRODZKA, A. y GARUFI, S.: «The Era of Exchange of Information and Fiscal Transparency: The Use of Soft Law Instruments and the Enhancement of Good Governance in Tax Matters», *European Taxation*, n.º 8, 2012.
- CALDERÓN CARRERO, J. M.: *El derecho de los contribuyentes al secreto tributario*, Netbiblo, La Coruña, 2009.
- CASTRO ARANGO, J. M.: «Los derechos humanos y fundamentales a la intimidad y la protección de datos como límites al intercambio de información», en COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (coord.)

- dinadores): *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio de información tributaria*, Atelier, Barcelona, 2012.
- COCKFIELD, A. J.: «Protecting Taxpayer Privacy Rights Under Enhanced Cross-Border Tax Information Exchange: Toward a Multilateral Taxpayer Bill of Rights», *U.B.C. Law Review*, vol. 42, n.º 2, 2010.
- CRADOCK E., Stalla-Bourdillon S. y Millard D.: «Nobody puts data in a corner? Why a new approach to categorising personal data is required for the obligation to inform», *Computer Law and Security Review*, n.º 33, 2017.
- DAVIES, S.: «The Data Protection Regulation: A Triumph of Pragmatism over Principle?», *European Data Protection Law Review*, n.º 3, 2016.
- DE FLORA, M. G.: «Protection of the Taxpayer in the Information Exchange Procedure», *INTERTAX*, vol. 45, n.º 6-7, 2017.
- DE HERT, P.: «Data Protection as Bundles of Principles, General Rights, Concrete Subjective Rights and Rules. Piercing the Veil of Stability Surrounding the Principles of Data Protection», *European Data Protection Law Review*, n.º 2, 2017.
- DEBELVA, F. y MOSQUERA, I.: «Privacy and Confidentiality in Exchange of Information Procedures: Some Uncertainties, Many Issues, but Few Solutions», *INTERTAX*, vol. 45, n.º 5, 2017.
- DIEPVENS, N. y FILIP DEBELVA, F.: «The Evolution of the Exchange of Information in Direct Tax Matters: The Taxpayer's Rights under Pressure», *EC Tax Review*, n.º 4, 2015.
- DOURADO, A. P.: «Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies», RSCAS 2013/11, *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, 2013.
- DUFFY, B. y DINEEN, M.: «Europe moves towards a more transparent tax regime», *Tax planning international: European tax service*, vol. 17, n.º 7, 2015.
- FERNÁNDEZ MARÍN, F.: «El principio de leal cooperación entre las Administraciones tributarias de los Estados Miembros», en DI PIETRO, A. y TASSANI, T. (directores): *Los principios Europeos del Derecho Tributario*, Atelier, Barcelona, 2015.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: «La Protección de los Datos Personales en las Administraciones Públicas», Aranzadi, Madrid, 2004.
- GUICHOT REINA, E.: *Datos personales y Administración Pública*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- GUTMANN, D.: «Taking Human Rights seriously: Some Introductory Words on Human Rights, Taxation and the UE», en KOFLER, G., POIARES MADURO, M. y PISTONE, P. (editors): *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, IBFD, Amsterdam, 2010.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.: «El difícil equilibrio entre prerrogativas de la Administración y garantías de los particulares: el tratamiento de datos

- personales de los extranjeros no comunitarios», *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º151, 2011, documento bibliográfico digital westlaw-aranzadi BIB 2011\1069.
- KOFLER G. y PISTONE P.: «General Report», en KOFLER G., POIARES MADURO M. y PISTONE P. (cords.): *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, IBFD, Amsterdam, 2010.
- KOOPS, B. J.: «The trouble with European data protection law», *International Data Privacy Law*, Vol. 4, n.º 4, 2014.
- L'HOIRY, X. D. y NORRIS, C.: «The honest data protection officer's guide to enable citizens to exercise their subject access rights: lessons from a ten-country European study», *International Data Privacy Law*, n.º 5, 2015.
- LYNSKEY, O.: «From Market-Making Tool to Fundamental Right: The Role of the Court of Justice in Data Protection's Identity Crisis», en GUTWIRTH, S., LEENES, R., DE HERT, P. y POULLET, Y. (editors): *European Data Protection: Coming of Age*, Springer, London, 2013.
- MARÍN AÍS, J. R.: *La participación de la Unión Europea en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2014.
- MARTÍNEZ GINER, L. A.: *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados*, Iustel, Madrid, 2008.
- «La información automática de cuentas financieras: nuevos retos de la asistencia mutua en la Ley General Tributaria», *Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 13, 2016.
 - «El intercambio automático de información en materia tributaria: retos e incertidumbres jurídicas», *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, n.º 173, 2017.
- MARTÍNEZ GINER, L. A., MORENO GONZÁLEZ, S. y LAMPREAVE MÁRQUEZ, P.: «Nuevo intercambio de información tributaria versus medidas tributarias de efecto equivalente Informe Nacional español para el Congreso de la European Association of Tax Law Professors, (EATLP) Istanbul 2014», en MARTÍN DÉGANO, I. y HERRERA MOLINA, P.M., *Intercambio de información y medidas fiscales de efecto equivalente, Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 8, 2014.
- MORENO GONZÁLEZ, S.: «El intercambio automático de información tributaria y la protección de datos personales en la Unión Europea. Reflexiones al hilo de los últimos progresos normativos y jurisprudenciales», *Quincena fiscal*, n.º 12, 2016.
- «The Automatic Exchange of Tax Information and the Protection of Personal Data in the European Union: Reflections on the Latest Jurisprudential and Normative Advances», *EC Tax Review*, n.º 3, 2016.
- OLIVARES OLIVARES, B. D.: «La protección de los datos personales en el ámbito tributario a la luz de la Directiva 2011/16/UE. Situación actual y perspectivas de futuro», en MARTÍN DÉGANO, I. y HERRERA MOLINA,

- P.M., Intercambio de información y medidas fiscales de efecto equivalente, *Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 8, 2014.
- OWENS, J.: «Tax Transparency: The Full Monty», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 9, 2014.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.: «El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 19-20, 2003.
- SOMARE, M. y WÖHRER, V.: «Automatic Exchange of Financial Information under the Directive on Administrative Cooperation in the Light of the Global Movement towards Transparency», *INTERTAX*, Vol. 43, n.º 12, 2015.
- SCHENDEL, S.: «Determining the Scope of Exemptions from Data Subjects' Rights to Process Tax Data», *European Data Protection Law Review*, n.º 2, 2016.
- SACCHETTO, C.: «La colaboración internacional en materia tributaria», *Boletín de Fiscalidad Internacional*, n.º 15, 1998.
- SERRAT ROMANÍ, M.: «La subjetividad tributaria del agente retenedor en los modelos de intercambio de información: ¿sustituto o colaborador?», *Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 8, 2014.
- SOONE, A.: «Exchange of Tax Information and Privacy in Estonia», *INTERTAX*, vol. 44, n.º 3, 2016.
- TRONCOSO REIGADA, A.: *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- «La información y el consentimiento para el tratamiento de datos personales en la administración electrónica», en VV.AA.: *Administración electrónica y ciudadanos*, Civitas, 2011, documento bibliográfico digital westlaw-aranzadi BIB 2011\5878.
- VALERO TORRIJOS, J. y LÓPEZ PELLICER, J. A.: «Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de los datos personales en la actividad administrativa», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardurantzako Euskal Aldizkaria*, n.º 59, 2001.
- VALEROTORRIJOS, J.: «Implicaciones de la protección de datos de carácter personal para la Administración electrónica», en VV.AA.: *La protección de datos en la Administración electrónica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- VAN BREDERODE, R. F.: «The Impact of Science and Technology on Taxation», *INTERTAX*, Vol. 41, n.º 12, 2013.
- WAGNER J. y BENECKE A.: «National Legislation within the Framework of the RGPD», *European Data Protection Law Review*, n.º 3, 2016.

Trabajo recibido el 24 de octubre de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 16 de febrero de 2018

LABURPENA: Europar Batasuneko Datuak Babesteko Erregelamendu Orokorrrak informazioa modu zilegi, zintzo eta gardenean tratatzea eskatzen du. Hain zuzen ere, azken printzipio horrek garrantzi handia dauka herritarren datuak eremu publikoan eskuratzeko, erabiltzeko eta lagatzeko orduan. Lan honek kritikoki jorratzen du printzipio horren proiektioetako baten analisia: informatzeko betebeharrarena, alegia. Horretarako, esparru juridikoa aztertu dugu, arreta berezia jarriz erregelamendutik salbuesteko kasuek dakartzaten askotariko arazoei; izan ere, kasu horiek bere betebeharretik askatzen dute datuak tratatzeko arduraduna. Hainbat arazo hauteman ditugu, eta, horiek konpontzeko, arau berriak garatu eta interesdunaren bidezko interesak babesteko neurri egokiak ezarri beharko dira. Gutxieneko gardentasun-maila agertu behar da tratamenduetan, zergapekoek beren datuen erabilera kontrolatu dezaten EBko beste administrazio batzuekin informazioa trukatu ondoren.

GAKO HITZAK: Datuak Babesteko Erregelamendu Orokorra Informatzeko betebeharra. Informazio pertsonala. Zerga-datuak. Administrazio-lankidetzak.

RESUMEN: El Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea exige el tratamiento lícito, leal y transparente de la información. Precisamente, este último principio goza de especial relevancia durante la obtención, uso y cesión de los datos de los ciudadanos en el ámbito público. El presente trabajo aborda críticamente el análisis de una de sus proyecciones: el deber de información. Para ello examinamos su marco jurídico, prestando especial atención a los distintos problemas que plantean los supuestos de exención del Reglamento que permitirán liberar, al responsable del tratamiento, de su obligación. Hemos detectado diferentes problemas que necesitarían para su solución del desarrollo de nuevas normas y de la implantación de medidas adecuadas para proteger los intereses legítimos del interesado. Es preciso facilitar un mínimo grado de transparencia sobre los tratamientos con el objetivo de que los administrados controlen el uso de sus datos tras los intercambios de información con otras Administraciones de la UE.

PALABRAS CLAVE: Reglamento General de Protección de Datos. Deber de informar. Información personal. Datos tributarios. Cooperación administrativa.

ABSTRACT: The General Data Protection Regulation requires that the personal data must be processed lawfully, fairly and in a transparent manner. Precisely, this last principle is of special relevance during the collection, use, and transfer of the citizens' data. This paper critically addresses the analysis of one of its projections: the duty to inform. To do this, we examine its legal framework, paying particular attention to the various problems arising from its exemptions, which will allow the data controller to be exempt from his or her obligation. We have identified different problems that would need to be solved by the development of new regulations and from the implementation of appropriate measures in order to protect the legitimate interests of the data subjects. It is mandatory to provide

a minimum degree of transparency during the processing to allow the citizens to control the use of their data after exchanges of information with other EU administrations.

KEYWORDS: General data protection regulation. Duty to inform. Personal information. Tax-related data. Administrative cooperation.

Los poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017* **

Martín María Razquin Lizarraga

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.06>

Sumario: I. Las exigencias de las Directivas europeas de recursos en materia de contratación pública.—II. La posición española en la transposición de las Directivas de recursos.—III. La situación previa a la LCSP.—IV. La regulación de los TARC en la LCSP: 1. Los TARC. 2. Los poderes de los TARC. 2.1. Su competencia. 2.2. Los actos impugnables. 2.3. El examen de legalidad. 2.4. Las decisiones que pueden adoptar: contenido de las resoluciones. 2.4.1. Medidas cautelares. 2.4.2. Indemnización. 2.4.3. Anulación: ¿carácter simplemente revisor? 2.4.4. Sanciones *versus* condena en costas. 2.4.5. Otras cuestiones resueltas por la LCSP. 2.5. La ejecución de sus resoluciones.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

I. Las exigencias de las Directivas europeas de recursos en materia de contratación pública

La Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, reguló, por vez primera, la exigencia a los Estados miembros de adoptar un sistema

* Las abreviaturas utilizadas son las siguientes:

- LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
- LCSP/2007: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.
- LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- TACR: Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.
- TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

** El presente trabajo constituye una versión reelaborada más extensa de mi colaboración al Libro Homenaje dedicado al Profesor Luciano Parejo Alfonso, de la Universidad Carlos III de Madrid, con motivo de su jubilación tras una larga y fructífera carrera académica, en la que he tenido la suerte de coincidir en varias ocasiones.

de recursos ágiles y eficaces para combatir las vulneraciones de las Directivas materiales sobre contratos públicos de obras y de suministros, que después se extendió también a los contratos de servicios(1). Y más tarde la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992 adoptó similares (no exactamente iguales) disposiciones para los contratos de los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones(2).

Los objetivos de estas Directivas pueden resumirse del siguiente modo:

- Garantizar la aplicación efectiva de las Directivas materiales sobre contratación pública.
- Arbitrar medios de recurso eficaces y rápidos.
- Ofrecer la obtención de medidas provisionales.
- Dar un tratamiento urgente a estos procedimientos de recurso para solventar las infracciones de las Directivas.

Para ello estas Directivas obligan a que se otorguen unos determinados poderes a los órganos resolutorios de los recursos en materia de contratación pública (art. 2.1 Directiva 89/665/CEE):

- Adopción de medidas provisionales.
- Anulación de decisiones ilegales.
- Concesión de indemnización por daños y perjuicios.

Conviene resaltar que la Directiva 89/665/CEE contenía la siguiente previsión respecto del supuesto en que la resolución de estos recursos en materia de contratación pública se encomendara a órganos no jurisdiccionales(3):

«Cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada

(1) GIMENO FELIÚ ha explicado el fundamento europeo del control de la contratación pública que ha constituido una auténtica revolución jurídica y el avance sobre el modelo inicial efectuado por el TJUE (*Sistema de Control de la Contratación Pública en España*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 23-30).

(2) Debe advertirse que el presente trabajo se centrará en la Directiva 89/665/CEE y sus modificaciones, así como en su adaptación por la LCSP.

(3) LÓPEZ MENUENDO insiste en las previsiones de la Directiva sobre órganos jurisdiccionales o no jurisdiccionales, eso sí independientes, colegiados y a cuyos miembros debe exigírseles una cualificación profesional («Transposición irregular de la normativa europea sobre el Tribunal de recursos contractuales: ¿Un modelo para la resolución de los recursos administrativos en general?», en la obra colectiva *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, tomo 2, Ed. Reus, Madrid, 2017, págs. 1411-1434).

por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 177 del Tratado y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base.

El nombramiento de los miembros de este organismo independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de este organismo independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes» (art. 2.8).

La Directiva 2007/66/CE modificó de forma importante las anteriores Directivas, introduciendo importantes novedades respecto de la llamada «ineficacia», el plazo suspensión, la suspensión automática cuando la decisión recurrida sea la de adjudicación y los plazos de recurso.

Así, en caso de ineficacia además pueden imponer multas al poder adjudicador y también reducir la duración del contrato (art. 2 *sexies* apartado 2) como sanciones alternativas a las consecuencias derivadas de la ineficacia del contrato conforme a la legislación nacional (art. 2 *quinques* apartado 2).

Sin embargo, en lo que aquí interesa (los poderes de los TARC) las modificaciones han sido muy pocas, puesto que los apartados 1 y 8 de la Directiva 89/665/CEE han sufrido muy pequeñas alteraciones, ninguna relevante. El apartado 1, tras la modificación de 2007 sigue teniendo prácticamente la misma redacción. Y el apartado 8 ha pasado a ser ahora el apartado 9, con la pequeña modificación de la referencia al precepto correspondiente del nuevo Tratado de la Comunidad Europea.

La Directiva 2014/23/UE ha ampliado el ámbito de los recursos a las concesiones, pero no ha efectuado ninguna modificación en el art. 2 de la Directiva 89/665/CEE.

Esto quiere decir que el sistema arbitrado por las Directivas de recursos desde el año 1989 permanece prácticamente inalterado en lo que se refiere a los poderes de los órganos que deben resolver estos recursos, y en especial si dichos órganos no van a ser jurisdiccionales.

Sí que han cambiado las normas sobre los recursos especiales, principalmente en cuanto al ámbito de los contratos sujetos a ellos, como respecto de los plazos y la suspensión.

II. La posición española en la transposición de las Directivas de recursos

La posición inicial española (4) fue la de no transponer las Directivas de recursos, por entender que se trataba de una cuestión que ya tenía solución en el ordenamiento jurídico español. Así se defendió que las previsiones de la LRJPAC cumplían satisfactoriamente con las exigencias de las Directivas de recursos.

Y con motivo de la adaptación a España de las Directivas de tercera generación de 2004, mediante las Leyes 30 y 31/2007, de 30 de octubre, no se introdujo ninguna novedad legislativa en lo referente al sistema de resolución de recursos. Ello suponía mantener los recursos ordinarios, de alzada y potestativo de reposición, de la LRJPAC y posteriormente el recurso contencioso-administrativo regulado en la LJCA.

Sin embargo, esta posición no fue aceptada por la Comisión Europea que presentó un recurso por incumplimiento contra España. Resultado de dicho recurso, es la Sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06), por la que se estimó parcialmente el recurso y se condenó a España por incumplimiento en la transposición de la Directiva de recursos puesto que el ordenamiento jurídico español no respondía a todas las exigencias de la Directiva 89/665/CEE.

Ello motivó que España aprobara la Ley 34/2010, de 5 de agosto, con la finalidad de dar cumplimiento a las exigencias de las Directivas de recursos. La Ley 34/2010 añadió a la LCSP/2007 un nuevo Libro VI (arts. 310-320) bajo el título de «Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos» (5).

Como se ha indicado, las Directivas se limitan a exigir la creación de un sistema de recursos ágiles y eficaces, pero sin imponer que los mismos deban ser resueltos por un órgano jurisdiccional. Más bien, del art. 2.9 (tras la reforma de 2007) de la Directiva 89/665/CEE se desprende la aceptación de un órgano no jurisdiccional.

Pues bien, España optó por no encomendar el conocimiento de este sistema de recursos en materia contractual a los Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo, y procedió a crear unos órganos administrativos especializados denominados Tribunales Administrativos de Re-

(4) Sobre la posición inicial española hasta la Ley 34/2010, véase SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 33-40.

(5) Una explicación de esta reforma legal puede verse en RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., «El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 25/2010.

curso Contractuales(6). Conviene recordar que la exposición de motivos de la Ley 34/2010 no contiene una explicación de por qué se ha optado por la creación de estos Tribunales Administrativos. Más bien se trata de una exposición de motivos que oculta la verdadera razón de su creación, que anuda únicamente a la Directiva 2007/66/CE como si la LCSP/2007 hubiera dado ya cumplimiento a la Directiva 89/665/CEE. Para ello basta reparar en dos apartados significativos de esta exposición de motivos:

«En aplicación de estos principios, a la hora de incorporar el contenido de la Directiva a las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, es fundamental establecer un procedimiento de trámites ágiles en que la decisión resolutoria pueda adoptarse en el tiempo más breve posible sin dejar de atender a la garantía de los derechos de los interesados.

Ambas Leyes contienen ya normas reguladoras de los recursos o reclamaciones, según los casos, que pueden interponerse contra los actos de adjudicación o contra los actos del procedimiento administrativo que les sirve de base. E incluso ambas prevén el plazo de suspensión subsiguiente a la adjudicación, la suspensión del acto como consecuencia de la interposición del recurso o reclamación y la adopción de medidas cautelares. Quedan, sin embargo, por resolver algunas cuestiones tales como la relativa a la competencia para la resolución del recurso que la nueva Directiva exige se atribuya a un órgano independiente o a la suspensión de la adjudicación que debe mantenerse hasta que dicho órgano resuelva sobre el mantenimiento o no de ella o sobre el fondo».

En definitiva, de su lectura poco se desprende sobre tan trascendental decisión como es la creación de estos TARC, dejando de lado la vía de los recursos ordinarios, y creando por tanto un recurso especial, cuando menos para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Sin embargo, en el fondo late la ineficacia del sistema tradicional del recurso contencioso-administrativo (7) y el retraso de los jueces y tribunales de esta jurisdicción, así como también de otros mecanismos de

(6) GIMENO FELIÚ explica la opción española por el recurso administrativo especial y las características de este recurso más cercanas a un recurso contencioso-administrativo que a un recurso administrativo, con el que no es compatible (*Sistema de Control de la Contratación Pública en España*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 30-41).

(7) RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. ha resaltado que la creación de Tribunales y Consejos Administrativos sobre recursos y reclamaciones obedece al fracaso de la jurisdicción contencioso-administrativa para dar respuesta adecuada a los mismos («Los Tribunales y Consejos Administrativos sobre recursos y reclamaciones», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (Coord.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, t. I, págs. 549-571, págs. 549-553).

control en el ámbito administrativo, tanto de los recursos administrativos (8), como el control interno particularmente de la contratación pública (9).

Con ello se consagra un doble sistema de recursos en función de que el contrato esté o no sujeto a regulación armonizada:

- 1) Para los contratos sujetos a regulación armonizada, existe la posibilidad de acudir a la vía del recurso especial ante los nuevos TARC, aunque con carácter potestativo, porque puede acudirse directamente a la vía judicial (10).
- 2) Para los contratos no sujetos a regulación armonizada, sigue vigente el sistema tradicional de recursos previstos en la LRJPAC (de alzada y de reposición) y posteriormente el recurso contencioso-administrativo.

Por otra parte, este sistema alcanza también a los contratos sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, con lo cual para éstos se produce una sustancial diferencia, puesto que por el contrario sus contratos no sujetos a regulación armonizada quedan fuera del ámbito del Derecho Administrativo.

Asimismo, se extiende a los contratos subvencionados que estén sujetos a regulación armonizada.

(8) Así lo apuntan LÓPEZ MENUDO («Transposición irregular de la normativa europea sobre el Tribunal de recursos contractuales: ¿Un modelo para la resolución de los recursos administrativos en general?», *op. cit.*, págs. 1411-1412) y los diversos trabajos contenidos en la obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, F., *Las vías administrativas a debate*, Ed. INAP, 2016, donde se recogen las Actas del XI Congreso de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Zaragoza en febrero de 2016. Conviene resaltar el resumen de la relatora del Congreso, MOREU CARBONELL, E., «Valoración del sistema español de recursos administrativos: conclusiones», págs. 827-838.

(9) Véase en este sentido el trabajo de DOMINGUEZ MARTÍN, M., «El sistema de justicia administrativa y la incidencia de los mecanismos administrativos de control en la jurisdicción contencioso-administrativa: reformas y necesidades», en AGUDO GONZÁLEZ, A., *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, Ed. INAP, Madrid, 2016, págs. 81-101. En dicho trabajo es especialmente interesante el análisis del Informe sobre Justicia Administrativa 2015 del Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa (CIJA-UAM), que muestra su lentitud, su conflictividad y además que en este orden jurisdiccional su duplican los niveles de pendencia respecto de otros órdenes jurisdiccionales. Y por ello se postula porque las vías alternativas de recurso (como aquí el recurso especial) constituyan medios de reducción de la litigiosidad a nivel jurisdiccional (págs. 81-101).

(10) MALARET GARCÍA, E. ha apuntado que se va hacia un modelo de justicia administrativa dual de Tribunales Administrativos y de jurisdicción contencioso-administrativa y afirma que la creación de los TARC ha sido necesaria para asegurar la efectividad de la justicia administrativa («Hacia un modelo de justicia administrativa dual. Tribunales administrativos y jurisdicción contencioso-administrativa. Justicia Administrativa. Instituciones Administrativas e instancias jurisdiccionales. Una perspectiva necesariamente de conjunto del control de la actividad administrativa», en AGUDO GONZÁLEZ, A., *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, Ed. INAP, Madrid, 2016, págs. 71-74).

Este sistema se inserta más tarde en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante, TRLCSP), y fue objeto de desarrollo por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

En resumen, se trata de un recurso especial que sustituye a los recursos administrativos (art. 40.5 TRLCSP), excepto en el caso de las Comunidades Autónomas donde éstas pueden mantenerlos (art. 41.3 TRLCSP), que tiene carácter potestativo (art. 40.6 TRLCSP) y que se configura como un recurso precontractual. Y se complementa con el recurso postcontractual que recibe el nombre de cuestión de nulidad (art. 37 TRLCSP). Ambos son resueltos por los TARC.

Como explica SANTAMARÍA PASTOR (11), el modelo español es un sistema administrativo, que ha marginado la opción judicial, y ha optado por un sistema plural y territorializado de diversos TARC, donde es relevante el estatuto de sus miembros y la estructura y funciones de estos TARC.

El art. 41 TRLCSP regula estos TARC, disponiendo la posible existencia de tres tipos de Tribunales Administrativos:

- 1) Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- 2) Tribunales Administrativos Autonómicos de Recursos Contractuales.
- 3) Tribunales Administrativos Locales de Recursos Contractuales, aunque su creación se deja en manos de las Comunidades Autónomas.

Sus poderes vienen limitados a los descritos en el art. 2.1 de la Directiva 89/665/CEE: anulación de actos impugnados, concesión de medidas provisionales, e imposición de la obligación de indemnización y en relación con los contratos de los poderes adjudicadores sujetos a regulación armonizada.

III. La situación previa a la LCSP

La situación previa a la LCSP, viene dada por la existencia de leyes autonómicas que ofrecen una regulación más abierta o amplia del recurso especial, puesto que crean TARC de ámbito autonómico que conocen no sólo de contratos sujetos a regulación armonizada, sino también de otros contratos inferiores al umbral comunitario, o de otros aspectos (modificados y encargos). Es el caso de la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra que permite el recurso especial contra todos los actos en materia de

(11) *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público, op. cit.*, págs. 45-64.

contratos sin distinción entre contratos sujetos o no a regulación armonizada (12), o la Ley de Aragón sobre contratación pública que rebaja las cuantías establecidas, aunque no se trata de un recurso general (13). Y es, por ello, que el Consejo de Estado reiteró, en relación con el Anteproyecto, su recomendación de ampliar el recurso especial a todos los contratos públicos (Dictamen de 10 de marzo de 2016).

También se aprobó el Reglamento del recurso especial y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TARC) mediante el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, con carácter básico y aplicable a todos los TARC (disposiciones final primera y adicional primera) (14).

Asimismo el Informe sobre la Justicia Administrativa 2015 elaborado por CIJA-UAM ratifica que la situación sigue siendo extremadamente débil, con un alto nivel de pendencia y una larga duración de los procesos (15). Ello provoca la posición doctrinal de seguir profundizando y ampliando la vía del recurso especial ante los TARC (16).

Por otra parte, la jurisprudencia del TJUE ratifica en diversas sentencias el alcance las Directivas de recursos. Así la STJUE de 26 de noviembre de 2015 (asunto C-166/14) confirma que la Directiva de recursos alcanza solamente a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18.

Por otra parte, la STJUE de 6 de octubre de 2015 (asunto C-203/14) consideró que el TARC de Cataluña puede ser considerado un órgano judicial (17)

(12) Art. 210 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de julio, de Contratos Públicos.

(13) Aragón ha ido reduciendo sus cuantía desde la Ley 3/2011, de 24 de febrero, modificada por la Ley 10/2012, de 27 de diciembre, y finalmente por la Ley 5/2017, de 1 de junio, quedando las cuantías en la actualidad en 200.000 euros para los contratos de obras y en 60.000 para los contratos de suministro y de servicios.

(14) Como más adelante se irá destacando, llama la atención que determinados preceptos de este Reglamento se hayan elevado a rango legal mediante su incorporación a la LCSP, mientras que otros a veces más relevantes siguen en la esfera reglamentaria.

(15) El Informe ofrece un estudio específico dedicado a la contratación pública y en sus conclusiones (págs. 215-216) apunta medidas de mejora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

(16) Así lo explica VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., quien se pregunta si hay motivos para el optimismo por el incremento de los recursos especiales, su rápida resolución y el bajo número de recursos contencioso-administrativos frente a las resoluciones de los TARC que son estimados («El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración», en la obra colectiva *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Ed. INAP, Madrid, 2016, págs. 307-315).

(17) A pesar de ello, LÓPEZ MENUDO insiste en que estos Tribunales no se incardinan en el Poder Judicial y por tanto no son órganos jurisdiccionales a nivel interno y ni siquiera cuasi jurisdiccionales («Transposición irregular de la normativa europea sobre el Tribunal de recursos contractuales: ¿Un modelo para la resolución de los recursos administrativos en general?», *op. cit.*, pág. 1414).

a los efectos de plantear cuestiones prejudiciales conforme al art. 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea(18). En el examen del cumplimiento de los requisitos exigidos por este precepto, conviene ahora detenerse en las afirmaciones del TJUE sobre la independencia del TARC de Cataluña:

«19 A continuación, en cuanto al criterio de la independencia, se desprende de los autos en poder del Tribunal de Justicia que el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic tiene la condición de tercero con respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida en el litigio principal (véanse las sentencias Corbiau, C-24/92, EU:C:1993:118, apartado 15, y Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartado 49). En este contexto, es evidente que dicho Tribunal ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno (véase la sentencia Torresi, C-58/13 y C-59/13, EU:C:2014:2088, apartado 22), estando así protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de juicio de sus miembros (sentencias Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartado 51, y TDC, C-222/13, EU:2014:2265, apartado 30).

20 Es pacífico, además, que dicho Tribunal ejerce sus funciones con total respeto de la objetividad y de la imparcialidad frente a las partes en litigio y a sus respectivos intereses en relación con el objeto del litigio. Por otra parte, con arreglo al artículo 8, apartado 4, del Decreto 221/2013 de la Generalidad de Cataluña, los miembros de ese órgano son inamovibles, y sólo pueden ser cesados por alguna de las causas expresamente enumeradas en esa disposición (véanse las sentencias Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartados 52 y 53, y TDC, C-222/13, EU:2014:2265, apartados 31 y 32).

Esta doctrina ha sido reiterada para la Comisión nacional de revisión de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de Eslovenia, considerada también órgano jurisdiccional.

(18) Véase un comentario a esta STJUE en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., «Sobre la controvertida naturaleza «jurisdiccional» de los tribunales administrativos de recursos contractuales», en la obra colectiva *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Ed. INAP, Madrid, págs. 499-510; y también en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración», *op. cit.*, págs. 326-332.

diccional en la STJUE de 8 de junio de 2017 (C-296/15, apartados 32-38)».

Por su parte, la STJUE de 5 de abril de 2016 (C-689/13) confirma la doctrina de la Sentencia de 4 de julio de 2013 (C-100/12), e insiste en la necesaria efectividad de la vía de recurso prevista en la Directiva 89/665 que no puede ser paralizada por la presentación de un recurso incidental (19).

La STJUE de 5 de abril de 2017 (asunto C-391/15) ha resuelto una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía respecto de la interpretación de la Directiva 89/665/CEE en relación con el art. 310.2 de la LCSP/2007 en relación con la admisión de recurso especial contra los actos de trámite de un ente adjudicador, como puede ser la decisión de admisión a trámite de una oferta de un licitador respecto del que se denuncia el incumplimiento de las disposiciones sobre justificación de la solvencia técnica y económica previstas en las Directivas y en la normativa española sobre contratación pública, así como sobre si los arts. 1.1. y 2.1. a) y b) de la Directiva tienen efecto directo. La respuesta a ambas cuestiones es afirmativa: los actos de admisión son decisiones recurribles por la vía del recurso especial y los preceptos citados de la Directiva tienen efecto directo por ser incondicionales y suficientemente precisos.

(19) El fallo de la STJUE de 4 de julio de 2013 es el siguiente: «El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, debe interpretarse en el sentido de que, si en el marco de un procedimiento de recurso el adjudicatario que obtuvo el contrato y que ha interpuesto un recurso incidental plantea una excepción de inadmisibilidad basada en la falta de legitimación del licitador que interpuso aquel recurso debido a que la oferta presentada por éste debería haber sido rechazada por la entidad adjudicadora por no ajustarse a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones, la citada disposición se opone a que se declare la inadmisibilidad de dicho recurso como consecuencia del examen previo de esa excepción de inadmisibilidad sin pronunciarse acerca de si cumplen las especificaciones técnicas tanto la oferta del adjudicatario que obtuvo el contrato como la del licitador que interpuso el recurso principal».

Y el fallo de la Sentencia de 5 de abril de 2016 dice así en el apartado 1 que es el que aquí interesa: «El artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un recurso principal interpuesto por un licitador que tiene un interés en obtener un contrato determinado y que se ha visto o puede verse perjudicado por una supuesta vulneración del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas por las que se transpone dicho Derecho, y que tiene por objeto la exclusión de otro licitador, sea declarado inadmisibles con arreglo a normas procesales nacionales que establecen el examen previo del recurso incidental interpuesto por ese otro licitador».

Por otra parte el Informe de la Comisión Europea de 24 de enero de 2017 sobre la eficacia de las Directivas de recursos efectúa un resumen del contenido de éstas en los términos que siguen.

Por un lado, afirma que: «Las Directivas sobre procedimientos de recurso permiten que se presenten demandas tanto antes de que se haya firmado el contrato (recursos precontractuales) como después de su firma (recursos postcontractuales). Entre las vías de recurso precontractuales se incluyen el derecho a medidas provisionales, un plazo suspensivo obligatorio entre la decisión de adjudicación y la celebración del contrato y la obligación de suspender el procedimiento de concesión mientras se investiga el recurso para evitar la adjudicación del contrato. Las vías de recurso postcontractuales pretenden declarar sin efecto un contrato existente u ofrecer compensación (principalmente daños y perjuicios) a las partes afectadas después de que se haya adjudicado el contrato en cuestión. Además, otros elementos fundamentales de las Directivas sobre procedimientos de recurso son la comunicación automática a los licitadores de las razones por las que no han resultado elegidos, el régimen de plazos para incoar procedimientos y las sanciones alternativas (a saber, la reducción de la duración del contrato o la imposición de multas) cuando la ineficacia o falta de efectos no resulte apropiada».

Esto es lo que han adoptado los Estados miembros: «En todos los Estados miembros existen, asimismo, disposiciones en relación con los tres tipos obligatorios de recursos (medidas provisionales, resoluciones de anulación y daños y perjuicios), pero su enfoque varía considerablemente dependiendo de sus tradiciones jurídicas».

Por lo que respecta a los órganos encargados de resolver estos recursos, el Informe da cuenta de los dos modelos de soluciones que han adoptado los Estados miembros: «Como consecuencia, en cada Estado miembro se han establecido diferentes órganos de recurso. En catorce Estados miembros (Bulgaria, Chipre, Chequia, Alemania, Dinamarca, Estonia, España, Croacia, Hungría, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia) existe un órgano administrativo de recurso en materia de contratación pública, algunos especializados y otros no. En el resto de los Estados miembros, un órgano judicial de recurso ya existente es el responsable de la revisión de los procedimientos de contratación pública». No obstante, más adelante advierte que la intervención de los órganos no jurisdiccionales parece más eficaz: «Algunos sistemas nacionales exigen que sean los órganos administrativos de recurso y no los órganos jurisdiccionales ordinarios los encargados de la protección jurídica en primera instancia en relación con los procedimientos de contratación pública. Como tendencia general, estos tienden a ser más eficaces. Lo confirmaron una gran mayoría de encuestados en la consulta pública (74,7 %) al considerar que los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales ordi-

narios llevan, por lo general, más tiempo y dan lugar a criterios de adjudicación menos estrictos que los procedimientos ante órganos administrativos de recurso especializados».

Y el Informe concluye que, aunque no se precisa una reforma urgente ni relevante de las Directivas de recursos, sí que existen aspectos de mejora entre los que se incluye el fomento de la cooperación entre los órganos de recurso de primera instancia: «La evaluación pone de manifiesto que los sistemas en los cuales son los órganos administrativos de recurso, en vez de los órganos jurisdiccionales ordinarios, los encargados de la protección jurídica en primera instancia en relación con los procedimientos de contratación pública tienden a ser más eficaces en términos tanto de duración del procedimiento como de criterios de adjudicación. Por este motivo, tal como se anunció en la Estrategia para el Mercado Único, la Comisión promoverá la cooperación y el establecimiento de una red entre los órganos de recurso de primera instancia con el fin de mejorar el intercambio de información y las mejores prácticas relacionadas con aspectos concretos de la aplicación de las Directivas sobre procedimientos de recurso y, más en general, a fin de garantizar el funcionamiento eficiente de los procedimientos nacionales de recurso. Las buenas prácticas pertinentes serán difundidas a través de la red. Dichas buenas prácticas pueden constituir una fuente de inspiración y de influencia para que los Estados miembros mejoren sus sistemas de recurso nacionales. En este contexto, se prestará especial atención al reforzamiento de los órganos administrativos de recurso en primera instancia».

En definitiva, se ha creado un recurso que tiene estos cuatro caracteres generales: revisor, excluyente, potestativo y eficaz (20).

La doctrina se ha pronunciado, en general, de forma positiva sobre la creación de los TARC, y en especial, a la vista de la relevante tarea que han venido realizando a lo largo de estos años (21). Las medidas que se han propuesto pueden resumirse en estos aspectos (22):

- 1) Supresión de los TARC de ámbito local.
- 2) Refuerzo de la independencia de los TARC.

(20) SANTAMARÍA PASTOR, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, págs. 65-74.

(21) Véase por todos, GIMENO FELIÚ, *Sistema de Control de la Contratación Pública en España*, *op. cit.*, págs. 169-179.

(22) GIMENO FELIÚ, tras valorar positivamente el modelo de TARC y su funcionamiento, apunta algunas disfunciones para lo que ofrece algunas medidas a tomar en la futura LCSP (págs. 179-189). Asimismo BERENQUER AMAT, A., señala diversas cuestiones controvertidas del recurso especial tanto respecto de su ámbito como de carácter procesal («El recurso especial en materia de contratación, como instrumento de control eficaz para combatir la corrupción. Cuestiones controvertidas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1/2017, págs. 73-86)

- 3) Supresión de la cuestión de nulidad.
- 4) Ampliación del ámbito de contratos de los que pueden conocer, de modo que no se limiten sólo a los contratos sujetos a regulación armonizada (23).
- 5) Ampliación de los actos impugnables que alcancen también a las modificaciones contractuales y a los encargos.

La actividad desarrollada por los Tribunales Administrativos de recursos contractuales ha sido muy positiva. Además del TARC estatal (y que presta servicios asimismo a diversas Comunidades Autónomas) se han constituido diversos TARC de ámbito autonómico (País Vasco, Cataluña, Andalucía, Canarias, Aragón, Navarra, Madrid, Castilla y León y Extremadura) y en los Territorios Históricos del País Vasco (24).

Y, asimismo, en algunas Comunidades Autónomas se han creado TARC por las Diputaciones provinciales y por algunos municipios.

IV. La regulación de los TARC en la LCSP

La LCSP es continuista sobre el modelo fijado para los TARC en el TRLCS/2017, puesto que mantiene el sistema de recurso especial encomendándolo a un órgano no jurisdiccional especializado. Sin embargo, la nueva LCSP introduce importantes cambios, de forma relevante sobre la regulación del recurso especial y sólo algunos en cuanto a los TARC, incorporando tanto la doctrina de los propios TARC, las recomendaciones del Consejo de Estado y también algunas disposiciones reglamentarias del Real Decreto 814/2015.

Para ello, la exposición que sigue se va a centrar en el estudio de los TARC tanto en cuanto a su composición e independencia como, sobre todo, de los poderes que les atribuye la LCSP.

(23) Así lo postula BERNAL BLEY, M. A., «Hacia la unidad del Sistema de recursos en material de contratación pública», en la obra colectiva *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Ed. INAP, Madrid, 2016, págs. 489-498. Es que en otro caso, como indica VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., el recurso especial es sólo para la guinda del pastel y, por ello, postula su extensión a todos los contratos y a todas las fases de los contratos («El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración», *op. cit.*, págs. 315-321).

(24) Sobre el estado actual de los diversos Tribunales Administrativos, central, autonómicos y locales, véanse LÓPEZ MENUDO, «Transposición irregular de la normativa europea sobre el Tribunal de recursos contractuales: ¿Un modelo para la resolución de los recursos administrativos en general?», *op. cit.*, págs. 1427-1433 y BERENGUER AMAT, A., «El recurso especial en materia de contratación, como instrumento de control eficaz para combatir la corrupción. Cuestiones controvertidas», *op. cit.*, págs. 86-88.

1. Los TARC (25)

La LCSP, a diferencia del TRLCSP, diferencia en dos preceptos la regulación de los TARC. Por un lado, el art. 45 se refiere al TACRC, en términos prácticamente idénticos al apartado 1 del art. 41 TRLCSP. Las novedades que se introducen son puntuales y de poca relevancia (26). Por tanto, sigue configurado como un órgano especializado, colegiado, independiente y formado por Licenciados en Derecho, preferentemente con conocimientos de Derecho Administrativo relacionado con la contratación pública (27). Su plazo es de 6 años y no es prorrogable y durante el mismo están en la situación de servicios especiales.

Ahora la disposición adicional 29.^a permite la creación de Tribunales territoriales, que deberán reunir similares requisitos de independencia que el TACRC.

(25) Sobre los TARC se han publicado numerosos estudios desde el año 2010 en que la Ley 34/2010 los introdujo en España. Por ejemplo, la Revista *Documentación Administrativa* dedicó a los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales su número 288/2010. A partir de dicha fecha se han multiplicado los estudios, siendo el más completo el libro de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, op. cit., donde se contiene un análisis exhaustivo, crítico y excelente de estos Tribunales Administrativos. Una visión directa desde la presidencia de un TARC puede verse en GIMENO FELIÚ, J. M., *Sistema de Control de la Contratación Pública en España*, op. cit. También ténganse en cuenta otros estudios más reducidos pero siempre de interés: SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales», en *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* núm. 32/2015, págs. 41-77; HERNÁNDEZ SALGUERO, E., «El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid», en la misma *Revista* núm. 29/2013, págs. 163-208; SANTIAGO FERNÁNDEZ, M. J., «Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro», en *Auditoría Pública* núm. 66/2015, págs. 105-118; CANDELA TALAVERO, J. E., *El Recurso Especial como Instrumento de Control en Materia de Contratación Pública*, Ed. Fundación de Asesores Locales, Málaga, 2015; GIMENO FELIÚ, J. M., «Informe especial. Sistema de control de la contratación pública en España (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)», *Observatorio de Contratación Pública*, diciembre 2015, así como «Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la reforma de las administraciones públicas: balance y perspectivas», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 47/2013, págs. 87-102; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración», op. cit., págs. 303-367; LÓPEZ MENUDO, F., «Transposición irregular de la normativa europea sobre el Tribunal de recursos contractuales: ¿Un modelo para la resolución de los recursos administrativos en general?», op. cit., págs. 1411-1434; y BERENGUER AMAT, A., «El recurso especial en materia de contratación, como instrumento de control eficaz para combatir la corrupción. Cuestiones controvertidas», op. cit., págs. 69-90.

(26) Se reduce la actividad profesional para ser vocal de 15 a 10 años, se exige sentencia firme para ser separado del cargo por delito, se indica que los vocales pasan a la situación de servicios especiales, y que formará parte del Tribunal el Secretario General. La figura del Secretario General se recogía ya en el art. 3.1 del Real Decreto 814/2015.

(27) Una crítica a la organización interna del TACRC la realiza GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., «La organización, ¿el caballo de Troya de la independencia de los tribunales administrativos de contratación?», en *Actualidad Administrativa* núm. 3/2017, págs. 1-14.

Por su parte, el art. 46. 1 y 2 se refiere, eso sí sin carácter básico, a los órganos de las Comunidades Autónomas, que pueden no obstante celebrar convenio con el Estado para que sus recursos sean conocidos por el TACRC (apartado 2). Igualmente ambos apartados contienen muy pocas novedades. Se sigue, por tanto, posibilitando que el órgano sea unipersonal o colegiado, y se resalta la necesidad de su independencia.

Las novedades principales (28) se encuentran en el ámbito local, al que se dedica el apartado 4 del art. 46, con carácter básico. Por un lado, persiste la concesión de la competencia para decidir sobre el órgano competente en favor de las Comunidades Autónomas, y a falta de ésta en el órgano autonómico correspondiente.

La novedad radica en dos aspectos. Por un lado, los municipios de gran población y las Diputaciones Provinciales pueden crear su propio órgano especializado («sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente» y «en todo caso», dice este apartado 4). No obstante, la regulación de su composición y requisitos se deja en manos de la legislación autonómica o, en su defecto, deberán aplicarse las exigencias establecidas para el TACRC. Por otro, el resto de municipios puede atribuir la competencia al órgano especializado creado por la Diputación Provincial.

Debe llamarse la atención sobre la proliferación de estos TARC (autonómicos y, sobre todo, locales), puesto que ahora replican la organización territorial. Por ello debe recordarse que lo más importante es que los mismos sean independientes, es decir, estén compuestos por Presidente y Vocales que sean realmente independientes y, además, tengan conocimientos en materia de contratación pública. Esta exigencia de independencia se encuentra en la LCSP, pero sobre todo viene impuesta por las Directivas de recursos. Esto significa que los TARC de cualquier ámbito que no respeten las características de independencia exigidas por las Directivas no se ajustan a ellas, y por tanto suponen una vulneración del Derecho de la Unión Europea. Y para ello, como parámetro de comprobación de independencia, pueden servir las consideraciones efectuadas por el TJUE en su Sentencia de 6 de octubre de 2015 (asunto C-203/14) sobre el TARC de Cataluña, que se ha examinado más arriba.

La disposición adicional 23.^a prevé que los TARC acuerden fórmulas de coordinación y colaboración para la unificación de doctrina.

(28) Aunque se mantiene la regulación relativa a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (apartado 3), y se adiciona otra referente a los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco (apartado 5).

2. Los poderes de los TARC

Los poderes de los TARC van a ser comparados con los que tendría un juez o tribunal de lo contencioso administrativo a la luz de lo establecido en la LJCA (29). En definitiva, se trata de comparar las atribuciones que efectúa la LCSP, con las de la LJCA. Y ello porque aunque se trate de Tribunales administrativos, y que se rigen por las normas de los órganos colegiados establecidas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sin embargo cumplen funciones que también pueden ser atribuidas a órganos jurisdiccionales, como de hecho se efectúa en otros ordenamientos jurídicos, puesto que las Directivas de recursos dejan a la libre decisión de los Estados miembros el carácter jurisdiccional o no de los órganos resolutorios de los recursos. Y por otra parte, aunque bien es cierto que sólo a los efectos de considerarlo como órgano jurisdiccional para plantear la cuestión prejudicial, el TJUE ha aceptado esta condición del TARC de Cataluña en su Sentencia de 6 de octubre de 2015. Y efectuaré esta comparación aun siendo consciente de que el objeto de la competencia de los TARC es el recurso especial que constituye un recurso administrativo (30) y que, por tanto, a diferencia de los recursos contencioso-administrativos debe ser resuelto en el plazo de dos meses desde su interposición, con la consecuencia en caso contrario del silencio administrativo negativo (art 57.7 LCSP).

2.1. SU COMPETENCIA

Los TARC son órganos especializados cuyo único objeto es resolver el recurso especial. Frente a los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo que conocen de todos los recursos contencioso-administrativos en materia de contratación pública, en muchos casos tras la previa vía administrativa obligada en el caso de los recursos de alzada, los TARC sólo son competentes para resolver algunos recursos, aquellos que se interponen en relación con los contratos que superen una determinada cuantía.

El recurso especial se articula como vía única, que incorpora la denominada cuestión de nulidad que ahora queda suprimida. Así pues, hay un único recurso en sus dos variantes de precontractual y postcontractual.

(29) GIMENO FELIÚ ha expresado que el alcance de la competencia revisora de los TARC tiene que ser equivalente con el modelo judicial (*Sistema de Control de la Contratación Pública en España*, op. cit., págs. 50-58).

(30) El Real Decreto 814/2015 insiste de forma reiterativa en su carácter de recurso administrativo (especialmente en su art. 2).

tual. No obstante, se mantiene su carácter de recurso potestativo (31), alternativo al contencioso-administrativo (32) y sustitutivo de los recursos administrativos. Ello significa que la competencia de los TARC no es obligatoria sino potestativa, de modo que el recurrente puede optar por acudir a la vía del recurso especial o bien ir directamente al recurso contencioso-administrativo. Bien es cierto que las ventajas de uno y otro son diferentes, en especial en lo que respecta a la suspensión automática en el caso de que el acto recurrido sea el acto de adjudicación.

No obstante, se trata de una vía previa administrativa resuelta por un Tribunal Administrativo independiente, que opera casi como una primera instancia cuasijurisdiccional puesto que las resoluciones dictadas por los TARC son conocidas en todos los casos por las Salas de lo contencioso-administrativo bien de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 10.1.l) y k) LJCA) o de la Audiencia Nacional (art. 11.1.f) LJCA). Debe tenerse en cuenta que, en el caso de los contratos locales cuya resolución no competa a los TARC o cuando el recurrente opte directamente por la vía jurisdiccional, la competencia es siempre de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art. 8.1 LJCA). Además, el recurso especial es un recurso de única instancia, y contra su resolución definitiva no cabe revisión de oficio.

Además, frente a las resoluciones de los TARC estimatorias de los recursos están, asimismo, legitimadas para recurrir las Administraciones Públicas (arts. 19.4 y 44.1 LJCA), lo que evidencia también su carácter cuasijurisdiccional.

La LCSP ha introducido importantes cambios en los contratos sujetos a esta vía especial. Por un lado, ha devaluado la división estricta entre contratos sujetos o no a regulación armonizada, puesto que este criterio ya no es el que se utiliza para definir aquellos contratos sujetos a la vía del recurso especial. Ahora el elemento determinante será el de la cuantía de los contratos.

Sigue, por tanto, la dualidad del sistema de recursos:

- 1) Los contratos que superen una determinada cuantía quedan sometidos al recurso especial, de forma potestativa (art. 44.1).
- 2) Los contratos que no superen dicha cuantía siguen las reglas generales de recursos administrativos de la LPAC (Ley 39/2015, de 2 de octubre) y de la LJCA (art. 44.6 párr. 1.º).

(31) Aquí se modifica la propuesta del Anteproyecto que concebía el recurso especial como obligatorio, lo que había contado además con el beneplácito del Consejo de Estado.

(32) Este carácter potestativo permite que puedan coincidir simultáneamente un recurso especial (o recurso contra una resolución de un TARC) y un recurso contencioso-administrativo directo frente al mismo acto. Es lo que se examinó en la STS de 14 de noviembre de 2013, que resuelve una cuestión de competencia entre las Salas de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Pero, además, la LCSP ha roto la dualidad del régimen administrativo o civil de los recursos contra los actos de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas (33), puesto que ahora en todo caso los recursos contra todas sus decisiones en materia contractual se residencian en vía administrativa: bien en el recurso especial (por razón de la cuantía y no siendo ya decisivo que el contrato esté sujeto a regulación armonizada) ante el TARC que corresponda (art. 47.1) o bien en los recursos de alzada, conforme a las previsiones de la LPAC (art. 44.6 párr. 2.º LCSP), siendo además todas ellas enjuiciables ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 27).

Ahora el art. 44.1 LCSP dice así:

«Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios».

(33) También para las demás entidades del sector público, como establece el art. 321.5 LCSP, los actos de preparación y adjudicación se residencian ahora en la vía administrativa y después contencioso-administrativa (art. 271.e).

Conviene calificar esta medida como buena, porque no cabe olvidar que el recurso especial es gratuito (art. 44. 7 LCSP) (34), mientras que los recursos jurisdiccionales comportan gastos e incluso posible condena en costas en el caso de que el recurrente no vea estimado su recurso contencioso-administrativo.

2.2. LOS ACTOS IMPUGNABLES

La LJCA contempla un amplio abanico sobre la actuación administrativa impugnabile que va desde los reglamentos y los actos, a la inactividad y la vía de hecho (arts. 25-30).

El art. 44.2 LCSP establece como actos impugnables mediante el recurso especial los siguientes:

«a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones».

(34) Lo que supone la supresión de la tasa que sólo existía para los recursos ante el Tribunal Administrativo de Cataluña. Véase al respecto BERENGUER AMAT, A., «El recurso especial en materia de contratación, como instrumento de control eficaz para combatir la corrupción. Cuestiones controvertidas», *op. cit.*, págs. 85-86.

Como puede verse, la LCSP limita los actos impugnables a las actuaciones sin referencia a actos, con lo cual debe entenderse que incluye tanto los actos expresos (decisiones) como los presuntos. Asimismo la vía de hecho (por ejemplo, una adjudicación directa sin procedimiento o una modificación sin seguirse los trámites de la Ley) también pueden ser objeto de recurso especial. Más difícil cabida tienen los posibles recursos contra la inactividad. Incluso en los supuestos de vía de hecho cabe preguntarse por la vía acelerada prevista en el art. 30 LJCA que permite acudir al juez formulando o no requerimiento a la Administración, y en el caso de requerirla, el transcurso de diez días sin atender el requerimiento habilita para la interposición de esta modalidad de recurso contencioso-administrativo.

Por otra parte, es obligado llamar la atención sobre la amplitud del recurso contra los actos de trámite que ahora prevé la LCSP, en la que se «supera» la dicción del art. 25 LJCA, siguiendo lo establecido por la STJUE de 5 de abril de 2017.

En cuanto a las actuaciones impugnables conviene resaltar las novedades de la LCSP sobre el TRLCSP. Por un lado, la LCSP ha satisfecho las peticiones de la doctrina (e incluso de la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra) de incluir tanto las modificaciones como los encargos que no reúnan las condiciones legalmente establecidas para su adopción. Y, por otro, ha adicionado un nuevo supuesto inesperado como es el de «los acuerdos de rescate de concesiones».

2.3. EL EXAMEN DE LEGALIDAD

Los TARC son un órgano que resuelve los recursos especiales que se le presentan con arreglo a Derecho. Son por tanto órganos jurídicos, y en consecuencia su composición obedece a estos parámetros, debiendo su Presidente y Vocales ser Licenciados o Graduados en Derecho (al menos esto se exige para el TACRC y lo mismo debiera ser imprescindible para los TARC autonómicos y locales).

El art. 70.2 LJCA señala que la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo si la actuación incurriera en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

La LCSP no limita los motivos de recurso, y por tanto los TARC pueden examinar cualquier infracción del ordenamiento jurídico en relación con la actuación que se les someta a enjuiciamiento. Por un lado, el recurso especial sustituye a los recursos administrativos ordinarios que no tienen límites (en ello se diferencian del recurso extraordinario de revisión).

Por otra parte, el recurso especial es una vía previa cuasijurisdiccional, y no tendría sentido que se limitaran los motivos de recurso, dejando así

una parte de las posibles infracciones al conocimiento único y posterior de los Tribunales de Justicia (de las Salas).

2.4. LAS DECISIONES QUE PUEDEN ADOPTAR: CONTENIDO DE SUS RESOLUCIONES

Los TARC pueden adoptar las tres decisiones que contemplan las Directivas de recursos: anulación, indemnización y medidas provisionales. Con ello la LCSP cumple de forma escrupulosa con las exigencias del art. 2.1 de la Directiva 89/665/CEE (35).

Los recursos son ágiles y rápidos: breves plazos de interposición (art. 50 LCSP), breve tramitación electrónica (art. 56), y breve plazo de resolución (art. 57). Nada que ver con los recursos contencioso-administrativos, donde los plazos ni siquiera se cumplen en el procedimiento abreviado del art. 78 LJCA. Pero lo más importante es que los TARC, con carácter general, resuelven los recursos en un plazo muy breve de tiempo. Esta es una de las conquistas que deben mantener, sobre todo ante el nuevo reto de una previsible afluencia de un mayor número de recursos con la ampliación del objeto del recurso especial.

Por otro, los recursos son eficaces puesto que, además de su celeridad a la que se une su carácter suspensivo automático en caso de recurrirse los acuerdos de adjudicación, la resolución de los TARC es «directamente ejecutiva» (art. 59.2 LCSP).

2.4.1. *Medidas cautelares*

En cuanto a las medidas cautelares la amplitud de las que pueden adoptar los TARC es muy grande. Por un lado, cabe la adopción de medidas provisionalísimas, antes de la interposición del recurso especial (art. 49), y también con motivo de su interposición (art 56.3). La LCSP contempla las medidas cautelares desde una perspectiva muy amplia: «Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación»

(35) La STJUE de 26 de noviembre de 2015 (asunto C-166/14) explica los tres tipos de recursos que la Directiva 89/665/CEE exige a los Estados miembros: de adopción de medidas provisionales, de anulación de las decisiones ilegales y de indemnización de daños y perjuicios (apartado 29). Y añade que existen diferencias entre las demandas por daños y perjuicios y las demandas de anulación, en concreto en cuanto a la seguridad jurídica que afecta a los plazos (apartados 39-44).

(art. 49.1). Por tanto, este precepto encaja con la genérica previsión del art. 129 LJCA que se refiere a cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Sin embargo, el juego de la suspensión automática del recurso especial contra los actos de adjudicación y de las medidas cautelares de suspensión en vía judicial es bien distinto.

En el caso de solicitarse medidas cautelares en vía judicial frente a las resoluciones de los TARC opera asimismo el art. 129 LJCA. El TS se ha pronunciado en diversas ocasiones (Sentencias de 23 de octubre de 2014, de 5 de noviembre de 2014, de 22 de enero de 2015 —Rec. 3017/2013— y de 22 de enero de 2015 —Rec. 3129/2013—), señalando que las resoluciones de los TARC gozan de presunción de acierto y apariencia de buen derecho, lo que hace muy difícil su suspensión (36).

2.4.2. Indemnización

También los TARC pueden conceder indemnizaciones a solicitud de los interesados. El art. 58.1 dispone que: «El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación» (párr. 1.º). Como puede verse se trata de una solicitud de indemnización anudada a un recurso de anulación (37), lo que significa que no se contempla su exigencia ante los TARC de forma independiente (38).

No obstante, en la práctica, del examen de las Memorias de 2016 y 2017 de diversos TARC se desprende que su actuación parece haberse limitado a los recursos de anulación y a las medidas cautelares, pero no han otorgado indemnizaciones (parece que tampoco los recurrentes las han solicitado).

(36) Véase al respecto los trabajos de GALLEGO CÓRCOLES, I., «Suspensión cautelar de las resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales», en *Contratación Administrativa Práctica* núm. 136/2015 y de FERNÁNDEZ-LOMANA, GARCÍA, M., «La suspensión cautelar de las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales», en *Actualidad Administrativa* núm. 6/2016.

(37) Sin embargo SANTAMARÍA PASTOR, sin negar la competencia de los TARC para dictar resoluciones de contenido indemnizatorio, señala que esta vía va a tener una aplicación escasa y que normalmente la acción de indemnización se planteará en momentos posteriores al recurso especial (*Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, pág. 198).

(38) El art. 33 del Real Decreto 814/2015 dice claramente que la indemnización sólo podrá ser concedida a solicitud del recurrente «en el caso de estimar el recurso».

Debe tenerse en cuenta la doctrina sentada por la STJUE de 26 de noviembre de 2015 (C-166/14) donde se examina la exigencia de indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 6.2 de la Directiva 89/665. El Tribunal afirma que los Estados pueden supeditar la presentación de la demanda de indemnización a que la decisión impugnada sea anulada previamente (apartado 35). Pero, a continuación, añade que el principio de equivalencia exige dar efectividad a las demandas de indemnización que no tienen los mismos requisitos de admisibilidad que las demandas de recursos. Por tanto, no se puede privar de efectividad al derecho a indemnización dejando a la persona perjudicada sin el acceso a uno de los remedios de la Directiva 89/665. Y así responde a la cuestión prejudicial formulada en los siguientes términos:

«El Derecho de la Unión Europea, en particular el principio de efectividad, se opone a una normativa nacional que supedita la presentación de una demanda de indemnización de daños y perjuicios por la infracción de una norma del Derecho de contratación pública a que se haya declarado previamente la ilegalidad del procedimiento de adjudicación del contrato considerado debido a que no se ha publicado previamente un anuncio de licitación, cuando la solicitud de dicha declaración de ilegalidad está sometida a un plazo de preclusión de seis meses que empieza a correr el día siguiente al de la adjudicación del contrato público controvertido, y ello con independencia de si el demandante podía conocer o no la existencia de la ilegalidad relativa a dicha decisión del poder adjudicador».

2.4.3. Anulación: ¿carácter simplemente revisor?

Si examinamos estos poderes de los TARC de forma comparativa con lo dispuesto en el art. 71 LJCA que dispone lo que pueden acordar los jueces y tribunales cuando estimen un recurso contencioso-administrativo, cabe afirmar que el recurso especial no se limita a ser solo un recurso de anulación (aunque algunos autores hablen del mero carácter revisor de los TARC) sino que, al menos parcialmente, es también un recurso de plena jurisdicción. Y ello porque además de anular el acto pueden estimar la pretensión de resarcir los daños y perjuicios.

Acaba de apuntarse que la equiparación es sólo parcial, puesto que el juez o tribunal puede además efectuar dos pronunciamientos que parece que en principio los TARC no pueden adoptar:

- a) El reconocimiento de una situación jurídica individualizada.
- b) La fijación de un plazo para la emisión de un acto o la práctica de una actuación administrativa obligatoria.

En la práctica los TARC se limitan a dictar resoluciones de simple anulación, sin que su resolución alcance a declarar la situación jurídica que puedan demandarle los recurrentes (39), como por ejemplo la adjudicación del contrato cuando resulte evidente que el recurrente debiera ser el adjudicatario del mismo (40). El Tribunal se limita a anular el acto recurrido y deja la decisión final en manos del órgano de contratación.

Y menos los TARC fijan plazos para que los órganos de contratación efectúen actos o actuaciones obligatorias en materia de contratación pública.

Con ser esto cierto, tal vez sus consecuencias no sean tan relevantes como a primera vista pudiera parecer, toda vez que las decisiones anulatorias de los TARC deben ser cumplidas de inmediato (son ejecutivas) por los órganos de contratación, que deberán dictar el acto consiguiente derivado de su ejecución. Así lo indica respecto de la adjudicación el art. 150.4 LCSP, que se refiere a la adjudicación del contrato por el órgano de contratación a otro licitador como consecuencia de la revocación del recurso especial.

2.4.4. Sanciones versus condena en costas

Para los procesos jurisdiccionales el art. 139 LJCA contempla la condena en costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Juez o Tribunal aprecie razonadamente la existencia de dudas de hecho y de derecho (41). La LCSP no contempla ninguna medida igual, pero algunos de sus efectos pueden verse en diversos preceptos de la LCSP, aunque sólo para el recurrente y no para las entidades cuyas actuaciones son objeto de recurso.

(39) Ello se deriva del carácter puramente revisor de los TARC, por lo que no declaran situaciones jurídicas individualizadas (SANTAMARÍA PASTOR, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, pág. 196). En el mismo sentido se pronuncia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, indicando además que ello supone una limitación respecto de los recursos administrativos ordinarios («El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración», *op. cit.*, págs. 338-339).

(40) Por ejemplo en el caso de que una oferta sea considerada anormalmente baja por el TARC y la consecuencia evidente sea la de adjudicar el contrato al siguiente licitador en puntuación. O la adjudicación del contrato al licitador que ha resultado adjudicatario pero que ve su oferta rechazada por ser considerada indebidamente como anormalmente baja.

(41) Es claro que las costas procesales inciden en la posible interposición de recursos contencioso-administrativos. Véase al respecto CIERCO SIERA, C., «Las costas procesales y el derecho de acceso a la justicia administrativa», en AGUDO GONZÁLEZ, A., *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, Ed. INAP, Madrid, 2016, págs. 103-149.

Así pues, la entidad contratante del sector público que ve estimado el recurso y anulada en su integridad la actuación que ha realizado no se ve condenada por ello, de modo que el recurrente deberá cargar con sus gastos de abogado (por ejemplo) (42).

La LCSP permite a los TARC imponer multas a los recurrentes que actúen con mala fe o temeridad bien en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares (art. 58.2). Además, este precepto ha elevado las cuantías de las multas, que van ahora desde 1.000 a 30.000 euros.

2.4.5. *Otras cuestiones resueltas por la LCSP*

La LCSP ha dado solución a dos cuestiones que no estaban previstas en el TRLCSP. En primer lugar, el derecho de acceso al expediente, donde se incorpora la práctica derivada del art. 29.3 del Real Decreto 814/2015, de facilitar el acceso al expediente al recurrente en la sede del TARC, lo que evita la devolución de los autos al órgano de contratación y el retraso en el dictado de la resolución de fondo. El art. 52.3 LCSP dispone lo siguiente: «El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieren por conveniente».

Se trata, por consiguiente, de un aspecto muy positivo de la nueva LCSP, puesto que evita los retrasos en la impartición de la justicia material.

La otra cuestión es la adopción de una medida similar a la que se efectúa en el ámbito judicial en materia de confidencialidad. La confidencialidad sigue en la vía jurisdiccional, sin perjuicio de que sea el Juez o Tribunal quien decida sobre qué información del expediente administrativo es confidencial o no. Pues bien, ahora el art. 56.3 LCSP concede ese poder a

(42) A mi juicio, del art. 58 LCSP no se puede extender una condena en costas a la Administración u otra entidad recurrida. La indemnización que contempla es de otro tipo, y por tanto la he incardinado de forma comparativa con el art 71 LJCA.

los TARC: «Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento».

2.5. LA EJECUCIÓN DE SUS RESOLUCIONES

Las sentencias de los Jueces y Tribunales son ejecutivas como tales sentencias, salvo cuando sea posible la interposición de recursos contra ellas, en cuyo caso su ejecución provisional es bastante dificultosa. Ello significa que, por ejemplo, en el supuesto de que se opte por interponer recurso contra una decisión de un ente local en lugar de utilizar la vía del recurso especial, la sentencia del Juzgado (que es el competente en virtud del art. 8 LJCA) será apelable a la vista de las cuantías establecidas por el art. 81 LJCA. En definitiva, no será directamente ejecutiva, con lo que la ilegalidad declarada en primera instancia no queda sin efecto de forma inmediata dado el carácter suspensivo del recurso de apelación. Y algo similar ocurre en el caso de las sentencias de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional que son recurribles en casación.

Es, por ello, que la opción por la vía judicial encuentra estos importantes escollos prácticos en orden a la eficacia y a la rapidez en la reparación de la infracción cometida por los órganos de contratación.

Frente a ello, el art. 59 LCSP declara que la resolución de los TARC es inmediatamente ejecutiva. Ello significa que debe ser ejecutada por los órganos de contratación. El posible recurso contencioso-administrativo contra ella no paraliza su ejecución, salvo que así lo acuerde expresamente la Sala judicial mediante la adopción de alguna de las medidas cautelares previstas en el art. 129 LJCA, que es muy difícil que adopten a la vista del carácter de órgano independiente y especializado de los TARC(43). Esto constituye una gran ventaja para los recurrentes, puesto que se les garantiza una aplicación inmediata de la resolución y, seguramente, un amparo efectivo y rápido de su derecho, con la anulación de la actuación ilegal de la entidad del sector público de que se trate.

El problema se encuentra en la gran diferencia en orden a garantizar la efectiva ejecución de las resoluciones de los TARC o de las sentencias

(43) MARTÍN VALERO, A. I., recoge como especialidades procesales en vía jurisdiccional las relativas a la competencia jurisdiccional, las medidas cautelares, la legitimación activa y pasiva y las costas («Especialidades procesales en los recursos frente a las resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales», en *Actualidad Administrativa* núm. 12/2017).

judiciales. Derivada de la potestad jurisdicción de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado del art. 117 CE, el art. 103 (y siguientes) de la LJCA recoge importantes consecuencias derivadas de un posible incumplimiento, e incluso el art. 112 ordena al juez o tribunal adoptar las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado en la sentencia llegando a la exigencia de responsabilidad penal.

Nada de ello se contempla en la LCSP para los TARC. Únicamente la LCSP ha establecido lo siguiente: «En caso de estimación total o parcial del recurso, el órgano de contratación deberá dar conocimiento al órgano que hubiera dictado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma» (art. 574).

Llama la atención que la LCSP no haya incorporado las disposiciones del art. 36 del Real Decreto 814/2015 en orden a la ejecución de las resoluciones de los TARC. Este precepto en sus apartados 1 y 3 dice así:

«1. Las resoluciones que pongan fin al procedimiento de recurso se ejecutarán por el órgano de contratación autor del acto impugnado con sujeción estricta a sus términos.

Si la resolución acordara la anulación del procedimiento de licitación, para poder proceder a la adjudicación del contrato, el órgano de contratación deberá convocar una nueva licitación. Cuando proceda la retroacción del procedimiento, la anulación de trámites ordenada por el Tribunal no será obstáculo para que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

3. Los incidentes que planteen los interesados en relación con la ejecución de la resolución, se resolverán por el Tribunal previa audiencia de los interesados.

A tal fin, recibido el escrito planteando el incidente, el Tribunal dará traslado del mismo, con la documentación que lo acompañe, a los interesados a fin de que, durante el plazo de diez días hábiles, puedan alegar cuanto estimen oportuno.

Evacuado el trámite anterior o, en su caso, transcurrido el plazo para ello, el Tribunal resolverá el incidente en el plazo de cinco días hábiles».

Nada de ello se ha incorporado a la LCSP, salvo la frase tan genérica del art. 574 antes transcrita. Además este precepto no fija un plazo de comunicación del cumplimiento. Y tampoco señala cuál debe ser la actuación de los TARC en caso de que no se produzca dicha comunicación y sin embargo el recurrente comunique que el órgano de contratación no ha cumplido con la resolución del TARC.

El problema es que la LCSP no ha dotado a los TARC de poderes de ejecución sobre sus resoluciones. Estos tendrán que valerse de lo dispuesto en el art. 36 del Real Decreto 814/2015 con la poca definición que este precepto otorga a los incidentes de ejecución, puesto que no los desarrolla y, además, tienen un simple rango reglamentario.

En cualquier caso, la conducta de un órgano de contratación que no ejecutara una resolución de un TARC y se mantuviera en su decisión anterior, constituye, a mi entender, un claro ejemplo del delito de prevaricación, que el TARC o el propio recurrente podrían poner en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Por otra parte, las resoluciones de los TARC constituyen actos firmes y respecto de ellas podría instarse la modalidad de recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración que no ejecuta un acto firme.

V. Conclusiones

La LCSP ha introducido importantes novedades en relación con los TARC y sus poderes. Ciertamente no ha modificado su actual configuración en sus rasgos esenciales, aunque sí las características de su objeto y de las actuaciones impugnables. Así el número de recursos especiales se acrecentará por el simple hecho de la enorme rebaja en su cuantía que ahora no se halla sujeta a los umbrales comunitarios y a sus cambios (44). Por otra parte, se acrecienta asimismo el número de actuaciones impugnables con la extensión, principalmente, a las modificaciones contractuales y a los encargos.

De manera más débil se han incrementado los poderes de los TARC que quedan cada día más lejos de los propios de un recurso administrativo (aunque el recurso especial así lo sea) y se acercan algo más a una vía «cuasijudicial» previa. Se han apuntado algunas cuestiones como dar acceso al expediente, resolver sobre la confidencialidad, ser informados de la ejecución de sus resoluciones e imponer multas a los recurrentes por importes más significativos (hasta 30.000 euros). Con todo, algunos aspectos deben aplicarse en la práctica de un modo nuevo: por ejemplo, el recurso especial no se debe limitar a ser sólo revisor, sino que debe incidir —cuando así proceda— en la determinación de la situación jurídica individualizada; y también debe convertirse en vía adecuada para la concesión de indemnización por daños y perjui-

(44) Así por ejemplo la modificación de umbrales de contratos sujetos a regulación armonizada que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2018 y que supone una elevación de sus cuantías, para nada afecta al recurso especial.

cios, tal como está prevista en la Directiva de recursos desde su momento inicial en 1989.

Los TARC cuentan con tres enormes ventajas sobre la vía judicial:

- 1) La rapidez de su enjuiciamiento, con un máximo de dos meses.
- 2) La efectividad de sus resoluciones que son directamente ejecutivas, sin que la interposición de un recurso contencioso-administrativo paralice por sí mismo su ejecución.
- 3) La especialización de sus miembros en el Derecho administrativo sobre la contratación pública.

Siendo ciertas estas tres ventajas, el recurso especial debe tender a una profundización de los poderes de los TARC que les convierta en una justicia administrativa amplia y eficaz.

El éxito de los TARC en el futuro, con todo el potencial que les brinda la LCSP, se cifra en estos aspectos:

- 1) Que los TARC de ámbito autonómico o local se configuren (o mantengan allí donde ya existan) mediante un modelo de órgano colegiado con similares requisitos a los establecidos para el TACRC, que garanticen su preparación e independencia. Esto corresponde, principalmente, a las Comunidades Autónomas y también a las entidades locales que, conforme a lo previsto en la LCSP, opten por la creación de un órgano especializado propio. No se deben crear Tribunales Administrativos de segunda división, puesto que ello supone una vulneración de la Directiva 89/665/CEE.
- 2) Que su funcionamiento sea ágil y eficaz, bajo los parámetros de rapidez y efectividad a que nos han venido acostumbrando. Sólo si los TARC continúan dictando sus resoluciones en los breves plazos de tiempo y con la calidad con que lo están haciendo (basta ver sus memorias y resoluciones), tendrán éxito y cumplirán lo dispuesto en la Directiva 89/665/CEE.
- 3) Que actúen como auténticos Tribunales (aunque no sean jurisdiccionales) de la contratación pública, con los poderes propios o muy similares a los de los órganos jurisdiccionales, de modo que la justicia que impartan sea plena y efectiva.

VI. Bibliografía sucinta

Existen un gran número de estudios sobre el recurso especial en materia de contratación pública. Sin embargo, aquí me voy a limitar a citar los más recientes y, en especial, aquellos que hacen directa referencia a las cuestiones tratadas en ese trabajo.

- BERENGUER AMAT, A., «El recurso especial en materia de contratación, como instrumento de control eficaz para combatir la corrupción. Cuestiones controvertidas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1/2017, págs. 69-90.
- BERNAL BLEY, M. A., «Hacia la unidad del Sistema de recursos en materia de contratación pública», en la obra colectiva *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Ed. INAP, Madrid, 2016, págs. 489-498.
- CANDELA TALAVERO, J. E., *El Recurso Especial como Instrumento de Control en Materia de Contratación Pública*, Ed. Fundación de Asesores Locales, Málaga, 2015.
- CIERCO SEIRA, C., «Las costas procesales y el derecho de acceso a la justicia administrativa», en AGUDO GONZÁLEZ, A., *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, Ed. INAP, Madrid, 2016, págs. 103-149.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. «El sistema de justicia administrativa y la incidencia de los mecanismos administrativos de control en la jurisdicción contencioso-administrativa: reformas y necesidades», en AGUDO GONZÁLEZ, A., *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, Ed. INAP, Madrid, 2016, págs. 81-101.
- FERNÁNDEZ-LOMANA, GARCÍA, M., «La suspensión cautelar de las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales», en *Actualidad Administrativa* núm. 6/2016.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Suspensión cautelar de las resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales», en *Contratación Administrativa Práctica* núm. 136/2015.
- GIMENO FELIÚ, J. M., «Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la reforma de las administraciones públicas: balance y perspectivas», en *Revista catalana de dret public*, núm. 47/2013, págs. 87-102.
- GIMENO FELIÚ, J. M., *Sistema de Control de la Contratación Pública en España*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., «La organización, ¿el caballo de Troya de la independencia de los tribunales administrativos de contratación?», en *Actualidad Administrativa* núm. 3/2017, págs. 1-14.
- HERNAÉZ SALGUERO, E., «El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid», en *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* núm. 29/2013, págs. 163-208.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., «Sobre la controvertida naturaleza «jurisdiccional» de los tribunales administrativos de recursos contractua-

les», en la obra colectiva *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Ed. INAP, Madrid, págs. 499-510.

LÓPEZ MENUDO, F., «Transposición irregular de la normativa europea sobre el Tribunal de recursos contractuales: ¿Un modelo para la resolución de los recursos administrativos en general?», en la obra colectiva *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, tomo 2, Ed. Reus, Madrid, 2017, págs. 1411-1434.

MALARET GARCÍA, E., «Hacia un modelo de justicia administrativa dual. Tribunales administrativos y jurisdicción contencioso-administrativa. Justicia Administrativa. Instituciones Administrativas e instancias jurisdiccionales. Una perspectiva necesariamente de conjunto del control de la actividad administrativa», en AGUDO GONZÁLEZ, A., *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, Ed. INAP, Madrid, 2016, págs. 43-78.

MARTÍN VALERO, A. I., «Especialidades procesales en los recursos frente a las resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales», en *Actualidad Administrativa* núm. 12/2017.

MOREU CARBONELL, E., «Valoración del sistema español de recursos administrativos: conclusiones», en la obra colectiva *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Ed. INAP, Madrid, 2016, págs. 827-838.

RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., «El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 25/2010.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «Los Tribunales y Consejos Administrativos sobre recursos y reclamaciones», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (Coord.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, t. I, págs. 549-571.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales», en *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* núm. 32/2015, págs. 41-77.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

SANTIAGO FERNÁNDEZ, M. J., «Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro», en *Auditoría Pública* núm. 66/2015, págs. 105-118.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración», en la obra colectiva *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Ed. INAP, Madrid, 2016, págs. 303-367.

Trabajo recibido el 15 de enero de 2018

Aceptado por el Consejo de Redacción el 16 de febrero de 2018

LABURPENA: Kontratuen inguruko Errekurtsoei buruzko Auzitegi Administrazio buei buruzkoa da lan hau. Organo horiek ez dira judizialak, eta kontratu publikoen arloan egiten diren errekurtsoen ardura daukate. Errekurtsoen inguruko zuzentzarau erkideak betetzeko sortu ziren, eta maila estatalean, autonomikoan eta tokikoan sortzen joan dira 2010etik aurrera. Sektore Publikoko Kontratuei buruzko 2017ko Lege berriak nabarmen zabaldu ditu organo horien eskumenak, eta modu eskklusiboan ezagutzen duten errekurtso bereziari eragiten dioten aldaketak sartu ditu. Auzitegi Administrazio horien ahalak zeintzuk diren aztertzen da lanean, organo judicial baten ahalekin alderatuz horiek. Eta, administrazio-errekurtso bati dagokiona baino, aurretiko bide erdi-judiziala dela ondorioztatzen da.

GAKO HITZAK: Kontratuen inguruko Errekurtsoei buruzko Auzitegi Administrazioak. Errekurtso berezia. Kontratu publikoak.

RESUMEN: El presente trabajo versa sobre los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, órganos no judiciales responsables de los recursos en materia de contratos públicos. Su creación se realizó en aras al cumplimiento de las Directivas comunitarias de recursos y se han ido instalando a nivel estatal, autonómico y local a partir del año 2010. La nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 ha ampliado notablemente sus competencias y ha introducido algunas modificaciones que afectan al recurso especial del que conocen de forma exclusiva. El trabajo se centra en analizar cuáles son los poderes de estos Tribunales Administrativos, y lo hace desde su comparación con los poderes de un órgano judicial. Y llega a la conclusión de que se trata de una vía cuasijudicial previa más que la propia de un recurso administrativo.

PALABRAS CLAVE: Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. Recurso especial. Contratos públicos.

ABSTRACT: This paper deals about the Administrative Courts of Contractual Review Procedures, bodies not judicial responsible for review procedures. Its creation was carried out in compliance with the Community Directives on Review Procedures and has been installed at the state, regional and local level since 2010. The new Act on Public Contracts of 2017 has significantly expanded its competences and introduced some modifications that affect the special review of which they know exclusively. The paper focuses on analyzing what are the powers of these Administrative Courts, and does a comparison with the powers of a judicial body. And it concludes that these Administrative Courts are a prior quasi-judicial route rather than an administrative appeal.

KEYWORDS: Administrative Courts of Contractual Resources. Special remedies. Public contracts.

Euskera

La normativa sobre el euskera publicada en 2017

Edorta Cobreros Mendazona

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.07>

Sumario: I. Jurisprudencia. 1. Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Del Tribunal Constitucional. 3. Del Tribunal Supremo. 4. Del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. 5. Del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra. —II. Legislación. 1. Legislación de la Comunidad Autónoma Vasca. 2. Legislación de la Comunidad Foral de Navarra.

Como en ocasiones anteriores, analizaremos las aplicaciones judiciales más relevantes en materia lingüística (*lato sensu*, esto es, aunque no vayan referidas específicamente al euskera, sino que puedan afectar al estatus lingüístico, en general) y, a continuación, recogeremos las actuaciones propiamente normativas que se han producido y que no son muchas, aunque ha habido una cualitativamente destacada en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, como es la Ley que modifica la Ley del Vascuence. Ahora bien, como la finalidad de estas crónicas anuales es más detectar las novedades producidas que dar cuenta exhaustiva de su contenido, en general únicamente se mencionarán de sucinta manera y al efecto de facilitar mejor su posible consulta.

I. Jurisprudencia

1. Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea, podemos mencionar una sentencia de su Tribunal de Justicia. Es la Sentencia de 8 de junio de 2017, *as. Sharda Europe*, C-293/16, en la que, para la intelección de una Directiva —y ante la diversidad de las versiones lingüísticas—, el Tribunal de Luxemburgo reitera su conocida doctrina interpretativa consistente en que «la formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión no puede constituir la única base para la interpretación de dicha disposición y que a esa formulación tampoco se le puede reconocer carácter prioritario a tal efecto frente a otras versiones lingüís-

ticas. Efectivamente, la necesidad de una aplicación y, por tanto, de una interpretación uniforme de un acto de la Unión exige que éste no sea considerado de manera aislada en una de sus versiones, sino que sea interpretado en función del sistema general y de la finalidad de la normativa en la que se integre» (apdo. 21).

2. Del Tribunal Constitucional

Vamos a mencionar en este apartado cuatro sentencias dictadas en sendos recursos de inconstitucionalidad (interpuestos contra otras tantas leyes catalanas), todas ellas de la misma fecha, que tienen que ver con el estatus del catalán. Cada una merecería un comentario detallado, pero eso nos llevaría muy lejos, razón por la que aquí nos limitaremos a citarlas.

La primera es la *Sentencia 86/2017, de 4 de julio*, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta diputados del Partido Popular contra numerosos artículos de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña.

La segunda es la *Sentencia 87/2017, de 4 de julio*, que resuelve otro recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por la Defensora del Pueblo contra parte de un artículo de la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña.

La tercera la *Sentencia 88/2017, de 4 de julio*, que resuelve otro recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Defensor del Pueblo contra parte un artículo de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña.

La última la *Sentencia 89/2017, de 4 de julio*, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta diputados del Partido Popular contra diversos artículos de la Ley 20/2010, de 7 de julio, del cine.

3. Del Tribunal Supremo

Referiremos, aquí, sólo la *Sentencia de 14 de febrero de 2017*, rec. núm. 464/2015, que resuelve un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la previa Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco que había desestimado (en rigor, inadmitido) un recurso contencioso-administrativo contra la modificación de la Ordenanza Reguladora de los Requisitos Lingüísticos para los Contratos Administrativos del Ayuntamiento de Lasarte-Oria. Tras una serie de (interesantes) consideraciones sobre la impugnabilidad de disposiciones reglamentarias —en las que ahora no podemos entrar— el Tribunal Supremo man-

tendrá la constitucionalidad de la norma local impugnada por considerar: A) que no está (doblemente) viciada de incompetencia, pues 1.º no establece un régimen general y horizontal del régimen de normalización lingüística (que es competencia de la Comunidad Autónoma), sino ante una ordenanza que aborda un ámbito muy concreto; 2.º) ni pretende establecer una suerte de reglamento general de contratación (que es competencia del Estado), sino unos requisitos o condiciones para los licitadores en la contratación de servicios públicos municipales. B) Que no resulta una regulación discriminatoria «pues debería haberse razonado, norma a norma, en qué medida la Ordenanza da lugar a un trato discriminatorio, en qué medida el resultado de su aplicación es la exclusión antijurídica de licitadores, en qué medida las previsiones de esa ordenanza exceden de lo deducible de la legislación autonómica sobre normalización y en qué medida, tomando en consideración servicios concretos y actividades concretas, hay desproporción en las previsiones de la Ordenanza en cuanto a las exigencias del régimen de normalización», extremos todos ellos que no aporta la demanda.

4. Del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Siguiendo la interpretación sostenida en anteriores sentencias (desde 2014), podemos mencionar dos relacionadas con la consideración del euskera a la hora del otorgamiento de diversas ayudas municipales. Así, en primer lugar, tenemos una sentencia del año anterior (pero que no pudo ser recogida en nuestra Crónica relativa a 2016), como es la *Sentencia de 18 de noviembre de 2016*, rec. núm. 853/2016, referida a una de las bases de la convocatoria de subvenciones a asociaciones vecinales del Ayuntamiento de Hernani —donde se requería que la publicidad (tanto verbal como escrita) que de las actividades subvencionadas hiciera la persona o entidad promotora, dirigida al núcleo de población euskaldun (que parece sería todo el municipio), tanto verbal como escrita, había de hacerse en euskera—, que esta sentencia anula. Por su parte, la *Sentencia de 6 de noviembre de 2017*, rec. núm. 798/2017, se refiere a las bases reguladoras de la concesión de becas «Sorkuntza» con cargo a los programas del Departamento de Cultura del Ayuntamiento de Azpeitia, de las que ratifica su anulación parcial, en lo que se refiere a la exclusión de los proyectos que se presenten en idioma distinto al euskera.

La *Sentencia de 29 de mayo de 2017*, rec. núm. 1051/2016, anula parcialmente el Plan de Normalización del Uso del Euskera en el ámbito de actuación de la Diputación Foral de Gipuzkoa y sus organismos autónomos para el periodo 2013-2017. En concreto, los arts. 5 y 11 que impo-

nían el uso exclusivo del euskera en «ámbitos sociolingüísticos vascófonos» y «zonas sociolingüísticas vascoparlantes», respectivamente; así como el art. 13, que establece el acceso inicial a los contenidos de la web a través de la página de euskera y que el enlace correspondiente a la página en castellano constará «cuando proceda». Por último, se anula también el art. 8, referido a la contratación administrativa por cuanto requiere de los contratistas, y de manera indirecta de su personal, cualesquiera que sean las actividades o servicios objeto de contratación, el cumplimiento de los mismos requisitos lingüísticos a los que la Diputación está sujeta.

5. Del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra

Procede mencionar un par de sentencias referidas al ámbito educativo, en las que se anulan sendas actuaciones del Gobierno de Navarra y del Organismo Autónomo Escuelas Infantiles Municipales de Pamplona, sobre oferta de plazas de maestro con perfil de euskera y sobre cambio de modelo lingüístico en algunos centros de educación infantil. Se trata de la *Sentencia de 20 de octubre de 2017*, rec. núm. 112/2016, y de la *Sentencia de 15 de noviembre de 2017*, rec. 119/2016.

II. Legislación

Clasificada por ámbitos (y prescindiendo del estatal, donde no se ha detectado aportación relevante alguna), podemos distinguir las principales innovaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco y en la Foral de Navarra, respectivamente.

1. Legislación de la Comunidad Autónoma Vasca

Hemos de mencionar aquí sendos Decretos de la misma fecha y que establecen la estructura orgánica y funcional del Departamento de Educación y del Departamento de Cultura y Política Lingüística. Se trata del *Decreto 79/2017, de 11 de abril* (BOPV de 21 de abril de 2017) y del *Decreto 82/2017, de 11 de abril* (BOPV de 21 de abril de 2017), que traen causa de la remodelación departamental realizada por el Lehendakari en noviembre de 2016, tras las elecciones autonómicas.

Asimismo, hay que señalar el *Decreto 162/2017, de 30 de mayo* (BOPV de 5 de junio de 2017), *por el que se regula el Certificado de Calidad en la Gestión Lingüística Bikain* y que tiene por finalidad certificar y reconocer

el nivel de normalización del uso, presencia y gestión lingüística del euskera en el ámbito socioeconómico.

2. Legislación de la Comunidad Foral de Navarra

En Navarra sí que se han producido movimientos normativos de entidad. El más importante, por su valor simbólico y por el cambio de política que denota, es la *Ley Foral 9/2017, de 27 de junio* (BON de 6 de julio de 2017; c.e. BON de 12 de julio de 2017 y BON de 14 de agosto de 2017), por la que se modifica el título y el articulado de la *Ley Foral 18/1986, de 15 de diciembre, del Vascuence*. Esta Ley contiene tres modificaciones de importancia. La primera, que se sustituye *in toto* el término «vascuence» por el de «euskera» (art. 1 y disp. adicional). La segunda es una nueva relación de la zonificación lingüística de los municipios, de tal manera que, ahora, un municipio de la zona mixta pasa a incorporarse a la zona vascófona Atez/Atetz) y 44 localidades que pertenecían a la zona no vascófona se incorporan a la zona mixta (arts. 2 y 3). Por último, se establece una habilitación legal expresa para que las entidades locales de Navarra puedan aprobar, en el ámbito de sus competencias, ordenanzas que regulen o fomenten el uso del euskera en su término, sin que puedan contener disposiciones opuestas a lo establecido en esta Ley (art. 5).

También ha de mencionarse la *Ley Foral 17/2017, de 27 de diciembre* (BON de 30 de diciembre de 2017), *reguladora del acceso a la función pública docente*, puesto que en un extremo que ha resultado muy discutido, como es que los procesos selectivos se harán con convocatorias distintas y separadas, y con tribunales específicos y distintos, para cada una de las comunidades lingüísticas de la Comunidad Foral de Navarra, para garantizar la ecuanimidad, favorecer a la comunidad escolar y posibilitar igualdad de condiciones a los aspirantes a formar parte de los Cuerpos docentes que no poseen el dominio de ambas lenguas.

A continuación podemos mencionar —sin que quepa aquí resumir su amplio e importante contenido— el *Decreto Foral 103/2017, de 15 de noviembre* (BON de 30 de noviembre de 2017), por el que se regula el *Uso del Euskera en las Administraciones públicas de Navarra, sus organismos públicos y entidades de Derecho Público dependientes*.

Y, en el mismo rango reglamentario pero con distinta entidad, tenemos el *Decreto Foral 78/2017, de 6 de septiembre* (BON de 25 de septiembre de 2017), por el que se modifican los *Estatutos del Organismo Autónoma Euskarabidea-Instituto Navarro del Euskera, aprobados por Decreto Foral 130/2015*.

Jurisprudencia

Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo

José Antonio Razquín Lizarraga

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.08>

Sumario: I. Primer año del nuevo recurso de casación.—II. Resoluciones recurribles en casación. 1. Sentencias de los Juzgados. 2. Autos de las Salas. 3. Resoluciones del Tribunal de Cuentas.—III. Alcance del recurso. 1. Cuestiones jurídicas con exclusión de las fácticas. 2. Infracciones del derecho estatal o comunitario europeo.—IV. Legitimación.—V. El interés casacional objetivo; piedra angular de la nueva casación. 1. Circunstancias ejemplificativas. 2. Presunciones. 3. Presupuesto básico: formación de jurisprudencia.—VI. Los vicios procedimentales en el nuevo recurso de casación 1. Incongruencia omisiva: exigencia de un nuevo trámite para acceder a la casación. 2. Escasa viabilidad y carácter accesorio de las infracciones de carácter procesal. 3. Impacto sobre el incidente de nulidad de actuaciones.—VII. Preparación del recurso de casación: 1. Esencialidad y rigor del escrito de preparación: requisitos, insubsanabilidad y forma. 2. Cumplimiento de los requisitos reglados: recurribilidad de las resoluciones. 3. Identificación de las normas o jurisprudencia, juicio de relevancia y justificación de su carácter estatal o comunitario. 4. Denuncia previa de las infracciones de carácter procesal. 5. Fundamentación del interés casacional objetivo y de la conveniencia de pronunciamiento del TS.—VIII. Papel de los órganos de instancia.—IX. Admisión del recurso. 1. Objeto y estructura de las decisiones. 2. Procedimiento y forma de las resoluciones. 3. Recursos admitidos. 4. Costas.—X. El carácter jurisprudencial de la sentencia final.—XI. Los problemas del recurso de casación autonómico.—XII. Conclusión

I. Primer año del nuevo recurso de casación

El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, establecido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que modificó la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) (1), ha cumplido un

(1) Sobre el nuevo recurso de casación existe una amplia bibliografía. Pueden consultarse, entre otros, RAZQUÍN LIZARRAGA, José Antonio, «El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2005», en *RVAP* núm. 104, 2016, págs. 135-178;

año desde su efectividad a partir del 22 de julio de 2016, lo que permite analizar su implantación por los tribunales de casación.

El análisis va a centrarse en el recurso de casación estatal ante el Tribunal Supremo (TS), por ser el objeto principal de la nueva regulación, sin perjuicio de considerar también, de forma breve, el recurso de casación autonómico donde su insuficiente regulación específica ha provocado criterios contradictorios entre las Salas territoriales.

La nueva regulación dejaba en manos de la Sala Tercera del TS un amplio espacio de acción para clarificar y completar la configuración del recurso de casación, definiendo un régimen acabado y su efectiva virtualidad (2) y dando respuesta a las dudas y cuestiones derivadas de las relevantes novedades de la reforma (3).

En este primer año, el TS ha dictado un importante número de resoluciones sobre la admisión y dos sentencias. Las resoluciones publicadas (autos de admisión, de inadmisión y resolutorios de recursos de queja; y sentencias) marcan unas iniciales pautas interpretativas, en particular respecto de la admisión del recurso que es la clave de la nueva casación, que permiten esbozar la conformación de ese nuevo modelo (4).

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Una primera aproximación al nuevo sistema casacional», en *RAP* núm. 198, 2015, págs. 11-42; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán José, «Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación «para la formación de la jurisprudencia»», en *REDA* núm. 174, 2015, págs. 94-95; LOZANO CUTANDA, Blanca, «La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades», en *Diario La Ley* núm. 8599, 7 de septiembre de 2015 y en *Diario La Ley* núm. 8609, de 21 de septiembre de 2015; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, «Comentarios al nuevo recurso de casación (1): artículos 86 y 87 de la LJCA tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio», en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7, 2016, págs. 75-99; QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro, CASTILLO BADAL, Ramón y ESCRIBANO TESTAUT, Pedro, en *Guía práctica del Recurso de Casación Contencioso-Administrativo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016; CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl, *El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015; HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo, *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Ed. Bosch, Barcelona, 2016; y CAZORLA PRIETO, Luis María y CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl César (coords.), *Estudios sobre el Nuevo Recurso de Casación Contencioso-Administrativo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

(2) RAZQUIN LIZARRAGA, «El recurso...», *op. cit.*, pág. 177; y VELASCO CABALLERO, Francisco, «Poderes del Tribunal Supremo en la casación contencioso-administrativa», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017, §§ 7 y 38.

(3) MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, «La curiosidad del jurista persa y la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo», en *Diario La Ley*, N.º 8638, de 28 de octubre de 2015; RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, «Problemas del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2016, págs. 51-70, y FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, «Lo nuevo y lo viejo del recurso de casación contencioso-administrativo: admisibilidad y motivos de impugnación», en *RAP* núm. 202, 2017, págs. 337-379.

(4) HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín, «La nueva casación contencioso-administrativa (primeros pasos)», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 24, 2017; y ESCRIBANO TESTAUT, Pedro, «Doctrina jurisprudencial sobre la nueva regulación del Recurso de Casación (L.O. 7/2015)», CGPJ (Web del Tribunal Supremo), 2017

Así pues, partiendo de la regulación de la nueva casación contencioso-administrativa, se estudia la primera jurisprudencia sobre el nuevo recurso de casación, ofreciendo su interpretación de la nueva regulación y un primer balance de su aplicación por el TS.

II. Resoluciones recurribles en casación

El nuevo recurso de casación ante el TS tiene un ámbito cuasi universal y abarca cuatro supuestos: sentencias en instancia o en apelación de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados, sentencias del Tribunal de Cuentas sobre responsabilidad contable y autos de las citadas Salas (arts. 86 y 87 LJCA). El primero de ellos, pese a la novedad incorporada, no planteaba problemas por lo que el recurso se extiende con normalidad también a las sentencias de apelación. En cambio, ha sido preciso abordar las cuestiones suscitadas por los restantes mediante una interpretación de dichos preceptos legales.

1. Sentencias de los Juzgados

La recurribilidad de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo —aunque contaba con el precedente del recurso de casación en interés de ley— se considera una de las novedades del nuevo sistema (art. 86 LJCA) que comprende las sentencias definitivas de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y también las de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, esto es, la sentencias dictadas en única instancia por los órganos unipersonales (5).

Ahora bien, su impugnabilidad en casación es limitada por exigirse la concurrencia acumulativa de dos requisitos: que la sentencia contenga doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y que se trate de una resolución susceptible de extensión de efectos (art. 86.1, párrafo segundo, LJCA) (6). La jurisprudencia se ha centrado en la interpretación del segundo de tales presupuestos de recurribilidad (extensión de efectos), que tiene carácter reglado frente a la estimación discrecional del primero (gravemente dañosa para el interés general) por el

(5) AATS de 27 de febrero de 2017 (Rec. Queja 36/2017); de 5 de abril de 2017 (Rec. Queja 42/2017) de 30 de mayo de 2017 (Rec. Queja 265/2017) y de 10 de julio de 2017 (Rec. Queja 112/2017).

(6) ATS de 15 de febrero de 2017 (Rec. Queja 120/2016), de 5 de abril de 2017 (Rec. Queja 42/2017), ATS de 26 de abril de 2017 (Rec. Queja 177/2017), de 22 de mayo de 2017 (Rec. Queja 289/2017), de 29 de mayo de 2017 (Rec. Queja 228/2017), de 30 de mayo de 2017 (Rec. Queja 265/2017) y de 10 de julio de 2017 (Rec. Queja 112/2017).

TS, lo que ocasiona —como más adelante se indicará— una dispar posición de los órganos de instancia respecto de cada uno de ellos.

El requisito de que la sentencia sea susceptible de extensión de efectos ha de entenderse de la manera contemplada en los arts. 110 y 111 LJCA; en concreto, el art. 110 configura la posibilidad de extensión de efectos de una sentencia firme con dos condiciones: en materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública o de unidad de mercado y que reconozca una situación individualizada a favor de una o varias personas(7).

Esa primera condición exige que la sentencia verse sobre una de las materias contenidas en el art. 110 (o concurra el presupuesto previsto en el art. 111 LJCA), pues en otro caso no puede accederse a la casación(8). Se cumple esta condición si se trata de una cuestión referida a la unidad de mercado (el debate gira en torno a la libertad de establecimiento y prestación de servicios)(9) o relativa a tributos(10); y, en cambio, no concurre cuando la cuestión se refiere a la reclamación de indemnización(11), a deudas por cuotas de la empresa o liquidación de diferencias de cotización a la Seguridad Social(12) o a cuotas de urbanización giradas por Junta de Compensación dado su carácter no tributario a estos efectos(13).

La segunda condición del art. 110 LJCA requiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada a la parte recurrente —esto es, alguna titularidad básica (derecho subjetivo) o, al menos, subordinada adoptando, en su caso, cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma (arts. 31.2 y 71.1.b) LJCA)— que sea susceptible de extensión de efectos, por lo que no concurre cuando la sentencia que se impugna es de signo desestimatorio(14). Así pues, es condición ineludible que la sentencia sea estimatoria, pues en otro caso no es susceptible de extensión de efectos, lo que restringe la legitimación para recurrir a las Administraciones públicas demandadas(15).

(7) AATS de 5 de abril de 2017 (Rec. Queja 38/2017) y de 30 de mayo de 2017 (Rec. Queja 265/2017).

(8) ATS de 15 de febrero de 2017 (Rec. Queja 129/2016).

(9) ATS de 13 de marzo de 2017 (Rec. Casación 313/2016).

(10) AATS de 1 de marzo de 2017 (Rec. Casación 128/2016) y de 21 de junio de 2017 (Rec. Casación 1636/2017).

(11) ATS de 10 de julio de 2017 (Rec. Queja 112/2017).

(12) AATS de 8 de febrero de 2017 (Rec. Queja 135/2016) y de 5 de junio de 2017 (Rec. Queja 209/2017).

(13) ATS de 22 de febrero de 2017 (Rec. Queja 164/2016).

(14) AATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Queja 65/2017), de 22 de marzo de 2017 (Rec. Queja 60/2017), de 22 de marzo de 2017 (Rec. Queja 143/2016), de 26 de abril de 2017 (Rec. Queja 177/2017), de 8 de mayo de 2017 (Rec. Queja 84/2017) y de 26 de julio de 2017 (Rec. Queja 314/2017).

(15) Como adujo el recurrente, ello repercute en la legitimación para impugnar estas resoluciones que se limita a las Administraciones públicas y sus codemandados: ATS de 26 de abril de 2017 (Rec.

Salvo esa especialidad relativa a la recurribilidad, que habrá de acreditarse en el escrito de preparación [art. 89.2.a) LJCA], el recurso de casación contra sentencias definitivas de los Juzgados se sujeta al régimen único y general, entendiéndose que las referencias a las Salas de instancia incluyen también a los Juzgados. Por ello, la existencia de interés casacional objetivo pueda apreciarse con base en la concurrencia no sólo del supuesto del art. 88.2.b), claramente emparentado con una de las condiciones de impugnabilidad, sino también de otros supuestos fijados en los apartados 2 y 3 del art. 88 LJCA (16).

2. Autos de las Salas

El régimen jurídico y el plazo para interponer el recurso de casación contra los autos de las Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia dependen de la fecha del auto que resuelve el recurso de reposición (17); de modo que puede impugnarse un auto resolutorio del recurso de reposición contra una providencia (18). La limitación a los autos de las Salas deja fuera los autos de los Juzgados; si bien éstos últimos pueden resultar recurridos de forma mediata cuando sobre ellos se haya pronunciado en apelación una Sala, cuya sentencia es siempre susceptible de casación (19).

La recurribilidad en casación de los autos de las Salas no es general, sino que está restringida a las cinco clases determinadas en el art. 87.1 LJCA (20), lo que debe justificarse en el escrito de preparación [art. 89.2.a) LJCA].

Queja 177/2017). En este sentido, HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*; y HUERGO LORA, Alejandro, «El recurso de casación en interés de la ley tras la reforma de 2015: ¿Desaparición, transformación o inconstitucionalidad?», en LAGUNA DE PAZ, José Carlos, SANZ RUBIALES, Iñigo y MOZOSTOUYA, Isabel María de los (Coords.), *Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, Ed. Reus, Madrid, 2017, págs. 1530-1537, quien critica que sea una vía de recurso reservada a la Administración demandada por entrañar un trato desigual con el demandante contrario a la igualdad de armas integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

(16) AATS de 1 de marzo de 2017 (Rec. Casación 128/2016) y de 13 de marzo de 2017 (Rec. Casación 313/2016).

(17) AATS de 1 de febrero de 2017 (Rec. Queja 2989/2016), de 2 de febrero de 2017 (Rec. Queja 110/2016) y 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 125/2016).

(18) ATS 15 de febrero de 2017 (Rec. Queja 100/2016).

(19) Así se admiten los recursos de casación contra sentencias de apelación frente a autos de Juzgados sobre satisfacción extraprocesal (ATS de 13 de marzo de 2017, Rec. Casación 54/2017), respecto de entrada en domicilio (ATS de 29 de marzo de 2017, Rec. Casación 1062/2017) y sobre ejecución de sentencia (ATS de 20 de julio de 2017, Rec. Casación 2225/2017).

(20) MUÑOZ ARANGUREN, «El recurso de casación contra autos recaídos en ejecución de sentencia tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2017, págs. 29-44.

Al margen de esa limitación, es aplicable el régimen general de la casación. Por tanto, el recurrente debe cumplir los requisitos exigidos para el escrito de preparación y, en particular, justificar la relevancia de las infracciones denunciadas y su carácter determinante del sentido del fallo [art. 89.2.b) LJCA] y argumentar sobre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia [89.2.f) LJCA], cuya existencia se alegará y ponderará de acuerdo con el art. 88.2 y 3 LJCA, por lo que, en caso de estimación negativa, se inadmite el recurso (21).

3. Resoluciones del Tribunal de Cuentas

La recurribilidad en casación de las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable planteaba importantes incógnitas en razón de la remisión a los casos establecidos en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas —que no fue modificada— (art. 86.4 LJCA). Han sido resueltas por el TS mediante los dos criterios siguientes: 1) Son recurribles en casación las sentencias definitivas pronunciadas por las Salas del Tribunal de Cuentas en apelación o en única instancia en materia de responsabilidad contable con independencia de la cuantía del procedimiento en el que se hubieran dictado, así como los autos referidos en el art. 81.2, apartados 2.º y 3.º de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas; y 2) Al recurso de casación contra tales sentencias son aplicables los requisitos fijados para el escrito de preparación en el art. 89.2 LJCA y puede fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, sin que ajustarse a los motivos previstos en el art. 82.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (22).

III. Alcance del recurso

1. Cuestiones jurídicas con exclusión de las fácticas

El recurso de casación se limita a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho (art. 87.bis.1 LJCA), por lo que no cabe plantear cuestiones fácticas y especialmente la revisión de la valoración de la prueba realizada por el órgano de instancia.

(21) AATS de 24 de abril de 2017 (Rec. Casación 611/2017) y de 29 de mayo de 2017 (Rec. Queja 108/2017).

(22) ATS de 31 de mayo de 2017 (RCA 60/2017), cuya doctrina se reitera en AATS de 15 de junio de 2017 (Rec. Queja 223/2017) y de 21 de junio de 2017 (Rec. Queja 220/2017).

La admisión excepcional y restrictiva de la discusión sobre la valoración de la prueba en el antiguo recurso de casación pasa a ser mucho más excepcional y restrictiva en la actual y novedosa regulación del recurso caracterizada por su finalidad hermenéutica del Derecho público y la posición basilar de la noción de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, resultando ajenas a esa finalidad las impugnaciones circunscritas a la discusión sobre la apreciación por el órgano judicial de instancia de los hechos subyacentes en el pleito; por lo que han de quedar excluidas del actual recurso de casación las cuestiones en las que la parte manifiesta su discrepancia con el resultado valorativo de la prueba realizado por el tribunal *a quo*, que revelan una discrepancia con el resultado de dicha valoración sin plantear una infracción de la norma jurídica que establece los criterios de valoración que debe utilizar un tribunal al enjuiciar este tipo de pruebas (23).

Por tanto, este art. 87 bis.1 LJCA justifica la inadmisión de la casación por más que la parte recurrente pretenda disfrazar la cuestión de ropajes jurídicos cuando en realidad se trata de una cuestión de prueba en la que el Tribunal de casación no puede adentrarse (24), o incluso que no se tenga por preparado el recurso cuando el recurrente se limita a plantear la mera discrepancia con la apreciación de los hechos efectuada por el órgano judicial de instancia tratándose de un recurso que se mueve únicamente por el terreno vedado de las apreciaciones fácticas (25). Así pues, la imputación de una errónea valoración de la prueba efectuada no tiene encaje en ninguno de los apartados del art. 88 LJCA ni en ningún otro y el propio art. 87.bis.1 LJCA excluye de este recurso extraordinario las cuestiones de hecho (26). Ello es especialmente relevante en materia de responsabilidad patrimonial por su carácter primordialmente fáctico (27).

Sin embargo, decidir si se está en presencia de una cuestión fáctica o jurídica no es siempre lineal; y así si se discute sobre la valoración de un documento a efectos de interrumpir la prescripción de la acción de res-

(23) ATS de 19 de junio de 2017 (Rec. Queja 273/2017).

(24) ATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Casación 242/2016).

(25) ATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Queja 8/2017) y de 19 de junio de 2017 (Rec. Queja 317/2017).

(26) ATS de 26 de junio de 2017 (Rec. Casación 1829/2017).

(27) Según el ATS de 29 de mayo de 2017 (Rec. Queja 230/2017), la pretensión de una valoración alternativa de la actividad probatoria realizada por el tribunal es cuestión ajena al recurso de casación y que forma parte del sustrato fáctico y probatorio del recurso, sin que sea aceptable la afirmación de que la discrepancia jurídica surge por el hecho de que en diferentes supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria diversas sentencias lleguen a resultados diferentes, pues esa contradicción lo es de la doctrina jurídica y no del sentido del fallo.

ponsabilidad patrimonial ejercitada, este punto valorativo, obliga, en principio, a excluir la naturaleza fáctica del documento controvertido (28).

Finalmente, continúa siendo plenamente aplicable la jurisprudencia anterior que proscribe la introducción de cuestiones nuevas en casación. Pese a no contemplarse explícitamente esta causa de inadmisión en la nueva regulación, un recurso de casación que se sitúe en este inadecuado escenario podrá ser inadmitido, bien por no justificarse debidamente que las normas cuya infracción se denuncia fueron alegadas en el proceso o tomadas en consideración por el Tribunal —o que este debió tomarlas en consideración aún sin ser alegadas— [arts. 89.2.b) y 90.4.b) LJCA], bien por no justificarse la relevancia sobre el fallo de tales infracciones [arts. 89.2.d) y 90.4.b) LJCA] (29). Así pues, no puede entrarse a considerar aquellas cuestiones que no fueron objeto de debate ni, en consecuencia, de pronunciamiento por parte de la sentencia recurrida en casación (30).

2. Infracciones del derecho estatal o comunitario europeo

El recurso de casación ante el TS se ciñe a las infracciones del Derecho estatal y del Derecho comunitario europeo (arts. 86.3, 87.1 y 93.1 LJCA). Esa demarcación, que debe justificarse en el escrito de preparación respecto de la impugnación de resoluciones de las Salas territoriales [art. 89.2.d) LJCA], plantea interrogantes ante el posible entrecruzamiento y convergencia de normas del derecho autonómico con el derecho estatal y comunitario europeo.

La recurribilidad de las sentencias en el recurso de casación estatal obedece no tanto a la naturaleza estatal o autonómica de las normas aplicadas en el proceso sino, en relación con la fundamentación jurídica de la sentencia, al carácter estatal de las normas en que el recurrente pretende basar su recurso, que se han de anticipar en el escrito de preparación (31).

Por tanto, son recurribles en casación ante el TS las sentencias de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia sobre disposiciones generales autonómicas si las normas y cuestiones planteadas en el escrito de preparación versan sobre derecho estatal (infracción del sistema de com-

(28) ATS de 26 de mayo de 2017 (Rec. Queja 151/2017).

(29) ATS de 3 de febrero de 2017 /Rec. Casación núm. 203/2016).

(30) AATS de 1 de marzo de 2017 (Rec. Casación 148/2016) y de 21 de marzo de 2017 (Rec. Casación 308/2016).

(31) ATS de 26 de junio de 2017 (Rec. Queja 295/2017).

petencias o del ordenamiento estatal aplicable) (32). Asimismo, es admisible el recurso respecto de la interpretación de normas tributarias de derecho autonómico si son idénticas a las estatales y se trata de tributos armonizados en la Unión Europea (33); o si el contenido de un precepto de derecho autonómico es idéntico al de un precepto de derecho estatal, puede invocarse como motivo de casación la infracción de la jurisprudencia recaída en interpretación de este último, habiéndose invocado además como precepto infringido el art. 31 CE (34). En cambio, cuando la única normativa alegada como infringida es la autonómica o se está ante un caso de interpretación o aplicación del Derecho autonómico, no puede tenerse por preparado o admitirse el recurso ante el TS, por ser cuestión que compete al Tribunal Superior de Justicia (35).

Reiterando la doctrina sobre la anterior regulación, el recurso de casación estatal no puede fundarse en la infracción de normas de Derecho autonómico, ni cabe eludir dicho obstáculo procesal encubriendo la denuncia de la indebida interpretación y aplicación de normas autonómicas bajo una cita artificiosa y meramente instrumental de normas de derecho estatal (36). Cuando la parte no pretende una revisión o aclaración de la jurisprudencia sobre la incongruencia omisiva, sino que se limita a invocar dicha incongruencia como presupuesto previo para cuestionar la correcta aplicación del ordenamiento autonómico, la cita de los preceptos del ordenamiento estatal relativos a la congruencia de las sentencias se reputa meramente instrumental respecto al fondo de la cuestión debatida que sigue siendo exclusivamente autonómica (37).

La nueva regulación no contempla la compatibilidad y, en su caso, la preferencia entre el recurso de casación estatal y el autonómico. Si la sentencia suscita cuestiones o infracciones de derecho estatal o comunitario europeo y también autonómico, es posible la preparación simultánea o su-

(32) AATS de 3 de abril de 2017 (Rec. Casación 506/2017): precepto de reglamento autonómico de Agentes Forestales en cuanto a color señales luminosas de sus vehículos), de 16 de mayo de 2017 (Rec. Casación 1190/2017: anulación Decreto autonómico sobre jornada laboral del personal funcionario), de 8 de junio de 2017 (Rec. Casación 1718/2017): exigencia de un responsable en todas las estaciones de servicio por reglamento autonómico] y de 26 de junio de 2017 (Rec. Casación 1488/2017: anulación parcial de decreto autonómico sobre material vegetal)

(33) ATS de 24 de mayo de 2017 (Rec. Casación 767/2017). Criterio ya aplicado también a normas tributarias forales idénticas a las estatales, aunque sin explicitar mayor justificación en AATS de 1 de marzo de 2017 (Rec. Casación 28/2017), de 15 de marzo de 2017 (Rec. Casación 163/2016), de 5 de abril de 2017 (Rec. 4004/2017) y de 28 de abril de 2017 (Rec. Casación 76/2017).

(34) ATS de 29 de marzo de 2017 (Rec. Queja 89/2017).

(35) ATS de 26 de abril de 2017 (Rec. Queja 153/2017) y de 26 de junio de 2017 (Rec. Queja 295/2017).

(36) ATS de 26 de junio de 2017 (Rec. Queja 295/2017).

(37) ATS de 17 de julio de 2017 (Rec. Casación num. 1271/2017).

cesiva de ambas casaciones, siempre que se haga dentro del plazo legalmente establecido, si bien la infracción del ordenamiento estatal ha de referirse a vicios sustantivos y no procedimentales (incongruencia omisiva). La general preferencia del recurso estatal adoptada por las Salas territoriales(38) ha sido matizada por el TS: no es procedente su tramitación simultánea y tiene preferencia la casación estatal cuando las infracciones de normas estatales o comunitarias están referidas a la pretensión principal y la decisión del TS pudiera condicionar el resultado del recurso de casación autonómico y, en cambio, si las infracciones de normas estatales o comunitarias no condicionan el resultado del recurso de casación autonómico, por referirse a la pretensión subsidiaria, debe darse preferencia a la tramitación de la casación autonómica; sin perjuicio de la impugnación a través del recurso de queja ante el TS contra la decisión del órgano de instancia de tener por no preparado o suspender la tramitación de la casación estatal(39).

IV. Legitimación

Como había señalado la doctrina(40), la jurisprudencia recaída en relación con el artículo 89.3 LJCA, en su inicial redacción, es trasladable a la interpretación del actual art. 89.1 (en la redacción dada por la LO 7/2015), de manera que están habilitados para preparar el recurso de casación quienes hubiesen sido parte o podido serlo en el recurso contencioso-administrativo en que se dictó la resolución impugnada, lo que no supone la exigencia absoluta de haberse personado en él antes de la sentencia, pero sí, desde luego, dentro del plazo legalmente establecido para la preparación del recurso de casación; es decir, basta con que aquella personación, aún posterior a la sentencia, se haya verificado antes de que ésta gane firmeza(41).

V. El interés casacional objetivo: piedra angular de la nueva casación

El recurso de casación es el instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho, como se hace constar

(38) Así, AATS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra de 30 de junio de 2017 —y providencia de 8 de septiembre de 2017 (Rec. Contencioso-administrativo 456/2011) y de 4 de julio de 2017 —y providencia de 12 de julio de 2017— (Rec. Contencioso-administrativo 455/2011), acuerdan tener por preparado el recurso de casación estatal y dejan en suspenso la tramitación de la casación autonómica hasta tanto no se resuelva la casación estatal.

(39) ATS de 17 de julio de 2017 (Rec. Casación num. 1271/2017).

(40) Así, RAZQUÍN LIZARRAGA, «El recurso...», *op. cit.* pág. 152.

(41) ATS de 29 de marzo de 2017 (Rec. Queja 142/2017).

en el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015; y de esta manera el TS sirve al principio de seguridad jurídica y, por su intermediación, al de igualdad en la aplicación de la ley (arts. 9.3 y 14 CE) (42).

La nueva regulación del recurso de casación contencioso-administrativo supone un cambio trascendente al pivotar ahora el sistema sobre la existencia (o no) de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (43), que se erige como la piedra angular del nuevo modelo casacional, al atribuirse al TS como cometido principal fijar la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario su pronunciamiento (arts. 88.1 y 90.4 LJCA) (44). Por ello, este concepto jurídico indeterminado es el objeto primordial de numerosas resoluciones de la Sección de Admisión, que han intentado precisar su interpretación (45).

La noción de interés casacional objetivo se conforma a partir de tres elementos interdependientes: 1) La enumeración de supuestos en los que podrá apreciarse o se presume la existencia de interés casacional objetivo (art. 88.2 y 3 LJCA) (46); 2) Su obligada referencia o concreción en las infracciones o cuestiones jurídicas suscitadas (47), lo que exige la previa concreción de la cuestión jurídica objeto de casación respecto de

(42) ATS de 1 de febrero de 2017 (Rec. Casación 2/2016), de 20 de febrero de 2017 (Rec. Casación 139/2016), de 2 de marzo de 2017 (Rec. Casación 159/2017), de 20 de julio de 2017 (Rec. Casación 1354/2017) y de 21 de julio de 2017 (Rec. Casación 2022/2017).

(43) ATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 26/2017), de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 57/2017), de 22 de mayo de 2017 (Rec. Queja 261/2017) y de 24 de mayo de 2017 (Rec. Queja 278/2017).

(44) ATS de 19 de junio de 2017 (Rec. Queja 273/2017). Véanse, además de doctrina citada en nota 1, MESTRE DELGADO, Juan Francisco, «La configuración del recurso de casación en torno al interés casacional», en BAÑO LEÓN, José María (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, Madrid, 2016, vol. 1, págs. 1011-1031; y RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo y el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94, 2016, págs. 107-150.

(45) Véanse RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, «El interés casacional objetivo según el Tribunal Supremo», en *REDA* núm. 188, 2017; y GARCIA CASTRO, David, «El interés casacional objetivo como requisito único a acreditar en los escritos de preparación de recursos de casación ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo. Un análisis de la incipiente jurisprudencia de la Sala de Admisión del Alto Tribunal tras la entrada en vigor de la LO 7/2015», en *RVAP* núm. 109, 2017, págs. 469-493.

(46) ATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 26/2017), de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 57/2017), de 22 de mayo de 2017 (Rec. Queja 261/2017) y de 24 de mayo de 2017 (Rec. Queja 278/2017).

(47) En palabras del ATS de 21 de marzo de 2017 (Rec. Casación 308/2016), «el recurso de casación articulado en la LO 7/2015, de 21 de julio, persigue como finalidad la formación de jurisprudencia cuando se estime que presenta interés casacional objetivo, pero no en abstracto, sino en relación con la resolución de las cuestiones suscitadas en el pleito que fueron objeto del pronunciamiento en la sentencia o debieran haberlo sido, y ello en cuanto que sigue siendo un recurso extraordinario para la tutela de los derechos subjetivos hechos valer por las partes en el proceso».

la que se ponderará la concurrencia de tal interés (48); y 3) Su finalidad estriba en la formación de jurisprudencia (art. 88.1 LJCA) (49), primando ese carácter objetivo sobre el subjetivo (intereses del recurrente) (50).

1. Circunstancias ejemplificativas

El primer listado es abierto y contiene nueve circunstancias indiciarias o ejemplificativas de interés casacional objetivo (art. 88.2 LJCA), que se interpretan del modo siguiente:

- a) Doctrina contradictoria con la de otros órganos jurisdiccionales: exige la contradicción entre la sentencia recurrida y la dictada por otros órganos jurisdiccionales en las cuestiones planteadas sobre interpretación de normas del Derecho estatal o comunitario europeo (51), respecto de cuestiones que sean sustancialmente iguales, esto es, en casos idénticos, iguales o análogos a la resolución recurrida (52). Esta circunstancia opera cuando se aprecia la existencia de disparidades o contradicciones insalvables entre las sentencias sometidas a contraste, en cuanto concierne a la interpretación de las mismas normas y en relación con un problema de interpretación y aplicación sustancialmente coincidente (53). Las sentencias de contraste han de ser firmes (54) y pueden proceder de cualquier juzgado o tribunal, incluido el TS (55), no sólo del orden contencio-

(48) Por todos, ATS de 17 de mayo de 2017 (Rec. Casación 255/2016).

(49) Como señala, por todos, el ATS de 19 de junio de 2017 (Rec. Queja 273/2017), el recurso de casación contencioso-administrativo presenta una decidida vocación de erigirse como un instrumento procesal volcado en la labor hermenéutica del Derecho Público, administrativo y tributario, con el objetivo de proporcionar certeza y seguridad jurídica en la aplicación de este sector del Ordenamiento.

(50) Así el ATS de 14 de junio de 2017 (Rec. Casación 635/2017) declara que, en razón de la singularidad de las circunstancias concurrentes, el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, por nítido que sea el interés casacional subjetivo de la entidad recurrente.

(51) ATS 8 de febrero de 2016 (Rec. Casación 206/2016).

(52) ATS de 1 de marzo de 2017 (Rec. Casación 128/2016).

(53) AATS de 7 de febrero de 2017 (Rec. Casación 161/2016) y de 27 de marzo de 2017 (Rec. Casación 377/2017).

(54) ATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Casación 40/2017).

(55) Así, ATS de 20 de julio de 2017 (Rec. Casación 2093/2017) respecto de sentencias de Juzgados; AATS de 21 de julio de 2017 (Rec. Casación 2944/2017) y de 21 de julio de 2017 (Rec. Casación 2878/2017) con sentencias de otras Salas territoriales; y AAATS de 12 de julio de 2017 (Rec. Casación 2220/2017), de 20 de julio de 2017 (Rec. Casación 299/2016) y de 21 de julio de 2017 (Rec. Casación 2112/2017) con sentencias de la Sala 3.ª del TS.

- so-administrativo sino también de otros órdenes (civil y social) (56), pero no del mismo órgano jurisdiccional (57).
- b) Doctrina gravemente dañosa para el interés general: su apreciación debe atender de forma prioritaria a la virtualidad expansiva de la doctrina sentada por la sentencia recurrida, procediendo la inadmisión si no resulta diáfana ni se concreta, más allá del nítido interés subjetivo de ésta (58) y exige que la doctrina de la sentencia recurrida sea errónea (59). Esta circunstancia puede ser alegada por las Administraciones públicas (60) y también por los particulares recurrentes (61).
 - c) Afectación a gran número de situaciones o trascendencia general: depende de la concreta cuestión considerada y exige bien que la doctrina recurrida pueda afectar a un gran número de situaciones, trascendiendo al caso objeto del proceso (62) o bien que la jurisprudencia que pueda fijar el TS sea susceptible de aplicación por los operadores jurídicos (administraciones públicas y órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa) a situaciones iguales (63).
 - d) Resolución de debate sobre la validez constitucional de norma legal sin esclarecer suficientemente la improcedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad: se aprecia si en el proceso se ha debatido sobre la validez constitucional de una ley, sin que pueda afirmarse que sea manifiestamente improcedente el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad (64) o ha existido debate en la instancia sobre la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad y existían dudas legales a la vista de la doctrina constitucional sin que la sentencia diese respuesta alguna a la petición (65).

(56) AATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Casación 40/2017), de 21 de marzo de 2017 (Rec. Casación 98/2017), de 11 de abril de 2017 (Rec. Casación 577/2017), de 19 de junio de 2017 (Rec. Queja 346/2017) y de 26 de junio de 2017 (Rec. Casación 1134/2017). En este sentido, HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*

(57) ATS de 7 de junio de 2017 (Rec. Casación 997/2017).

(58) ATS de 1 de febrero de 2017 (Rec. Casación 31/2016).

(59) AATS de 24 de mayo de 2017 (Rec. Casación 235/2016) y de 12 de julio de 2017 (Rec. Casación 2800/2017).

(60) AATS de 21 de marzo de 2017 (Rec. Casación 209/2016), de 24 de mayo de 2017 (Rec. Casación 235/2016) y de 12 de julio de 2017 (Rec. Casación 2800/2017).

(61) AATS de 27 de marzo de 2017 (Rec. Casación 263/2017), 3 de abril de 2017 (Rec. Casación 480/2017), de 22 de mayo de 2017 (RCA 1018/2017) y de 7 de junio de 2017 (Rec. Casación 997/2017).

(62) AATS 8 de febrero de 2017 (Rec. Casación 86/2016) y de 12 de julio de 2017 (Rec. Casación 1985/2017).

(63) ATS 1 de febrero de 2016 (Rec. Casación 2/2016).

(64) ATS de 3 de febrero de 2017 (Rec. Casación 203/2016).

(65) ATS de 3 de febrero de 2017 (Rec. Casación 319/2017).

- e) Interpretación y aplicación aparentemente errónea y determinante de doctrina constitucional: concurre cuando se alega la interpretación y aplicación errónea de una sentencia constitucional (66) o cuando la sentencia recurrida se refiere a la interpretación y aplicación de la doctrina constitucional sobre un derecho fundamental (67).
- f) Interpretación y aplicación del derecho comunitario en contradicción aparente con jurisprudencia del TJUE o en supuestos que puedan exigir su intervención a título prejudicial: se aprecia si la resolución impugnada aplica el Derecho europeo en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y aborda un supuesto en que pudiera ser exigible la intervención de dicho Tribunal a título prejudicial (68), lo que es frecuente en temas tributarios por su armonización directa o por la incidencia del derecho comunitario europeo (69).
- g) Impugnación directa o indirecta de disposición general: se refiere a la impugnación de cualquier acto de naturaleza normativa (70), sin que requiera su anulación pues ello conforma una presunción [art. 88.3.c) LJCA].
- h) Convenio entre Administraciones públicas: se refiere a un proceso concerniente a un convenio interadministrativo (71).
- i) Resolución dictada en procedimiento especial de protección de derechos fundamentales: concurre cuando la sentencia se ha dictado en un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales (72).

Este listado tiene carácter abierto («entre otras circunstancias»), por lo que puede invocarse y estimarse existente el interés casacional objetivo del recurso por otros supuestos distintos no especificados en los apartados 2 y 3 del art. 88, pero, dada su excepcionalidad, se exige una especial justificación en el escrito de preparación (73).

(66) ATS de 7 de junio de 2017 (Rec. Casación 1309/2017).

(67) ATS de 25 de abril de 2017 (Rec. Casación 299/2017).

(68) ATS de 27 de febrero de 2017 (Rec. Casación 27/2016).

(69) ATS de 28 de junio de 2017 (Rec. Casación 1884/2017).

(70) ATS de 9 de junio de 2017 (Rec. Casación 1804/2017) y de 19 de junio de 2017 (Rec. Casación 1476/2017).

(71) ATS de 16 de mayo de 2017 (Rec. Casación 922/2017) y de 16 de mayo de 2017 (Rec. Casación 720/2017).

(72) ATS de 25 de abril de 2017 (Rec. Casación 299/2017), de 25 de abril de 2017 (Rec. Casación 393/2017), de 25 de abril de 2017 (RCA 299/2017) y de 26 de junio de 2017 (Rec. Casación 1578/2017).

(73) AATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Casación 91/2017), de 15 de marzo de 2017 (Rec. Casación 93/2017) y de ATS de 7 de junio de 2017 (Rec. Casación 305/2017).

2. Presunciones

El segundo listado expresa cinco presunciones y se cierra con una excepción para tres de ellas (art. 88.3 LJCA). Son las siguientes:

- a) Inexistencia de jurisprudencia sobre la cuestión: exige que las normas o cuestiones que constituyen la razón de decidir de la sentencia recurrida no hayan sido interpretadas por el TS (74) o se trate de una cuestión específica o situación distinta inédita en la jurisprudencia del TS (75), por lo que no concurre si existe jurisprudencia sobre las cuestiones planteadas (76), salvo que aquella no resuelve la concreta cuestión planteada en el recurso (77). La inexistencia no se entiende en términos absolutos, sino relativos, por lo que concurre, no solo cuando no existe jurisprudencia, sino también si es necesario matizarla, precisarla o concretarla para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en esa jurisprudencia (78); pero no se refiere a la falta de una resolución específica que resuelva un supuesto singular idéntico en sus aspectos fácticos al que se recurra en cada momento ante el TS (79). Es una presunción *iuris tantum* (art. 88.3 *in fine* LJCA) (80).
- b) Apartamiento deliberado de la jurisprudencia por considerarla errónea: es una presunción *iuris et de iure* cuya alegación impone la admisión (81), que requiere que el apartamiento sea deliberado y que la razón estribe en considerar errónea la jurisprudencia, pues la separación debe ser voluntaria, intencionada y hecha a propósito

(74) ATS 1 de febrero de 2017 (Rec. Casación 36/2016), de 10 de mayo de 2017 (Rec. Casación 812/2017), de 21 de junio de 2017 (Rec. Casación 1101/2017) y de 6 de julio de 2017 (Rec. Casación 1677/2017).

(75) AATS 1 de febrero de 2017 (Rec. Casación 2/2016), de 8 de febrero de 2017 (Rec. Casación 22/2016), de 27 de marzo de 2017 (Rec. Casación 9/2017), de 29 de marzo de 2017 (Rec. Casación 496/2017), de 14 de junio de 2017 (Rec. Casación 1443/2017), de 10 de abril de 2017 (Rec. Casación 953/2017), de 28 de abril de 2017 (Rec. Casación 839/2017), de 3 de mayo de 2017 (Rec. Casación 481/2017) y 31 de mayo de 2017 (Rec. Casación 1094/2017).

(76) AATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Casación 93/2017) y de 10 de abril de 2017 (Rec. Casación 225/2017).

(77) AATS de 2 de marzo de 2017 (Rec. Casación 159/2017) y de 29 de mayo de 2017 (Rec. Casación 1121/2017).

(78) ATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Casación 93/2017) y de 21 de junio de 2016 (Rec. Casación 1983/2017).

(79) AATS de 25 de enero de 2017 (Rec. Casación 15/2016), de 22 de marzo de 2017 (Rec. Casación 218/2016), de 5 de abril de 2017 (RC 99/2017) y de 12 de junio de 2017 (Rec. Casación 1115/2017).

(80) ATS de 13 de marzo de 2017 (Rec. Casación 8/2017).

(81) AATS de 10 de mayo de 2017 (Rec. Casación 1150/2017) y de 11 de abril de 2017 (Rec. Casación 595/2017).

porque el juez de la instancia considera equivocada la jurisprudencia (82).

- c) Sentencia que declara nula una disposición general: se considera una presunción *iuris et de iure* al no serle aplicable la excepción del art. 88.3 *in fine* LJCA (83); pero es precisa la concurrencia acumulativa de dos condiciones: la anulación de un acto de naturaleza normativa y que ésta no carezca manifiestamente de trascendencia suficiente (84).
- d) Recurso contra actos o disposiciones de organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales de la competencia de la Audiencia Nacional: sólo opera respecto de las sentencias dictadas por ésta en única instancia y no en apelación (85). Esta presunción no tiene carácter absoluto (art. 88.3 *in fine* LJCA), siendo excepcionada en muchos casos (sanciones) por su carácter casuístico o falta de generalidad (86).
- e) Recurso contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas: esta presunción tampoco es absoluta (art. 88.3 *in fine* LJCA) (87) y se refiere a resoluciones en procesos de impugnación de actuaciones que proceden de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas (88).

Las presunciones de las letras a), d) y e) no son absolutas, pues cabe inadmitir mediante auto motivado los recursos inicialmente beneficiados por aquellas si el TS aprecia que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (úl-

(82) AATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Casación 40/2017) y de 10 de mayo de 2017 (Rec. Casación 1150/2017).

(83) AATS de 3 de abril de 2017 (Rec. Casación 506/2017), de 16 de mayo de 2017 (Rec. Casación 692/2017), de 16 de junio de 2017 (Rec. Casación 710/2017) y de 21 de junio de 2017 (Rec. Casación 1800/2017).

(84) AATS de 20 de febrero de 2017 (Rec. Casación 111/2016), de 13 de marzo de 2017 (Rec. Casación 315/2016), de 3 de mayo de 2017 (Rec. Casación 189/2017), de 16 de mayo de 2017 (Rec. Casación 692/2017), de 7 de junio de 2017 (Rec. Casación 1394/2017); de 7 de junio de 2017 (Rec. Casación 1086/2017), de 16 de junio de 2017 (Rec. Casación 710/2107), de 21 de junio de 2017 (Rec. Casación 1193/2017) y de 12 de julio de 2017 (Rec. Casación 1917/2017).

(85) ATS de 18 de abril de 2017 (Rec. Casación 114/2016). Véase la crítica a este auto de GONZÁLEZ LÓPEZ, Arantza, «Interés casacional objetivo: actos o disposiciones de organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales. Interpretación del artículo 88.3.d) LJCA», en *Actualidad Administrativa* núm. 9, 2017.

(86) AATS de 6 de marzo de 2017 (Rec. Casación 150/2016) y de 24 de abril de 2017 (Rec. Casación 611/2017).

(87) ATS de 4 de julio de 2017 (Rec. Casación 1461/2017).

(88) AATS de 26 de junio de 2017 (Rec. Casación 1488/2017) y de 4 de julio de 2017 (Rec. Casación 1461/2017).

timo párrafo del art. 88.3 LJCA) (89). Esta excepción se interpreta del modo siguiente: 1.º) Por «asunto» ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien la concreta cuestión planteada en el escrito de preparación por referirse a ella el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y 2.º) El adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso. Así, a título de ejemplo, el recurso podría ser inadmitido si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios; o si las planteadas en el caso son cuestiones que han sido ya abordadas y resueltas por la jurisprudencia consolidada, sin que se aporten argumentos sólidos en pro de una reconsideración o cambio de la jurisprudencia asentada sobre dicha cuestión (90).

3. Presupuesto básico: formación de jurisprudencia

La formación de jurisprudencia constituye el presupuesto básico e inexcusable de la noción de interés casacional objetivo según resulta del juego combinado de los arts. 88.1 y 89.2.f), *in fine*, LJCA, operando como exigencia adicional o complementaria a cumplimentar en el escrito de preparación; por lo que no basta que el asunto presente interés casacional objetivo, sino que ha de serlo también para la formación de jurisprudencia (91).

Por ello, la cuestión planteada, amén de situarse en el escenario del art. 88.2.a) LJCA, debe en todo caso revestir indudable interés objetivo para la formación de la jurisprudencia (art. 88.1 LJCA), pues la contradicción alegada exterioriza un problema interpretativo del ordenamiento jurídico que necesita ser clarificado y resuelto por el TS, a fin de reconducir la disparidad hermenéutica y, así, garantizar la certeza y la seguridad jurí-

(89) ATS de 25 de mayo de 2017 (Rec. Casación 854/2017).

(90) AATS de 4 de abril de 2017 (Rec. Casación 331/2017), de 25 de mayo de 2017 (Rec. Casación 854/2017) y de 26 de junio de 2017 (Rec. Casación); en ocasiones sin pronunciarse expresamente sobre la excepción (ATS de 12 de julio de 2017, Rec. Casación 2173/2017) o de forma implícita al concurrir simultáneamente el supuesto del art. 88.2.c) [así, AATS de 3 de abril de 2017 (Rec. Casación 78/2017), de 12 de julio de 2017 (Rec. Casación 1180) y de 20 de julio de 2017 (Rec. 2203/2017)].

(91) En este sentido, RAZQUIN LIZARRAGA, «El recurso...», *op. cit.*, págs. 144-147; QUINTANA CARRTERO y otros, *op. cit.*, págs. 25 y 141-149; y HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.* Por su parte, VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, § 58, señala que es la finalidad directa, pero no única, de la nueva casación contenciosa.

dica en la interpretación y aplicación del Derecho (92). La concurrencia de una presunción [art. 88.3.a)] no es suficiente si la cuestión carece de la nota de generalidad que haga conveniente y justifique una decisión del TS (93) o existe ya una consolidada jurisprudencia sobre la cuestión controvertida establecida con carácter general (94).

La actualización o reconsideración de la jurisprudencia justifica la conveniencia de pronunciamiento del TS, por ser tarea propia del recurso de casación, que no sólo debe operar para formar la jurisprudencia *ex novo*, sino también para matizarla, precisarla o, incluso, corregirla (95). Asimismo, la existencia de una única sentencia del TS no enerva la concurrencia del interés casacional objetivo, pues hace aconsejable —para formar jurisprudencia mediante la doctrina reiterada a la que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil— que la Sala se pronuncie para reafirmar, reforzar o completar aquel criterio o, en su caso, para cambiarlo o corregirlo (96).

VI. Los vicios procedimentales en el nuevo recurso de casación

En la regulación precedente era frecuente la alegación de infracciones de carácter procesal, existiendo una consolidada jurisprudencia, en particular sobre la incongruencia omisiva. Esa situación ha sufrido una profunda mutación a consecuencia de la nueva lógica casacional, mostrando la difícil viabilidad de las infracciones procedimentales en la nueva casación (97).

1. Incongruencia omisiva: exigencia de un nuevo trámite para acceder a la casación

Aunque la nueva regulación, en línea continuista, exige para los vicios procesales la acreditación en el escrito de preparación de que se produjo indefensión y se pidió la subsanación de haber sido posible [art. 89.2.c) LJCA], este requisito ha sido trastocado al crearse un nuevo trámite que debe cumplimentarse previamente por la parte recurrente.

(92) AATS de 7 de febrero de 2017 (Rec. Casación 161/2016), de 5 de abril de 2017 (Rec. Casación 196/2017) y de 10 de abril de 2017 (Rec. Casación 981/2017).

(93) ATS de 7 de junio de 2017 (Rec. Casación 305/2017).

(94) AATS de 20 de febrero de 2017 (Recs. Casación 111/2016 y 118/2016).

(95) AATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Casación 93/2017), de 26 de abril de 2017 (Rec. Casación 680/2017) y de 24 de mayo de 2017 (Rec. Casación 678/2017).

(96) ATS de 10 de julio de 2017 (Rec. Casación 1840/2017) y de 20 de julio de 2017 (Rec. Casación 2483/2017).

(97) Así lo había advertido RAZQUÍN LIZARRAGA, «Problemas...», *op. cit.*, págs. 58-59.

Conforme a lo dispuesto en el art. 89.2.c) LJCA, cuando la única o exclusiva razón esgrimida en casación sea la incongruencia omisiva, se exige novedosamente acreditar, como presupuesto de procedibilidad, haber instado antes sin éxito el complemento de la sentencia por el cauce previsto en los arts. 267.5 LOPJ y 215.2 LEC (98).

2. Escasa viabilidad y carácter accesorio de las infracciones de carácter procesal

La admisión de una cuestión referida a una infracción procedimental (incongruencia) será excepcional por ser infrecuente que la parte recurrente pretenda una revisión o aclaración de la jurisprudencia sobre la incongruencia omisiva, al existir una abundante y reiterada jurisprudencia sobre ella, por lo que difícilmente serán necesarios nuevos pronunciamientos del TS. Casi siempre se invoca la incongruencia como presupuesto previo para cuestionar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo y en tales casos debe referirse precisamente a una cuestión de fondo que presente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y se invoquen como infringidos, por su inaplicación, los preceptos que la disciplinan (99).

La alegación en casación de «vicios in procedendo» tiene por sí sola escasa o nula virtualidad, ya que es preciso acreditar, no sólo que tales vicios se han producido efectivamente, sino también que esas infracciones procedimentales o formales han repercutido en un deficiente análisis de una cuestión sustantiva que está dotada de interés casacional (100).

(98) AATS de 1 de marzo de 2017 (Rec. Casación 88/2016). Doctrina reiterada en AATS de 15 de febrero de 2017 —sorprendentemente, por ser anterior— (Rec. Queja 157/2016); de 22 de marzo de 2017 (Rec. Casación 49/2017), de 29 de marzo de 2017 (Rec. Casación 159/2016) y de 5 de abril de 2017 (Rec. Casación 471/2017). Esta novedad sobre el sistema anterior se justifica en varias razones: la funcionalidad de dicho incidente para integrar o completar la sentencia, sin que sea lógico permitir que se abra un trámite para obtener respuesta sobre aquello a lo que no se contestó, que luego carece de incidencia en la situación jurídica de quien insta el complemento; tal exigencia previa no es un obstáculo formal desproporcionado, sino que redundaría en una mayor y efectiva protección de los derechos e intereses legítimos al permitir la integración de la sentencia incompleta por el órgano de instancia sin necesidad de afrontar los costes económicos y temporales inherentes a un recurso de casación y ahorrar un recorrido procesal que puede resultar desalentador por la difícil concurrencia del interés casacional objetivo ante la existencia de jurisprudencia sobre la cuestión y tortuoso por el peregrinaje jurisdiccional (recurso de casación y nulidad de actuaciones previo al amparo constitucional), por lo que tal exigencia previa viene a reforzar los derechos procesales de los litigantes y redundaría en una mayor agilidad y eficacia del trámite procesal de admisión de los recursos de casación preparados.

(99) AATS de 31 de mayo de 2017 (Rec. Casación 1122/2017) y de 17 de julio de 2017 (Rec. Casación 1271/2017).

(100) AATS de 21 de marzo de 2017 (Rec. Casación 308/2016) y de 12 de julio de 2017 (Rec. Queja 58/2017).

Por tanto, las infracciones procesales han perdido sustantividad propia y tiene carácter accesorio de la cuestión sustantiva planteada. Únicamente operan cuando se alegan junto a otros supuestos de interés casacional objetivo por referirse a una pretensión de fondo que presente dicho interés objetivo para la formación de la jurisprudencia(101). Así la incongruencia omisiva sólo tiene interés casacional si lo tiene la cuestión jurídica que no ha sido abordada(102).

La infracción procesal denunciada trasciende al caso cuando repercute en la aplicación (incongruencia omisiva o por error) de una norma de cuya interpretación y alcance se invoca y justifica interés casación objetivo se ponderará en la admisibilidad y se incluye en la fijación de la cuestión admitida(103). Es correcta la decisión de no tener por preparado el recurso si se denuncia de una falta de motivación o una incongruencia omisiva, pero no se da el paso añadido de argumentar cómo o en qué medida esa omisión de examen y pronunciamiento ha incidido en una cuestión interpretativa del ordenamiento que de por sí ostenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, sin que sea útil la invocación de la jurisprudencia general sobre la relevancia de la actividad probatoria o sobre la necesidad de motivación y congruencia de las resoluciones judiciales, pues esa doctrina jurisprudencial realmente no se discute en este caso, en el que lo que se pone en juego es simplemente su proyección casuística sobre el litigio aquí concernido(104).

De ahí que el interés casacional objetivo no pueda apreciarse en la casación estatal cuando el pronunciamiento de fondo omitido versa sobre el derecho autonómico, al quedar éste al margen del enjuiciamiento que corresponde al TS(105).

Por otra parte, es posible, como en el sistema anterior, la integración en los hechos admitidos como probados por la sentencia (art. 93.3 LJCA), que puede llevarse a cabo incluso en el trámite de admisión(106).

(101) Por todos, ATS de 1 de marzo de 2017 (Rec. Casación 88/2016).

(102) ATS de 19 de junio de 2017 (Rec. Queja 273/2017).

(103) ATS de 21 de marzo de 2017 (Rec. 308/2016) y de 16 de mayo de 2017 (Rec. Casación 1190/2017).

(104) ATS de 12 de julio de 2017 (Rec. Queja 58/2017).

(105) ATS de 17 de julio de 2017 (Rec. Casación 1271/2017), en el que, previamente, se dice: «El principio de congruencia de las resoluciones constituye un principio común para todos los ordenamientos jurídicos, ya sea el estatal, autonómico o local, sin que su mera invocación pueda servir de base por sí solo para fundar un recurso de casación estatal, cuando el derecho material desconocido o inaplicado es puramente autonómico, pues admitir lo contrario sería tanto como privar de contenido al artículo 86.3 de la Ley Jurisdiccional, al existir siempre la posibilidad de acogerse a estos preceptos instrumentales y principios generales para con base en su infracción entablar el recurso de casación».

(106) ATS de 26 de abril de 2017 (Rec. Casación 680/2017).

3. Impacto sobre el incidente de nulidad de actuaciones

El incidente de nulidad de actuaciones ha sido derechamente afectado en razón de la recurribilidad cuasi universal en casación de las sentencias —con el límite indicado para las dictadas en única instancia por los Juzgados—. El nuevo sistema casacional supone, en principio, la exclusión en tales casos del incidente de nulidad de actuaciones en razón de su carácter subsidiario de impugnación de resoluciones firmes (art. 241.1 LOPJ), al ser potencialmente susceptibles de recurso de casación todas las sentencias, aunque su admisión sea altamente improbable por dirigirse, más que a la formación de jurisprudencia, a la aplicación de la abundante doctrina existente a las circunstancias del caso (107).

Para evitar que con el nuevo sistema el operador jurídico se encuentre, en caso de infracciones de normas procesales y de resoluciones potencialmente susceptibles de casación, prácticamente huérfano de remedio efectivo, se ha propuesto la necesidad de flexibilizar la admisión del incidente de nulidad de actuaciones en los casos de las resoluciones impugnables en casación en la instancia (admitiendo el recurso si se razona la improbable admisión de la casación) o en el TS (bien se entienda que la inadmisión reabre el plazo para el incidente o bien en la inadmisión se prevea la retroacción de actuaciones para formular el incidente) (108).

En las Salas de los Tribunales inferiores no existe unidad de criterio: una no cuestiona la admisión del incidente de nulidad de actuaciones planteado, por incongruencia omisiva, contra sentencia dictada bajo la vigencia de la nueva regulación, aunque resulta desestimado (109); pero otra niega la incoación del incidente de nulidad de actuaciones ya que la sentencia discutida no es firme al ser susceptible de recurso de casación según se indicó al notificarse la sentencia definitiva (110).

Finalmente, el TS ha dado una solución para esta específica cuestión, considerando que la anterior doctrina respecto de la incongruencia omisiva (previo planteamiento de un incidente de complemento o

(107) RAZQUIN LIZARRAGA, «Problemas...», *cit.*, págs. 58-59; QUINTANA CARRETERO y otros, *op. cit.*, págs. 155-160; y TRIANA REYES, Belén, «¿Qué hacer antes de ir al amparo: recurso de casación contencioso o nulidad de actuaciones?», *Diario La Ley*, N.º 8929, de 24 de febrero de 2017.

(108) CARCER MINCHOT, Pilar, «Nulidad de actuaciones y recurso de casación contencioso-administrativo», en 'www.abogacia.es'.

(109) Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª) de la AN núm. 81/2017, de 24 de marzo de 2017 (Rec. 11/2015).

(110) Providencia de 6 de febrero de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra (Rec. Contencioso-administrativo 455/2011).

integración de la sentencia) no es aplicable cuando el vicio imputado es la incongruencia «interna» y «extrapetita» y declarando que en estos supuestos el plazo para interponer el incidente de nulidad de actuaciones se computa desde la notificación de la resolución de inadmisión del recurso de casación, ya que sólo cuando se haya decidido la inadmisión del recurso de casación se podrá afirmar que contra la resolución judicial impugnada no cabe recurso ordinario ni extraordinario(111).

VII. Preparación del recurso de casación

1. Esencialidad y rigor del escrito de preparación: requisitos, insubsanabilidad y forma

El escrito de interposición es una pieza clave de la nueva regulación(112). En la nueva lógica casacional el escrito de preparación del recurso de casación ante el órgano judicial de instancia adquiere un papel esencial o decisivo como anuncio de las infracciones que se desarrollarán en el escrito de interposición del mismo y la justificación o argumentación de la concurrencia de ese interés casacional objetivo(113).

El art. 89.2 LJCA establece ahora una regulación pormenorizada de los requisitos formales y materiales que debe reunir el escrito de preparación del recurso de casación, cuyo cumplimiento es objeto de un escrutinio formal, estricto y riguroso por el TS, que ha perfilado incluso pautas específicas para satisfacer algunos de ellos. La defectuosa o indebida preparación del recurso por incumplirse cualquiera de tales requisitos —sobre todo, la letra f)— impide el acceso al recurso bien por no tenerlo por preparado o bien por acordarse su inadmisión(114).

Al igual que en la regulación precedente, el incumplimiento en el escrito de preparación de los requisitos legales (falta de argumentación su-

(111) ATS de 11 de diciembre de 2017 (Rec. Casación 3711/2017).

(112) Véase RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, «El escrito de preparación del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8, 2016, págs. 53-74; ME-
DIAVILLA CABO, José Vicente, «Los escritos de preparación e interposición del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en *REDA* núm. 179/2016, págs. 425-453; y PENÍN ALEGRE, Clara, «La preparación del recurso de casación: un control escurridizo», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 40, 2016, págs. 1-27.

(113) AATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 26/2017), de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 57/2017) y de 22 de mayo de 2017 (Rec. Queja 261/2017).

(114) Por todos, AATS de 22 de febrero de 2017 (Rec. Queja 160/2016) y de 22 de mayo de 2017 (Rec. Queja 261/2017).

ficiente y específica del interés casacional objetivo) no es subsanable en actuaciones posteriores, siendo extemporánea su invocación en el recurso de queja (115).

El escrito de preparación debe ajustarse a la forma señalada en el inciso inicial del art. 89.2 LJCA (apartados separados epigrafiados), pero, a falta de cobertura legal en este caso, los criterios orientadores para los escritos de preparación del recurso de casación fijados en el «Acuerdo sobre la extensión máxima y otras características extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación» de la Sala de Gobierno del TS, de 20 de abril de 2016 son recomendaciones (116), por lo que su falta de cumplimentación constituye un simple defecto de forma susceptible de subsanación (117) y no cabe una interpretación rigorista con un resultado desproporcionado sin que pueda anudarse la denegación de la preparación del recurso de casación al no seguimiento (no aportación de carátula) de unos criterios que se configuran como orientadores (118).

La estructura y contenido del escrito de admisión deriva de la obligación de satisfacer tales requisitos (art. 89.2 LJCA) y se refleja en las decisiones del TS sobre la admisión del recurso que en muchos casos, salvo apreciación apodíctica (119), explicitan en su fundamento primero la verificación de su cumplimiento con referencia a los aspectos siguientes: 1) El escrito se presentó en plazo, la resolución contra la que se dirige el recurso es susceptible de casación y la parte recurrente se encuentra legitimada para interponerlo; 2) En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, en particular el relativo a la recurribilidad de la resolución judicial impugnada, se identifican con precisión las normas del ordenamiento jurídico estatal que se consideran infringidas y se justifica que las infracciones que se le imputan han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado; 3) El escrito de preparación fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia porque la sentencia discutida se encuadra en alguno de los supuestos de los apartados 2 y 3 del

(115) ATS de 29 de marzo de 2017 (Rec. Queja 135/2017) y de 22 de junio de 2017 (Rec. Queja 362/2017).

(116) Publicado en BOE núm. 162, de 6 de julio de 2016.

(117) ATS de 12 de junio de 2017 (Rec. Queja 255/2017).

(118) ATS de 29 de mayo de 2017 (Rec. Queja 254/2017) y de 4 de julio de 2017 (Rec. Queja 301/2017).

(119) En otros, los AATS de 16 de mayo de 2017 (Rec. Casación 846/2017) y de 29 de mayo de 2017 (Rec. Casación 1186/2017) se limitan a decir como inciso inicial del primer razonamiento jurídico: «Cumplidas en el escrito de preparación las exigencias que impone el art. 89.2 de la LJCA».

art. 88 LJCA; y 4) De los razonamientos de la parte recurrente se infiere la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (120).

2. Cumplimiento de los requisitos reglados: recurribilidad de las resoluciones

El cumplimiento de los requisitos reglados —plazo, legitimación y recurribilidad— [art. 89.2.a) LJCA] adquiere especial relevancia cuando se pretenden impugnar resoluciones cuyo acceso a la casación es limitado, pues debe acreditarse la concurrencia de las condiciones exigidas para su recurribilidad.

La limitada recurribilidad de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados (art. 86.1, párrafo segundo, LJCA) comporta la carga específica de argumentar en el escrito de preparación, de un lado, que la doctrina contenida en la resolución que se impugna puede ser gravemente dañosa para los intereses generales (trascendiendo así de un interés meramente particular) y, de otro, que se trata de una resolución susceptible de extensión de efectos según lo previsto en el art. 110 LJCA (121). La parte recurrente debe satisfacer este requisito con especial diligencia (acreditando que el caso concreto se da un supuesto de doctrina gravemente dañosa para los intereses generales) (122), sin que sea suficiente la simple mención de la concurrencia de esas dos circunstancias (prácticamente mediante una cita literal del art. 86.1 LJCA) sin argumentación alguna al respecto (123).

Respecto de los autos de las Salas debe justificarse en el escrito de preparación que pertenecen a una de las cinco clases en que son recurribles (art. 87.1 LJCA), ya que en otro caso —auto sobre la competencia objetiva del tribunal— no cabe la casación (124). Para ello basta que el recurrente se acoja a cualquiera de tales supuestos alegando que el auto recurrido es de una de las clases (de ejecución) del art. 87.1 LJCA; cuya verificación corresponde al TS, aunque ello no impide que si la Sala de instancia aprecia de manera evidente que el Auto que se pretende recurrir en casación no encaja en ninguna de ellas pueda denegar la preparación del recurso (125).

(120) Por todos, ATS de 17 de mayo de 2017 (Rec. Casación 255/2017).

(121) AATS de 27 de febrero de 2017 (Rec. Queja 36/2017), de 5 de abril de 2017 (Rec. Queja 42/2017), de 30 de mayo de 2017 (Rec. Queja 265/2017) y de 10 de julio de 2017 (Rec. Queja 112/2017).

(122) ATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Queja 41/2017).

(123) ATS de 15 de febrero de 2017 (Rec. Queja 120/2016).

(124) ATS de 19 de junio de 2017 (Rec. Queja 345/2017) y de 26 de junio de 2017 (Rec. Queja 342/2017).

(125) ATS 15 de marzo de 2017 (RCA 66/2017) y de 5 de abril de 2017 (Rec. Queja 68/2017).

3. Identificación de las normas o jurisprudencia, juicio de relevancia y justificación de su carácter estatal o comunitario

Tres requisitos del escrito de preparación, aunque distintos y a cumplimentar de forma separada y autónoma, guardan una clara conexión. El segundo requisito [art. 89.2.b) LJCA] exige la identificación precisa de las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas y también que se justifique su presencia o bien que, aún en caso de ausencia, la Sala hubo de tenerlas en cuenta, siendo rechazable su cita genérica (126).

Para satisfacer el juicio de relevancia [art. 89.2.d) LJCA], no basta la cita en el escrito de preparación de las normas que se consideran infringidas por la sentencia, sino que se requiere una argumentación jurídica sobre el modo en que tales hipotéticas infracciones han sido relevantes y determinantes del fallo de la sentencia recurrida (127); haciendo explícito cómo, por qué y de qué forma la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha influido y ha sido determinante del fallo, si bien es suficiente que, aunque sea de forma concisa, se argumenta de forma suficiente por qué la omisión de la aplicación de las normas que identifica como infringidas ha sido el factor determinante de la desestimación de su recurso por la sentencia que pretende impugnar en casación (128).

La restricción del recurso de casación estatal a las infracciones del derecho estatal y comunitario europeo, según se ha indicado más atrás, exige la justificación de ese carácter en el caso de que la resolución recurrida haya sido dictada por las Salas territoriales [art. 89.2.e) LJCA], excluyéndose, como antes, la alegación instrumental del derecho estatal como pretexto para acceder a la casación ante el TS.

4. Denuncia previa de las infracciones de carácter procesal

Como se ha adelantado, la exigencia de acreditar la previa petición de subsanación si fuera posible [art. 89.2.c) LJCA] ha sido reinterpretada con arreglo a la nueva lógica casacional, exigiendo que, si la única o exclusiva razón esgrimida en casación es la incongruencia omisiva, se haya instado antes sin éxito el complemento de la sentencia por el cauce previsto en los arts. 267.5 LOPJ y 215.2 LEC.

(126) AATS de 16 de mayo de 2017 (Rec. Queja 227/2017) y de 17 de julio de 2017 (Rec. Queja 199/2017).

(127) AATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 57/2017) y de 16 de mayo de 2017 (Rec. Queja 227/2017).

(128) AATS de 24 de abril de 2017 (Rec. Queja 61/2017) y de 29 de mayo de 2017 (Rec. Queja 205/2017).

5. Fundamentación del interés casacional objetivo y de la conveniencia de pronunciamiento del TS

El sexto y último de los requisitos [art. 89.2.f) LJCA] tiene una doble dimensión: la especial fundamentación, con singular referencia al caso, se refiere a la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos de interés casacional objetivo del art. 88.2 y 3 LJCA y también a la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS. Este requisito tiene especial relevancia al pivotar la nueva casación sobre la noción de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, por lo que existen numerosos pronunciamientos del TS sobre su cabal cumplimiento con la precisión de exigencias específicas para determinados extremos.

A) ARGUMENTACIÓN AUTÓNOMA, ESPECÍFICA Y SUFICIENTE SOBRE EL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO

Este requisito exige como carga procesal insoslayable del recurrente que, de forma expresa y autónoma, argumente de forma específica —por referencia singular al caso— la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos del art. 88.2 y 3 LJCA que permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento del TS, por lo que no es suficiente la mera alusión o cita de alguno o algunos de tales supuestos ni una argumentación realizada de forma abstracta o desvinculada del caso concreto planteado, sino que será preciso razonar por qué el caso concreto se inscribe o subsume en el supuesto o supuestos que se aducen (129).

Por tanto, no se cumple este requisito si no se efectúa alegación alguna al respecto (130), no se menciona o invoca ninguno de tales supuestos (131), si hay una mera cita de supuestos o su alegación genérica que es insuficiente (132) o no se realiza una argumentación separada y específica de la concurrencia del interés casacional objetivo ni en términos sus-

(129) AATS de 1 de febrero de 2017 (Rec. Queja 98/2016), de 10 de mayo de 2017 (Rec. Queja 234/2017), 22 de mayo de 2017 (Rec. Queja 261/2017), de 24 de mayo de 2017 (Rec. Queja 213/2017) y de 29 de mayo de 2017 (Rec. Queja 205/2017).

(130) AATS de 1 de febrero de 2017 (Rec. Queja 98/2016) y de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 57/2017).

(131) ATS de 25 de enero de 2017 (Rec. Casación 15/2016), de 1 de febrero de 2017 (Rec. Queja 111/2016), de 22 de febrero de 2017 (Rec. Queja 160/2016), 8 de marzo de 2017 (Rec. Queja 3/2017), de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 57/2017), 29 de marzo de 2017 (Rec. Queja 32/2017).

(132) AATS de 24 de mayo de 2017 (Rec. Queja 213/2017) y de 29 de mayo de 2017 (Rec. Queja 205/2017).

tantivos ni en términos formales (apartados separados)(133), que es exigible también cuando concurre una presunción del art. 88.3 LJCA(134), pues su invocación no exime de una mínima argumentación a efectos de que entre en juego la presunción y, en consecuencia, la resolución correspondiente adopte la forma jurídica de auto(135). Este requisito se diferencia netamente de la articulación de las infracciones sustantivas y procesales que se imputan a la resolución recurrida, sin que la amplia exposición de ellas comporte la satisfacción del presente requisito(136).

B) EXIGENCIAS ESPECÍFICAS PARA DETERMINADOS SUPUESTOS

Esas pautas generales se precisan o perfilan respecto de algunos supuestos mediante exigencias específicas a satisfacer para entender cumplido este requisito.

La existencia de pronunciamientos contradictorios [art. 88.2.a) LJCA] exige a la parte recurrente razonar y justificar argumentalmente la igualdad sustancial de las cuestiones examinadas en las sentencias que se someten a contraste, mediante un razonamiento que explique que, ante un problema coincidente de interpretación del ordenamiento jurídico aplicable al pleito, la sentencia impugnada ha optado por una tesis hermenéutica divergente, contradictoria e incompatible con la seguida en la sentencia de contraste, sin que sea suficiente su invocación en términos genéricos o la afirmación de que la sentencia impugnada entra en contradicción con la de contraste, sin argumentar cumplidamente tal aseveración (137).

La invocación de una doctrina gravemente dañosa para el interés general [art. 88.2.b) LJCA] exige que en el escrito de preparación: (i) se expliciten, de manera sucinta pero expresiva, las razones por las que la doctrina que contiene la sentencia discutida pueda resultar gravemente dañosa para los intereses generales, (ii) vinculando el perjuicio a tales intereses con la realidad a la que la sentencia aplica su doctrina, (iii) sin que

(133) AATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 20/2017) y de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 26/2017).

(134) ATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Queja 75/2017) y de 4 de julio de 2017 (Rec. Casación 1461/2017).

(135) ATS de 25 de enero de 2017 (Rec. Queja 15/2016) y de 9 de febrero de 2017 (Rec. Casación 131/2016).

(136) ATS de 5 de junio de 2017 (Rec. Queja 270/2017).

(137) AATS de 7 de febrero de 2017 (Rec. Casación 161/2016), de 29 de mayo de 2017 (Rec. Queja 205/2017), de 8 de junio de 2017 (Rec. Queja 338/2017) y de 14 de junio de 2017 (Rec. Queja 203/2017).

baste al respecto la mera afirmación apodíctica de que el criterio de la sentencia los lesiona (138).

Respecto de la afectación a gran número de situaciones o trascendencia general [art. 88.2.c) LJCA] es preciso que el escrito de preparación (i) haga explícita esa afección, exteriorizando en un sucinto pero ineludible análisis la previsible influencia de la doctrina en otros muchos supuestos, (ii) sin que sean suficientes las meras referencias genéricas y abstractas, que presupongan sin más tal afección, (iii) ni tampoco baste la afirmación de que se produce por tratarse de la interpretación de una norma jurídica, cuya aplicación a un número indeterminado de situaciones forma parte de su naturaleza intrínseca (139).

La interpretación y aplicación del derecho comunitario en contradicción aparente con jurisprudencia del TJUE o en supuestos que puedan exigir su intervención a título prejudicial [art. 88.2.f) LJCA] precisa que la parte recurrente justifique, siquiera mínimamente, en qué consiste esa interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea en contradicción con la doctrina del Tribunal de Justicia (140).

La presunción de apartamiento deliberado de la jurisprudencia por considerarla errónea [art. 88.3.b) LJCA] requiere que el escrito de preparación (i) haga mención expresa a la misma, (ii) señale que la conoce y la valore jurídicamente, y (iii) se aparte de ella por entender que no es correcta; por lo que no basta una mera inaplicación de la misma por el órgano de instancia o la mera afirmación de que omite toda referencia a la jurisprudencia del TS (141).

La alegación de otras circunstancias no previstas (art. 88.2, inciso inicial, LJCA) exige a la parte recurrente que en el escrito de preparación, al menos: (i) advierta expresamente que el interés casacional objetivo no se fundamenta ni en las circunstancias del art. 88.2 LJCA ni en las presunciones del art. 88.3 LJCA, y (ii) justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada, que lógicamente no habrá de ser reconducible a alguno de los supuestos de los apartados 2 y 3 del art. 88 LJCA (142).

Finalmente, respecto de las presunciones no absolutas [art. 88.3. a), d) y e) LJCA] es preciso acreditar que no se aprecia que el asunto carece

(138) ATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Casación 93/2017).

(139) AATS de 25 de enero de 2017 (Rec. Casación 15/2016), de 8 de marzo de 2017 (Rec. Casación 40/2017) y de 15 de marzo de 2017 (Rec. Casación 93/2017).

(140) ATS de 29 de mayo de 2017 (Rec. Queja 205/2017).

(141) AATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Casación 40/2017) y de 10 de mayo de 2017 (Rec. Casación 1150/2017).

(142) AATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Casación 93/2017) y de 7 de junio de 2017 (Rec. Casación 305/2017).

manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (art. 88.3 *in fine* LJCA), lo que, en muchos casos, se resuelve mediante su alegación y consideración conjunta con el supuesto del art. 88.2.c) LJCA (143).

C) JUSTIFICACIÓN DE LA CONVENIENCIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TS

La exigencia final del art. 89.2.f) LJCA plasma la finalidad nomofiláctica de la casación dirigida a la formación de la jurisprudencia (art. 88.1 LJCA), al imponer al recurrente la carga adicional de argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad (144).

Por tanto, es necesario fundamentar siempre en el escrito de preparación la conveniencia de que el TS se pronuncie sobre la cuestión planteada. No sólo que concurre alguno o algunos de los supuestos de los apartados 2 y 3 del art. 88 LJCA, sino también la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS [art. 89.2.f.) LJCA, *in fine*] (145).

VIII. Papel de los órganos de instancia

La reconfiguración de los órganos de instancia como colaboradores del TS mediante su reforzado papel de primer filtro al acceso a la casación, al atribuirles la inicial comprobación del cumplimiento de los requisitos por el escrito de preparación mediante auto motivado y permitirles, en caso de tener por preparado el recurso, expresar su opinión sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia (art. 89.4 y 5 LJCA), suscitaba dudas sobre el alcance de ese control por los órganos de instancia (146), que han ido resolviéndose a través de los autos sobre los numerosos recursos de queja planteados denunciando un exceso en el ejercicio de esa función.

El órgano de instancia tiene la obligación de motivar la decisión de tener o no por preparado el recurso (auto motivado ex art. 89.4 y 5 LJCA),

(143) AATS de de 3 de abril de 2017 (Rec. Casación 78/2017), de 4 de abril de 2017 (Rec. Casación 331/2017) y de 26 de junio de 2017 (Rec. Casación 1829/2017).

(144) ATS de 11 de mayo de 2017 (Rec. Casación 616/2017).

(145) AATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Casación 93/2017) y de 5 de abril de 2017 (Rec. Casación 628/2017).

(146) RAZQUIN LIZARRAGA, «Problemas...», *op. cit.*, págs. 63-65.

lo que contrasta con la potestad de la Sección de Admisión de inadmitir el expresado recurso mediante providencia, a través de un razonamiento que deberá ir necesariamente referido a la verificación de si se cumplen los requisitos que el precepto impone al escrito de preparación(147). Su análisis del cumplimiento de los requisitos legales se ha de realizar de manera que se aprecien la razón o razones, relacionadas con la regulación actual del recurso de casación, que han llevado al órgano jurisdiccional a quo a tener o no tener por preparado el recurso, sin que las fórmulas apodícticas satisfagan esta exigencia(148). Se requiere una motivación mínima pero suficiente de los criterios que conducen al órgano jurisdiccional a concluir que el escrito de preparación no reúne los requisitos exigidos en el art. 89.2 LJCA(149).

Esta función del órgano de instancia es limitada: le incumbe, con carácter general, la comprobación desde una perspectiva formal de los requisitos exigidos al escrito de preparación, constituyendo función exclusiva de la Sección de Admisión pronunciarse sobre la efectiva concurrencia del interés objetivo casacional. Así, al órgano *a quo* le compete (art. 89.4 LJCA) el análisis formal sobre el cumplimiento de los requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, así como la constatación de que en el escrito de preparación hay un esfuerzo argumentativo tendente a la justificación de la relevancia de la infracción denunciada y su carácter determinante del fallo y también, en especial, si se contiene una argumentación específica, con singular referencia al caso, de la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos que, conforme a los apartados 2 y 3 del art. 88 LJCA, permiten apreciar el interés casacional objetivo, pero no le compete, en cambio, enjuiciar si concurre o no la infracción de fondo alegada por el recurrente, ni pronunciarse sobre la efectiva concurrencia de ese interés casacional objetivo que determina la admisión del recurso, al ser esta es una función que corresponde en exclusiva al TS (arts. 88 y 90.2 LJCA)(150). Se trata de una verificación, *prima facie*, por el órgano jurisdiccional de instancia, sin perjuicio de su ulterior comprobación por el TS(151).

(147) AATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 12/2017), de 29 de marzo de 2017 (Rec. Queja 135/2017) y de 22 de mayo de 2017 (Rec. Queja 119/2017) y de 7 de junio de 2017 (Rec. Queja 261/2017).

(148) ATS de 31 de mayo de 2017 (Rec. Queja 28/2017).

(149) ATS de 15 de febrero de 2017 (Rec. Queja 19/2017).

(150) ATS de 2 de febrero de 2017 (Rec. Queja 110/2016), cuya doctrina se reitera en muchos posteriores, entre otros, AATS de 15 de febrero de 2017 (Rec. Queja 134/2016), de 8 de marzo de 2017 (Rec. Queja 126/2016), de 22 de mayo de 2017 (Rec. Queja 261/2017), de 31 de mayo de 2017 (Rec. Queja 162/2016) y de 1 de junio de 2017 (Rec. Queja 271/2017).

(151) ATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Queja 41/2017).

Así pues, al órgano de instancia le corresponde analizar si se reúnen los requisitos formales que dan acceso al recurso de casación, esto es, verificar desde una perspectiva formal si el escrito de preparación cumple los requisitos del art. 89.2 LJCA (152), pero no le compete enjuiciar si concurre o no la infracción la infracción de fondo alegada por el recurrente, ni si las infracciones imputadas han sido efectivamente relevantes y determinantes ni pronunciarse sobre la concurrencia del interés casacional objetivo que determina la admisión del recurso (153), ni enjuiciar el acierto de las afirmaciones vertidas por el recurrente, ni mucho menos valorar o pronunciarse sobre la efectiva concurrencia de ese interés objetivo casacional que determina la admisión del recurso (154), ni tampoco realizar un replanteamiento de la cuestión debatida en la instancia a efectos de la casación (155); sin perjuicio de que, si lo considera oportuno, pueda emitir el informe previsto en el art. 89.5 LJCA (156).

Esta doctrina general ha sido perfilada en algunos concretos aspectos. En primer lugar, la limitada recurribilidad de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados [art. 86.1, párrafo segundo, en relación con el art. 89.2.a) LJCA] precisa que el órgano de instancia realice una específica comprobación, si bien con dispar densidad, de las dos condiciones establecidas: 1) En cuanto a la extensión de efectos, por su carácter objetivo, puede comprobar si la sentencia reúne los requisitos al efecto exigidos, sin perjuicio del posterior control que por el TS al decidir sobre la admisión (o no) del recurso; y 2) Respecto a la doctrina gravemente dañosa para los intereses generales, su actuación debe ceñirse a verificar si el escrito de preparación del recurso de casación contiene un razonamiento específico encaminado a justificar su existencia, pues la determinación de si, efectivamente, tal requisito concurre materialmente es competencia reservada a la Sección de Admisión (157). Por tanto, excede de la competencia del órgano de instancia adentrarse en la valoración de qué haya de entenderse por «doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales», debiendo limitarse a constatar si el recurrente

(152) ATS de 29 de mayo de 2017 (Rec. Queja 205/2017).

(153) ATS de 24 de mayo de 2017 (Rec. Queja 221/2017).

(154) AATS de 8 de febrero de 2017 (Rec. Queja 113/2017) y de 22 de febrero de 2017 (Rec. Queja 7/2017).

(155) ATS de 22 de marzo de 2017 (Rec. Queja 18/2017)

(156) ATS de 22 de marzo de 2017 (Rec. Queja 55/2017).

(157) AATS de 27 de febrero de 2017 (Rec. Queja 36/2017), de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 35/2017), de 5 de abril de 2017 (Rec. Queja 42/2017); de 30 de mayo de 2017 (Rec. Queja 265/2017) y de 10 de julio de 2017 (Rec. Queja 112/2017)

ofrece una justificación suficiente a efectos de tener por preparado el recurso, con independencia de si la comparte o no (158).

En segundo lugar, respecto de la limitación del alcance del recurso a las cuestiones de derecho con exclusión de las de hecho (art. 87 bis.1 LJCA), el órgano de instancia únicamente puede tener por no preparado el recurso si se aprecia con claridad que el escrito de preparación se limita a plantear la mera discrepancia de la parte recurrente con la apreciación de los hechos efectuada por la resolución recurrida (valoración de la prueba) (159), pero si este obstáculo no resulta con evidencia de su lectura (como puede ocurrir, v. gr., cuando en él no se discuten tanto los hechos como las consecuencias jurídicas anudadas a ellos) lo procedente es tener el recurso por bien preparado (siempre, por supuesto, que se cumplan los demás requisitos) (160).

En tercer lugar, en cuanto a la referencia del recurso de casación ante el TS al Derecho estatal y comunitario europeo, el órgano de instancia puede verificar desde el punto de vista formal la recurribilidad de la sentencia, descartándola ante la invocación de derecho autonómico (161), pero no le compete declarar si la invocación de la normativa estatal que se considera infringida lo es de una forma instrumental, versando el recurso sobre derecho autonómico, cuando este último aspecto no es evidente ni se desprende del propio escrito de preparación del recurso (162).

En cuarto lugar, respecto de la especial fundamentación del interés casacional objetivo [art. 89.2.f) LJCA], corresponde al órgano de instancia un control formal y no material dirigido a verificar si se realiza la argumentación o justificación exigida. La Sala de instancia puede apreciar la ausencia de esta exigencia cuando en el escrito de preparación se limita a citar una supuesta contradicción entre dos sentencias sin justificar la existencia de una doctrina contradictoria en las sentencias enfrentadas (163) o si la parte recurrente se limita a afirmar, para justificar el interés casacional, que la doctrina sentada puede afectar a un gran número de casos similares, sin incluir cualquier otra consideración que avale esta afirma-

(158) ATS de 28 de febrero de 2017 (Rec. Queja 40/2017) y de 5 de abril de 2017 (Rec. Queja 42/2017).

(159) ATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Queja 8/2017).

(160) ATS de 29 de mayo de 2017 (Rec. Queja 230/2017).

(161) AATS de 19 de abril de 2017 (Rec. Queja 170/2017) y de 26 de junio de 2017 (Rec. Queja 295/2017).

(162) ATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 51/2017).

(163) AATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Queja 126/2017), de 15 de marzo de 2017 (Rec. Queja 15/2017), de 29 de mayo de 2017 (Rec. Queja 205/2017), y de 31 de mayo de 2017 (Rec. Queja 162/2016).

ción(164). En cambio, no puede pronunciarse sobre si, materialmente, concurre el interés casacional o sobre si la sentencia fija una interpretación de las normas sobre las que se fundamente el fallo contradictoria con otros órganos jurisdiccionales o si sienta una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales(165).

Finalmente, a la vista los autos de admisión e inadmisión, parece que los órganos de instancia han utilizado poco la posibilidad de emitir informe sobre la concurrencia del interés casacional objetivo (art. 89.5 LJCA), con el siguiente resultado: existen informes tanto negativos como favorables; la Sección de Admisión normalmente se limita a constatar tal circunstancia en los antecedentes sin referencia posterior(166), con algunas salvedades en que se menciona para estimar la concurrencia de dicho interés(167); el sentido favorable del informe no asegura la admisión del recurso que puede ser inadmitido(168); y, pese al informe desfavorable, el recurso es admitido(169).

IX. Admisión del recurso

1. Objeto y estructura de las decisiones

El trámite de admisión tiene por objeto principalmente —amén de verificar si se cumplen los requisitos para acceder a la casación— decidir si existe interés casacional objetivo en el recurso, ya que solo podrá admitirse a trámite el recurso cuando el examen de las infracciones presente tal interés(170), lo que corresponde en exclusiva a la Sección Primera o de Admisión, sin que puedan pronunciarse sobre ella los órganos de instancia(171).

Los autos de admisión se estructuran en tres partes: antecedentes de hecho, razonamientos jurídicos y acuerdo o decisión. Su fundamentación jurídica —aunque no uniforme y con extensión dispar— constata de

(164) ATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Queja 126/2016).

(165) ATS de 30 de mayo de 2017 (Rec. Queja 4/2017).

(166) AATS de de 27 de enero de 2017 (Rec. Casación 1/2016) y de 16 de mayo de 2017 (Rec. Casación 922/2017).

(167) AATS de 18 de junio de 2017 (Rec. Casación 1476/2017) y de 17 de julio de 2017 (Rec. Casación 2160/2017).

(168) AATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Casación 242/2016) y de 21 de junio de 2017 (Rec. Casación 1983/2017).

(169) ATS de 22 de mayo de 2017 (Rec. Casación 1306/2017).

(170) ATS de 21 de marzo de 2017 (Rec. Casación 308/2016).

(171) Por todos, ATS de 2 de febrero de 2017 (Rec. Queja 110/2016).

forma breve —e incluso apodíctica— el cumplimiento de los requisitos(172) y a continuación pondera la concurrencia del interés casacional objetivo normalmente mediante un doble y sucesivo razonamiento: concreción de la cuestión jurídica planteada y subsiguiente ponderación de si respecto de ella concurre el interés casacional objetivo, tras lo que se identifica la cuestión objeto del recurso(173). Ello tiene continuidad en el acuerdo (art. 90.4 LJCA) que, también sin uniformidad en apartados, expresa la admisión del recurso de casación, la identificación de la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia y de la norma que va a ser objeto de interpretación, así como la publicación del auto en la página web del TS, la comunicación inmediata al órgano de instancia y la remisión de las actuaciones a la Sección competente de la Sala(174).

La interdependencia entre cuestión jurídica e interés casacional objetivo conlleva que el planteamiento de varias cuestiones o infracciones vaya seguido del análisis separado de cada una de ellas para determinar si concurre el interés casacional objetivo(175); y la admisión puede referirse a una o varias de las cuestiones o infracciones jurídicas alegadas, con rechazo de las restantes(176). Por otra parte, la inadmisión por providencia de recursos de casación sobre solicitudes similares no impide la posterior admisión de otro recurso que plantea cuestiones son suscitadas en aquéllos(177).

Para admitir el recurso basta la concurrencia de uno de los supuestos que permiten apreciar la existencia de interés casacional objetivo(178). La Sección de Admisión puede examinar bien todos los supuestos alegados por el recurrente y apreciar la concurrencia de todos(179) o varios de ellos(180), o bien seleccionar y ponderar uno o

(172) Así, AATS de 17 de mayo de 2017 (Rec. Casación 129/2017) y de 21 de julio de 2017 (Rec. Casación 2020/2017). En su caso, se examinan las alegaciones de la parte recurrida en contra de la admisión del recurso (ATS de 6 de julio de 2017, Rec. Casación 1961/2017).

(173) Entre otros, ATS de 17 de mayo de 2017 (Rec. Casación 255/2016).

(174) Por todos, ATS 1 de febrero de 2017 (Rec. Casación 36/2016).

(175) AATS de 5 de mayo de 2017 (Rec. Casación 1380/2017) y de 31 de mayo de 2017 (Rec. Casación 1246/2017).

(176) Así, AATS de 27 de febrero de 2017 (Rec. Casación 151/2016), de 15 de marzo de 2017 (Rec. Casación 212/2017) y 22 de marzo de 2017 (Rec. Casación 122/2016).

(177) ATS de 21 de julio de 2017 (Rec. Casación 2586/2017).

(178) ATS de 5 de abril de 2017 (Rec. Casación 196/2017).

(179) ATS de 18 de enero de 2017 (Rec. Casación 13/2016).

(180) Por todos, AATS de 1 de marzo de 2017 (Rec. Casación 128/2016), de 15 de marzo de 2017 (Rec. Casación 212/2017), de 3 de abril de 2017 (Rec. Casación 480/2017), de 24 de mayo de 2017 (Rec. Casación 38/2017) y de 5 de julio de 2017 (Rec. Casación 2154/2017).

varios de ellos que estima más pertinentes, dejando sin analizar los restantes por ser innecesario (181).

Ahora bien, todo ello no impide que, en ocasiones, también los autos de admisión estimen la existencia del interés casacional objetivo de forma breve e incluso apodíctica (182).

2. Procedimiento y forma de las resoluciones

La parte recurrida, con frecuencia, suele oponerse en su escrito de comparecencia ante el TS a la admisión del recurso (art. 89.6 LJCA). Y el TS no ha utilizado el excepcional trámite de audiencia (art. 90.1 LJCA) ni tan siquiera en caso de informe desfavorable del órgano de instancia o de oposición a la admisión por la parte recurrida.

La admisión del recurso de casación se adopta siempre mediante auto motivado [arts. 90.3.a) y 90.4 LJCA]. Y la inadmisión se acuerda mediante providencia, salvo que el órgano de instancia hubiese emitido opinión favorable o se alegue uno de los supuestos del art. 88.3 LJCA en que se exige la forma de auto motivado [art. 90.3.a) y b) LJCA] (183). Sin embargo, no resulta exigible la forma de auto en caso de alegación de una presunción —art. 88.3.a) LJCA—, si el escrito de preparación del recurso no ofrece fundamentación suficiente que integre con un mínimo de solidez el presupuesto para desencadenar la presunción (184).

La mayoría de las inadmisiones se acuerdan mediante providencia que se limita a indicar, de forma muy escueta o apodíctica, la concurren-

(181) En numerosos casos se indica que la concurrencia de uno de los supuestos hace innecesario examinar si concurren los otros alegados [por todos, AATS 27 de febrero de 2017 (Rec. Casación 151/2016), de 22 de marzo de 2017 (Rec. Casación 261/2017), de 21 de junio de 2017 (Rec. Casación 1193/2017) y de 6 de julio de 2017 (Rec. Casación 1187/2017). Y en otros sin esa indicación [AATS de 20 de febrero de 2017 (Rec. Casación 139/2017), de 13 de marzo de 2017 (Rec. Casación 6/2017); de 10 de mayo de 2017 (Rec. Casación 914/2017) y de 21 de junio de 2017 (Rec. Casación 1101/2017).

(182) Así el ATS de 29 de marzo de 2017 (Rec. Casación 1063/2017), tras concretar la cuestión jurídica planteada, dice: «Así formulada, la cuestión revise interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, pues exige un pronunciamiento sobre un problema jurídico que trasciende del caso objeto del pleito»; el ATS de 22 de mayo de 2017 (Rec. Casación 880/2017) dice solo «coincidiendo con el recurrente»; el ATS de 30 de mayo de 2017 (Rec. Casación 785/2017) se remite a los argumentos del recurrente ya expuestos en los antecedentes; y para el ATS de 4 de julio de 2017 (Rec. Casación 1561/2017) los argumentos que expone el recurrente llevan a la Sección de Admisión a entender que, en efecto, presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la cuestión siguiente.

(183) Por ello, la inadmisión por providencia en los supuestos del art. 88.2 LJCA resulta excepcional cuando son alegados conjuntamente con las presunciones del apartado 3 del mismo precepto. Por todos, ATS de 8 de marzo de 2017 (Rec. Casación 40/2017).

(184) ATS de 30 de marzo de 2017 (Rec. Casación 266/2016).

cia de una de las circunstancias de inadmisión (art. 90.4 LJCA) (185). Sin embargo, la providencia de inadmisión no puede considerarse como una resolución carente de motivación, ni esa forma puede ser tachada de anómala, ni de generadora de indefensión (186).

Los autos de admisión se publican en la web del TS (art. 90.7 LJCA), pero no los autos de inadmisión (si bien son accesibles por otras vías). En cambio, no existe publicidad de las providencias de inadmisión, pese a representar, con mucho, el mayor número de resoluciones.

3. Recursos admitidos

El número de recursos admitidos en el primer año asciende a 511 (253 remitidos a la sección segunda; 64 a la tercera; 136 a la cuarta y 58 a la quinta). Según la información general ofrecida por la Web del TS, a fecha 31 de mayo de 2017, se habían presentado 2.976 recursos de casación de la LO 7/2015, de los cuales habían obtenido una resolución sobre su admisión o inadmisión 1.432 recursos, con el resultado de 245 admitidos (17,11%), 980 inadmitidos (912 por providencia y 68 por auto) y 207 por otras causas (187).

(185) Así la Providencia de 15 de junio de 2017 (Rec. Casación 2030/2017) acuerda la inadmisión en aplicación de lo dispuesto en el art. 90.4.d) LJCA «y ello por cuanto el recurso que se prepara carece de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia»; y las Providencias de 22 de junio de 2017 (Recs. Casación 1714/2017 y 1768/2017) se justifican en el incumplimiento de las exigencias que el art. 89.2 LJCA impone al escrito de preparación, por falta de fundamentación suficiente de que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del art. 88, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento del TS, por no justificarse la concurrencia del presupuesto establecido para que resulte operativa la presunción del art. 88.3.a) conforme al art. 90.4.b) en relación con el art. 89.2.f), así como por la carencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia conforme al art. 90.4.d) en relación con el art. 89.2.f) LJCA. Nótese que propia Sala Tercera del TS, «Problemas interpretativos de la nueva regulación contencioso-administrativa», pág. 21, señaló que las providencias de inadmisión requieren una mínima motivación y, además, «deberían incorporar una breve explicación de la razón por la que se aprecia que no concurre la circunstancia que se indica, pues hacerlo así no dificultará en exceso la labor de aquella Sección y acallará en gran medida la sensación o queja de arbitrariedad».

(186) ATS de 30 de marzo de 2017 (Rec. Casación 266/2016). En este sentido, VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, § 51, entiende que las providencias de inadmisión satisfacen en abstracto las exigencias del motivación del art. 24 CE.

(187) Tales datos y ese porcentaje deben ser matizados por dos motivos: de un lado, tal porcentaje se refiere a los recursos vistos por la Sección de Admisión, esto es, los elevados al TS sin incluir los no tenidos por preparados por los órganos inferiores, que en muchos casos han dado lugar a recursos de queja. Y, de otro, un elevado número de recursos admitidos son repetitivos al referirse a la misma norma y cuestión. En los remitidos a la Sección Segunda aproximadamente un 50% son repetidos: así, 67 asuntos se refieren al IRPF por becas de estudios en el extranjero y 43 al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas) con ocasión de la transmisión de metales preciosos por un particular a un empresario o profesional del sector; en los enviados a la Sección Tercera, 21 asuntos se

En cuanto al interés casacional objetivo, los supuestos más alegados y estimados por la Sección de Admisión para admitir el recurso son las circunstancias del art. 88.2.a) (doctrina contradictoria) y del art. 88.2.c) LJCA (afectación a gran número de situaciones o trascendencia general del asunto) y la presunción del art. 88.3.a) (inexistencia de jurisprudencia).

La mayoría de los recursos admitidos corresponde a cuestiones en materia fiscal o tributos (Sección Segunda) y de Seguridad Social (Sección Cuarta), así como se abordan cuestiones relevantes referidas a los sectores regulados —sobre todo, transporte por carretera— (Sección Tercera)(188). En cambio, es muy reducido el número de asuntos admitidos en materia de responsabilidad patrimonial(189) —sin que se aprecie ninguno de responsabilidad patrimonial sanitaria— por tener normalmente un carácter casuístico y, sobre todo, han minorado notablemente los recursos admitidos en materia de expropiación forzosa que se refieren ahora a aspectos jurídicos muy concretos(190).

4. Costas

La inadmisión del recurso conlleva la condena en costas, que puede limitarse a una parte o a una cantidad máxima (art. 90.8 LJCA). Se aplican con carácter general las cuantías siguientes: 1.000 euros si no ha existido oposición a la admisión por la parte recurrida y 2.000 euros cuando se ha formulado tal oposición(191).

refieren a las restricciones aplicables al arrendamiento de vehículos con conductor tras la entrada en vigor de la Ley 9/2013; en los remitidos a la Sección Cuarta, 19 asuntos versan sobre la calificación del cese de los trabajadores en un ERE cuando dicho cese se acuerda individualmente con el empresario; y en los enviados a la Sección Quinta, 12 recursos contemplan la interpretación del art. 108.3 LJCA.

(188) PALOMAR OLMEDA, Alberto, «Los Autos de admisión en algunos de los sectores regulados más significativos», *Diario La Ley*, N.º 9013, de 4 de julio de 2017.

(189) AATS de 28 de abril de 2017 (Rec. Casación 839/2017), de 5 de junio de 2017 (Rec. Casación 1750/2017), de 12 de junio de 2017 (Rec. Casación 1548/2017) y de 17 de julio de 2017 (Rec. Casación 1847/2017). En el año anterior a la entrada en vigor del nuevo sistema, la Sala Tercera del TS dictó 113 sentencias en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (11 de ellas en el ámbito sanitario).

(190) AATS de 20 de febrero de 2017 (Rec. Casación 210/2016), de 24 de abril de 2017 (Rec. Casación 313/2017), de 16 de mayo de 2017 (Rec. 755/2017), de 16 de mayo de 2017 (Rec. 1182/2017) y de 12 de junio de 2017 (Rec. Casación 1478/2017). En el año anterior a la entrada en vigor del nuevo sistema, la Sala Tercera del TS dictó 247 sentencias en materia de expropiación forzosa.

(191) AATS de 12 de junio de 2017 (Rec. Casación 115/2017), de 14 de junio de 2017 (Rec. Casación 665/2017) y de 21 de junio de 2017 (Rec. Casación 1983/2017). Igual criterio se sigue en las providencias de inadmisión.

X. El carácter jurisprudencial de la sentencia final

En el primer año el TS ha dictado, previa celebración de vista pública (art. 92.6 LJCA), dos sentencias finales resolviendo recursos de casación interpuestos con arreglo al nuevo sistema (192). Ello supone una mayor celeridad en la resolución del recurso (entre nueve y trece meses desde la fecha de la sentencia recurrida).

En este momento convergen las funciones de la casación, objetiva (*ius constitutionis*) y subjetiva (*ius litigatoris*). Las sentencias finales pretenden satisfacer la doble función encomendada en el art. 93 LJCA, según se refleja en su fundamentación jurídica que, primero, se centra en la interpretación jurídica de las normas relativas a tales cuestiones admitidas fijando el criterio de la Sala sobre ellas y determina explícitamente esa interpretación o respuesta a las cuestiones que presentan interés casacional objetivo; y, luego, resuelve, de acuerdo con esa interpretación, el caso estimando o desestimando el recurso contencioso-administrativo mediante un breve razonamiento, lo que se proyecta en el fallo que declara haber o no haber lugar al recurso de casación anulando o confirmando la sentencia recurrida, estima o desestima el recurso contencioso-administrativo y se pronuncia sobre las costas.

La sentencia final tiene, por tanto, un carácter más jurisprudencial a fin de plasmar su primordial finalidad nomofiláctica para la formación de jurisprudencia (193), separándose netamente del esquema anterior basado en motivos (194). La fundamentación jurídica se dirige a determinar la interpretación de las normas y la respuesta a las cuestiones identificadas en el auto de admisión, fijando de forma explícita la «ratio decidendi» que constituye jurisprudencia y podrá invocarse en ulteriores procesos y recursos (195).

(192) SSTS (Sección 3.ª) 1199/2017, de 7 de julio (Rec. Casación 161/2016) y (Sección 5.ª) 1295/2017, de 18 de julio (Rec. Casación 298/2016). Al cierre de este trabajo (25 de octubre de 2017) se han publicado en la Web del TS otras cinco sentencias: SSTS (Sección 3.ª) 1352/2017, de 24 de julio (Rec. Casación 203/2016), (Sección 2.ª) 1446/2017, de 27 de septiembre —con voto particular de dos magistrados— (Rec. Casación 194/2016), (Sección 3.ª) 1517/2017, de 5 de octubre (Rec. Casación 139/2016), (Sección 3.ª) 1547/2017, de 16 de octubre (Rec. Casación 75/2017) y (Sección 3.ª) 1548/2017, de 16 de octubre (Rec. Casación 565/2017).

(193) SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pág. 41; y RAZQUÍN LIZARRAGA, «Problemas...», *cit.*, págs. 68-69.

(194) Por todas, STS (Sección 5.ª) 1339/2017, de 19 de julio (Rec. Casación 2868/2016), que, pese a la coincidencia temporal, resuelve un recurso de casación interpuesto conforme a la anterior regulación.

(195) Así lo había reclamado la doctrina. Por todos, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. El ordenamiento jurídico*, lustel, Madrid, t. II, 1.ª ed., 2006, págs. 127-131.

Sin embargo, las sentencias finales no siguen un modelo uniforme ni se articulan en apartados o párrafos ni existe un criterio unánime sobre la inserción de la interpretación de las normas previamente fijada en el fallo (196).

XI. Los problemas del recurso de casación autonómico

Frente al sistema anterior que contemplaba dos específicos recursos de casación autonómicos (197), la reforma solo prevé un recurso de casación fundado en infracciones del Derecho autonómico atribuyendo su conocimiento a una sección especial de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia (art. 86.3, párrafos segundo y tercero, LJCA). Una modalidad especial plagada de problemas y cuestiones por su insuficiente regulación y las dificultades para trasladar aquí el régimen general referido al recurso de casación estatal ante el TS, lo que imponía una nueva modificación legal que la regulase (198). Esta problemática se refleja en la actuación de las Salas territoriales. Una de ellas considera que no existe el recurso de casación autonómico (199) y la mayoría admite su existencia pero, partiendo de la aplicación analógica de la regulación de la casación estatal, ha adoptado criterios dispares sobre aspectos relevantes (200).

En cuanto al objeto, la posición mayoritaria entiende que son recurribles las sentencias de los Juzgados y también las sentencias y autos de las propias Salas en los mismos supuestos y con los mismos requisitos establecidos para el recurso de casación estatal (arts. 86 y 87 LJCA), aunque ceñido obviamente a los casos en que el recurso se funde en infrac-

(196) De las siete SSTS citadas, solo dos de ellas (SSTS 1352/2017, de 24 de julio, y 1446/2017, de 27 de septiembre) llevan la interpretación normativa al fallo.

(197) Recurso de casación por unificación de doctrina autonómica frente a las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (antiguo art. 99 LJCA) y recurso en interés ley autonómico contra sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (antiguo art. 101 LJCA). Recursos que, pese a su derogación en la reforma de la LJCA por la Ley Orgánica 7/2015, continúan presentes en los 74.5 y 6 LOPJ y 10.5 y 6 LJCA (no modificados).

(198) RAZQUIN LIZARRAGA, «Problemas...», *op. cit.*, págs. 57-58. La propia Sala Tercera, «Problemas interpretativos de la nueva regulación contencioso-administrativa» (octubre 2015), pág. 6, reconoció que muchas previsiones de la nueva regulación eran inadecuadas y en muchos casos inviables para esta modalidad y propuso una concreta modificación legal mediante una nueva Sección 4.^a, titulada «Recursos de casación autonómicos» (art. 97 y ss).

(199) La Sala del TSJ de Extremadura ha informado a la Sala de Gobierno que considera que no existe el recurso de casación autonómico y que en cualquier caso no es posible frente a sentencias de la propia Sala.

(200) En la sección correspondiente a los TSJ de la Web del CGPJ, sólo en dos casos (Asturias y Navarra) existe un apartado específico para la publicidad de los autos de admisión. Hasta mediados de octubre de 2017, sólo aparecen publicados 3 autos de admisión de la Sala del Principado de Asturias.

ción de normas autonómicas(201). En cambio, otra tesis sostiene que el recurso de casación autonómico está limitado a las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados, quedando fuera las sentencias de la propia Sala en razón de que la posición constitucional de los TSJ como órgano que culmina la organización judicial en el territorio de la Comunidad Autónoma es análoga al del TS en materia de derecho estatal y la contradicción de su admisión con el diseño de la nueva casación(202).

En relación con el interés casacional objetivo, algunas Salas territoriales toman en consideración los supuestos de los apartados 2 y 3 del art. 88 LJCA(203), si bien matizando que la «jurisprudencia» es en este caso la del TSJ y no la del TS(204) ni la de otros TSJ(205). Pero otras Salas restringen el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los recursos frente a sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, a salvo de la existencia de supuestos no expresamente previstos en el art. 88 LJCA y del juicio que merezca en cada caso el supuesto de presunción de interés casacional del art. 88.3.c) LJCA, a dos casos: uno, cuando exista doctrina contradictoria, en interpretación de normas de Derecho autonómico, con la establecida en otra u otras sentencias de la misma Sala sobre cuestiones sustancialmente iguales [art. 88.2.a) LJCA], salvo que ello se deba a un legítimo y razonado cambio de criterio de la misma Sección o Tribunal; y, otro, si la resolución recurrida se apartara deliberadamente de la «jurisprudencia» sobre Derecho autonómico existente hasta entonces [art. 88.2.b) LJCA] con la única salve-

(201) Auto de la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid de 17 de mayo de 2017 (Rec. Casación 10/2017); cuyo criterio siguen los Autos de 23 de junio de 2017 (Rec. Casación 28/2017 y 33/2017) de la Sección Especial de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León con sede en Burgos, y de la Sección Especial de Casación Autonómica de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra de 15 de junio de 2017 (Rec. 566/2016). Por su parte, los Autos de la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco de 24 de febrero de 2017 (Rec. Casación 1/2017 y 2/2017) y de 10 de mayo de 2017 (Rec. Casación 4/2017) no plantean cuestión sobre la recurribilidad de sentencias en única instancia o en apelación de la propia Sala; y los Autos de la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 25 de abril de 2017 (Rec. Casación 2/2016) y de 17 de mayo de 2017 (Rec. Casación 2/2017) admiten los recursos de casación planteados contras sentencias en única instancia y en apelación dictadas por dicha Sala.

(202) Auto de la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2017 (Rec. Casación 3/2017). En este sentido, SOSPEDRA NAVAS, Francisco Javier, «El controvertido ámbito de las resoluciones recurribles en el recurso de casación contencioso-administrativo» en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, 2017, págs. 31-50.

(203) Autos de la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 25 de abril de 2017 (Rec. Casación 2/2016) y de 17 de mayo de 2017 (Rec. Casación 2/2017) y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia (Coruña) de 5 de mayo de 2017 (Rec. Queja 54/2017).

(204) Autos de la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco de 24 de febrero de 2017 (Rec. Casación 1/2017 y 2/2017).

(205) Auto de la Sección Especial de Casación Autonómica de de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra de 15 de junio de 2017 (Rec. 566/2016).

dad de que el apartamento lo fuera respecto del criterio sostenido con anterioridad por la misma Sección, quedando, además, fuera de la casación autonómica la separación de la jurisprudencia del TS (206).

En todo caso, el acceso a la casación exige el cumplimiento de los requisitos establecidos para el escrito de preparación (art. 89.2 LJCA) (207), como es el juicio de relevancia (208). Y asimismo esta especialidad se ciñe a las cuestiones jurídicas con exclusión de las de hecho (art. 87bis.1 LJCA) y, por tanto, las referidas a la valoración de la prueba (209).

En último término, las primeras sentencias finales de las Salas territoriales no siguen la línea de las dictadas por el TS, sino que conservan un carácter más judicial —resolución del concreto asunto— sin llegar a fijar la concreta interpretación de la norma o cuestión identificada en el auto de admisión (210).

XII. Conclusión

El TS, a través de las numerosas resoluciones dictadas en este primer año, ha ido completando el régimen del recurso de casación estatal mediante la fijación de pautas interpretativas de la nueva regulación que pretender aportar precisión y reducir la incertidumbre legislativa (211).

La jurisprudencia ha concretado el concepto jurídico indeterminado de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que es la piedra angular sobre la que pivota el nuevo sistema casacional, perfilando los supuestos legales —circunstancias y presunciones— que permiten apreciar su concurrencia mediante una interpretación estricta. La ponderación de la existencia de tal interés no es una operación de subsunción

(206) Auto de la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid de 17 de mayo de 2017 (Rec. Casación 10/2017); cuyo criterio siguen los Autos de 23 de junio de 2017 (Rec. Casación 28/2017 y 33/2017) de la Sección Especial de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León con sede en Burgos, y el Auto 18/2018, de 2 de marzo (Rec. Casación 5/2018), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

(207) Auto de la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 11 de abril de 2017 (Rec. Casación 1/2016).

(208) Autos de la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2017 (Rec. Casación 4/2017) y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 15 de mayo de 2017 (Rec. Queja 1/2017)

(209) Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia (Coruña) de 17 de marzo de 2017 (Rec. Queja 36/2017).

(210) Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia (Coruña) núm. 391/2017, de 21 de septiembre (Rec. Casación 4547/2016); y Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias 780/2017, de 3 de octubre (Rec. Casación 2/2016).

(211) Como apunta VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, §§ 25, con referencia al amparo constitucional, a la vista de la STEDH de 20 de enero de 2015 (caso Arribas Antón).

en razón del espacio interpretativo abierto de los supuestos legales y, a la postre, del criterio de oportunidad presente en la conveniencia de pronunciamiento para la formación de jurisprudencia (212). La existencia del interés casacional objetivo —y con ello, la admisión del recurso— depende de la estimación exclusiva y discrecional de la Sección de Admisión —en muchos casos, escueta o apodíctica—, que goza de un amplio margen de apreciación para seleccionar los asuntos que estima convenientes para la formación de jurisprudencia y definir su propia tarea (213).

Las exigencias formales han sido notablemente reforzadas. El escrito de preparación tiene un papel esencial debiendo cumplir de forma justificada y suficiente los requisitos exigidos y, en particular, el último de ellos mediante una argumentación específica, singular y adecuada sobre la concurrencia de alguno de los supuestos de interés casacional objetivo y la conveniencia de pronunciamiento del TS. Asimismo, se conservan condiciones precedentes pero con mayor rigor: la absoluta improcedencia de suscitar cuestiones nuevas, la reafirmación restrictiva de la excepcionalidad de plantear cuestiones relativas a la valoración de la prueba y la exclusión en la práctica de las infracciones procedimentales (incongruencia omisiva) por la exigencia de instar un remedio previo o por su accesoriadad respecto de la cuestión sustantiva planteada.

El ámbito cuasi universal del recurso es un espejismo por la criba en los filtros de acceso a la casación. El número de recursos admitidos es bajo (17,11 % sobre los vistos por la Sección de Admisión) y entraña una drástica reducción respecto de la regulación anterior (–87 %) (214), especialmente notable en determinadas materias cuantitativamente relevantes (expropiación forzosa). E incluso no se ha producido un desbordamiento del número de recursos de casación preparados —como había pronosticado la doctrina (215)— ante la dificultad de cumplir el requisito del art. 89.2.f) LJCA y por el efecto disuasorio de la condena en costas en caso de inadmisión.

Ese diseño de la nueva casación parece seguir al régimen del amparo constitucional, tomado como referencia en la reforma (216). La admisión se configura hacia un modelo de discrecionalidad con algunos elementos

(212) HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*,

(213) Como había anticipado de forma unánime la doctrina. Por todos, RAZQUIN LIZARRAGA, «El nuevo...», *op. cit.*, pág. 169.

(214) Según la Base de datos de la estadística judicial (PC-AXIS) del CGPJ, el total de recursos de casación ingresados en la Sala Tercera del TS fue de 3.990 en 2015 y de 4.007 en 2014.

(215) SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, págs. 38-40; y QUINTANA CARRETERO y otros, *op. cit.*, págs. 25 y 34.

(216) RAZQUIN LIZARRAGA, «El nuevo...», *op. cit.*, pág. 158; FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, pág. 127; y VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, §§ 21-30.

reglados(217). Existe incertidumbre sobre la viabilidad del recurso de casación para los recurrentes por no ser predecible su admisión; y, en cambio, hay certeza sobre su inviabilidad(218). Ahora bien, el TS reitera que no existe infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en cuanto al acceso a los recursos por ser un derecho de configuración legal(219).

La sentencia final se dicta con mayor celeridad (en torno a un año) y explicita la concreta doctrina o interpretación de la cuestión o norma fijada por el TS, lo que, unido a la publicidad de los autos de admisión, permite a los operadores jurídicos conocer las cuestiones jurídicas a debate y la jurisprudencia establecida.

Por otra parte, la implantación del recurso de casación autonómico, más bien escasa, ha generado problemas y disparidades en las Salas territoriales, considerándose necesaria y urgente su completa y adecuada regulación.

En suma, la doctrina jurisprudencial del TS ha aportado pautas sobre la nueva regulación, ceñidas especialmente a la interpretación de la noción de interés casacional objetivo, que ayudan a su entendimiento y aplicación por los operadores jurídicos. Pero es prematuro afirmar que el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo cumpla plenamente la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos(220), ante la drástica restricción de la admisión (en términos generales y en determinadas materias) y sus efectos colaterales sobre los remedios relativos a las infracciones de carácter procesal, a falta todavía de conocer el impacto real del nuevo sistema sobre la litigiosidad en los niveles inferiores.

Trabajo recibido el 26 de octubre de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 16 de febrero de 2018

(217) VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, §§ 25-26 y 38.

(218) Como advirtieron FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, pág. 41; y MUÑOZ ARANGUREN, «La curiosidad...», *op. cit.*

(219) AATS de 1 de febrero de 2017 (Rec. Queja 98/2016), de 30 de marzo de 2017 (Rec. Casación 266/2016), de 16 de junio de 2017 (Rec. Queja 348/2017) y de 18 de julio de 2017 (Rec. Queja 383/2017). En cambio, PÉREZ ESTRADA, Miren Josune, «La exclusiva función del actual recurso de casación contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo», en *RVAP* núm. 107 (1), 2017, págs. 303-328, considera que el nuevo sistema perjudica los derechos subjetivos de los ciudadanos y es accesible a muy pocos.

(220) A esa finalidad de la reforma alude reiteradamente el TS. Por todos, AATS de 26 de abril de 2017 (Rec. Queja 177/2017) y de 31 de mayo de 2017 (Rec. Queja 28/2017).

LABURPENEA: 7/2015 Lege Organikoak administrazioarekiko auzi- eta kasazio-errekurtso berria ezarri zuen. Bada, ezarpen horren lehenengo balantzea jorratzen da lan honetan, indarrean jarri eta urtebetera bitartekoa. Auzitegi Gorenak lehen urtean egindako doktrina aztertzen da, bai kasazio estatal berria interpretatzeko eta ezartzeko gidalerroak finkatzen dituelako, erreformak planteatutako zalantzei eta galderei erantzute aldera, bai errekurtsoa onartzeari buruzkoa, eta, batez ere, jurisprudenzia sortzeko kasazio-interes objektiboari buruzkoa delako, Onarpen Sekzioari dagokionez. Era berean, kasazio-errekurtso autonomikoaren ezarpenean dauden zailtasunak aztertzen dira.

GAKO HITZAK: Kasazio-errekurtsoa. Administrazioarekiko auzien jurisdikzioa. Auzitegi Gorena. Onarpena. Kasazio-interes objektiboa.

RESUMEN: Este trabajo aborda un primer balance de la implantación del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo introducido por la Ley Orgánica 7/2015 al año de su entrada en vigor. Se analiza la doctrina del Tribunal Supremo en el primer año, que fija pautas para la interpretación y aplicación de la nueva casación estatal en respuesta a las dudas y cuestiones planteadas por la reforma y gira en torno a la admisión del recurso y primordialmente sobre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de apreciación discrecional por la Sección de Admisión. Y también se examinan las dificultades existentes en la implantación del recurso de casación autonómico.

PALABRAS CLAVE: Recurso de casación. Jurisdicción contencioso-administrativa. Tribunal Supremo. Admisión. Interés casacional objetivo.

ABSTRACT: This paper deals with an initial assessment of the implementation of the new cassation appeal introduced by Organic Law 7/2015 at the year of entry into force. It analyzes the doctrine of the Supreme Court in the first year, which sets guidelines for the interpretation and application of the new cassation system in response to the doubts and questions raised by the reform and revolves around the admission of the resource and primarily on the cassational objective interest for the formation of case-law, of discretionary appreciation by the Admission Section. And it also examines the difficulties in the implementation of the regional cassation appeal.

KEYWORDS: Cassation appeal. Administrative jurisdiction. Supreme Court. Admission. Cassational objective interest.

Notas

Los consorcios en la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi tras la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

Aizbea Atela Uriarte

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.09>

Sumario: I. Introducción.—II. La evolución normativa del Consorcio: del consorcio local a los consorcios autonómicos y estatales y su regulación homogeneizada. 1. La primera etapa normativa del consorcio. 2. La segunda etapa de la evolución normativa del consorcio. 3. La tercera etapa normativa.—III. Los consorcios en la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi. 1. El contexto normativo previo a la LILE. 2. Regulación de los consorcios en la LILE. 2.a). Tratamiento del consorcio en la Exposición de Motivos de la LILE. 2.b). La regulación del consorcio en el articulado de la LILE.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

I. Introducción

El 14 de abril de 2016 se publicó en el *BOPV* la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (1) (LILE, en adelante), que entró en vigor al día siguiente a su publicación. Esta ley, de transcendencia inquestionable para el sistema de gobierno local en Euskadi, es importante, primero, porque es la primera ley autonómica de régimen local de la CAPV y, segundo, porque configura un sistema de gobierno local con clara visión institucional y con vocación de constituir una ley integral del régimen local vasco, regulando en un mismo texto normativo competencias y financiación incondicionada, algo que es ajeno a la praxis normativa sobre régimen local en España.

La sustantividad de esta materia en una ley en Euskadi ha supuesto simultáneamente, debido a la complejidad de su entramado institucio-

(1) *BOPV*, núm. 70, de 14 de abril de 2016, corrección de errores en *BOPV*, núm. 123, de 29 de junio de 2016.

nal, tanto remover como aparcar tímidamente cuestiones institucionales tradicionalmente espinosas y controvertidas, para abordar la centralidad del municipio en el sistema de gobiernos locales, partiendo del previo reconocimiento por la doctrina de la autonomía política de los municipios y de las reivindicaciones en ese mismo sentido del municipalismo vasco (2).

En este contexto, la regulación del consorcio local en esta ley no es una cuestión de lo más importante para el legislador vasco, pero lo cierto es que tampoco estamos ante un asunto exento de interés, porque de la literalidad de la LILE puede inferirse su naturaleza de ente local, mientras que la reciente legislación básica estatal se orienta a configurarla como ente instrumental dentro de sector público institucional.

Y es que, como recientemente ha puesto de manifiesto el profesor CASTILLO BLANCO, ésta no es una cuestión menor, pues de la correcta determinación de su naturaleza jurídica va a depender el régimen jurídico de sus actos, esto es: el control financiero y presupuestario, el régimen de personal, la contratación, etc., pero además y por extensión va a ser relevante respecto de los entes instrumentales y sociedades dependientes del mismo, que se verán o no sujetas a la legislación local para su constitución, funcionamiento y limitaciones, dependiendo de su naturaleza estatal, autonómica o local (3).

Por otra parte, la figura del consorcio, tal y como señala FERREIRA FERNÁNDEZ, cobra verdadera relevancia constitucional en tanto instrumento apto para la implementación de un marco estable de cooperación y colaboración entre las diferentes administraciones en la realización de aquellas actividades o servicios que revistan un interés común a todas ellas, garantizando con ello una mayor eficacia y eficiencia en la gestión de los asuntos públicos (4).

Analizaremos en este trabajo los impactos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante) sobre la LILE, en materia de regulación del consorcio y su posible interpretación integradora.

(2) EUDEL «Bases para una ley Municipal de Euskadi», en sus apartado II, VII y X.

(3) CASTILLO BLANCO, F. A. «La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en los instrumentos de cooperación del Estado Autonómico: especial referencia a los consorcios públicos». Web: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507211> (última consulta 20/09/2017).

(4) FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., «Los consorcios del sector público autonómico. Un instrumento para la gestión conjunta de servicios públicos», en *Dereito Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa*, 2001, págs. 106 y 107-116.

II. La evolución normativa del Consorcio: del consorcio local a los consorcios autonómicos y estatales y a su regulación homogeneizada

Siguiendo también en este punto a FERREIRA FERNÁNDEZ abordaremos la evolución normativa de la figura consorcial en tres etapas diferenciadas:

1. La primera etapa normativa del consorcio

Se caracteriza como ente local asociativo para la defensa de intereses locales.

Es pacífica en la doctrina atribuir a la legislación de régimen local el mérito de la regulación sistemática de la figura del consorcio.

Aunque es frecuente incurrir en el error de señalar que el primer texto legislativo de régimen local que regula esta figura es el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL, en adelante), lo cierto es que, como bien señala PARRA MUÑOZ, corresponde al Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 1952, aprobado por Decreto de 17 de junio, el honor de ser el primer texto legislativo de régimen local que regula el consorcio (5). Posteriormente, tanto el Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 1952, aprobado por Decreto de 30 de mayo, aún vigente, en su art. 241, como el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1955, aprobado mediante Decreto de 27 de mayo, tienen previsiones relativas al consorcio.

No obstante, es cierto que no cabe duda de que le corresponde al RSCL el honor de haber sido el primer cuerpo normativo en regular, de forma general y sistemática, esta institución.

La ubicación de esta regulación del consorcio en el RSCL se contenía en los art. 37 a 40, en su Título III, que llevaba por rúbrica: «Servicios de las corporaciones locales».

Concretamente el art. 37 disponía:

«Las Corporaciones locales podrán constituir consorcios con Entidades Públicas de diferente orden con el fin de instalar o gestionar servicios de interés local».

(5) PARRA MUÑOZ, J. F., «A vueltas con la naturaleza jurídica del Consorcio», en *Actualidad Administrativa*, Sección Doctrina, Ed: La Ley, 2001, pág. 805. Efectivamente el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales de 1952 configura el Consorcio como un instrumento de cooperación de las Diputaciones Provinciales en la ejecución de obras y servicios de interés municipal, y concretamente su art. 172.20 disponía que le corresponde a la Diputación: «Constituir consorcios con Ayuntamientos de la provincia para la construcción de escuelas y viviendas de maestros, repoblaciones forestales, tendidos de redes de energía eléctrica, suministros de aguas y demás servicios u obras que afecten a varios Municipios».

En la literalidad del precepto transcrito, hoy derogado expresamente por la LRJSP, no aparece el reconocimiento del consorcio como ente local, pero posteriormente la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local, reconocía ya al consorcio como ente local (6).

2. La segunda etapa de la evolución normativa del consorcio

Puede situarse entre los años 1985 y 2000, y se caracteriza por la superación de la calificación como ente local y por su consideración como ente asociativo para la gestión de intereses comunes, singularmente de los entes locales y de las Comunidades Autónomas.

La naturaleza jurídica del consorcio administrativo ha sido históricamente un tema polémico. La unanimidad doctrinal alcanzada en torno su naturaleza jurídica de ente local, tesis que defendió el profesor MARTÍN MATEO en la década de los años setenta y principios de los ochenta (7), se rompió a raíz de la aprobación de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL, en adelante) (8).

Como es sabido esta ley excluye el consorcio del listado de entidades que gozan de la condición de locales en su art. 3 y ubica su regulación en el, actualmente derogado, art. 87, sito en el Capítulo II del Título VI de la LRBRL, dedicado a «actividades y servicios», lo cual hizo presagiar que para el legislador el consorcio es una simple modalidad para gestionar servicios públicos de forma asociada.

Asimismo el hecho de que el art. 87 de la LRBRL posibilitara la participación de entidades privadas sin ánimo de lucro en el consorcio, unido a que el art. 57 de la LRBRL mencionara al consorcio junto al convenio como fórmula de cooperación interadministrativa, parecía evidenciar una diversa consideración del consorcio administrativo respecto de la legislación de régimen local precedente. Además, esta interpretación quedaba reforzada por la falta de previsión de inscripción de esta entidad en el Registro de Entidades Locales creado por RD 382/1986, de 10 de febrero.

(6) Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local. *BOE*, núm. 280, de 21 de noviembre de 1975, págs. 24342-24360. Web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1975-23920> (Última consulta 04/10/2017). Concretamente la base 39.4 disponía: «Los consorcios gozarán de personalidad jurídica propia y de la consideración de Entidades Locales».

(7) MARTÍN MATEO, R. «El consorcio como institución jurídica», en *Revista de Administración Pública*, núm. 61, 1970, págs. 9-42.

(8) CASTILLO BLANCO, F.A., es tajante al negar el carácter de ente local a los consorcios tras la entrada en vigor de la actual LRBRL y así lo argumenta desde sus primeros estudios. Póngase de ejemplo; «Los consorcios de entidades locales: análisis y valoración de la nueva legislación de régimen local», en *Revista de Administración Pública*, núm. 124, 1991, págs. 397-416.

También el art. 110 del Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, lo regulaba en similares términos a los de la LR-BRL, exigiendo de novedoso que sus órganos de decisión se integrasen por representantes de todas las Entidades consorciadas en la proporción que se fijase en sus estatutos respectivos.

Posteriormente, la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC, en adelante), supuso la regulación general de esta figura fuera del ámbito local, ya que su art. 7 (luego el 6.5 con la modificación introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero) introdujo la posible creación de consorcios administrativos cuando la eficacia práctica de un convenio de colaboración entre la Administración del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas precisara contar con una organización *ad hoc*. Es lo que la doctrina denominó «deslocalización del consorcio», tal y como reconoce TOSCANO GIL (9).

La circunstancia de que el referido artículo de la LRJPAC únicamente recogiera dentro del ámbito subjetivo de los convenios de colaboración a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas, unido a la remisión a la normativa local en todo lo relacionado a las relaciones interadministrativas con las entidades locales, llevó a algunos autores a concluir que en estos casos no sería posible la participación de una entidad local en los consorcios creados a su amparo, y de ahí entender que existen dos regímenes jurídicos diferenciados: el de los consorcios con participación de entes locales (entidades locales) y el de aquellos en que no haya tal participación (10).

La controversia viva se daba entre quienes mantenían que los consorcios regulados en la LR-BRL seguían siendo entes locales y los que negaban tal calificación desde la entrada en vigor de la propia LR-BRL.

Esta polémica sobre la naturaleza jurídica del consorcio pareció ser resuelta por la STS, de 30 de abril de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a (Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Goded Miranda) (11). Esta sentencia vino a decir que si el legislador no había establecido expresamente que el consorcio no era una entidad local, ello era porque la

(9) TOSCANO GIL, F., «El consorcio administrativo en la encrucijada». *REALA, Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, núm. 3, 2015. Web: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=10239&path%5B%5D=10728> (Última visita 07/10/2017).

(10) Por todos, podemos reseñar a CASTILLO BLANCO, F. A., «Los consorcios administrativos: especial referencia a los consorcios de entidades locales en la legislación andaluza», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 42, 2001, págs. 95-144 y PÉREZ TORRENTE, J. A., «Los Consorcios», en *Revista catalana de dret Públic*, núm. 96, diciembre 1996, págs. 51-66.

(11) STS 2955/1999, de 30 de abril de 1999. Web: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=3167380&links=%22MANUEL%20GODED%20MIRANDA%22&optimize=20030906&publicinterface=true> (Última consulta 23/10/2017).

diversidad de entes que lo podían integrar conduciría a que la naturaleza jurídica del consorcio administrativo dependiera del caso.

Por lo tanto, según esta sentencia, había que estar al análisis de los estatutos de cada consorcio para determinar si estábamos o no ante una entidad local, o bien ante una entidad de otro tipo, bien estatal o autonómica.

Para ello llamaba a estudiar criterios tales como el control efectivo de sus órganos de gobierno o la participación mayoritaria en el mismo, de tal manera que sería este control del consorcio por las entidades de un determinado ámbito territorial lo que determinaría su naturaleza jurídica: estatal, autonómica o local, en función de quién lo controlara (12).

De la Sentencia de referencia se extraen dos conclusiones:

I. La primera es que el hecho de que los consorcios no vengán incluidos como entidades locales en la enumeración del art. 3 no impide su clasificación como ente local, ya que el apartado segundo del art. 3 de la LR-BRL no tiene carácter de cerrado y puede ser ampliado por las Comunidades Autónomas (13), y por lo tanto, la legislación autonómica puede configurar al «consorcio local» como ente local.

Sabemos, en este sentido, que el art. 3 de la LR-BRL enumera los entes que forman parte de la llamada planta local, reconociendo la existencia de diversos tipos de entidades locales y diferenciando entre dos grandes categorías: los entes locales necesarios y los entes locales no necesarios o potestativos (14).

Siguiendo en este punto a TOSCANO GIL entendemos que la creación de entidades locales de cualquier tipo encuentra su fundamento en la potestad de autoorganización estatal, autonómica o local, reconocida por la Constitución Española, en cuanto forma parte del núcleo duro de la autonomía local de estas entidades (15).

(12) Esta STS, de 30 de diciembre de 1999, declara la nulidad de los estatutos del consorcio para el servicio de extinción de incendios, salvamentos y protección civil del Principado de Asturias por no atribuir la Secretaría a un Funcionario de Administración Local con Habilitación de carácter nacional, conforme a la reserva del puesto de secretario contenida en el art. 92.2 de la LR-BRL. El argumento de la Sentencia es mantener que el consorcio es una entidad local y, como tal, su secretaría debe estar ocupada por un funcionario habilitado nacional.

(13) Esta interpretación tampoco era pacífica. En contra se encuentran argumentos en numerosos trabajos de CASTILLO BLANCO, que sostiene que su exclusión de la enumeración de entidades locales es determinante, debiendo considerarse una entidad pública de carácter o naturaleza singular pero ha de negarse en todo caso su naturaleza de ente local, en CASTILLO BLANCO, F. A. «Los consorcios de entidades.....», *op. cit.*, pág. 416.

(14) SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios del Derecho Administrativo General*. Tomo I, 2.ª Ed., Iustel, Madrid 2009, págs. 527-528.

(15) TOSCANO GIL, F., «La definición del consorcio local como entidad local en la legislación autonómica», en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 27, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre de 2011, pág. 41 a pie de página.

En la primera categoría, la de los entes locales necesarios, se encuentran el municipio, la provincia y la isla. Estas tres entidades se califican de necesarias porque su existencia está garantizada constitucionalmente en virtud de su reconocimiento expreso en el texto constitucional, y se consideran territoriales porque así se deriva de su regulación en el Título VIII de la Constitución, que se titula: «De la organización territorial del Estado», de la cual forman parte, así como del propio art. 3.1 de la LRBRL.

En la segunda categoría, recogida en el art. 3.2 de la LRBRL, están los llamados entes locales no necesarios: las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio, las comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios, las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios.

Es en esta segunda categoría de entes locales donde pudieran tener razón de ser los consorcios, cuya existencia no está cubierta por la Constitución y no gozan de la cobertura de la garantía constitucional de su autonomía local; su creación se encuentra por lo tanto a disposición de la legislación autonómica.

II. La segunda conclusión que se deriva de la STS, de 30 de abril, de 1999, es que serán las «circunstancias concurrentes» en el consorcio las que deberán determinar si el consorcio constituido es o no local.

En definitiva, la doctrina contribuyó a sintetizar que pueden considerarse determinantes a la hora de atribuir al consorcio la naturaleza de ente local, entre otros, los siguientes criterios (16):

- No cabe duda alguna cuando todos los miembros del consorcio sean entidades locales (17).
- También podemos considerar el carácter local del consorcio cuando el mismo se haya creado para prestar alguno de los servicios o competencias atribuidas a las entidades locales en virtud de los arts. 25 y 26 de la LRBRL.
- Una postura ecléctica es la que adopta SOSA WAGNER, que distingue entre los consorcios constituidos por administraciones locales para la instalación o gestión de servicios de interés local, y los constituidos entre una o varias Administraciones Locales y las Administraciones del Estado y las Comunidades Autónomas que gestionen

(16) APARISI APARISI, M. C., «Los consorcios locales tras la LRSAL y la determinación de sus regímenes financiero y contable», en *El derecho*. Web: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Consorcios-locales-regulacion-regimenes-financiero-LRSAL_11_1026430001.html

(17) Debe aquí destacarse la heterogeneidad en la composición del consorcio como característica que la deferencia de las Mancomunidades. Así lo ha puesto de manifiesto tanto la doctrina. Por todos, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, F., «Mancomunidades e Consorcios», en *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 34, enero-abril de 2005, págs. 205 y 206. Según él la naturaleza local del ente tampoco quebraría en aquellos consorcios creados con el único fin de gestionar servicios de competencia exclusiva local, por el hecho de integrarse en el mismo una Administración de distinto nivel.

intereses que no son estrictamente locales. Sólo serían locales los primeros, y en ellos la utilización del ordenamiento local es plena y no parece que pueda ofrecer duda: Administraciones Locales se asocian para fines de interés común y producen una persona jurídica, que al no poder ser una simple forma de gestión (porque puede utilizar las formas de gestión) tiene que tratarse justamente de un ente al que es de aplicación el ordenamiento local (18).

- Que sean los estatutos del consorcio los que expresamente atribuyan al consorcio el carácter de ente local.
- Parte de la doctrina considera que el consorcio puede considerarse local cuando se configura expresamente como tal por el legislador autonómico (19).

A esta STS, de 30 de abril de 1999, siguieron otras en el mismo sentido (20), y las leyes de algunas Comunidades Autónomas fueron positivando los criterios marcados en ella en sus respectivas leyes sobre régimen local, determinando cuándo un consorcio debía considerarse entidad local, pero también en las leyes de su Administración propia, a fin de fijar cuándo un consorcio era parte del sector público de una determinada Comunidad Autónoma (21).

Por lo tanto, en conclusión, podemos decir que sobre consorcios teníamos tres tipos de legislaciones:

La estatal contenida en el art. 6 de la LRJPAC, la autonómica derivada de su potestad de autoorganización, y finalmente la relativa a los consorcios locales, que se contenía en los art. 57 y 87 de la LRBR, así como en alguna ley autonómica sobre régimen local, como en el caso de la ley andaluza de Autonomía Local.

En cualquier caso, la ubicación del consorcio en el sector público local tenía como consecuencia su sujeción a su ordenamiento jurídico a todos los efectos.

(18) SOSA WAGNER, F. «A vueltas con los consorcios», Web: <http://www.administracionpublica.com/a-vueltas-con-los-consorcios/> (última consulta 07/10/2017).

(19) En este sentido el art. 149.2 de la ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia define al consorcio expresamente como entidad local y permite la creación de consorcios creados solamente por municipios.

(20) Podemos citar aquí, por ejemplo, la STSJ de Valencia, de 30 de junio de 2008, la STSJ de Castilla y León de 2002, así como la STS, de 28 de noviembre de 2007, que determina el carácter de entidad local del Consorcio de Transportes de Bizkaia.

(21) Sirva la mención de la Ley 5/97, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia en sus art. 124 y ss. así como la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de Régimen Local de las Islas Baleares en su art. 2 así como la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Generalitat de Cataluña que, por primera vez, reconoce la posibilidad de constituir consorcios, en el ámbito autonómico, adelantándose incluso al legislador básico estatal.

3. La tercera etapa normativa

Puede identificarse con el inicio del siglo XXI hasta la actualidad.

La indefinición de los criterios a tener en cuenta para ubicar a un determinado consorcio en la esfera del ordenamiento jurídico local, autonómico, o estatal, provocaba gran inseguridad jurídica. Esto llevó a la doctrina a reivindicar la determinación de un régimen jurídico básico aplicable a todos los consorcios, máxime cuando se encontró con la necesidad, cada vez más urgente, de abordar el control económico presupuestario de estas entidades que habían proliferado sobre todo en el ámbito local pero también en el autonómico.

En este sentido, en un primer momento, el art. 2.1.h) y la disposición adicional decimotercera de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, establecieron el régimen presupuestario, económico-financiero de contabilidad y control de los consorcios aplicable a los consorcios estatales.

Pero la gran convulsión normativa en relación al régimen jurídico del consorcio es provocada en los años 2013, 2014 y 2015: Primero, por la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL, en adelante), posteriormente por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (LRSP, en adelante), y por último por la actual LRJSP.

La entrada en vigor de la LRSAL el 31 de diciembre de 2013, introduce modificaciones importantes en relación a los consorcios en una doble dirección: general y local. Por una parte, añade una nueva disposición adicional a la LRJPAC aplicable a todos los consorcios administrativos, y por otra parte, modifica la LRBRL, concretamente sus art. 57 y 87, y por lo tanto, introduce modificaciones específicas aplicables únicamente a los consorcios locales.

La Disposición Final segunda de la LRSAL, que introdujo una nueva disposición adicional vigésima a la LRJPAC, regula con carácter general la creación y obligación de adscripción, así como el régimen presupuestario y de personal de los consorcios administrativos. En coherencia con la pretensión de racionalizar el sector público local, introducir medidas de reducción de la dimensión del sector público local y su obsesión por controlar su actividad y racionalizar su organización, tal y como se desprende de su Preámbulo, dispone una expresa y clara obligación de adscripción del consorcio siempre a una única Administración, aún en el caso de que también formaran parte del mismo entidades privadas sin ánimo de lucro. Para ello, introduce hasta un total de ocho criterios de prioridad diferentes para que, en base a alguno de ellos, sean los Estatutos los que determinen la adscripción del consorcio a una única Administración.

Esta exhaustividad ha sido criticada por la doctrina porque conlleva una desagregación de criterios estrechamente relacionados entre sí, y que realmente, prescindiendo de la literalidad de la ley, se sintetizan en tres criterios de adscripción que son los siguientes: primero, el control mayoritario o efectivo de los órganos de gobierno del consorcio, segundo, la aportación económica mayoritaria al mismo y tercero, el mayor número de habitantes o extensión territorial (22). Parece por lo tanto que el debate sobre la naturaleza jurídica de ente local del consorcio se orilla y se centra en el alcance de la figura de la adscripción y sus consecuencias.

La adscripción a una u otra Administración Pública, más que por su calificación de ente local o no, es una cuestión de especial relevancia por cuanto la adscripción del consorcio al sector público de que se trate será determinante del régimen jurídico de aplicación a éste. Por tanto, su funcionamiento, el control económico financiero, las reglas que rijan su actividad, etc... van a venir determinadas por este aspecto esencial de su adscripción al «ente dominante».

Sin embargo, los problemas e incertidumbres siguen dándose, porque si bien del apartado 4 de la DA 20 de la LRJPAC se deduce en su literalidad que la adscripción supone la sujeción sólo al «régimen de presupuestación, contabilidad y control» de la Administración a la que se adscribe, la doctrina advierte dos tesis interpretativas, pues cabría interpretar una remisión en bloque a todo el régimen jurídico de la Administración de adscripción (23).

En lo que la doctrina más cualificada sí coincide, es en señalar que con la obligación de adscripción se acentúa la naturaleza de ente instrumental del consorcio en detrimento de su naturaleza de ente local, porque no de otra manera pueden entenderse las limitaciones en la creación de consorcios, así como la prohibición de tener personal propio sino solamente el reasignado y proveniente de las Administraciones que conforman el consorcio (24). El último pronunciamiento del TC, en relación al régimen jurídico de los consorcios y emitido con ocasión del enjuiciamiento de la LR-SAL, avala también esta interpretación (25).

(22) CASTILLO BLANCO, F. A., «La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre su régimen jurídico de su personal (1)», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo- diciembre 2014, pág. 897.

(23) Así lo pone de manifiesto expresamente TOSCANO GIL, F., «El consorcio administrativo en la encrucijada», en *REALA, Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, núm. 3, 2015. Web: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=10239&path%5B%5D=10728> (Última visita 07/10/2017).

(24) Por todos, JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «¿Réquiem por los consorcios? Notas sobre el nuevo régimen jurídico de los consorcios tras la LRSAL», blog de 7 de junio de 2014, Web: www.estudiconsultoria.com (Última consulta 10/7/2014).

(25) FJ 7 de la STC 93/2017, de 6 de julio. Recurso de Inconstitucionalidad 2006-2014, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña. El TC, con ocasión del enjuiciamiento de la LRSAL se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de esta DA 20.^a de la LRJPAC,

En una segunda dirección, recordemos que la LRSAL opera una modificación en la LRBRL, y en lo que nos ocupa ahora modifica su art. 57, configurando el consorcio local como instrumento de cooperación subsidiario, lo cual ha llevado a la persistencia crítica de una dualidad de regímenes jurídicos en relación al consorcio según sea éste local o no, porque además en este momento permanecía vigente el art. 87 de la LRBRL.

En este sentido se imponen limitaciones a la creación de nuevos consorcios además de otras limitaciones contenidas en las DDAA 9.^a, 13.^a Y 14.^a de la LRSAL, como medidas de redimensionamiento dentro del sector público local. Se prohíbe a las entidades instrumentales del sector público local, como son los consorcios locales, integrarse en otras entidades, incluyendo asimismo la prohibición de participar en otros consorcios. Se imponen además, limitaciones al número máximo de miembros de los órganos de gobierno del consorcio y a la existencia y retribuciones del personal directivo, medidas que suponen, en todo caso limitación de la autonomía y discrecionalidad de las Administraciones Públicas para decidir, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, la forma de cooperación, viéndose ahora obligadas a motivar si en lugar de elegir un convenio deciden constituir un consorcio, con todas las limitaciones que además exige la nueva legislación.

El art. 57, en su dimensión de instrumento de cooperación, impone restricciones de futuro para la constitución de nuevos consorcios, porque solamente podrán constituirse cuando la misma finalidad pretendida no pueda alcanzarse mediante un convenio y siempre que, en términos de eficacia económica, la utilización de consorcio permita una asignación más eficiente de los recursos económicos. Además se exige que deberán mejorar la eficiencia en la gestión pública, eliminar duplicidades adminis-

desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el mismo y señala que la finalidad uniformadora de la obligación de adscripción pretende dar cumplimiento a los principios de seguridad jurídica y responsabilidad de los poderes públicos, en conexión con los principios de legalidad y control del gasto público. Es decir, esta obligación genérica de adscripción trata de superar la dificultad de exigir responsabilidades públicas a las Administraciones que operan a través de instrumentos de Administración «mixta». Y en relación a la fijación de los criterios para determinar la Administración a la que deben adscribirse los consorcios puntualiza que no supone una invasión de las competencias de la CA (la Generalitat en este caso) en materia de autoorganización en virtud de que: «no establece por sí un concreto régimen sobre presupuestos, contabilidad, control y personal que pudiera llegar a invadir las competencias de las Comunidades Autónomas respecto de la organización de sus servicios. Se limita a indicar que a esas cuestiones resultará aplicable el régimen jurídico del nivel correspondiente a la Administración de adscripción. Consecuentemente, si la Administración de adscripción es autonómica, la legislación aplicable será la de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de que pueda serlo también la básica o general dictada por el Estado para el conjunto de las Administraciones públicas». *BOE*, núm. 191, de 11 de agosto, págs. 81225-81230. Web: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/08/11/pdfs/BOE-A-2017-9652.pdf> (Última consulta 02/03/2018).

trativas y cumplir con la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (26).

En términos contundentes CASTILLO BLANCO denuncia que esta previsión precisamente se inclina por configurar dos tipos de regímenes jurídicos para la institución consorcial: los participados por entes locales con clara desconfianza y los que no lo sean. Además, denuncia la mutación jurídica del consorcio en el ámbito local, pues ahora, junto a ser un instrumento de cooperación lo puede ser de coordinación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 26.2 de la LRBR.

Lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha avalado esta previsión del art. 57 de la LRBR desde la primera de las numerosas sentencias recaídas sobre la LRSAL, argumentando que el art. 149.1.18 puede dar cobertura a una legislación básica estatal que incida sobre los entes locales con autonomía constitucionalmente garantizada, que proyecte los principios de eficacia, eficiencia y estabilidad presupuestaria sobre el régimen local, o que articule una ordenación básica de las relaciones interadministrativas de cooperación, señalando expresamente que los consorcios no son ajenos a ninguno de estos aspectos, y que el carácter bifronte del régimen local permite al Estado regular fórmulas cooperativas, por cuanto que el nivel local forma parte de la organización territorial del Estado.

La jurisprudencia aludida señala además que la preferencia asignada a la fórmula convencional en detrimento de la consorcial puede discutirse políticamente, pero constituye una directriz directamente encaminada a desarrollar una política de contención de personificaciones públicas que se sitúa dentro de los amplios márgenes de configuración legislativa que abre la Constitución, y amparan los apartados 14 y 18 del art. 149.1 CE (27).

En 2014, de forma provisoria, fue la LRSP la que introdujo modificaciones en el régimen jurídico de los consorcios en la línea iniciada por la LRSAL. Pretende establecer un régimen jurídico básico que discipline y facilite el derecho de separación de los miembros de consorcio, así como su disolución. Sin embargo, este cuerpo legal introduce también, como causa específica de separación para los consorcios locales, el ejercicio del derecho de separación de un municipio que deje de prestar un servicio que forme parte del objeto del consorcio, en clara alusión a las compe-

(26) Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. *BOE*, de 30 de abril, de 2012. Web: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/04/30/pdfs/BOE-A-2012-5730.pdf> (Última consulta 02/03/2018).

(27) Deben reseñarse los FFJJ 5 y 8 de la STC 41/2016, de 3 de marzo. *BOE*, núm. 85, de 8 de abril, págs. 25009-25010 y 25020. Web: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/04/08/pdfs/BOE-A-2016-3407.pdf> (Última consulta 02/03/2018).

tencias del art. 7.4 de la LRBRLL o de aquellas que salen de la órbita municipal y pasan a la autonómica, según la dicción del art. 25.2 de la LRBRLL.

En este aspecto, el debate sobre la naturaleza de ente local de los consorcios locales parece desvanecerse, sobre todo porque la regulación básica es uniformadora para todos los consorcios, pero no se entiende muy bien que la Ley 40/2015 no derogue expresamente la normativa introducida por la LRSAL, queriendo mantener la compleja dualidad de regímenes jurídicos.

Por último, a nivel estatal, en 2015, se aprueba la actual LRJSP, que, en sus art. 118 a 127, regula específicamente el régimen jurídico de los consorcios con carácter básico.

Siguiendo a TOSCANO GIL compartimos que esta ley encuentra su fundamento constitucional en el art. 149.1.18, bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, si bien en conexión con el art. 135 de la Constitución, y esto a pesar de que el propósito expansivo del Estado recurre a los arts. 149.1.13 y 149.1.14 de la CE para otorgar título habilitante a esta regulación (28). En este sentido, el régimen jurídico de los consorcios contenido en esta ley tiene carácter básico, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 de su disposición final decimocuarta, salvo en lo relativo a la creación en los que participe la Administración General del Estado ex art. 123.2 y a sus propias excepciones nominativas.

Esta norma básica viene a realizar mayormente una tarea de recopilación y refundición de la regulación de estas entidades introduciendo pocas innovaciones, y da así satisfacción a las reivindicaciones de gran parte de la doctrina administrativista (29). Como novedad reseñable el art. 118.1 introduce la posibilidad de que puedan formar parte del consorcio entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, en cuyo caso el consorcio no tendrá ánimo de lucro y deberá adscribirse a la Administración Pública que resulte de acuerdo a los criterios legales establecidos.

Lo que aquí importa es el sorprendente orden de prelación de fuentes que recoge la literalidad del art. 119, apartado 1 y 2, estableciendo el ca-

(28) TOSCANO GIL, F., «Otra vez los consorcios administrativos: novedades introducidas por la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105, Mayo-Agosto 2016, pág. 476.

(29) Así lo reivindica, por ejemplo CASTILLO BLANCO, F. A., en «La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en los instrumentos de cooperación del Estado Autonómico: especial referencia a los consorcios públicos», cuando señala que los consorcios han debido de desarrollar sus funciones en medio de un notable vacío normativo que ha provocado que, tanto en su procedimiento de constitución, como en aspectos de la gestión ordinaria, particularmente en el ámbito del control presupuestario y de la gestión de personal, hayan surgido numerosos conflictos derivados de la indeterminación de su naturaleza jurídica y de la imprecisión de sus estatutos. Web: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507211> (Última consulta 20/09/2017).

rácter supletorio contenido en la legislación de régimen local y disponiendo que el régimen de fuentes será el siguiente: Lo dispuesto en la LRJSP, la normativa autonómica general y de régimen local, y, por último, lo dispuesto en sus Estatutos, *ex art.* 119. Lo más relevante es la declaración de supletoriedad de las normas previstas en la legislación local, según su art. 119.3. Más específicamente, las que se contienen en los art. 26, 57, DA 9.º y 12.ª de la LRBRL y en las DA 13.ª y 14.ª de la LRSAL.

Esta dicción ha removido cimientos jurídicos que parecían pacíficos en la doctrina académica, pues ocurre el caso insólito y novedoso en nuestro derecho, cual es el que se generan normas básicas de diferente prelación en rango legal, tal y como ávidamente ha puesto de relieve GARCÍA RUBIO (30).

Este esquema de integración normativa ha sido duramente criticado. Entre otros, el profesor JIMÉNEZ ASENSIO alude al incomprensible recurso a la supletoriedad, que es propia de la dialéctica integradora entre diferentes ordenamientos jurídicos, pero no aludible como método de relación e integración dentro de un mismo sistema jurídico, como lo es el estatal, en un supuesto en el que, en base al principio de temporalidad y/o especialidad la legislación ulterior no ha derogado expresamente preceptos, también básicos, de la materia «bases del régimen local» contenidas en la LRBRL y en la LRSAL (31).

La LRJSP sólo deroga expresamente el art. 87 de la LRBRL, no los demás preceptos, ni de la LRBRL ni de la LRSAL. Si entre la LRJSP, la LRBRL y la LRSAL no hay jerarquía y ostentan la misma posición ordinal, no se entiende la solución aportada por el art. 119.3, máxime cuando, como señala VELASCO CABALLERO, es difícilmente asumible que siendo la LRJSP fruto de la misma iniciativa política que dio lugar a la compleja LRSAL pretenda su derogación (32).

Por otro lado, la novedosa posibilidad introducida por la ley, sin ningún tipo de criterio, de que participen entidades privadas con ánimo de lucro casa poco, según GARCÍA RUBIO, con el mantenimiento de su naturaleza administrativa, porque el interés general del art. 103 de la Constitución es escasamente compatible con los legítimos intereses particulares

(30) GARCÍA RUBIO, F., «Los consorcios locales en el proyecto de ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Reflexiones necesarias», en *Documentación Administrativa. Nueva época*, núm. 2, enero-diciembre, 2015. Web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=193103> (Última consulta 23/10/2017).

(31) JIMÉNEZ ASENSIO, R., «El sector Público Local tras la Ley 40/2015: retos inmediatos y cuestiones abiertas(1)», *blog: LA MIRADA INSTITUCIONAL*, de 22 de septiembre de 2016. Web: <https://rafaeljimenezasensio.com/2016/09/> (Última consulta 28/12/2016).

(32) VELASCO CABALLERO, F., «Los convenios locales en la nueva ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público». *Instituto de derecho Local. UAM blog*. 13 de noviembre de 2015. Web: <http://www.idluam.org/blog/?p=363> (Última visita 07/10/2017).

de las empresas que pudieran formar parte del consorcio, y podría también generar colisiones con otras instituciones como las empresas mixtas y los patrocinios (33).

En conclusión, el alcance de las últimas reformas operadas por el legislador básico estatal tampoco es muy clarificador, sino más bien al contrario, hace pervivir la gravosa regulación del consorcio local, y plantea como problema jurídico la relación entre la legislación básica general y la legislación básica específica sobre el consorcio adscrito a una entidad local.

Además es pacífico que la reciente normativa estatal provoca un incremento de la regulación del régimen jurídico del consorcio que deja menos sitio a la autorregulación por las entidades consorciadas mediante sus estatutos, y en la medida en que esta regulación opera a través de normas básicas, no sólo se deja menos espacio a los estatutos de las entidades consorciadas sino también a la regulación por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

Por otro lado, es evidente que en la regulación básica estatal ha pesado más la dimensión instrumental que la vertiente de técnica de cooperación interadministrativa del consorcio, y sin embargo, a pesar de todas las limitaciones y restricciones impuestas, parece que la potencialidad del consorcio adquiere más visibilidad en el mundo local a través del art. 26.2 de la LRBRL introducido por la LRSAL, porque prevé su utilización como fórmula de gestión compartida bajo la coordinación provincial en municipios de menos de 20.000 habitantes, provocando su perversa y paradójica mutación: de técnica de cooperación interadministrativa a técnica de coordinación para la gestión integrada de servicios municipales.

III. Los consorcios en la Ley 2/2006, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi

1. El contexto normativo previo a la LILE

Debido al entramado interinstitucional de Euskadi, el sistema de fuentes del derecho adquiere complejidad respecto del de régimen común. Esto es, porque aparecen como actores normativos de especial cualificación las instituciones forales de los Territorios Históricos (Juntas Generales y Diputaciones Forales), que tienen competencia sobre régimen local conjuntamente con el Parlamento Vasco.

(33) GARCÍA RUBIO, F., «Los consorcios locales en el proyecto...» *op. cit.*, pág. 17.

Tanto la Constitución como el Estatuto de Autonomía del País Vasco (34) (EAPV, en adelante), aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre de 1979, confieren competencias al Estado *ex art.* 149.1.18 y a la Comunidad Autónoma del País Vasco *ex art.* 148,1.1.^a y 2.^a sobre régimen local. En lo que aquí interesa, confiere al Estado competencia sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, mientras que dispone que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias sobre la organización de sus instituciones de autogobierno y sobre las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las corporaciones locales, y cuya transferencia se permita por la legislación sobre régimen local.

Con carácter particular para Euskadi, la DA 1.^a de la Constitución establece que ésta ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales y que la actualización general del régimen foral se lleva a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución.

Esta referencia, tal y como señala DEL GUAYO CASTIELLA, es imprescindible en materia de instituciones locales por cuanto la estructura del autogobierno vasco es tripartita: las instituciones comunes vascas, los territorios históricos y los municipios y demás entidades locales (35). Por su parte, el art. 10.4 del EAPV confiere competencia exclusiva a Euskadi sobre régimen local y su administración local, sin perjuicio de lo establecido en el art. 149.1.18 de la Constitución.

Además, su art. 3 dispone que cada uno de los Territorios Históricos (TTHH, en adelante) que integran el País Vasco puede, en el seno del mismo, conservar o en su caso restablecer y actualizar su organización e instituciones privativas de autogobierno. En igual sentido, el art. 39 de la LRBRL dispone que los TTHH conservan su régimen peculiar en el marco del EAPV, y su DA 2.^a dispone que los TTHH vascos organizan libremente sus propias instituciones, y amparan y garantizan las peculiaridades históricas de las entidades locales de sus territorios. De ahí la importancia de determinar la naturaleza jurídica de los consorcios como ente local, pues sobre su régimen jurídico tendrían competencia exclusiva los TTHH al amparo constitucional.

Los TTHH han dictado Normas Forales en desarrollo de la competencia exclusiva sobre demarcaciones municipales y supramunicipales que les otorga el art. 7.a) de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, que versa sobre

(34) *BOE*, núm. 306, de 22 de diciembre de 1979.

(35) DEL GUAYO CASTIELLA, I., «Formas de gestión de los servicios públicos locales en la Ley 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-II, enero-abril 2017, pág. 303.

las relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus Territorios Históricos (36).

Por otro lado, la LILE ha sido denominada por la doctrina más cualificada en la CAPV como ley que actualiza derechos históricos; concretamente actualiza el derecho histórico relativo al régimen jurídico del municipio foral (37). Debido a que el desarrollo del municipio en Euskadi ha estado intensamente ligada al de los TTHH se plantea en qué medida las diferencias recogidas en la LILE quedan amparadas por esos derechos históricos y avaladas por la DA1.^º de la Constitución, y también, por lo tanto, por la propia legislación básica estatal recogida en la LRRL, la LRSAL y actualmente en la LRJSP.

Lo cierto es que a la luz de las últimas modificaciones legislativas de ámbito estatal, abordadas en el epígrafe anterior, la polémica sobre la naturaleza jurídica de los consorcios locales cede en términos generales, pero reaparece en la CAPV en el momento en que, apenas transcurridos escasos seis meses desde la entrada en vigor de la LILE, entra en vigor la mentada LRJSP, con una clara tendencia preventiva a la creación de los consorcios, como hemos expuesto, configurándolos claramente como entidad instrumental que forma parte del sector público institucional, e instrumento de cooperación subsidiario a otras formas de cooperación interadministrativa.

Ya hemos constatado que LRSAL y LRJSP son fruto de una misma iniciativa política y que sólo se deroga expresamente el art. 87 de la LRRL.

Por otro lado, según VELASCO CABALLERO, cuando la LRJSP entra en conflicto con leyes locales autonómicas aprobadas para el desarrollo de la LRSAL, si bien en un primer momento podría pensarse que la LRJSP desplaza o deroga desde su entrada en vigor a estas leyes autonómicas, esto llevaría a concluir que las leyes autonómicas de desarrollo de la LRSAL habrán quedado derogadas a la entrada en vigor de la LRJSP. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las leyes autonómi-

(36) En Bizkaia se aprobó, en este sentido, la Norma Foral 3/95, de 30 de marzo, reguladora de las entidades de ámbito supramunicipal de Bizkaia. *BOB*, núm. 73, de 18 de abril de 1995, que dispone la obligatoriedad de inscripción de los consorcios en el Registro de entidades locales del Territorio Histórico de Bizkaia. Por su parte, en Gipuzkoa se aprobó la Norma Foral 6/2007, de 10 de abril, reguladora de las entidades de ámbito supramunicipal del Territorio Histórico de Gipuzkoa. *BOG*, núm. 78, de 23 de abril de 2007; en su art. 18.4 considera a los consorcios locales que prestan servicios locales entes locales cuyo régimen jurídico se rige por la ley de régimen local. En Álava, no hay Norma Foral específica que regula la figura del consorcio pero son varias las normas que se refieren a ellos; Norma Foral 4/1989, de 19 de julio, de las Haciendas Locales, la Norma Foral 4/2015, de 11 de febrero, de singularidad foral en la aplicación de las medidas de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local en el Territorio Histórico de Álava, así como el Decreto Foral 56/2015, de 3 de noviembre, que aprueba el marco regulatorio contable de sus entidades locales.

(37) LARRAZABAL BASÁÑEZ, S. «Zume hauekin...ekin lanari. Reflexiones sobre la génesis, naturaleza e inserción de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi en el peculiar sistema de fuentes del derecho Vasco», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-II, enero-abril 2017, pág. 43.

cas, en la medida que desarrollan normas básicas estatales (las de la LRSAL, por ejemplo), vinculan su eficacia a la propia existencia de las normas básicas de régimen local, entonces tampoco se pueden considerar derogadas las normas autonómicas de desarrollo de las leyes básicas estatales. Otra consideración llevaría al absurdo de considerar que la LRJSP deroga las normas secundarias sobre la materia (las autonómicas de desarrollo), pero no las normas en las que se apoyan las normas de desarrollo (las normas básicas estatales sobre régimen local) (38).

Realmente este galimatías jurídico al que evoca la mala praxis normativa estatal pone de relieve la inconveniencia de legislar a salto de mata, porque las consecuencias derivan en el conflicto normativo inevitable en un Estado multinivel ya suficientemente complejo.

2. Regulación de los consorcios en la LILE

La regulación del consorcio en la LILE es dispersa; el legislador no lo define, pero en un principio parece inferir su cabida entre los entes locales, y este hecho hace resurgir la vieja polémica sobre su naturaleza jurídica, y por tanto sobre qué régimen jurídico y en qué medida le es éste aplicable.

2.a). TRATAMIENTO DEL CONSORCIO EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LILE

El fundamento jurídico de la LILE viene claramente perfilado en su Exposición de Motivos (EM, en adelante). En este sentido se destacan, en primer término, el respeto al art. 39 de la LRBRL y su importante disposición adicional segunda (acerca del régimen foral vasco), que regulan notables especialidades del régimen municipal vasco, y que dan cobertura jurídica a la posibilidad, desarrollada en la LILE, de avanzar en la regulación de un modelo municipal propio, en coherencia con lo manifestado por el Tribunal Constitucional en materia de régimen local, especialmente en su Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, referida precisamente a la LRBRL y en particular en su fundamento jurídico 26, pues en ella el tribunal viene a reconocer que las especialidades del régimen local vasco entroncan directamente con el amparo y respeto de los derechos históricos vascos protegidos por la DA 1.^a de la Constitución y con su actualización, y llega a decir expresamente que «se comprende,

(38) VELASCO CABALLERO, F, «Los convenios locales en la nueva ley 40/2015,...», *op. cit.*, pág. 2.

de este modo, que esa garantía constitucional comporte un tratamiento normativo singular propio de ese régimen local, y ello aun frente a los poderes centrales del Estado».

De lo que tratamos es de delimitar hasta dónde llega o puede llegar este tratamiento singular propio del régimen local en lo que a consorcios se refiere, si alcanza a permitir la modulación de la mutación de la naturaleza jurídica de los consorcios denunciada por la doctrina, y en qué medida ello puede derivar en un desplazamiento de la legislación básica estatal.

La EM de la LILE contiene dos previsiones importantes:

La primera es, que partiendo del actual marco básico y de los márgenes de configuración que provee, su pretensión es la de articular un modelo integrado de gobiernos locales que se ensamble correctamente con los diferentes niveles territoriales de gobierno; es decir respeta literalmente el marco normativo institucional vigente.

La segunda, es el alejamiento de la interpretación que la reciente legislación básica estatal realiza del principio de autonomía local. Esta es una clara alusión al contenido de la LRSAL, pues la LRJSP, aunque ya aprobada cuando entró en vigor la LILE no había entrado en vigor todavía y, dadas las inestables circunstancias políticas que se vivían, tampoco se vislumbraba un futuro cierto a su entrada en vigor. Este es el motivo por el que se da la inclusión clara y expresa del consorcio como modo de gestión compartida preferente frente a otras fórmulas de agrupación municipal o gestión integrada, y esto implica que el modelo vasco de autogobierno local se asienta sobre la premisa de la preferencia de las entidades locales de base asociativa (esencialmente mancomunidades) y de los consorcios como medios instrumentales de prestación de servicios locales en aquellos casos en que, por razones de escala o por eficiencia, sea necesario desplazar esa prestación de los municipios a otras instancias(39).

La EM se dicta con vocación de respeto de la legislación básica del Estado, y no determina el carácter de ente local del consorcio, únicamente lo considera como vehículo institucional para el fomento de la prestación compartida de los servicios obligatorios. Pero vemos también que las pretensiones de la LILE, aun siendo legislación de desarrollo de la LRSAL, son distintas a las de ella, y este distanciamiento viene amparado por la legislación vigente dentro del marco constitucional actual.

(39) Expresamente la EM de la LILE, en su apartado V y al describir su noveno objetivo, dispone: «La Ley de Instituciones Locales de Euskadi, respetando las competencias propias de las instituciones forales, se inclina de forma decidida por impulsar las mancomunidades de municipio o, en su caso, los consorcios como vehículos institucionales que fomenten la esa prestación compartida de tales servicios obligatorios».

2.b). LA REGULACION DEL CONSORCIO EN EL ARTICULADO DE LA LILE

Podemos decir que la literalidad del articulado de la LILE da cobertura a la regulación de los consorcios en tres ubicaciones diferentes: En el Título I, el Título II y el Título VIII.

Dentro del Título I; «Objeto y Principios de la Ley», la dicción que el legislador otorga al art. 2 en sus párrafos 1 y 5 de la LILE es confusa en relación a la naturaleza jurídica del consorcio. Este artículo 2 se titula; Entidades locales: potestades y prestación de servicios y literalmente dispone:

«Tendrán la consideración de entidades locales, a efectos de lo previsto en esta ley:

a) El municipio

b) Los concejos y cualesquiera otras entidades locales territoriales de ámbito inferior al municipio, conforme a la normativa foral existente en cada territorio y lo dispuesto en la legislación básica de régimen local.

c) Las mancomunidades de municipio.

d) Las cuadrillas del Territorio Histórico de Álava.

e) Cualesquiera otras entidades que agrupen a varias entidades, bajo la denominación específica que corresponda, conforme a lo dispuesto en esta ley y demás normativa que sea de aplicación.(...)

Estas entidades locales tendrán personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines».(...)

Lógicamente el art. 2.1e) pudiera suscitar la duda de posibilitar que consorcios y áreas metropolitanas puedan tener la consideración de entes locales a los efectos de la LILE. La filosofía de la Ley se inclina por fórmulas voluntarias y no integradas de asociación, por lo tanto, el foco de atención se pone rápidamente en si los consorcios pudieran considerarse como ente local.

Asimismo el art. 2.5 dispone:

«A las entidades locales previstas en el apartado primero del presente artículo les corresponderán todas las potestades previstas en la legislación básica de régimen local, incluida la declaración de urgente ocupación de bienes y derechos en las expropiaciones por motivos urbanísticos así como la potestad expropiatoria, que ejercerán en su caso, sin perjuicio de lo establecido en las leyes y normas forales que les sean de aplicación.(...)

De lo transcrito se deduce que específicamente la literalidad de la LILE evita denominar a los consorcios como entes locales pero los caracteriza como tal, otorgándoles personificación pública y la atribución de potestades públicas. En todo caso, habría que señalar que no pueden ejercer la potestad expropiatoria, puesto que ésta corresponde a la Administración a la que se adscriben o, en su caso, a la Administración territorial competente (40).

Dentro del Título II; «El Municipio y las demás entidades locales vascas», el legislador menciona el consorcio, dentro del Capítulo I dedicado al Municipio. Concretamente en el artículo 10.3, y dispone que la potestad de autoorganización de los municipios se proyecta, asimismo, en el derecho a acordar fórmulas asociativas para la realización de obras o prestación de servicios públicos locales. En especial, la prestación de servicios por mancomunidades y consorcios salvaguarda expresamente, de acuerdo con lo previsto en la Carta Europea de la Autonomía Local, el principio de subsidiariedad y el de proximidad, así como el de autonomía local.

En este caso, el consorcio se vincula intensamente a la prestación de servicios locales como expresión idónea de la potestad de autoorganización del municipio vasco, en consonancia con la Carta Europea de la Autonomía Local.

Si abordamos por último el contenido del Título VIII; «Gestión de Servicios públicos locales», en su Capítulo II, titulado «entidades intermedias para la gestión de servicios públicos», vemos que es el lugar en el que la LILE regula más específicamente los consorcios.

Podemos decir que el artículo 101, en su párrafo primero, determina que los municipios podrán crear, modificar o suprimir entidades de base asociativa, al objeto de llevar a cabo una prestación conjunta o compartida de los servicios públicos municipales. Sin embargo, el párrafo tercero del mismo artículo dispone que los órganos forales de los territorios históricos podrán crear, modificar y suprimir dentro de su territorio, entidades de carácter supramunicipal que agrupen a varios municipios, de acuerdo con la legislación básica de régimen local o la normativa foral correspondiente, o en su caso, según lo previsto en la presente ley, haciendo alusión a comarcas, aunque no se mencionen expresamente.

El art. 102 de la LILE intitulado; «entidades locales de base asociativa» dispone, en su apartado primero, literalmente:

(40) ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., «La tipología de las entidades locales y las fórmulas institucionales de intermunicipalidad», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-II, enero-abril 2017, pág. 204.

«1.—Las mancomunidades de municipios y otras fórmulas asociativas de entidades locales podrán constituirse como fórmula adecuada para la gestión compartida de realización de obras y prestación de los servicios públicos derivados de los ámbitos materiales previstos en el art. 17 de la presente ley, y de los servicios que en todo caso deban prestar los municipios, así como cuando respecto de estos últimos sea necesario ofrecer por parte del municipio afectado una solución institucional que represente una mejora en los costos efectivos o en los estándares de calidad del servicio, de acuerdo con lo establecido en la presente ley y en lo que se determine en la normativa foral correspondiente».

Este precepto podría suscitar de nuevo la duda de si con estas «otras entidades locales de base asociativa» la LILE se refiere a los consorcios. La ley no lo concreta. Son los artículos 104 a 106 los que dedica expresa y específicamente a la regulación de los consorcios, y lo hace configurándolos expresamente como instrumentos de cooperación económica, técnica y administrativa para la prestación de servicios públicos locales. Asimismo hace posible su integración con otras Administraciones Públicas y entidades privadas sin ánimo de lucro que persiguen fines de interés público concurrentes con los de las administraciones públicas que constituyan esas entidades. Por lo tanto la LILE en ocasiones parece advertir la diferenciación entre entidades locales y consorcios, aunque tampoco lo hace de forma clara.

Además de lo anterior, la LILE delimita los consorcios como fórmulas preferentes para la gestión compartida de los servicios mínimos obligatorios municipales en aquellos casos en que sea necesario ofrecer por parte del municipio afectado una solución institucional que represente una mejora en los costes efectivos o en los estándares de calidad del servicio, es decir, cuando la Diputación Foral haya de actuar en ejercicio de sus facultades de coordinación.

La cuestión sobre la naturaleza jurídica del consorcio regulado en la LILE fue debatida en el seno de un grupo de trabajo constituido por EUDEL que contribuyó a la elaboración del documento denominado «Consideraciones Urgentes sobre algunos aspectos de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi». En dicho documento se analizan, entre otras cuestiones, las dificultades que entraña la literalidad de estos preceptos para la determinación del régimen jurídico aplicable a los consorcios locales vascos(41).

(41) El documento, en cuya reflexión y elaboración tuve oportunidad de participar, puede encontrarse en EUDEL. Web: http://www.eudel.eus/es/documentos/otros_documentos_0 (Última consulta 12/12/1016).

Por un lado, resulta obvio que la legislación básica del Estado, más aun a partir de la LRJSP, dota a los consorcios de un carácter de instrumental obvio al incluirlos expresamente en el sector público institucional, cerrando definitivamente la tendencia ya marcada por la LRSAL y la interpretación que de la misma realiza el TC.

En algunos casos la LILE es muy clara, previendo que los servicios públicos que no se puedan prestar directamente por el municipio lo sean por otras entidades locales de base asociativa (artículos 2.2, 2.3, 19, 93.3, etc.), pero en otros preceptos se admite explícitamente que sean asimismo consorcios los que puedan prestar tales servicios (artículos 10.3 y 104). La fórmula consorcial según la LILE es, por tanto, una modalidad organizativa idónea para prestar servicios públicos municipales en clara contravención a la literalidad de la LRSAL.

Como se concluyó en el grupo de trabajo de EUDEL, bajo esos presupuestos, cabría afirmar la existencia de dos interpretaciones:

La primera supondría que, tras ese marco normativo básico expuesto con detalle, los consorcios tienen efectivamente carácter instrumental y no son propiamente hablando entidades locales, con las consecuencias que ello conlleva desde algunos puntos de vista (adscripción a una administración local o foral matriz, no dispondrían de puestos reservados para funcionarios con habilitación de carácter nacional, no se inscribirían en el Registro de entidades locales, etc.). Esta tesis parece la más aceptable dentro del marco normativo citado, y ello implicaría que las previsiones recogidas en normativa foral que predicaran el carácter de entidad local de los consorcios se verían desplazadas por la normativa básica citada. En cualquier caso, ello no impediría que los consorcios siguieran siendo una forma de gestión de servicios públicos municipales y, además, según prevé la propia LILE, de carácter preferente.

La segunda lectura es que, con base en ese apartado e) del artículo 2.1 de la LILE, podría caracterizarse a los consorcios, cuando la normativa foral así lo previera, como entidades locales que tendrían esa finalidad de «agrupación pública» con el objeto de prestar servicios públicos. La normativa foral jugaría en este caso como una suerte de excepción a la normativa básica. Pero esta interpretación choca con el último inciso del enunciado que expresamente acota esa caracterización «a lo dispuesto en esta ley y demás normativa que sea de aplicación»; inciso final en el que cabe incluir a la legislación básica y también con la propia EM de la LILE que respeta la legislación básica estatal.

Además esta segunda interpretación es, a día de hoy, poco garantista, porque la consideración del consorcio como ente local en la Ley Foral 23/2014, de 2 de diciembre, del Parlamento de Navarra fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por el Estado, que determinaba que el consorcio debía de estar adscrito, en todo caso, a una Administración Pública

y por lo tanto ello era incompatible con su consideración de ente local. Finalmente, el Estado y la Comunidad Foral de Navarra llegaron a un acuerdo en la Junta de Cooperación, en virtud del cual Navarra se ha comprometido a modificar su legislación y adecuarla a la básica estatal. Y lo cierto es que, aunque el acuerdo sólo vincula a las partes, la interpretación del Estado no deja fisuras y es excluyente de la consideración del consorcio como ente local.

Siguiendo el discurso de MARTÍN MATEO podría plantearse la caracterización de ente local de aquellos consorcios locales que prestan servicios públicos locales y están integrados exclusivamente por Administraciones Públicas, así como la aplicación a ellos de una legislación especial, como es la local, y por lo tanto la emanada de los órganos forales en cumplimiento del marco normativo existente en la CAPV. No obstante esta interpretación es también forzada, pues ello dependería, en primer término, de la Administración a la que deba adscribirse el consorcio, y si en su caso resultase ser la local, en segundo término, dependería de la dimensión que pudiera otorgarse al régimen de adscripción.

IV. Conclusiones

PRIMERA: La evolución de la legislación básica estatal sobre el régimen jurídico del consorcio ha pasado de la desregulación total en el ámbito estatal al exceso de regulación con carácter básico, lo cual ha restringido tanto la capacidad de autorregulación de los propios consorcios a través de sus estatutos, como la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. Esta disminución de la capacidad normativa es especialmente singular en la Comunidad Autónoma del País Vasco porque, desde el momento en que difícilmente puede extraerse la naturaleza de ente local del consorcio, también los TTHH ceden su competencia a la *vis expansiva* de la legislación básica estatal y dejan de tener competencia exclusiva en la materia cuando el consorcio estuviera constituido por entidades pertenecientes a su Territorio Histórico.

SEGUNDA: A pesar de que la legislación básica estatal ha sido dictada al albur de la consecución de un régimen jurídico general aplicable a todos los consorcios, aun buscando la uniformidad, se sigue manteniendo una dualidad de regímenes sobre el consorcio; por un lado, el aplicable a los consorcios locales y por otro lado, el aplicable al resto de consorcios. Se evidencia una especial preocupación del legislador por diferenciar el consorcio local, negar su naturaleza de ente local y extraerla de la «materia» régimen local. Probablemente sea éste el motivo por el que no se

consigue toda la uniformidad pretendida, pero sí la centralización competencial en manos del Estado para su regulación.

TERCERA: La regulación de la LILE se ve afectada por la legislación básica estatal que ha entrado posteriormente en vigor, esto es la LRJSP. Es evidente que el legislador básico prima más el carácter instrumental del consorcio que su condición de instrumento de cooperación subsidiario, pero en el ámbito local, gracias a la pervivencia de la LRSAL, el consorcio se convierte en un instrumento idóneo para la coordinación de servicios municipales en municipios de menos de 20.000 habitantes, y por lo tanto se desnaturaliza porque pierde su componente de voluntariedad.

CUARTA: La LILE se resiste a la LRSAL, y configura un régimen de prestación de servicios públicos obligatorios singular para las entidades locales vascas de menos de 20.000 habitantes, en contraposición a la regulación aportada por la LRSAL. Este régimen especial potencia la figura del consorcio como fórmula preferente de prestación en los casos en que la Diputación Foral necesitara utilizar fórmulas de coordinación, de manera que la mutación de la naturaleza jurídica del consorcio en el ámbito local se modula en la CAPV, en la que la nota de asociacionismo voluntario de los municipios vascos es clave también para la prestación de servicios en los supuestos de prestación integrada de los mismos. Asociacionismo y voluntariedad; la libre decisión del Municipio sobre la manera de gestionar los servicios públicos locales está en el núcleo de la autonomía local configurada por el legislador vasco.

V. Bibliografía

- APARISI APARISI, M.^a Carmen, «Los consorcios locales tras la LRSAL y la determinación de sus regímenes financiero y contable», en *El derecho*. Web: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Consortios-locales-regulacion-regimenes-financiero-LRSAL_11_1026430001.html (Última consulta 25/09/2017).
- CASTILLO BLANCO, Federico A., «Los consorcios de entidades locales: análisis y valoración de la nueva legislación de régimen local», en *Revista de Administración Pública*, núm. 124, 1991, págs. 397-416.
- CASTILLO BLANCO, Federico A. «Los consorcios administrativos: especial referencia a los consorcios de entidades locales en la legislación andaluza», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 42, 2001, págs. 95-144.
- CASTILLO BLANCO, Federico A. «La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre su régimen jurídico de su

- personal (1)». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014, págs. 887-920.
- CASTILLO BLANCO, Federico A. «La disolución y liquidación de los consorcios administrativos». *REALA, Nueva Época. Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, núm. 7, mayo 2017, págs. 19-44.
- CASTILLO BLANCO, Federico A. «La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en los instrumentos de cooperación del Estado Autonómico: especial referencia a los consorcios públicos». Web: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507211> (Última consulta 20/09/2017).
- DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, «Formas de gestión de los servicios públicos locales en la Ley núm. 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-II, enero-abril 2017, págs. 301-347.
- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier, «La tipología de las entidades locales y las fórmulas institucionales de intermunicipalidad». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-II, enero-abril 2017, págs. 173-212.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. Javier. «Los consorcios del sector público autonómico. Un instrumento para la gestión conjunta de servicios públicos». *Dereito Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa*, 2001, págs. 95-143.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. Javier. «El desarrollo de la fórmula consorcial en el ámbito autonómico: de los consorcio locales a los consorcios autonómicos». *Dereito* Vol. 18, núm.1, 2009, págs. 5-32.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. Javier. «Los consorcios del sector público autonómico: naturaleza y características». *Revista de Estudios de la Administración Local y autonómica*, núm. 310, 2009, págs. 169-203. Web: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=issue&op=view&path%5B%5D=633> (Última consulta 07/10/2017).
- GALLARDO ROMERA, Elvira. «La nueva administración institucional en la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público». *Actualidad Administrativa*, núm. 10, Sección Actividad económica de la Administración. Ed. La ley, octubre 2016, pág. 10.
- GARCÍA RUBIO, Fernando, «Los consorcios locales en el proyecto de ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Reflexiones necesarias», en *Documentación Administrativa. Nueva época*, núm. 2, enero-diciembre, 2015. Web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=193103> (Última visita 23/10/2017).
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «¿Réquiem por los consorcios? Notas sobre el nuevo régimen jurídico de los consorcios tras la LRSAL, en *blog de 7 de junio de 2014*, Web: www.estudiconsultoria.com (Última consulta 10/7/2014).

- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «El sector Público Local tras la Ley 40/2015: retos inmediatos y cuestiones abiertas (1)», en *blog de 22 de septiembre de 2016*. Web: <https://rafaeljimenezasensio.com/2016/09/> (Última consulta 28/12/2016).
- LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago. «Zume hauekin...ekin lanari. Reflexiones sobre la génesis, naturaleza e inserción de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi en el peculiar sistema de fuentes del derecho Vasco», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-II, enero-abril 2017, págs. 21-55.
- MARTÍN MATEO, Ramón. «Los consorcios locales. Una institución en auge», en *Revista de Administración Pública*, núm. 129. Septiembre-diciembre 1992, págs. 7-18.
- MARTÍN MATEO, Ramón. «El consorcio como institución jurídica», en *Revista de Administración Pública*, núm. 61, 1970, págs. 9-42.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Faustino, «Mancomunidades e Consorcios», en *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 34, enero-abril de 2005, págs. 183-210.
- NIETO GARRIDO, Eva. «El consorcio como instrumento de cooperación administrativa», en *REALA, Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, núm. 270, 1996, págs. 327-361. Web: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=8916&path%5B%5D=8965> (Última consulta 07/10/2017).
- NIETO GARRIDO, Eva. *El consorcio administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- NIETO GARRIDO, Eva, «La naturaleza jurídica del consorcio administrativo a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999», en *REAL*, Revista de Estudios de la Administración Local, núm. 285, enero-abril de 2001, págs. 249-254.
- PARRA MUÑOZ, Juan Francisco, «A vueltas con la naturaleza jurídica del Consorcio», en *Actualidad Administrativa*, Sección Doctrina, Tomo 2. Ed: La Ley, 2001, págs. 799-826.
- PÉREZTORRENTE, José Antonio, «Los Consorcios», en *Revista catalana de dret Públic*, núm. 96, diciembre 1996, págs. 51-66.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios del Derecho Administrativo General*. Tomo I, 2.ª Ed., Iustel, Madrid 2009, págs. 527-528.
- STS 2955/1999, de 30 de abril. Web: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=3167380&links=%22MANUEL%20GODED%20MIRANDA%22&optimize=20030906&publicinterface=true> (Última consulta 23/10/2017).
- STC 41/2016, de 3 de marzo. *BOE*, núm. 85, de 8 de abril, págs. 25009-25010 y 25020. Web: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/04/08/pdfs/BOE-A-2016-3407.pdf> (Última consulta 02/03/2018).
- STC 93/2017, de 6 de julio. *BOE*, núm. 191, de 11 de agosto. Web: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/08/11/pdfs/BOE-A-2017-9652.pdf> (Última consulta 02/03/2018).

- SOSA WAGNER, Francisco. «A vueltas con los consorcios», Web: <http://www.administracionpublica.com/a-vueltas-con-los-consorcios/> (última consulta 07/10/2017).
- TOSCANO GIL, Francisco, «La nueva regulación del consorcio local en la ley de Autonomía Local de Andalucía», en *REALA, Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, núm. 313-314, mayo-diciembre 2010, págs. 105-123.
- TOSCANO GIL, Francisco, «La definición del consorcio local como entidad local en la legislación autonómica», en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 27, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre de 2011, págs. 36-47.
- TOSCANO GIL, Francisco, «La reforma del régimen legal de los consorcios administrativos: ¿modificación de sus notas características o mutación de su naturaleza jurídica?, en *Anuario de Gobierno Local*, núm. 1, 2014, págs. 75-103.
- TOSCANO GIL, Francisco, «El consorcio administrativo en la encrucijada», en *REALA, Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, núm. 3, 2015. Web: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=10239&path%5B%5D=10728> (Última consulta 07/10/2017).
- TOSCANO GIL, Francisco, «Otra vez los consorcios administrativos: novedades introducidas por la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105, Mayo-Agosto 2016, págs. 473-513.
- VELASCO CABALLERO, Francisco. «Los convenios locales en la nueva ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público». *Instituto de derecho Local*. UAM blog. 13 de noviembre de 2015. Web: <http://www.idluam.org/blog/?p=363> (Última consulta 07/10/2017).

Trabajo recibido el 9 de enero de 2018

Aceptado por el Consejo de Redacción el 16 de febrero de 2018

LABURPENA: Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legeak ez du zehaztasunez erregulatzen partzuergoen irudiaren izaera juridikoa, eta, bestetik, lege hori indarrean jartzeak baliogabetu egin du oinarrizko legegileak Sektorre Publikoaren Araubide Juridikoari buruzko urriaren 1eko 40/2015 Legeari eman zion *vacatio legis*-a. Bada, bi egitate horiek ziurgabetasuna eragin dute azken lege horrek Euskal Autonomia Erkidegoko legearen gainean dituen ondorioen inguruan. Euskadiko tokiko partzuergoen gaur egungo izaera juridikoari hurbilpena egin nahi dio ikerketa honek, Estatuko oinarrizko araudiaren bilakaeraren ikuspegitik, eta partzuergoen eraketak dituen berezitasunak mugatzen lagundu nahi du.

GAKO HITZAK: Tokiko partzuergoak. Erakundeen sektore publikoa. Euskadiko Toki Erakundeei buruzko Legea.

RESUMEN: La indefinición con la que la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, regula la naturaleza jurídica de la figura de los consorcios, unido al hecho de que tras su entrada en vigor concluyera la *vacatio legis* que el legislador básico otorgó a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha propiciado incertidumbre sobre los efectos de esta ley sobre la vasca. Este estudio tiene la pretensión de acercarse a la naturaleza jurídica actual de los consorcios locales vascos desde la perspectiva de la evolución normativa básica estatal y contribuir a delimitar las particularidades de su configuración.

PALABRAS CLAVE: Consorcio local. Sector público institucional. Ley de Instituciones Locales de Euskadi.

ABSTRACT: The lack of definition that Act 2/2016 of April 7th, of Local Entities of Euskadi uses to regulate the legal nature of the institution of consortiums, together with the fact that its entry into force exhausted the *vacatio legis* granted by the basic legislator to Act 40/2015 of October 1st of the Legal Regime of the Public Service has resulted in uncertainty about the effects of that Act upon the Basque one. This study attempts to approach to the current legal nature of Basque local consortiums from the perspective of the State basic normative evolution and to contribute to pinpoint the particularities of their set up.

KEYWORDS: Local consortium. Institutional Public Sector. Act of Local Entities of Euskadi.

Estudio relativo a los principios de la potestad sancionadora y a la tramitación del nuevo procedimiento sancionador común, a la vista de su regulación en las leyes 39/2015 y 40/2015 y de la jurisprudencia reciente

Sonia Gavieiro González

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.10>

Sumario: I. Introducción.—II. Análisis de los principios de la potestad sancionadora, a la luz de las Leyes 39/2015 y 40/2015, así como de la jurisprudencia reciente: 1. El principio de legalidad y sus relaciones con el principio de irretroactividad y tipicidad. 2. El principio de responsabilidad en el procedimiento administrativo sancionador. 3. La proporcionalidad y su relación con otros principios de la potestad sancionadora. 4. La prescripción: ¿otro principio de la potestad sancionadora?—III. Estudio detallado de la tramitación del procedimiento sancionador administrativo común, atendiendo a las Leyes 39 y 40/2015 y a la jurisprudencia reciente: 1. Algunas cuestiones previas a la incoación de un procedimiento sancionador administrativo. 2. Principales aspectos en relación con la incoación del procedimiento administrativo sancionador: el «arrepentimiento», medidas provisionales y diversas cuestiones en relación con el acuerdo de inicio. 3. La ordenación e instrucción: distinción de funciones, la prueba, la propuesta de resolución y posibilidad de archivo del procedimiento administrativo común. 4. Principales aspectos durante la fase de finalización del procedimiento sancionador. 5. La tramitación simplificada en el procedimiento administrativo sancionador común. 6. Posibilidad de interponer recurso frente a la resolución finalizadora de un procedimiento sancionador administrativo.—IV. Conclusiones.

I. Introducción

El 2 de octubre de 2016 entraron en vigor la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). En lo que respecta a la materia sancio-

nadora (procedimiento, principios,...), desde entonces se aplican ambas normas: la primera de ellas, en relación con el procedimiento por aquello de centrarse en la relación de la Administración con la ciudadanía («ad extra») y la segunda, especialmente en lo que respecta a los principios a tener en cuenta, si bien debe destacarse que también se regulan cuestiones propias del procedimiento como es el caso de la abstención o recusación.

Estas dos normas procedimentales han conllevado no sólo la derogación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), sino también del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (REPEPOS). Por ello, la remisión que las normas sectoriales, estatales y autonómicas, realicen en materia sancionadora a ellas deberá entenderse realizada a las actuales LPACAP y a la LRJSP(1).

La aplicación de ambas leyes desde el 2 de octubre de 2016 por parte del personal de las Administraciones Públicas hace posible el análisis crítico que realizaremos en el presente artículo; es decir, no sólo buscaremos destacar novedades, sino también identificar cuestiones problemáticas que se hayan podido detectar durante este último año. A este respecto, la disposición final 17.^a de la LRJSP requiere dicha adaptación en el mismo plazo para las «normas estatales o autonómicas que sean incompatibles con lo previsto en esta Ley»; sería aplicable en el supuesto de alguna incompatibilidad con los principios del procedimiento sancionador o con el régimen de abstención/recusación. Sin embargo, el aplazamiento de la entrada en vigor por plazo de un año planteado por la disposición final 5.^a de la LPACAP(2) se refiere sólo a los procedimientos normativos y no a los sancionadores.

(1) Debe mencionarse en este punto la disposición adicional 1.^a, apartado 2, de la LPACAP, la cual se refiere a la aplicación supletoria de esta ley en los procedimientos sancionadores incoados en materia tributaria, aduanera, social, de tráfico, seguridad vial y extranjería. Para una mayor profundidad, PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, «El procedimiento administrativo poco común de la Ley 39/2015, de 1 de octubre», en *Actualidad Administrativa* núm. 1, 2017.

Debe apercibirse en este punto de que el Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido mediante sendas Providencias de 19 de julio de 2016 los recursos de inconstitucionalidad formulados contra el artículo 1.2 de la LPACAP por la Generalitat y por el Gobierno de Canarias.

(2) Debemos decir que diversos autores han dudado de la constitucionalidad de esta disposición final, atendiendo a la posible invasión de ámbitos de decisión autonómicos, y tomando como referencia el dictamen del Consejo de Estado n.º 275/2015, de 29 de abril de 2015, cuando se exige a toda norma su adaptación en el plazo de un año. Así, en CAMPOS ACUÑA, Concepción, *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. Wolters Kluwer. Las Rozas, 2017, pág. 900.

II. Análisis de los principios de la potestad sancionadora, a la luz de las Leyes 39/2015 y 40/2015, así como de la jurisprudencia reciente

Además de los principios generales (art. 3 LRJSP) y de los principios de intervención de las Administraciones (art. 4 LRJSP), cuando estemos ante un procedimiento sancionador administrativo, se respetarán específicamente aquellos reconocidos en el Capítulo III del Título Preliminar de la LRJSP. A su vez, en el supuesto de un procedimiento disciplinario, se cumplirán también los principios recogidos en el artículo 98.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (3) (eficacia, celeridad, economía procesal, pleno respeto a los derechos y garantías de defensa y debida separación entre la fase instructora y sancionadora).

Centrándonos en la potestad sancionadora común, es el Capítulo III del Título Preliminar de la citada LRJSP el que se refiere a sus principios. Asimismo, en el ámbito más concreto disciplinario, el artículo 94 del TREBEP recoge los mismos principios, con la especificidad de que entiende cumplido el de tipicidad si en el caso del personal laboral se reconoce esa falta en un convenio colectivo; no se califica la prescripción, ni la concurrencia de sanciones, recogidas en cambio en la LRJSP, como tales principios. Realicemos una breve referencia en este punto al artículo 25.3 de la LRJSP, que extiende la regulación de los principios de la potestad sancionadora del indicado Capítulo III a la potestad disciplinaria del personal al servicio de la Administración, «cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo» (4). A su vez, siguiendo las sentencias del Tribunal Constitucional n.º 18/1991, de 8 de junio, y 246/1991, de 19 de diciembre, los principios inspiradores del orden penal también son de aplicación al Derecho administrativo sancionador, si bien con ciertos matices, sólo en la medida en que sean compatibles con los procedimientos de naturaleza administrativa (5).

(3) En adelante, TREBEP.

(4) Atendiendo al tenor literal de dicho precepto («cualquiera que sea la naturaleza jurídica»), así como a la disposición final 17.ª de la LRJSP, consideramos no aplicable el artículo 1.2 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas (LPS) que excluye, incluso, la aplicación de los principios de la potestad sancionadora a la disciplinaria. A este respecto, el artículo 8 del TREBEP incluye funcionariado de carrera e interino, personal laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal, así como personal eventual, si bien existen dudas en relación con este último (de hecho, si contra el mismo cabe la sanción máxima que es el cese por parte de quien nombró a ese personal eventual, no tiene mucho sentido incoarle un procedimiento disciplinario).

(5) Para una mayor profundidad al respecto, recomendamos la lectura de PAREJO ALFONSO, Luciano, «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa», en *RGDA* núm. 36, 2014.

Ahora bien, en ningún caso se aplicarán estos principios (Cap. III del Título Preliminar de la LRJSP) a las personas relacionadas por la legislación de contratos del sector público (6) o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas. Entendemos que se buscan excluir las penalidades en materia de contratos por su naturaleza convencional (pues son penalidades aceptadas voluntariamente por quien sea contratista, atendiendo a los principios de riesgo y ventura que asume), así como los contratos excluidos de la propia normativa sectorial (como son los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, los cuales se regularán por la normativa patrimonial (7)). Centrándonos en el objeto del presente artículo, la LRJSP regula actualmente los principios de la potestad sancionadora de forma similar a la anterior normativa de procedimiento administrativo (arts. 127-133 de la LRJPAC).

1. El principio de legalidad y sus relaciones con el principio de irretroactividad y tipicidad

En primer lugar, el principio de legalidad es objeto actualmente del artículo 25 de la LRJSP. Más en detalle, esta manifestación del artículo 9.3 de la Constitución tiene dos exigencias: por un lado, la infracción y la sanción deben estar reconocidas por una norma con rango de ley (8) y, por otro, se debe seguir el procedimiento previsto en la normativa (9). Esto incluye, a su vez, un doble mandato: uno material y absoluto (por el cual debe respetarse la definición cierta de la infracción...) y otro formal (relativo al rango de las normas). No se excluye el desarrollo reglamentario,

(6) En este mismo sentido, el artículo 1.2 de la LPS.

(7) Así lo establece el artículo 4.1.p) 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 (hoy, art. 9 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

(8) Artículo 25.1 de la Constitución. Incluso, la disposición adicional segunda de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi habilita a las ordenanzas locales para sustituir las sanciones pecuniarias por «trabajos de valor equivalente para la comunidad local, incluidas asistencias a sesiones formativas o participación en actividades cívicas, y proporcionadas a la gravedad de la infracción, cuando así lo acuerde el órgano sancionador», siempre previo consentimiento de la persona afectada y salvo que la ley sectorial impusiera su carácter obligatorio.

(9) Así lo indican no sólo el artículo 25.1 de la LRJSP, sino también el 63.2 de la LPACAP e, incluso, el 98.1 del TREBEP para el procedimiento disciplinario, y el 149.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia local. Podemos relacionar dichos preceptos con el artículo 103.1 de la Constitución también, de acuerdo con el cual, la Administración Pública actuará con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

siempre que la ley fije los criterios mínimos de antijuridicidad que limiten las ordenanzas locales(10); así se salvaría la imposibilidad de aprobación de leyes por las Entidades Locales puesto que el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local (LRBRL) fijaría dicho umbral mínimo.

Además, el ejercicio de la potestad sancionadora le corresponde a los órganos administrativos (instructor y resolutorio) que la tengan expresamente atribuida por una disposición de rango legal o reglamentario(11). Por lo tanto, no puede ejercerse por entidades de carácter jurídico-privado. Se trata de una separación funcional. Recordemos brevemente que la separación orgánica requerida en el ámbito administrativo es menos *restrictiva* que en el penal, no suponiendo un obstáculo que el órgano instructor esté sometido jerárquicamente al órgano encargado de resolver el procedimiento administrativo(12).

Este primer principio tiene su complemento en el de irretroactividad(13), hoy regulado en el artículo 26 de la LRJSP y antes de forma similar, en el 128 de la LRJPAC, puesto que la predeterminación normativa de infracciones y sanciones tiene una relación directa con la prohibición general de la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras. En concreto, se aplicarán sólo las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa(14).

Como ya sabemos, la única excepción es la retroactividad *in bonus*, cuando se favorezca a la persona inculpada; la mejora técnica en este caso reside en concretar el alcance de ésta, es decir, será posible dicha retroactividad «tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición»(15). La jurisprudencia ha concretado el alcance del precepto citado, al establecer que la norma más favorable se aplicará «en bloque, no fragmentariamente», pues lo contrario supondría usurpar ta-

(10) En este sentido, podemos citar las sentencias del Tribunal Constitucional 132/2001, 16/2004 y 35/2004. A modo de ejemplo, las posibles infracciones en el caso de las Entidades Locales vienen *delimitadas* en los artículos 139 y 140 de la LRBRL; en este sentido, la «Guía Local», elaborada por la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, IVAP, 2016, pág. 372.

(11) Artículo 25.2 de la LRJSP.

(12) Destacamos en este punto el artículo 29.4 de la LPS, el cual acertadamente prevé que quien instruya «no tendrá ninguna dependencia funcional en lo referente al cumplimiento de su labor instructora y durante el tiempo que dure ésta».

(13) A este respecto, sentencias del Tribunal Constitucional n.º 196/1991, de 17 de octubre, y 95/1992, de 11 de junio.

(14) Artículo 26.1 de la LRJSP.

(15) Artículo 26.2 de la LRJSP.

reas legislativas que no corresponden a los órganos judiciales (16). Atendiendo a cierta jurisprudencia, el límite temporal lo encontramos en el momento de emitirse sentencia por parte del órgano judicial contencioso-administrativo (17).

Otro principio relacionado con el de legalidad es el de tipicidad, hoy regulado en el artículo 27 de la LRJSP de forma muy similar a la anterior (art. 129 LRJPAC); en cuanto a la normativa autonómica, citaremos el artículo 13 de la Ley 2/1998 de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas (LPS). Atendiendo al mismo, constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales por una ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la LRBRL. Las sanciones también estarán delimitadas por la ley (18). Anteriormente en este mismo apartado hemos tratado la doble garantía: la material (relativa al grado de certeza para definir las infracciones y sanciones) y la formal (en cuanto a exigir su tratamiento en una norma con rango de ley). Respecto a esta última, en el caso de las Entidades Locales se cita su tratamiento específico al posibilitárseles que realicen desarrollos reglamentarios que no contradigan leyes estatales o autonómicas (19). En cambio, se prohíben innovaciones mediante normas reglamentarias (20), de la misma forma que las calificadas como *remisiones en*

(16) Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en Auto n.º 471/1984, de 24 de julio, y en sentencia n.º 131/1986, de 29 de octubre, ambas resoluciones en su Fundamento de Derecho 2.º. Recomendamos también la lectura de las SSTC n.º 99/2000, de 10 de abril (especialmente, fundamentos jurídicos tercero a quinto) y 85/2006, de 27 de marzo (fundamento jurídico cuarto). En este punto indicaremos que sentencias como las SSTS de 26 de febrero de 1991 o de 5 de junio de 2007 consideran normas neutras las de carácter procedimental, tales como las relativas a los plazos de caducidad; lo contrario sucede respecto a la prescripción, atendiendo a las SSTS de 28 de enero de 2009 o de 16 de enero de 2003.

(17) En este sentido, SSTS de 24 de enero de 2006, recurso núm. 419/2002, y de 4 de noviembre de 2013, recurso núm. 251/2011. Incluso, sentencias como las de los Tribunales de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria y de Cataluña de 13 de octubre de 2010 y de 22 de diciembre de 2011, respectivamente, consideran aplicable la retroactividad *in bonus* cuando entra en vigor una norma durante el propio procedimiento judicial, lo cual no podemos evitar calificar como excesivo pues difícilmente el órgano administrativo podría aplicar esa nueva norma más favorable durante la tramitación de su procedimiento sancionador. En cualquier caso, para una mayor profundidad, GARCÍA URETA, Agustín, «Consideraciones sobre la incidencia de las Leyes 39 y 40/2015 en la Ley 2/1998, de la potestad sancionadora de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco», en *RVAP* núm. 107, 2017, págs. 145-146.

(18) Artículos 27.2 de la LRJSP y 14.1 de la LPS.

(19) STS de 10 de abril de 2014, recurso núm. 2094/2012.

(20) Atendiendo al tenor literal del artículo 27.3 de la LRJSP, las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones, para contribuir a la más correcta identificación o a la más precisa determinación de infracciones y/o sanciones, sin que dichas consideraciones puedan constituir «nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza límites de las que la Ley contempla».

blanco, atendiendo a la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio, en el sentido de no tolerarse «la renuncia de la ley a todo encuadramiento normativo de la potestad tributaria local» (21). En este punto el Tribunal Constitucional en sentencia n.º 127/1990, de 5 de julio, concreta los requisitos de dichas normas denominadas *en blanco*: la ley debe señalar la pena y el núcleo esencial de la prohibición, con certeza (22) y con posibilidad de conocimiento de la actuación castigada, con reenvío expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido.

Otra manifestación del principio de tipicidad, sin duda, la encontramos en el artículo 27.4 de la LRJSP, en virtud del cual, se prohíbe la analogía para crear infracciones administrativas y para definir sanciones. Como indica el Tribunal Constitucional en sentencia n.º 120/1996, de 8 de julio, la tipicidad, como complemento de la predeterminación normativa, impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarcan la norma sancionadora puesto que la tipicidad es un derecho instrumental a través del cual se consigue la plena de las garantías constitucionales (23). Ahora bien, no podemos negar que cierto sector doctrinal defiende cierta analogía cuando se introduzcan reglas más favorables (24); sería el caso de la regla del actual artículo 21.7 del Código Penal (cualquier otra circunstancia atenuante «de análoga significación que las anteriores»).

2. El principio de responsabilidad en el procedimiento administrativo sancionador

Por otra parte, el artículo 28 de la LRJSP regula el principio de responsabilidad, si bien quizás es uno de los preceptos que trataremos en este epígrafe que presentan mayores novedades respecto a la anterior regula-

(21) Fundamento jurídico 5.º.

(22) En sentido muy similar de exigir la mayor precisión posible..., se expresa el artículo 4 de la LPS.

(23) Dicha cualificación como derecho fundamental la realiza la STC n.º 7/1998, de 13 de enero. Una manifestación de la importancia de la exactitud en la infracción tipificada la encontramos respecto a la actual sustitución de la licencia de apertura de una actividad por una declaración responsable o comunicación, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2006/123CE. Reflexiona en este sentido ORDÓÑEZ SOLÍS, David, «Licencias, sanciones y tasas bajo sospecha: las ordenanzas municipales y la Directiva de servicios» en *El Consultor de los Ayuntamientos* núm. 6, 2011, pág. 8. También TÁBOAS BENTANACHS, Manuel, «La proyección de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en los ámbitos urbanístico y medioambiental» en *Cuadernos de Derecho Local* núm. 23, 2010, pág. 77.

(24) CAMPOS ACUÑA, Concepción, *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*. Wolters Kluwer. Las Rozas. 2017, pág. 155.

ción. Relacionando el 28.1 de la LRJSP con el artículo 103.1 de la Constitución, según la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2011 (25), hoy podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa, además de las personas físicas y jurídicas (26), los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, siempre que se les reconozca capacidad de obrar por parte de una ley (27); para dicha sanción, deberán ser responsables a título de dolo o de culpa. En primer lugar, respecto al anterior artículo 130.1 de la LRJPAC, podemos observar que se han ampliado los sujetos responsables. En relación con el título de responsabilidad, además, hemos hablado de dolo o culpa. No cabe la simple inobservancia ahora puesto que ya la STS de 21 de enero de 2011 la interpretó en el sentido de requerir que existiera culpa concretada «en la falta de diligencia observada por la entidad recurrente» (28); en ese sentido, por lo tanto, deberán interpretarse las normas sectoriales (es el caso de salud o tráfico) y el artículo 3 de la LPS que reconocían esta última.

Ninguna referencia consta a la acción u omisión, con lo que podemos interpretar que sería posible la comisión por falta de actuación. Tampoco se distingue sobre el grado de autoría en el artículo 28.1 de la LRJSP; podemos completarlo, por ello, con el 9 de la LPS, el cual considera responsables no sólo a las personas que realicen el hecho, «por sí solas, conjuntamente o por medio de otra de la que se sirvan como instrumento» (29),

(25) Recurso núm. 566/2009.

(26) Recordemos que, en casos de autoría de persona jurídica, el juicio de culpabilidad se realizará en cuanto a las personas físicas que hayan formado su voluntad en la concreta actuación u omisión a sancionar (art. 9.3 LPS). Para más profundidad DÍEZ SASTRE, Silvia, «Culpa vs. Ilegalidad. De nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo» en *REDA* núm. 153, 2012, págs. 63-88.

(27) En otro caso, si una norma con rango legal no les reconoce capacidad de obrar, se estará a una responsabilidad personal de quien se encuentre detrás de esa entidad sin personalidad jurídica, ...

(28) STS de 21 de enero de 2011, recurso núm. 598/2008, fundamento jurídico 5.º. En relación con la «simple inobservancia», recomendamos LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Ley de la Potestad Sancionadora. Comentario sistemático*. Lete. Bilbao. 2006. Págs. 392-403.

(29) Artículo 9.1 de la LPS. Debemos completar dicho precepto con el artículo 28.3 de la LRJSP, en virtud del cual, cuando varias personas conjuntamente realicen una infracción, éstas responderán de forma solidaria, con carácter general; de manera que la Administración podrá ir contra cualquiera de ellas o contra todas. Es el caso de dos empresas que han realizado la misma infracción y comparten sede social y director general, aunque no sean un grupo empresarial, según STS de 1 de abril de 2016, recurso núm. 3691/2013, que cita la sentencia del TJUE de 28 de junio de 2005, asunto C-189/02.

Ahora bien, como novedad reseñable de este último precepto, si la sanción es pecuniaria y es posible su individualización, hoy la resolución final fijará dicha responsabilidad individual en función del grado de participación. Reseñamos aquí la importancia del principio de proporcionalidad (STS de 1 de abril de 2016, citada) y de la motivación en caso de imposibilidad de individualización (respecto a la importancia de ambos, STS de 13 de febrero de 2017, recurso n.º 3676/2014, fundamento jurídico segundo, *in fine*).

sino también a quienes cooperen y a quienes incumplan el deber impuesto por una ley, salvo que no se pueda demostrar la existencia de infracción o la autoría material de la persona respecto de la que el deber de prevención se ha impuesto (30). Por supuesto, además, tal y como habilita el artículo 10 de la LPS antes mencionada, las normas sectoriales podrán definir las personas responsables atendiendo a la naturaleza y finalidad del régimen sancionador de que se trate; a modo de ejemplo, la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo de la Comunidad Autónoma Vasca se refiere en sus artículos 225 y siguientes a quienes sean promotores/as de una obra, al personal técnico que la dirija en el caso de obras ilegalizables realizadas sin autorización, ...

En cualquier caso, se echa de menos una regulación concreta ante infracciones cometidas por personas incapacitadas o menores de edad (31); ahora bien, el artículo 28.4 de la LRJSP habilita de forma novedosa a las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores para que tipifiquen como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas ante relaciones de dependencia o vinculación, incluyendo la posibilidad de que determinadas personas respondan del pago de sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas. La redacción nos genera posibles dudas puesto que no se especifica el tipo o grado de relación de afectividad requerida.

En todo caso, la Administración tiene la carga de la prueba y debe demostrar todos los elementos de hecho necesarios para poder imponer la sanción, siguiendo con el criterio del Tribunal Constitucional en sentencias de 11 de marzo de 1997 y de 22 de abril de 2004. En caso contrario, se estará a la presunción de no existencia de responsabilidad ad-

(30) Artículo 9.2 de la LPS; en similar sentido, la STS de 23 de febrero de 2011, recurso núm. 562/2008, que se refiere a autores/as, cómplices o encubridores/as de la acción u omisión. Atendiendo al artículo 5 de la misma LPS, no se sancionarán la conspiración, ni la proposición, provocación o la apología de la infracción. Lo contrario sobre inducción y encubrimiento viene establecido para el personal funcional y laboral por el artículo 93 del TREBEP. En este punto, recomendamos la reflexión realizada por REBOLLO PUIG, Manuel, «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes» en *RVAP* núm. Especial 99-100, 2014, págs. 2527-2546.

(31) Podemos alabar, en este punto, la claridad del artículo 6 de la LPS, al establecer una edad mínima de 14 años para responder administrativamente, en caso de falta de norma sectorial específica. Otras posibles excepciones fijadas en este último precepto son las previstas en el Código Penal (en concreto, el artículo 130 se refiere a la muerte, prescripción, cumplimiento de la sanción e indulto —las mismas causas de extinción de la responsabilidad disciplinaria vienen recogidas en el artículo 89.1 de la Ley 6/1989 de Función Pública Vasca—), además del error invencible sobre un elemento del tipo o sobre la ilicitud del hecho infractor y el error vencible cuando el dolo sea elemento integrante del tipo infractor aplicado. Únicamente citaremos en el presente trabajo que la posibilidad de indulto en estos casos viene regulada en los artículos 19 a 21 de la LPS.

ministrativa(32) ya que la jurisprudencia impide que se admita en este ámbito sancionador la responsabilidad objetiva(33). En otras palabras, sólo puede imponerse una sanción tras una previa actividad probatoria sobre la que el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad: probándolo y motivando los hechos constitutivos de la infracción, la participación en tales hechos, las circunstancias que constituyan criterio de graduación y la culpabilidad que justifica la imposición de la sanción. Por ello, debe destruirse la presunción de inocencia de la persona inculpada por medio de las pruebas que obren en el expediente administrativo(34). Son válidas al respecto tanto pruebas directas, como indirectas, siendo estas últimas aquellas que permiten de unos hechos probados directamente intuir que son ciertas también otras consecuencias con deducción lógica y precisa según las reglas del criterio humano(35).

Siguiendo los artículos 28.2 de la LRJSP y 12 de la LPS, se posibilita que las sanciones convivan con otras conductas negativas al prever que la responsabilidad administrativa por una infracción es compatible con la exigencia a la misma persona de la reposición de la situación alterada a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados. Esta última será determinada y exigida por el órgano a quien le corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora; de manera que, cuando no se le abone a la Administración en el plazo concedido al respecto según la cuantía requerida, ésta deberá seguir el procedimiento de apremio previsto en el artículo 101 de la LPACAP, tal y como analizaremos en el segundo epígrafe del presente artículo al tratar del artículo 90.4 de la LPACAP.

(32) Artículo 53.2.b) de la LRJSP.

(33) STS de 18 de septiembre de 2008 (recurso núm. 317/2004), en línea con la STS de 29 de marzo de 2004 (recurso núm. 2217/2002, fundamento jurídico 3.º) y con la STC 76/1990, de 26 de abril.

(34) STS de 21 de enero de 2011, antes citada. Asimismo, de acuerdo con la STS de 23 de febrero de 2011 también mencionada, debe probarse que esa persona es la autora, cómplice o encubridora de una acción u omisión que supone la conducta ilícita que le es imputable, sin que concurren circunstancias que alteren su capacidad de obrar, de manera que debe haber actuado con conciencia y voluntariedad, bien a título intencional, bien a título culposo. De hecho, se considera que existe voluntariedad en quien abre una actividad al público, sabiendo que no puede hacerlo sin su tramitación (STS de 30 de septiembre de 2011, también antedicha).

(35) A modo de ejemplo, podemos saber con certeza que un establecimiento está abierto un día concreto, también que no se ha presentado ante la Administración competente la comunicación previa que habilita para su apertura; de todo ello podemos deducir que abrió el establecimiento quien está trabajando ese día y es identificado/a en el acta de inspección.

3. La proporcionalidad y su relación con otros principios de la potestad sancionadora

Según jurisprudencia del Tribunal Supremo (36), es primordial respetar el principio de proporcionalidad en la imposición e individualización de la sanción. Éste, además, viene desarrollado hoy en el artículo 29 de la LRJSP, antes 131 LRJPAC. Comenzando por las novedades actuales, diremos que se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción; de manera que la graduación de la sanción considerará y justificará la existencia, en su caso, de los siguientes criterios (37): el grado de culpabilidad, intencionalidad (38), continuidad o persistencia en la conducta infractora (39), naturaleza de los perjuicios causados y/o reincidencia (40). De hecho, cuando se justifique la debida adecuación entre la sanción con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior; según jurisprudencia pacífica, la sanción pecuniaria debe ser adaptada a la gravedad del hecho por el que se acuerda su imposición (41). En estos supuestos de multas económicas, además, deberá preverse que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para la persona infractora que el cumpli-

(36) Así, STS de 1 de abril de 2016, ya mencionada; así como la de 25 de febrero de 2009, recurso núm. 232/2006, la cual requiere una ponderación individualizada de todas las sanciones a imponer.

(37) La STS de 30 de septiembre de 2011, citada anteriormente, considera cumplido el principio de proporcionalidad cuando se impone la sanción en su cuantía máxima tras haber justificado que concurren todos los criterios que seguidamente citamos y que indica el artículo 29.3 de la LRJSP.

(38) Dicha intencionalidad está en línea con la culpa o dolo como elemento fundamental del Derecho administrativo sancionador. De hecho, según reciente STS de 3 de abril de 2017, recurso núm. 3230/2014, en la intencionalidad encaja la actitud de persistencia en la infracción; sería el caso de la continuación de las emisiones contaminantes hasta la clausura administrativa forzosa de una actividad. Cierta sector doctrinal (CHAVES, ...) considera dicha intencionalidad un *prius*, mientras que califica de *posterius* la persistencia.

(39) La STS de 25 de febrero de 2009, recurso núm. 232/2006, ha considerado la existencia de continuidad ante un «conjunto de actuaciones que suponen una continuada actuación por parte de la empresa que en su conjunto acreditan el incumplimiento de las resoluciones adoptadas», justificándose por ello una sanción del 33% de la cuantía máxima posible.

(40) Se valora positivamente que se aclare con la LRJSP que estamos ante una reincidencia cuando se cometan en un año más de una infracción de la misma naturaleza, una vez declarada esa previa mediante resolución firme en vía administrativa; es decir, contra la que no quepa recurso administrativo. Esta definición de reincidencia proviene de jurisprudencia consolidada, tal como las SSTS de 24 de octubre de 2000, de 11 de marzo de 2003 o de 30 de septiembre de 2011. En concreto, atendiendo a esta primera resolución judicial citada, recurso núm. 4553/1996, si se recurre esa sanción en vía contenciosa y posteriormente se incurre en la misma infracción, se considerará la reincidencia en el siguiente procedimiento sancionador.

(41) Art. 29.4 de la LRJSP. Así se observa, en la reciente STS de 9 de marzo de 2017, recurso núm. 4115/2014; o, incluso, en sentencias del orden penal como la de la Audiencia Provincial de 5 de marzo de 2011, recurso núm. 8/2010.

miento de las normas, lo cual habilita para el decomiso siempre que habilite al respecto la normativa sectorial(42) (en otro caso, el beneficio obtenido con la infracción podrá tenerse en cuenta para la determinación de la sanción de multa u otras sustancialmente iguales(43)). Ahora bien, en ningún caso, podrán implicar las sanciones, directa o subsidiariamente, privación de libertad(44).

Otra de las novedades de este precepto (art. 29 LRJSP) se refiere a la definición de infracción continuada, elevando a rango legal la antes prevista en el artículo 4.6 del REPEPOS. En todo caso, dicho concepto ha sido desarrollado por la jurisprudencia(45), atendiendo a la cual, se entiende que se exige una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Matizaremos que el plazo de prescripción comienza a computar desde la última de esas infracciones continuadas, a pesar de que ciertas resoluciones judiciales anteriores concluyeran previamente que no prescribía ninguna hasta «en tanto no prescriba la más grave»(46).

Por su parte, en el artículo 29.5 de la LRJSP se eleva al rango legal la anterior regla del concurso medial (art. 4.4 REPEPOS). De acuerdo a la misma, cuando de la comisión de una infracción derive la comisión de otra u otras, se deberá imponer la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida; por lo tanto, consideramos que ya no se aplicará la norma del artículo 17.2 de la LPS, que preveía la imposición de «las sanciones menos graves de las establecidas para cada infracción»(47).

(42) Art. 29.2 de la LRJSP, en relación con el 11.3 de la LPS.

(43) Art. 14.9 de la LPS. A modo de ejemplo, en lo que respecta al concepto de «volumen de negocios» previsto en la normativa de defensa de la competencia, conviene la lectura de la STS de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, especialmente fundamentos jurídicos quinto a décimo.

En este punto cabe mencionar la STS de 25 de febrero de 2009 nuevamente, la cual concluye que lógicamente existe beneficio cuando se realiza la actividad clausurada «pues la empresa no se habría expuesto o arriesgado a desobedecer la orden de paralización que le había sido dirigida si no es porque consideraba el incumplimiento más beneficioso para sus intereses que el acatamiento».

(44) Art. 29.1 de la LRJSP.

(45) A modo de ejemplo, STS de 30 de septiembre de 2008, recurso núm. 2305/2007, a pesar de circunscribirse al ámbito penal. En sentido similar, tenemos también la STS de 2 de noviembre de 2015, recurso núm. 1523/2013, la cual, citando la STJUE de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland A/S, As. C-204/00, define una infracción continuada como «una serie de actos distintos separados pero que se suceden en el tiempo», en este caso, en materia de defensa de la competencia y «siempre que se inscriban en un plan conjunto debido a su objeto idéntico».

(46) STS de 3 de octubre de 2005, recurso núm. 1432/2002.

(47) Atendiendo a la derogación de toda norma contraria a la LRJSP, según la disposición derogatoria única de la propia LRJSP, y, especialmente, al apartado primero de la disposición final 14.^a de la LRJSP que define estas cuestiones de carácter básico.

Otra consecuencia distinta tendrá la comisión de dos infracciones con dos hechos distintos; en cuyo caso se impondrán todas las sanciones correspondientes a las diversas infracciones, de acuerdo con el artículo 17.1 de la misma LPS. También obtenemos otra consecuencia diferente ante un concurso de normas, cuyas reglas echamos de menos en la LRJSP; ante los hechos susceptibles con arreglo a dos o más preceptos tipificadores, se atenderá a las reglas descritas en el artículo 16 de la LPS citada, siempre que se cubra «la totalidad del significado antijurídico del hecho»: preferencia de la norma especial respecto a la general, precepto subsidiario a aplicar sólo en defecto del principal, artículo más amplio o complejo absorberá al resto y, finalmente, en defecto de todos los criterios anteriores, se estará a la norma que imponga la sanción más grave.

Por otra parte, el actual artículo 31 de la LRJSP regula la concurrencia de sanciones o, en otras palabras, el principio de *non bis in idem* (48); de manera 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 (49). Es la garantía material de este principio. Sin embargo, de este artículo 31.1 deducimos que hoy se ha suprimido la vertiente procedimental de este principio (50), en virtud del cual, se debería suspender *nuestro* procedimiento sancionador mientras se estuviera tramitando esa otra infracción. Ahora bien, cierto sector doctrinal considera aplicable a día de hoy la preferencia de un procedimiento penal con suspensión del sancionador administrativo, siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1999 (51). Una posible solución a esta problemática podría residir en notificar al Ministerio Fiscal cuando se estime que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, con carácter previo a incoar el procedimiento sancionador administrativo (lo cual se haría tras recibir la notificación correspondiente de dicho Ministerio Fiscal en sentido negativo).

Ahora bien, no podemos olvidar la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre. De conformidad con la misma, en el

(48) Para una mayor profundidad respecto a este principio, CUBERO MARCOS, José Ignacio, *El principio non bis in idem en la Ley vasca de la potestad sancionadora*, IVAP. Oñati, 2010.

(49) Esta identidad de fundamento viene definida en el artículo 18.2 de la LPS.

(50) Esta vertiente procedimental venía reconocida en el artículo 7, apartados 1 y 2, del REPEPOS, e, incluso, la encontramos a día de hoy en los artículos 25 a 27 de la LPS, además de en normas sectoriales como el artículo 94.3 del TREBEP o el 56 del Real Decreto Legislativo 7/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

(51) Así, en CAMPOS ACUÑA, Concepción, *Comentarios a la Ley 40/2015...*, *op. cit.*, pág. 173. Para un análisis más profundo respecto al Derecho penal y el sancionador administrativo, recomendamos ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el Derecho penal y Derecho administrativo sancionador» en *RAP* núm. 195, 2014, págs. 135-167.

supuesto de que se hubiera impuesto una sanción administrativa y con posterioridad se considerase la existencia de un delito penal, dicho Tribunal considera que no cabe incoar procedimiento penal puesto que «la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos» (52). De ello se concluye que «irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento» (53). Por su parte, concluyendo la inexistencia de vulneración del principio de *non bis idem*, recomendamos la lectura de la sentencia del mismo órgano 2/2003, de 16 de enero, la cual motiva dicha conclusión en que «no ha habido reiteración sancionadora (bis), ni tampoco la lesión del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento punitivo por los mismos hechos (art. 24.2 en relación con el art. 25.1 CE), ya que el procedimiento administrativo sustanciado no es equiparable a un proceso penal a los efectos de este derecho fundamental» (54).

Otra novedad respecto a este principio la encontramos en el artículo 31.2 de la LRJSP, en virtud del cual, de forma similar al artículo 26 de la LPS, cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, el órgano competente para resolver el procedimiento sancionador actual deberá tenerlo en cuenta a efectos de graduar la sanción que pudiera imponerse, todo ello aunque no concorra la identidad de sujeto y fundamento; incluso, podría llegar a minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción. No olvidemos, para finalizar con dicho principio, que el artículo 63.3 de la LPACAP limita la posibilidad de que estén pendientes varios procedimientos frente a la misma persona por el mismo tipo infractor, si bien dicho precepto será analizado en el siguiente epígrafe del presente artículo.

(52) FJ 3.º de la STC 177/1999 antes citada.

(53) FJ 4.º de la misma STC 177/1999.

(54) FJ 11.º de dicha STC 2/2003.

4. La prescripción: ¿otro principio de la potestad sancionadora?

Si bien no cabe considerar la prescripción como otro principio de la potestad sancionadora, ésta viene regulada en el mismo Capítulo III del Título Preliminar de la LRJSP (art. 30), en sentido similar a los anteriores artículos 132 de la LRJPAC y 7 del REPEPOS. La novedad la observamos en la forma de cómputo de la prescripción de infracciones respecto al procedimiento sancionador común: se mantiene el cómputo «desde el día en que la infracción se hubiera cometido» (55), siendo novedosa la previsión para el caso de las infracciones continuadas o permanentes, la cual proviene de la jurisprudencia (56). Se mantiene la interrupción de la prescripción con la iniciación de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, siempre que se realice con conocimiento de la persona interesada (57). Ahora bien, se reinicia el cómputo del plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable a quien sea presuntamente responsable; añade el artículo 22.3 de la LPS acertadamente que también se reiniciará dicho cómputo desde el día siguiente a aquél en que termine el procedimiento sin declaración de responsabilidad.

En cuanto al plazo de prescripción de las sanciones, se mantiene su cómputo desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone dicha sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla (58). Como sabemos, interrumpirá el cómputo de la prescripción la incoación del procedimiento de ejecución, siempre que se realice con conocimiento de la persona interesada nuevamente; reiniciándose el mismo si dicho procedimiento se paraliza durante más de un mes por causa no imputable al infractor (59). La regla novedosa en este caso la encontramos respecto al cómputo durante la sustanciación del recurso de

(55) Arts. 30.2 de la LRJSP. Por el contrario, el art. 22.2 de la LPS se refiere al día siguiente de la comisión.

(56) A modo de ejemplo, STS de 30 de septiembre de 2008, recurso núm. 2305/2007 (aunque sea del ámbito penal); o SAN de 6 de noviembre de 2009, recurso núm. 524/2007.

(57) Artículo 30.2 de la LRJSP y, en el mismo sentido, art. 97.2 del TREBEP. Deducimos del tenor literal del citado artículo 30.2 que un procedimiento iniciado sin conocimiento de la persona presuntamente responsable no interrumpe el plazo de prescripción de la infracción.

(58) Salvo esa última coetilla relativa a «haya transcurrido...», el artículo 22.4 de la LPS es del mismo tenor que el del artículo 30.3 de la LRJSP.

(59) Art. 30.3 de la LRJSP. En este punto, una pequeña *pista* práctica nos la facilita el artículo 22.5 de la LPS: la realización de cualquier actuación encaminada al logro de la finalidad del procedimiento de ejecución y razonablemente proporcional a dicha finalidad impedirá considerar paralizado el procedimiento, siempre que la indicada actuación se acuerde por el órgano competente y se encuentre debidamente documentada su realización.

alzada; de manera que en tal supuesto el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso; por lo tanto, se considera superada la jurisprudencia en función de la cual las sanciones recurridas en alzada no prescribían (60).

III. Estudio detallado de la tramitación del procedimiento sancionador administrativo común, atendiendo a las Leyes 39 y 40/2015 y a la jurisprudencia reciente

Analizaremos en este apartado los principales trámites del nuevo procedimiento sancionador común, para lo cual, no sólo acudiremos a la lectura de las actuales normas de procedimiento comparándolas con la anteriormente vigente LRJPAC, sino también a la jurisprudencia reciente. Como punto previo, atendiendo al artículo 1.2 de la LPACAP, debe tenerse en cuenta que una ley sectorial puede incluir «trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta ley», siempre que resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios de ese procedimiento y siempre de manera motivada (61). A su vez, este mismo precepto prevé que mediante una norma reglamentaria se establezcan otras especialidades relativas a órganos competentes, plazos, formas de iniciación y terminación o informes a recabar. Por tanto, atendiendo a estas dos opciones, no resulta difícil imaginar que se amplían las opciones de *desdibujar* el procedimiento administrativo común regulado en la LPACAP, si bien debe recordarse que en el caso de trámites adicionales a incluir por ley se exige que los mismos resulten eficaces, proporcionados y necesarios (bajo control del Tribunal Constitucional), así como la exigencia de que el reglamento se limite a los aspectos aquí indicados (especialidades en cuanto a plazos,...).

(60) Así, entre otras, la STS de 22 de septiembre de 2008, recurso núm. 69/2005, o la STS de 15 de febrero de 2013, recurso núm. 3378/2008, además de la STC n.º 37/2012, de 19 de marzo. De hecho, a día de hoy ya se ha dictado la primera sentencia que aplica este art. 30.3 de la LRJSP, en relación con el principio de retroactividad *in bonus*; es la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Ourense de 10 de marzo de 2017, que considera prescrita una sanción al haber transcurrido más de dos años hasta la resolución expresa del recurso de alzada interpuesto sin haberse ejecutado dicha sanción.

(61) En caso de optarse por esta opción, debemos recordar que este tipo de procedimientos regulados en leyes especiales por razón de la materia se registrarán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes sectoriales. Asimismo, las remisiones que estas normas sectoriales realicen a la normativa de procedimiento administrativo común antes vigente, se considerarán realizadas a las actuales LPACAP y LRJSP; de manera que estas últimas deberán cumplirse durante la tramitación de expedientes sancionadores en dichas materias (urbanístico, medioambiental, ...). Así, PENSADO SEIJAS, Alberto, «Estudio sobre las novedades de las Leyes 39/2015 y 40/2015 en el ámbito urbanístico», en *El consultor urbanístico* on line, 2016, pág. 7.

En cualquier caso, la tramitación del procedimiento es imprescindible puesto que el artículo 63.2 de la LPACAP prohíbe imponer una sanción sin la indicada tramitación. Por ello, puede decirse que este precepto busca dar cumplimiento a la exigencia del artículo 105.c) de la Constitución de que la ley regule el procedimiento para producir los actos administrativos, garantizando la audiencia a la persona interesada cuando proceda. Puede llamar la atención que el artículo 85 de la LPACAP permita luego prescindir del procedimiento cuando, una vez iniciado el mismo, la persona infractora reconozca su responsabilidad. Debemos concluir que en ese supuesto también existiría un procedimiento, el cual consistiría como mínimo en la fase de incoación con audiencia a la persona infractora y en la finalización aplicando directamente la sanción sin trámite adicional alguno, como veremos al tratar este último precepto.

1. Algunas cuestiones previas a la incoación de un procedimiento sancionador administrativo

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 55 de la LPACAP continúa la regulación del artículo 12.1 del REPEPOS, al prever la posibilidad de realizar actuaciones previas con anterioridad al inicio de un procedimiento sancionador. La finalidad de las mismas, según el apartado segundo de dicho precepto, será conocer, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar su incoación (si han tenido lugar hechos susceptibles de ser considerados infracción administrativa o no...), la identificación de quien/es pudiera/n resultar responsable/s y las circunstancias relevantes que pudieran concurrir (conociendo la gravedad de los daños para tipificar la infracción, en su caso,...). Un ejemplo clásico podemos encontrarlo en la necesaria inspección para comprobar los hechos y resto de aspectos indicados, tras la presentación de una denuncia por parte de una tercera persona. Ahora bien, estas actuaciones previas deben limitarse a apreciar preliminarmente los aspectos indicados con el fin de, «entre otras cosas, evitar la incoación de expedientes que a la postre se demuestren innecesarios, con la natural perturbación para el administrado» (62), todo ello en aras a evitar *pre-decidir* permitiendo a la instrucción realizar sus funciones.

(62) Así se expresa la sentencia de la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de marzo de 2014, además de la de la misma sala y órgano del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga de 31 de enero de 2014. A su vez, el Fundamento Jurídico 2.º de la primera resolución judicial citada requiere que se realicen actuaciones necesarias, no considerando como tales la obtención de documentación de la que esa Administración ya disponía.

Estas actuaciones previas, que tendrán valor probatorio (63) y por ello deberán figurar en el expediente como antecedentes (64), serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas las funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia concreta (extranjería,...). En defecto de ello, lo cual es muy habitual que suceda en Administraciones no ordenadas jerárquicamente como un Ayuntamiento, las realizarán quienes determine el órgano competente para iniciar o resolver el procedimiento sancionador ante el que nos encontramos.

En cuanto al elemento temporal, con carácter general no existe plazo mínimo ni máximo para efectuar dichas actuaciones (65); ahora bien, obviamente deben evitarse dilaciones injustificadas o una «prolongación artificial del plazo de resolución» en palabras del Tribunal Supremo en sentencia de 27 de febrero de 2003 (66), y adoptarse resolución expresa incoando el expediente sancionador u ordenando el archivo de las actuaciones (siguiendo las conclusiones emitidas en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 27 de febrero de 1999). A este respecto, debe tenerse en cuenta que las actuaciones previas no interrumpen el plazo de prescripción, atendiendo a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1993; si bien se han previsto excepciones en sentencias como la del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1996 al haberse realizado la actuación previa con conocimiento de la persona interesada (67). Incluso, en caso de una excesiva dilación, algún órgano judicial como la Audiencia Nacional en sentencias de 17 de octubre de 2007 o de 19 de noviembre de 2008 (68), han considerado caducado el procedimiento sancionador por considerarse que con ello se han utilizado las ac-

(63) STS de 6 de mayo de 2011, recurso núm. 607/2008.

(64) En este sentido, tenemos las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1973, 22 de febrero de 1985 o de 26 de mayo de 1987. Más en concreto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2015, en su Fundamento Jurídico 2.º, negaron que las diligencias previas sean actos de incoación «de oficio de los procedimientos administrativos en general»; es decir son antecedentes, pero no producen los efectos jurídicos materiales de un acuerdo de iniciación.

(65) En cualquier caso, la norma sectorial puede establecer algún plazo concreto al respecto. Así sucede con el artículo 24.5 de la Ley 28/205 para la defensa de la calidad alimentaria, el cual prevé la caducidad de la acción cuando transcurra más de un año sin incoar el procedimiento sancionador desde que la Administración conoció la existencia de la infracción y finalizó las diligencias para el esclarecimiento de los hechos; mencionemos que este precepto ha sido recurrido de inconstitucionalidad por la Generalitat y por el Gobierno vasco, si bien en este último caso se ha creado una Comisión Bilateral de Cooperación Administrativa para «resolver las discrepancias» (B.O.P.V. de 25 de noviembre de 2015).

(66) Recurso núm. 8747/1997.

(67) En el supuesto tratado en dicha resolución judicial se citó «a declarar al patrón del buque en ese caso concreto de infracción por pesca fuera de los caladeros nacionales» (STS de 26 de noviembre de 1996, Fundamento Jurídico 1.º).

(68) Recurso núm. 90/2008, Fundamento Jurídico 3.º.

tuaciones previas de forma fraudulenta con el fin de burlar el plazo de caducidad (69).

Por otra parte, el artículo 56.2 de la LPACAP también permite adoptar de forma motivada medidas provisionales antes de incoar el procedimiento; esta posibilidad venía reconocida con la anterior regulación del artículo 72 de la LRJPAC «en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley» (70). No se requiere audiencia previa para dicha adopción (71). En concreto, los requisitos para poder adoptarlas son que estemos ante un caso de urgencia inaplazable (72), que se busquen proteger provisionalmente los intereses implicados, que las medidas propuestas sean necesarias y proporcionadas, así como que no se causen perjuicios de imposible o difícil reparación a las personas interesadas ni supongan violación de derechos amparados por las leyes (73). En este punto, podemos citar algunos ejemplos de medidas cautelares descritos en el apartado tercero del mismo precepto, siempre en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (suspensión temporal de actividades,...).

Este tipo de medidas pueden ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de incoación del procedimiento (74); de manera que este último debe adoptarse en un plazo máximo de quince días hábiles (75) tras la adopción de las indicadas medidas. En este mismo sentido, entenderemos el artículo 64.2.e) de la LPACAP, que exige que el acuerdo de incoación del procedimiento se pronuncie sobre las medidas provisio-

(69) Así lo indican los Fundamentos Jurídicos 2.º y 7.º de la sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2007, en un supuesto en el que se mantuvo la solicitud de información abierta durante más de once meses sin realizar una actuación: «Nos hallamos ante un supuesto de Fraude de Ley, por cuanto se pretende burlar la aplicación del Art. 42.2 de la Ley 30/1992 usando la solicitud de información previa para, con ella, evitar la caducidad del expediente».

(70) Artículo 72.2 LRJPAC, según redacción tras Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC.

(71) MARINA JALVO, Belén, «Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», en *RVAP* núm. 109, 2017, págs. 173-174. Recomendamos, para una mayor profundidad, MESEGUER YEBRA, Joaquín, *Las medidas provisionales en vía administrativa*. Bosh. Barcelona, 2000, págs. 59 y ss.

(72) Cierta sector doctrinal concede especial relevancia a este calificativo de «inaplazable» requerido para la urgencia. Es el caso de MARINA JALVO, Belén, «Las medidas provisionales administrativas...», *op. cit.*, págs. 171-172.

(73) Nos referimos al artículo 56.4 de la LPACAP en el caso de este último requisito.

(74) El artículo 56.2 de la LPACAP establece la posibilidad de recurrir dicho acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, pudiendo introducirse en el mismo escrito argumentaciones relativas a las medidas provisionales adoptadas. Entendemos que el motivo reside en considerarlo un acto de trámite cualificado (art. 112.1 LPACAP).

(75) El motivo de considerarlos hábiles reside en el artículo 30.1 de la LPACAP.

nales. Al prever un plazo máximo de incoación del procedimiento sancionador, la LPACAP introduce una salvaguarda puesto que, si ese acuerdo no se adopta en el plazo indicado o si no se pronuncia en relación a las medidas provisionales adoptadas, éstas quedarán sin efecto y dejarán de utilizarse (por ejemplo, se devolverá la fianza solicitada, ...).

2. Principales aspectos en relación con la incoación del procedimiento administrativo sancionador: acuerdo de inicio, el «arrepentimiento», y diversas cuestiones en relación con el acuerdo de inicio

De conformidad con el artículo 63.1 de la LPACAP, los procedimientos de naturaleza sancionadora se inician siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, atribuyéndose la competencia por parte de las normas reguladoras del procedimiento correspondiente. En el caso de un Ayuntamiento de régimen común, se atendería a los artículos 21 y 22 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local (LR-BRL). Debe tenerse en cuenta que, si bien el acuerdo de incoación será del órgano competente para ello, puede haber cualquiera de las opciones de iniciación de oficio previstas en los artículos 58 a 62 de la LPACAP: por su propia iniciativa (art. 59 LPACAP), como consecuencia de una orden emitida por un órgano administrativo superior jerárquico suyo (art. 60 LPACAP (76)), petición razonada pero no vinculante formulada por cualquier órgano que no tenga competencia para su incoación (art. 61 LPACAP) o previa denuncia de cualquier persona (art. 62 LPACAP).

En este punto debe destacarse una de las novedades de la LPACAP: el *arrepentimiento*. De conformidad con el artículo 62.4 de la LPACAP, cuando quien presenta la denuncia haya participado en una infracción y existan otras personas infractoras, el órgano competente debe eximirle de la sanción que pudiera corresponderle siempre que aporte en primer lugar elementos de prueba que permitan incoar el procedimiento o comprobar la infracción, «siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado». Serán requisitos para ello el cese en la participación de la infracción y que no se hayan destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia.

(76) Este precepto en su apartado segundo recoge el contenido mínimo de dicha orden en el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora «en la medida de lo posible»: persona/s presuntamente responsable/s, conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación, lugar y fecha/s o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron. Este mismo contenido será, en su caso también, recogido en la petición de otro órgano administrativo (art. 61.3 LPACAP).

Estos dos últimos constituyen también presupuestos en casos de reducción de la sanción, pecuniaria o no, que pudiera imponérselo a la persona co-infractora arrepentida. El órgano administrativo resolverá reduciéndola, en lugar de eximiendo, cuando se aporten elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto a los que se disponga. La diferencia la encontramos en dicho adjetivo «significativo», en lugar del calificativo de «suficientes» utilizado para la exención según hemos descrito en el párrafo anterior (en el sentido de «elementos de prueba esenciales»). Atendiendo a dicha exención, cierto sector doctrinal los ha denominado «programas de clemencia», para criticarlos seguidamente en este ámbito administrativo por posibles usos torticeros (77).

Otra de las cuestiones a plantearnos es referida a si existe obligación de incoar expediente sancionador ante la presentación de una denuncia. Atendiendo a sentencias como la del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2015 (78), la cual cita otras sentencias de 4 de diciembre de 2013 y de 12 de octubre de 2012, debemos continuar manteniendo que no existe tal derecho, sino sólo a que se investigue por la Administración el contenido de la denuncia. Cuestión distinta es que dicha persona denunciante puede recurrir en vía judicial contra la conducta omisiva administrativa con base en el artículo 25.2 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pues sentencias como las del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1987 (79) y de 4 de mayo de 1999 (80) han considerado la obligación de incoar un procedimiento sancionador por parte de la Administración cuando ésta observa una situación indiciaria suficiente, todo ello en relación con el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Por todo ello, no puede negarse que no existe un consenso doctrinal, ni jurisprudencial respecto a esta importante cuestión, habiéndose desaprovechado en la nueva normativa procedimental la oportunidad de zanjarla una regulación clara (81). En cualquier caso, se requiere la tramitación de la denuncia y, en su caso, se emitirá resolución de inadmisión de la pre-

(77) En este punto, PENSADO SEIJAS, Alberto, «Estudio sobre las novedades de las Leyes 39/2015 y 40/2015...», *op. cit.*, pág. 8. Dicho autor, siguiendo a RIVERO ORTEGA, propone que se justifique suficientemente que «no se disponía de elementos para abrir el procedimiento sancionador sin mediar una denuncia de estas características».

(78) Recurso núm. 908/2014.

(79) STS, Sala 3.ª de lo Contencioso Administrativo, de 25 de mayo de 1987, Fundamento Jurídico 2.º.

(80) Recurso núm. 646/1994.

(81) REBOLLO PUIG, Manuel, «Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora», en GUILLÉN CARAMES, Javier, y CUERDO MIR, Miguel, *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*. Thomson Reuters Civitas. Cizur Menor, 2015, págs. 407 y ss.

tensión de la persona que la presentó, la cual deberá basarse en razones de legalidad y de orden público (82).

En este punto debemos mencionar la nueva regla reconocida en el artículo 63.3 de la LPACAP, de acuerdo con la cual, no es posible iniciar nuevos procedimientos de la naturaleza de los aquí tratados por infracciones administrativas en cuya comisión persista quien sea responsable de forma continuada, mientras no sea dictada una primera resolución sancionadora y ésta no sea ejecutiva. En otras palabras, en infracciones continuadas (83) (tales como las relacionadas con apertura de actividades, a modo de ejemplo) no puede iniciarse un segundo procedimiento sancionador por continuar ejerciéndose esa actividad sin la debida tramitación mientras no sea firme en vía administrativa la resolución sancionadora dictada en el primero de ellos (84). Esta prohibición es relevante en la tipificación de infracciones que incrementan su gravedad basándose en la reiteración de la conducta en los últimos años (85).

Una vez se dicte el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, el órgano competente debe asegurarse de que el mismo recoja el contenido mínimo requerido en el artículo 64.2 de la LPACAP: identificación de la/s persona/s presuntamente responsable/s, posibilidad de que ésta/s reconozca/n su responsabilidad con los efectos previstos en el artículo 85 de la LPACAP (añadiendo, para ello, importe aproximado de la posible sanción (86)), hechos que motivan dicho inicio los cuales tendrán el valor de *presunciones* (incluida su posible calificación y sanciones (87)),

(82) Nos apoyamos para esta conclusión en el artículo 34 de la LPS (que reconoce el derecho de quien denuncia «a recibir comunicación del órgano competente sobre la apertura o no de aquél y, en su caso, de la resolución que le ponga fin») en relación con el derecho a recibir respuesta expresa de toda solicitud de acuerdo con el artículo 21 de la LPACAP.

(83) A este respecto, el art. 29.6 LRJSP recoge la definición que facilitaba hasta entonces la jurisprudencia, estableciendo que son infracciones continuadas aquellas que violen el mismo o semejantes preceptos administrativos en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

(84) De hecho, el artículo 98.1.b) de la LPACAP establece que las resoluciones dictadas en procedimientos sancionadores no serán ejecutivas hasta que no quepa contra ellas ningún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición.

(85) Éste es el caso del artículo 51.13 de la Ley 10/2015, de 23 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, el cual tipifica como infracción muy grave el hecho de cometer una grave, «cuando hubiere sido sancionado por resolución firme en vía administrativa, en el plazo de un año, por dos o más infracciones graves».

(86) Es decir, se deberá advertir de la posibilidad de autoinculpación/allanamiento. Además, si se incorpora el importe aproximado de la posible sanción a imponer, como proponemos aquí, entendemos que se respeta la presunción de inocencia de la persona inculpada y no se prejuzga cuestión alguna del procedimiento sancionador; además de que, al mismo tiempo, se posibilita a ésta utilizar la opción del «pago voluntario» prevista en el artículo 85 de la LPACAP.

(87) Tal y como recuerda el propio artículo 64.2.b) de la LPACAP, esta identificación de hechos, junto con su calificación y las sanciones posibles, se realizará sin predeterminedar nada, «sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción»; lo contrario supondría quebrantar el principio de presunción de inocencia prevista en el artículo 53.2.b) LPACAP. De hecho, la STS de 16 de enero de 2001 ya se refirió

identificación de las personas que realizarán las labores de instrucción y de secretaria durante la tramitación del expediente debiendo indicarse expresamente el régimen de recusación frente a ellas(88), órgano competente para la resolución y norma que le atribuya dicha potestad, indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia (incluyendo plazo para ello (89)), así como las posibles medidas provisionales incoadas.

al valor de estos hechos como «apreciaciones de carácter meramente presuntivas, destinadas precisamente a dar a conocer a los interesados la materia objeto de investigación, y a fin de que puedan desarrollar sus garantías de defensa con total plenitud». Más aún, el artículo 64.3 recoge la previsión relativa a la imposibilidad de calificar la infracción en este momento inicial cuando no existan elementos suficientes para ello; en ese caso, podría realizarse en la fase posterior de la instrucción, con el Pliego de Cargos.

Atendiendo a todas estas cuestiones, así como a las posibles reducciones previstas en los artículos 62 y 85 de la LPACAP, se recomienda que en el acuerdo de incoación se recoja una provisional calificación con sus posibles sanciones en el siguiente sentido: «dichos hechos, en principio, podrían constituir una infracción calificada como..., con motivo de la cual se podrían imponer sanciones consistentes en...» De esta manera, se respetaría la presunción de inocencia y se dejaría libertad para la instrucción del procedimiento y sus averiguaciones; pero, al mismo tiempo, la persona inculpada podría abonar la posible sanción pecuniaria reducida en el caso de que reconozca la infracción...puesto que el art. 85.3 de la LPACAP exige determinar esas reducciones «en la notificación de iniciación del procedimiento».

(88) En el supuesto de que en las personas instructora o secretaria se dé alguna de las circunstancias previstas en el artículo 23.2 de la LRJSP (interés personal, ...), siempre que no se hubiera abstenido, se promoverá recusación mediante escrito en el que se expresa la/s causa/s en que se funda (art. 24.2 LRJSP). En el supuesto de que no se especifique esta última, recomendamos remitir notificación a quien promueva tal recusación solicitándole que subsane dicha carencia (art. 71 LPACAP). Al día siguiente la persona recusada manifestará a su inmediato/a superior si concurre la causa alegada, en cuyo caso se acordará su sustitución seguidamente. Por el contrario, si se niega su existencia, dicho órgano superior resolverá en el plazo de tres días hábiles, previos los informes y comprobaciones que se consideren oportunos (art. 24, apartados tercero y cuarto, de la LRJSP); el artículo 184 del Real Decreto 2586/1986 por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales (ROF) prevé un plazo de quince días para ello. Dicha resolución no es recurrible, si bien se podrá alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra la resolución final. En ningún caso se alegará la causa de abstención directamente en vía la contenciosa (sin solicitar la recusación en vía administrativa), atendiendo a la STS de 1 de abril de 1996, recurso núm. 6388/1991, en su fundamento jurídico 3.º.

Debemos tener en cuenta que, si estamos ante una Administración Local, decidirá la Presidencia de la misma (cuando la recusación se formule contra la instrucción y/o secretaria), o bien el Pleno (en el caso de que el órgano resolutorio sea la Presidencia y la recusación se formule contra ella), en virtud de la previsión del artículo 183 del ROF. Desde la solicitud de recusación hasta su resolución se entenderá suspendido el procedimiento sancionador (artículos 22.2.c y 74 de la LPACAP).

(89) Debe llamarse la atención sobre el peligro de lo dispuesto por el artículo 64.2.f) LPACAP puesto que, según este último apartado, debe advertirse expresamente en el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador que, en caso de que no se presenten alegaciones en el plazo previsto, ese acto administrativo podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada. El órgano competente deberá dictar el acuerdo de inicio sin obstaculizar la separación entre la instrucción y la resolución (puesto que habitualmente en Administraciones horizontales, como un Ayuntamiento, el órgano competente para incoar y resolver es el mismo), así como sin perjudicar la presunción de inocencia con la precisión del pronunciamiento respecto a la responsabilidad imputada que exige el artículo 64.2.f) LPACAP.

Por otra parte, atendiendo al artículo 56.1 de la LPACAP, dentro del contenido del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador deberá incluirse también la identificación y motivación (90) de la/s medida/s cautelar/es que pudiera/n adoptarse, de oficio o a instancia de parte. Los requisitos para ello son que se estimen oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer (si existiesen elementos de juicio suficientes para ello; es decir, si se justifica su necesidad o utilidad para ello), que respeten los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad, además de que no causen perjuicios de imposible o difícil reparación a las personas interesadas, ni impliquen violación de derechos no amparados por las leyes (91). En caso de falta de valoración individual de dichos criterios, limitándose a reproducir los preceptos legales, la jurisprudencia ha anulado ese acto administrativo adoptando una medida provisional (92). Recordemos que este tipo de medidas pueden ser confirmadas, modificadas o levantadas en cualquier momento durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, atendiendo a circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción (93).

Atendiendo al artículo 64.1 de la LPACAP (94), ese acuerdo de incoación del procedimiento sancionador será notificado individualmente a las personas interesadas, dentro de las cuales, se considerará siempre a la/s inculpada/s y, respecto a quienes denuncien, sólo cuando se les considere con intereses legítimos o derechos que pudieran verse

(90) Esta motivación también es exigida por el artículo 35.1.d) de la LPACAP. En caso de adoptarse alguna medida cautelar, se motivará la existencia de elementos de juicio suficientes para ello (necesidad, utilidad, ...) y el cumplimiento de los requisitos indicados; recordemos que no vale la reproducción de estos preceptos legales, atendiendo a las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2014 y a la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 2016. Por su parte, en caso de denegación, se motivará su innecesariedad o la excesiva onerosidad de adoptar la medida solicitada...

(91) Artículo 56.4 de la LPACAP.

(92) Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 2016, Fundamento Jurídico 2.º. En sentido similar, respecto a la valoración individual de cada requisito, citaremos también la STS de 28 de febrero de 2012, recurso núm. 4396/2010.

Para una mayor desarrollo en cuanto a dichos requisitos de proporcionalidad, ..., se recomienda la lectura de MARINA JALVO, Belén, «Las medidas provisionales administrativas...», *op. cit.*, págs. 176-179.

(93) En concreto, así lo establece el apartado quinto del artículo 56 de la LPACAP.

(94) Dicho precepto parece dar cumplimiento a uno de los derechos de las personas interesadas durante la tramitación de un procedimiento sancionador regulado en el artículo 53.2 de la LPACAP. Para una mayor profundidad respecto al régimen de notificaciones, recomendamos FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «Una llamada de atención sobre la regulación de las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», en *RAP* núm. 198, 2015, págs. 361-367.

afectados (95). Asimismo, será comunicado a quien ejerza las labores de instrucción, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto; y, si bien no se cita, debe entenderse que también a la persona secretaria del expediente, quien continuará formando el expediente concreto en los términos del artículo 70 de la LPACAP. Por su parte, el artículo 36.2 de la LPS añade que, tras dicha notificación, las personas interesadas podrán presentar durante un plazo de quince días alegaciones, documentos o informaciones, así como solicitar la apertura de período probatorio y proponer medios de prueba; como hemos defendido en anteriores ocasiones, entendemos que este plazo se refiere a días hábiles.

3. La ordenación e instrucción: distinción de funciones, la prueba, la propuesta de resolución y posibilidad de archivo del procedimiento administrativo sancionador común

Como cuestión previa a analizar dentro de este epígrafe, debemos destacar el tradicional mandato de separación entre instrucción y resolución, siguiendo sentencias como la del Tribunal Constitucional n.º 174/2005, de 4 de junio. Quien realice las labores de instrucción del procedimiento y quien emita la resolución final deben ser distintos órganos o personas (art. 63.1 LPACAP), todo ello con la finalidad de lograr la imparcialidad necesaria en un procedimiento que puede finalizar con consecuencias desagradables como es el caso de un sancionador. Ahora bien, dicha separación es más *suave* en el ámbito administrativo que en el procesal penal, atendiendo a la sentencia del mismo órgano judicial de 26 de abril de 1990 (96).

La persona instructora responderá directamente de la tramitación de ese procedimiento sancionador y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos (97). Atendiendo a la indicada exigencia de separación, consideramos que no será posible la acumulación de dos procedimientos sancionadores con identidad sustancial o íntima conexión puesto

(95) Para llegar a esta conclusión se han relacionado los artículos 4 y 62.5 de la LPACAP. El artículo 30 de la LPS califica de interesados/as a denunciantes que tengan derechos o intereses legítimos que pudieran resultar afectados. Cuando quien denuncie no sea interesado/a, no tendrá derecho a conocer en cualquier momento el estado de tramitación del procedimiento (art. 53.1.a LPACAP), disfrutando únicamente de los de cualquier persona en sus relaciones con las Administraciones previstos en el artículo 13 de la LPACAP. Así, HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Hilario M., «El procedimiento sancionador en la Ley 39/2015: aplicación práctica a las infracciones urbanísticas», en *Actualidad Administrativa* núm. 5, 2017, pág. 4.

(96) Recurso núm. 695/1985.

(97) Así lo reconoce el artículo 71.3 de la LPACAP. Para una mayor profundidad respecto a la persona instructora (funciones,...), así como a la secretaria, HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Hilario M., «El procedimiento sancionador en la Ley 39/2015...», *op. cit.*, págs. 6-7.

que el artículo 57 de la LPACAP exige que «sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento». Estos requisitos, que provienen de los de acumulación de los procesos judiciales, como recuerda el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de la LPACAP, se introdujeron en la anterior LRJPAC en 2015. En todo caso, el mismo precepto citado prohíbe la interposición de recurso contra la denegación, en su caso, de la solicitud de acumulación con motivo de la discrecionalidad administrativa del órgano competente (98).

Actualmente los artículos 75 a 81 de la LPACAP se refieren a los posibles actos de instrucción durante el expediente sancionador: alegaciones, período probatorio, informes y cuantos actos se consideren necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de todas las cuestiones relevantes en este tipo de procedimientos (determinación de responsable/s, hechos,...). Durante la realización de éstos se seguirán los principios y reglas tradicionales de ordenación: celeridad, uso de medios electrónicos, transparencia y publicidad (art. 71.1 LPACAP), orden riguroso cronológico salvo orden motivada (art. 71.2 LPACAP), principio de simplificación administrativa (art. 72 LPACAP), además de otras normas sobre trámites (art. 73 LPACAP). Por supuesto, en caso de que se susciten cuestiones incidentales durante el mismo procedimiento, no se suspenderá la tramitación de éste; la única excepción al respecto es la recusación de la instrucción y/o secretaría, tal y como continúa exigiendo hoy el artículo 74 de la LPACAP. Observamos, en definitiva, pocas novedades en relación con estos preceptos respecto a la anterior LRJPAC, salvo la referencia a los principios de transparencia y publicidad en el artículo 71.1 de la LPACAP entendidos como conocimiento de la tramitación en sus diferentes pasos (derecho a obtener copia de los documentos obrantes en el expediente,...).

Entre los posibles actos de instrucción, en este trabajo daremos especial relevancia al período probatorio, no sólo por ser los artículos 77 y 78 de la LPACAP los que han sufrido una mayor modificación dentro de esta fase, sino también por la importancia habitual del mismo dentro del período probatorio (99). En concreto, quien realice la funciones de instrucción comunicará, con antelación suficiente, a las personas interesadas el inicio de las actuaciones probatorias admitidas, incluyendo lugar, fecha y hora, advirtiéndoles de la posibilidad de nombrar personal técnico para que les asistan (100).

(98) Podemos citar, a modo de ejemplo, la STS de 18 de diciembre de 1998, Recurso 4795/1991, Fundamento Jurídico 2.º.

(99) Atendiendo a la STS de 3 de febrero de 1999, Recurso núm. 2803/1993, que cita otra del mismo órgano judicial de 27 de abril de 1998, «la Administración ha de desplegar una actividad que contradiga la presunción de inocencia, cuando se trate de un proceso de tipo sancionador».

(100) Artículo 78, apartados 1 y 2, de la LPACAP.

A este respecto, podrá admitirse cualquier medio de prueba admisible en Derecho que sirva para acreditar los hechos relevantes y que se considere pertinente, por ello; de manera que sólo podrán rechazarse las propuestas de pruebas que se consideren improcedentes o innecesarias, requiriéndose resolución motivada(101). Ahora bien, como defiende la jurisprudencia, éste no supone un derecho absoluto e incondicionado, pues se refiere sólo a las pruebas que la instrucción considere pertinentes(102) y en la forma en que se considere que deben ser practicadas(103), todo ello atendiendo a los supuestos ya conocidos del artículo 37, apartados 1 y 2, de la LPS. En este caso, atendiendo a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1998(104) o de 26 de octubre de 2000, se permitirían, incluso, hasta las denominadas pruebas *indirectas* o *indiciarias*; es decir, aquéllas que muestran «la certeza de unos hechos que no son en sí mismos los integrantes de la infracción o los determinantes de la culpabilidad, pero de los que cabe inferir lógicamente una u otra»; para ello deben probarse esos hechos indiciarios y hacerse explícito el razonamiento por el cual se obtiene la conclusión de culpabilidad, «con un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» puesto que no hay duda de que a la Administración le corresponde la carga de la prueba(105).

(101) Artículo 77, apartados 1 a 3, de la LPACAP. La no admisión de alguna prueba en estos casos no impedirá continuar el procedimiento, si bien podrá alegarse en el recurso contra la resolución final del procedimiento, de conformidad con la STS de 18 de julio de 2003, Recurso núm. 11701/1998. Por su parte, el artículo 41 de la LPS permite la posibilidad de recurrir dicha denegación. El Tribunal Constitucional, en sentencia n.º 66/2007, de 27 de marzo, exige que se haya solicitado en tiempo y forma la prueba y que sea decisiva en términos de defensa para que tenga éxito dicho recurso, teniendo la persona recurrente la carga de la prueba a este respecto.

En este punto, resulta relevante la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2014, recurso núm. 414/2012, de acuerdo con la cual, «los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requieren en los procesos penales, de modo que, por ejemplo, no rigen para ellos las consecuencias del principio acusatorio en toda su extensión, ni por lo que respecta a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos (Sentencia de 21 de febrero de 2006)».

(102) Es el caso de las SSTC n.º 2/1987, de 21 de enero, 190/1987, de 1 de diciembre, o 192/1987, de 2 de diciembre.

(103) STC n.º 22/1990, de 15 de febrero.

(104) Recurso núm. 197/1995.

(105) STS de 17 de enero de 2011, recurso núm. 553/2009, Fundamento Jurídico 3.º. Asimismo, en el mismo sentido, la STC n.º 244/1994 de 15 de septiembre; así como las del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2000, recurso núm. 1245/2000, y de 14 de noviembre de 2014, recurso núm. 5244/2011. Esta última concluye que, para que una prueba indiciaria pueda desvirtuar dicha presunción de inocencia «debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados —no puede tratarse de meras sospechas— y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo».

El artículo 299 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil enumera algunos de los medios probatorios posibles (interrogatorio, dictamen(106),...), incluyendo cualquier otro que permitiera obtener certeza sobre hechos relevantes. Destacamos la preocupación por los recursos económicos de la Administración recogida en el artículo 78.3 de la LPACAP puesto que, en caso de que las pruebas a celebrar a propuesta de parte impliquen gastos que dicha Administración no deba soportar, ésta podrá exigirle el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva que tendrá lugar una vez practicada la prueba; a estos últimos efectos, se añadirán los comprobantes que acrediten la realidad y cuantía de esos gastos.

En cuanto a la valoración de las pruebas, el artículo 77.1 de la LPACAP incorpora un criterio jurisprudencial al prever que ésta se realizará según las reglas de la sana crítica(107), con carácter general; es decir, de acuerdo con los criterios de la LEC. Sin embargo, deben tenerse en cuenta ciertas especificidades como sucede en cuanto a la consideración como ciertos de hechos en los que una parte ha intervenido personalmente si le perjudican a quien así lo ha declarado (art. 316 LEC), en relación con la fuerza probatoria de los documentos públicos reconocida en los artículos 319 a 323 de la LEC o la relativa a los documentos privados (art. 326 LEC), incluyendo los presentados mediante copias reprográficas (art. 334 LEC). Además de que no podemos olvidar ciertas especificidades añadidas ahora por la LPACAP: respecto a hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes (art. 77.4) o a documentos formalizados por funcionariado con condición de autoridad que cuentan con presunción de certeza *iuris tantum* (art. 77.5). Incluso, atendiendo a ciertas normas sectoriales, como la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje, sería posible solicitar las pruebas que existen en un procedimiento penal en curso. En cualquier caso, resulta imprescindible incorporar a la propuesta de resolución formulada por la instrucción la valoración de las pruebas practicadas que pudieran constituir el fundamento básico de la decisión que se

(106) Si este informe debe provenir de un órgano administrativo, el artículo 22.1.d) de la LPACAP prevé la suspensión del plazo de resolución cuando dicho informe no haya llegado. En el mismo sentido lo han defendido las SSTs de 18 de marzo de 2008, recurso 3219/2005, o de 4 de marzo de 2009, recurso 3943/2006, «cuando su contenido responde a necesidades objetivas de la instrucción».

(107) Así se reconoce en distintos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil: en el artículo 316 en cuanto al interrogatorio de partes, en el 348 respecto al dictamen pericial, en el art. 376 sobre interrogatorio de testigos o en el 382.3 en cuanto a las pruebas obtenidas mediante instrumentos de filmación, grabación o semejantes. Para una mayor profundidad sobre el tema, GARCÍA URETA, Agustín, «Consideraciones sobre la incidencia de las Leyes 39 y 40/2015 en la Ley 2/1998...», *op. cit.*, págs. 56-60.

adopte en el procedimiento, por ser pieza imprescindible para la correcta evaluación de los hechos(108).

Como sabemos, una de las tareas finales de la instrucción es redactar la propuesta de resolución(109) dentro de ese procedimiento sancionador, la cual será notificada a las personas interesadas, tal y como establecen los artículos 88.7 y 89.2 ambos de la LPACAP. La omisión de este trámite que se considera esencial en el procedimiento incurre en posible nulidad, tal y como defiende la sentencia de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1999, recurso núm. 34/1995.

Dicha propuesta incluirá, como contenido mínimo(110), la puesta de manifiesto del procedimiento, el plazo para formular alegaciones y presentar documentos o informaciones pertinentes, fijación de los hechos probados y su exacta calificación jurídica de forma motivada, infracción que en su caso constituyan dichos hechos, persona/s responsable/s, sanción concreta propuesta, valoración de las pruebas practicadas siguiendo lo indicado anteriormente y pronunciamiento relativo a las medidas provisionales que se hubieran adoptado en su caso, siempre motivándolo e incluyendo una sucinta referencia de hechos y de fundamentos de Derecho. En estos casos, de considerarse la existencia de infracción y responsabilidad, el artículo 38.a) de la LPS añade contenido consistente en daños y perjuicios que se consideren acreditados o las actividades de reparación o indemnizaciones que se propongan. En caso contrario, en el supuesto de que se concluya la inexistencia de responsabilidad, se declarará esa circunstancia, de acuerdo con el artículo 89.3 de la LPACAP; el artículo 38.b) de la LPS antes citada añade la propuesta de absolución y la «determinación de si tal estimación se debe a una valoración probatoria o a una apreciación jurídica y el razonamiento que funda una u otra».

A pesar de ello, el artículo 89.1 de la LPACAP ha introducido una novedad al permitir a la persona instructora la adopción de acuerdo de finali-

(108) Nos referimos aquí al artículo 77.7 de la LPACAP; en el mismo sentido, STS de 18 de junio de 2012, recurso núm. 488/2011.

(109) A este momento posterior se refería el artículo 64.3 de la LPACAP.

(110) Hemos relacionado en este punto los apartados dos *in fine* y tres del artículo 89, así como el artículo 35.1.h), todos ellos de la LPACAP. Atendiendo a la STS de 21 de octubre de 2005, recurso núm. 5876/2002, deberán motivarse suficientemente el acuerdo de imposición de sanción en el grado que se considere, además de la existencia o no de circunstancias de graduación. Este contenido mínimo de la propuesta de resolución supone una pequeña variación respecto al anteriormente exigido, añadiéndose hoy la valoración de las pruebas practicadas en aras al derecho de defensa de la persona inculpada.

Respecto a la forma de la propuesta de resolución, no podemos olvidar los requisitos formales previstos en los artículos 34 a 36 de la LPACAP: siguiendo la normativa concreta de ese procedimiento, uso de medios electrónicos,...

zación del procedimiento sancionador, ordenándose el archivo de las actuaciones y sin necesidad de dictar la propuesta de resolución antes citada. Esta posibilidad se reduce a los siguientes supuestos: cuando no existan los hechos que constituyeran la infracción, cuando los mismos no resulten acreditados, cuando los hechos no constituyan una infracción administrativa, cuando no exista o no se haya podido identificar a quien resulte responsable o si aparece exento/a de responsabilidad, o bien cuando se concluya que la infracción ha prescrito. Hablamos de *posibilidad* y no de obligación de quien instruya; es decir, el órgano instructor tendría la opción de finalizar el procedimiento según el apartado primero del artículo 89 citado (111).

Siguiendo la doctrina (112), nos planteamos tres cuestiones ante este aspecto novedoso. Por un lado, consideramos que no se infringe la regla de separación entre instrucción y resolución en el caso de que la persona instructora ordene el archivo siguiendo este artículo 89.1 de la LPACAP puesto que realmente no impone ninguna sanción. Por otro lado, entendemos que nada obsta a volver a incoar procedimiento sancionador por los mismos motivos si, dentro del plazo de prescripción de las infracciones, encontramos nuevas pruebas...que nos lleven a identificar a la persona responsable (identificación que, por ejemplo, nos faltaba cuando la instrucción ordenó ese archivo del procedimiento) o, en definitiva, a una conclusión distinta del archivo previsto en el artículo 89.1 aquí citado. Y, finalmente, consideramos que la decisión de la instrucción ordenando el archivo es recurrible en los casos en que exista denunciante que sea persona interesada (según lo argumentado al tratar la incoación de estos procedimientos sancionadores), además de en supuestos de acción pública (así en urbanismo (113), en medio ambiente (114) o en patrimonio histórico (115), entre otros) puesto que ningún sentido tendría el recurso por la persona inicialmente inculpada (116).

(111) Así se defiende también en CAMPOS ACUÑA, Concepción, *Comentarios a la Ley 39/2015...*, op. cit., págs. 587-588.

(112) A modo de ejemplo, citaremos a CANO CAMPOS, Tomás, «El autismo del legislador. La «nueva» regulación de la potestad sancionadora», en *RAP* núm. 201, 2016, págs. 47-48.

(113) Arts. 5.1.f) y 62 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, y art. 8.2.c de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo de la Comunidad Autónoma Vasca.

(114) Art. 22 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, así como art. 3.4 de la Ley autonómica 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente.

(115) Art. 8.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico, o el art. 3, párrafo segundo, de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma Vasca.

(116) PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, «Las nuevas facultades del instructor en el procedimiento sancionador de la Ley 39/2015, de 1 de octubre», en *Actualidad Administrativa* núm. 5, 2017, pág. 2.

Sin embargo, con carácter general, la propuesta de resolución de la instrucción será notificada a las personas interesadas, quienes podrán presentar alegaciones... durante el plazo previsto en la normativa aplicable. A este respecto, el artículo 39 de la LPS establece un plazo de alegaciones de quince días hábiles (117), así como la garantía de que durante el mismo se podrá consultar el expediente y obtener copias del mismo. Atendiendo a la sentencia n.º 29/1989 del Tribunal Constitucional, de 6 de febrero, esta notificación es una manifestación del derecho de toda persona a ser informada de la *acusación contra ella*.

Tras la finalización de dicho período quien instruya el procedimiento dará traslado del expediente y de todas las actuaciones al órgano competente para resolver (118), dentro de las cuales entendemos que debe incluirse el informe de la instrucción en el supuesto de que se hayan presentado alegaciones durante ese trámite de audiencia citado (119). Ahora bien, antes de emitir dicha resolución administrativa, el artículo 87 de la LPACAP continúa la regulación del artículo 20.2 del REPEPOS al prever la posibilidad de que este último órgano emita un acuerdo motivado (120) para realizar las actuaciones complementarias que se consideren indispensables para resolver el procedimiento; no se considerarán como tal los informes que precedan a la resolución final. Estas actuaciones deberán practicarse en un plazo no superior a quince días hábiles.

4. Principales aspectos durante la fase de finalización del procedimiento sancionador

Existen diversas modalidades de terminación de un procedimiento sancionador, atendiendo a las posibilidades reconocidas por el artículo

(117) El artículo 40 de la LPS permite la posibilidad de reducir (40.1) o de ampliar (40.2) tanto dicho plazo de alegaciones, como el de duración del período probatorio.

(118) En el mismo sentido se refiere el art. 39.2 LPS. Por lo demás, nada se suele decir en la normativa al respecto, si bien consideramos recomendable que la instrucción emita un informe final analizando las alegaciones que pudieran presentarse durante este segundo plazo tras la notificación de la propuesta de resolución, con el fin de trasladar todo el expediente al órgano competente para emitir resolución final.

(119) En este sentido, siguiendo la posibilidad del artículo 23.5 del Real Decreto 2063/2004 por el que se aprueba el Reglamento General del régimen sancionador tributario, se pronuncia HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Hilario M., «El procedimiento sancionador en la Ley 39/2015: ...», *op. cit.*, págs. 11-12.

(120) Atendiendo al segundo párrafo del artículo 87 de la LPACAP, este acuerdo se notificará a todas las personas interesadas, concediéndoles un nuevo plazo de siete días hábiles para realizar alegaciones (quienes podrán oponerse por su oportunidad, ..., en cualquier momento anterior a la práctica de dichas actuaciones; recomendamos en este punto acudir a la STS de 21 de febrero de 2006, recurso núm. 1451/2002). El plazo de resolución del procedimiento sancionador quedará suspendido desde la adopción de dicho acuerdo y hasta la terminación de estas actuaciones complementarias (art. 22.2.b LPACAP, en relación con el 43.2 de la LPS).

84 de la LPACAP: resolución administrativa, declaración de caducidad del citado procedimiento en el caso de haberse superado el plazo máximo para emitir y notificar la resolución final (121), o imposibilidad material de continuar el procedimiento por causas sobrevenidas (122) (por ejemplo, en caso de fallecimiento de la persona responsable durante la tramitación,...). Entendemos que no cabe el desistimiento, ni la renuncia al derecho en que se funda la solicitud, previstas en el artículo 84.1 de la LPACAP, puesto que un procedimiento sancionador se incoa siempre de oficio, a pesar de la posible existencia de una denuncia. Tampoco parece posible una terminación convencional pues la materia sancionadora se ha considerado tradicionalmente como no susceptible de transacción, relacionando el artículo 86.1 con el 90.4 (123), ambos de la LPACAP; ahora bien, no puede negarse que esta posibilidad está prevista expresamente en materias como la de defensa de la competencia (124). Finalmente, respecto a los procedimientos sancionadores se añade otra posibilidad de finalización: el pago voluntario

(121) El artículo 25.1.b) de la LPACAP prescribe que en estos supuestos el órgano competente para resolver emita resolución indicando este hecho de la caducidad y ordenando el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95 de la misma norma legal; asimismo, el artículo 21.1 de la LPACAP requiere que se incorporen a la resolución la indicación de los hechos producidos y de las normas aplicables. Emitir una resolución es obligatorio en todo caso (art. 21.1 LPACAP). Como ya sabemos, la caducidad por sí sola no produce la prescripción de las acciones de la Administración, si bien no se interrumpe el plazo de prescripción; por lo tanto, en caso de que no haya prescrito la infracción administrativa, podrá incoarse un nuevo procedimiento sancionador (art. 95.3 LPACAP). Para una mayor profundidad respecto a esta última idea, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «La caducidad del procedimiento de oficio» en *RAP* núm. 194, 2014, págs. 11-47.

(122) En estos casos el artículo 84.2 de la LPACAP exige que se dicte una resolución motivada por parte del órgano competente para resolver, la cual entendemos que deberá especificar la circunstancia sobrevenida que se ha producido, además de los hechos producidos y las normas aplicables, tal y como exige el artículo 21.1 de la LPACAP. A este respecto, la sentencia de la Sección 2.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Canarias, las Palmas, de 23 de abril de 2010, recurso núm. 217/2009, exige que estemos ante obstáculos físicos, tangibles o corpóreos que impiden la continuación del correspondiente procedimiento.

(123) El artículo 90.4 de la LPACAP prevé que el procedimiento complementario para fijar la indemnización por daños y perjuicios causados a la Administración Pública «será susceptible de terminación convencional» al recoger diversas especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores. Por lo tanto, *a sensu contrario*, entendemos que el procedimiento principal, el sancionador, no lo sería.

(124) En concreto, el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia prevé la posibilidad de terminación convencional del procedimiento sancionador, siempre las personas inculpadas «propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente», siempre que quede garantizado el interés público y siempre que la Dirección de Investigación no haya elevado la propuesta de resolución. Dicha opción es reconocida en la STS de 24 de septiembre de 2015, recurso núm. 725/2013, la cual concluye que no se está ante un derecho de dichas personas inculpadas, sino ante una posibilidad de finalización cuya denegación debe ser motivada. Para un mayor detalle, FONT I LLO-VET, Tomás *et. al.*, «Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa» en *RAP* núm. 198, 2015, págs. 257 a 263.

(art. 85 LPACAP), también denominado *allanamiento* por cierto sector doctrinal (125), de lo cual trataremos seguidamente.

En concreto, en el supuesto de finalización mediante resolución expresa, ésta decidirá todas las cuestiones planteadas por las personas interesadas y aquellas otras derivadas del mismo, incluyendo motivación de sus decisiones con sucinta referencia de fundamentos de Derecho; así como indicación de los recursos que procedan, órgano administración o judicial ante el que presentarlos y plazo para hacerlo, sin perjuicio de que las personas interesadas pudieran presentar cualquier otro que estimen oportuno (126). Asimismo, se recogerá la valoración de las pruebas practicadas, especialmente de aquéllas que constituyan el fundamento básico de la decisión; además de fijar los hechos (127) y, en su caso, la responsabilidad, la/s infracción/es cometida/s con la/s sanción/es impuestas o bien la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad (art. 90.1 de la LPACAP). A su vez, relacionando los artículos 43.1 y 38 de la LPS, podemos añadir a dicho contenido, en su caso, la «suspensión de la ejecución de la sanción de ejecución fraccionada o de su modificación y las razones de tal proposición», además de «La alteración de la situación precedente que considere ocasionada por la infracción y los daños y perjuicios derivados de la misma que considere acreditados, las razones de tales consideraciones, las actividades de reparación o indemnizaciones que se propongan y las razones de esta proposición».

Por lo demás, tenemos en el artículo 88.4 de la LPACAP otra referencia a la e-Administración al establecer que dicha resolución será emitida electrónicamente (128), garantizando la identidad del órgano competente, además de la autenticidad e integridad del documento que se formalice. Esta forma de la resolución y la garantía de la identidad del órgano competente ya venían adelantadas en el artículo 38.1 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Conviene advertir que, en el supuesto de que el órgano competente para resolver considere una mayor gravedad de la infracción o sanción respecto a la considerada por la instrucción en la propuesta de resolu-

(125) En este punto, recomendamos la reflexión realizada por DÍEZ SASTRE, Silvia, «Potestad y procedimientos sancionadores» en VELASCO CABALLERO, Francisco, *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*. Instituto de Derecho Local. Madrid, 2016, págs. 173-209.

(126) Hemos relacionado para ello los apartados primero y tercero del artículo 88 con el 35.1.h, ambos de la LPACAP.

(127) Atendiendo al artículo 90.2 de la LPACAP, estos hechos aceptados no podrán ser distintos de los determinados en el curso del procedimiento sancionador, si bien sí es posible calificar jurídicamente de forma distinta esos mismos hechos declarados probados durante el indicado procedimiento.

(128) En el mismo sentido, artículo 36.1 de la LPACAP.

ción, se notificará previamente a la persona inculpada concediéndole un plazo de quince días hábiles de alegaciones (129).

La resolución (130) en caso de allanamiento podrá ser emitida en cualquier momento, si atendemos a la previsión del artículo 85.1 de la LPA-CAP puesto que podrá resolverse el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda si la persona infractora reconoce su responsabilidad, sin necesidad de trámite adicional alguno; en otras palabras, se trata de una potestad discrecional de la Administración que requiere el reconocimiento expreso y claro de su responsabilidad por parte de la persona inculpada. Si la Administración tuviera dudas sobre algún extremo (por si hubieran participado más personas,...) o si así lo considerase por interés general, la Administración podría continuar con el procedimiento sancionador. No se concreta en el precepto regulador el límite temporal para presentar esta *autoinculpación*, si bien por ese mismo motivo podría entenderse que en cualquier momento entre la iniciación y la resolución del procedimiento (131). A este *allanamiento* cierto sector doctrinal (132) lo considera *general*.

En este caso, cuando, además, se desista o renuncie a cualquier acción o recurso en vía administrativa, el órgano competente para resolver aplicará una reducción de al menos el 20% sobre el importe de la sanción propuesta; por lo tanto, se podría interponer recurso contencioso-administrativo, además de resultar lógico permitir también el recurso extraordinario de revisión por los plazos y naturaleza del mismo (133). Si, asimismo, se abona voluntariamente la cuantía de la sanción pecuniaria, aplicará otra reducción de, al menos, el 20% también (134). Por

(129) Artículo 90.2 de la LPACAP, el cual incluye como novedad la posibilidad de mayor gravedad de la sanción (respecto al tenor literal del art. 20.3 del REPEPOS antes vigente).

(130) Defendemos dictar una resolución por el órgano competente en esos casos, aplicando directamente la sanción, sin trámite adicional alguno. En concreto, proponemos resolución, de acuerdo con la cual, se acuerde «dar por terminado el expediente sancionador incoado a..., con motivo de..., al haberse abonado sanción económica por importe de... euros (cantidad resultante tras la aplicación de reducción de... %».

(131) Recomendamos a este respecto la reflexión que realiza GRIJALBA LÓPEZ, Juan Carlos, «Sobre el art. 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», en *Actualidad Administrativa* núm. 7-8, págs. 2-3. En cualquier caso, se precisará resolución que reconozca dicha reducción, no pudiendo prescindirse de propuesta de resolución.

(132) DÍEZ SASTRE, Silvia, «Potestad y procedimientos sancionadores» en VELASCO CABALLERO, Francisco, *Régimen jurídico y procedimiento administrativo...*, op. cit., págs 173-209.

(133) En este sentido, CAMPOS ACUÑA, Concepción, *Comentarios a la Ley 39/2015...*, op. cit., pág. 572. El motivo hemos dicho que lo encontramos atendiendo a su naturaleza de extraordinario contra actos firmes (art. 113 de la LPACAP), además de a los plazos del mismo (tres meses en la más rápida de las opciones: art. 125.2 de la LPACAP).

(134) Siguiendo el artículo 188.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), que prevé una posible reducción del 25%, en relación con la resolución del Tribunal Económico-Ad-

supuesto, el artículo 85 prevé la posibilidad de incremento de estos porcentajes reglamentariamente, de manera que ambas reducciones son autónomas; incluso, vemos posible dicho aumento vía norma legal, como sucede con el artículo 232.2 de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo de la Comunidad Autónoma Vasca o con el 161.4 de la Ley 2/2016 de Suelo de Galicia (135). Todas estas opciones de «pago voluntario», que podrá efectuarse mediante cualquiera de los medios descritos en el artículo 98.2 de la LPACAP (tarjeta de crédito,...), son consideradas *especiales* por el mismo sector doctrinal antes citado, válidas sólo para sanciones pecuniarias. Si bien este artículo 85 es una novedad en una norma de procedimiento administrativo común, las reducciones ya eran reconocidas por diversas normas sectoriales; es el caso del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (art. 94), o de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo de la Comunidad Autónoma Vasca (art. 232.2). El objetivo es simplificar los procedimientos administrativos.

Recordemos en este punto también la reducción a imponer cuando quien denuncie haya co-participado en la comisión de la infracción pero facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de los que se disponga; además de la obligación de exención a dicha persona denunciante cuando aporte en primer lugar elementos de prueba que permitieron incoar el procedimiento o comprobar la infracción (136). Siguiendo la doctrina (137), parece que la *clemencia* aquí prevista, ya reconocida en materia económica (138), se ha generalizado ahora para todos los procedimientos sancionadores, si bien de una lectura conjunta de los apartados tercero y cuarto del artículo 62 de la LPACAP de-

ministrativo Central de 29 de noviembre de 2012 interpretando dicho precepto, se puede considerar que es posible fraccionar este pago y no haberlo abonado íntegramente antes de emitirse la resolución finalizadora. Ningún riesgo observamos puesto que el artículo 65.3 de la LGT permite exigir garantizar las deudas aplazadas o fraccionadas. En el mismo sentido de reducción compatible con aplazamiento o fraccionamiento, tenemos el artículo 193 de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria de Bizkaia.

(135) De igual forma se pronuncia PENSADO SEIJAS, Alberto, «El aspecto sancionador en la regulación de las actividades económicas en Galicia, tras la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común y otras cuestiones prácticas», en *El Consultor de los Ayuntamientos* núm. 21, 2017, pág. 3. Asimismo, el mismo autor en «Estudio sobre las novedades de las Leyes 39/2015 y 40/2015...», *op. cit.*, pág. 10.

(136) Recordemos que el artículo 62.4 de la LPACAP requería para la exención que en el momento de aportarse aquellos elementos de prueba no se dispusiera de los suficientes para ordenar la misma y que se repare el perjuicio causado a la Administración.

(137) Para una mayor profundidad respecto a dicha posibilidad de clemencia, recomendamos CANO CAMPOS, Tomás, «El atisismo del legislador...», *op. cit.*, 2016, págs. 56-59.

(138) Es el caso del artículo 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

fendemos que nos referimos sólo a infracciones administrativas que causen un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas. Respecto a este concepto de *patrimonio*, mostramos nuestra conformidad con una interpretación más amplia que la recogida en el artículo 3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, tal y como defiende CANO CAMPOS.

Por último, en relación con la resolución del procedimiento sancionador, resaltaremos otra de las grandes novedades de esta LPACAP: su ejecutividad. De conformidad con los artículos 90.3 y 98.1.b) de la LPACAP, una resolución *sancionadora* será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado, llegando incluso a extenderse a la vía contencioso-administrativa (139). Cuando la resolución sea ejecutiva, se podrá suspender cautelarmente si la persona interesada manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa. Ahora bien esta última suspensión cautelar finalizará en los casos previstos en el propio artículo 90.3 de la LPACAP: ante el transcurso del plazo legalmente previsto sin haberse interpuesto el recurso contencioso-administrativo o cuando, habiéndose presentado el mismo, no se hubiera solicitado la suspensión cautelar en el mismo trámite o bien el órgano judicial se pronuncie sobre dicha suspensión. Destacaremos en este punto la previsión autonómica de que la resolución sancionadora ex-

(139) Atendiendo al artículo 117.4 de la LPACAP, se permite extender los efectos de las medidas cautelares que existieran, al menos, hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud previa de la persona interesada (en el sentido de mantener las indicadas medidas). Si bien parece una novedad, ya se pronunciaba en similar sentido la STC n.º 78/1996, de 20 de mayo, o la STS de 2 de diciembre de 2011 (recurso núm. 508/2010), además de normas sectoriales como el Real Decreto 2.063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario (art. 29). De hecho, esta última resolución judicial citada, de 2 de diciembre de 2011, considera dicha suspensión un deber de la Administración, no una facultad (especialmente, Fundamentos Jurídicos tercero y quinto).

Ahora bien, en el caso de que se deniegue dicha suspensión en vía judicial, la STS de 10 de diciembre de 2012, recurso núm. 2381/2011, prevé que se ejecute la sanción, devolviéndose la fianza en su caso presentada con motivo de dicha suspensión, puesto que, en otro caso, podría prescribir la misma al seguir computándose dicho plazo durante la resolución del recurso judicial. Para una mayor profundidad, GARCÍA VERA, Francisco Javier, «La suspensión de las sanciones a efectos de la prescripción de la acción recaudatoria» en *El Consultor de los Ayuntamientos* núm. 11, 2017, pág. 1.491. Destaquemos en este punto la STC 37/2012, de 19 de marzo, de acuerdo con cuyo fundamento jurídico 10.º, si la Administración incumpliese su obligación legal de resolver el recurso administrativo ordinario interpuesto, la persona recurrente podía optar por acudir a la vía judicial contra esa desestimación presunta, o bien esperar a la resolución expresa del recurso (manteniéndose hasta tanto la inefectividad de la sanción). Por lo demás, respecto a dicha solicitud en vía contenciosa, acudiremos al artículo 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

presa adopte «en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva» (140).

Recordemos, siguiendo el artículo 56.5 de la LPACAP, que cuando surta efectos la resolución administrativa sancionadora, se extinguirán las medidas provisionales que pudieran haber sido adoptadas durante dicho procedimiento. La única excepción es la posibilidad de extensión de efectos antes descrita hasta el procedimiento contencioso-administrativo. En cualquier caso, podemos ver que las medidas provisionales en esta fase continúan con las mismas notas de provisionalidad y de la finalidad cautelar de asegurar la eficacia de la resolución (141).

En el supuesto de que se imponga una sanción mediante la indicada resolución expresa y de que la misma no sea abonada o ejecutada por la persona considerada responsable, se procederá a la ejecución forzosa de conformidad con las reglas de los artículos 99 a 104 de la LPACAP. En concreto, destacaremos las siguientes opciones: apremio sobre el patrimonio (142) (sanciones pecuniarias —art. 101 LPACAP—), ejecución subsidiaria (podría tener lugar en caso de precisarse precinto de unos equipos sonoros de una actividad hostelera por ser éste un acto no personalísimo —art. 102 LPACAP—) o compulsión sobre las personas (para actos personalísimos como podría ser un desahucio en caso de imponerse como sanción una prohibición de uso, por ejemplo, —art. 104 LPACAP—).

Por otro lado, el artículo 90.4 de la LPACAP, en relación con el artículo 28.2 de la LRJSP, prevé la posibilidad de que el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora incoe un procedimiento complementario en los casos de daños o perjuicios a la Administración cuando su cuantía no hubiera quedado determinada en el expediente sancionador (143). La finalidad de este último procedimiento será fijar dicha cuantía, por lo tanto; de manera que su resolución pondrá fin a la vía administrativa y será inmediatamente ejecutiva (144), al contrario de lo que hemos visto para el procedimiento *principal*. También se posibilita expresamente que este procedimiento finalice mediante terminación con-

(140) Artículo 43.5, segundo párrafo, de la LPS.

(141) En este sentido, MARINA JALVO, Belén, «Las medidas provisionales administrativas...», *op. cit.*, pág. 165.

(142) Arts. 167 a 177 de la Norma Foral 6/2005, de 28 de febrero, General Tributaria de Álava; la n.º 4/2005, de 10 de marzo, del mismo nombre en el caso de Bizkaia y la Norma Foral 4/2005, de 8 de marzo, General Tributaria de Gipuzkoa, cada uno según su ámbito territorial. Por su parte, en el ámbito territorial estatal se seguirá el procedimiento de apremio descrito en los artículos 167 a 173 de la LGT y Título III del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

(143) Dicha previsión normativa, antes recogida en el artículo 22.1 del REPEPOS, ha sido hoy elevada a rango legal con su inclusión en los artículos 90.4 LPACAP y 28.2 LRJSP.

(144) Artículo 114.1.f) de la LPACAP.

vencional; no obstante, ni ésta, ni la aceptación por la persona infractora de la resolución que pudiera recaer implicarán el reconocimiento voluntario de su responsabilidad. Finalmente, en el supuesto de no satisfacerse dicha indemnización, se incoará procedimiento de apremio, siguiendo la previsión de los artículos 28.2 de la LRJSP y 101 de la LPACAP.

Por último, como sabemos, también convivirán estos procedimientos con otros complementarios; a modo de ejemplo, citaremos por *clásico* el de restauración de la legalidad urbanística. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Auto de 28 de septiembre de 2012 (145) o en sentencia de 20 de abril de 2012 (146); observamos en ambos el carácter complementario de este procedimiento, cuando ambas conclusiones concluyen que la anulación de la resolución sancionadora no conlleva la de la obligación de restablecer la legalidad urbanística, ... Tanto la «reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción», como el procedimiento complementario de indemnización por daños y perjuicios ya venían reconocidos como compatibles con la resolución dentro del procedimiento sancionador por el artículo 12 de la LPS.

5. La tramitación simplificada en el procedimiento administrativo sancionador común

Durante los subapartados anteriores hemos tratado la tramitación ordinaria del procedimiento administrativo sancionador común. Sin embargo, sin duda una de las grandes novedades la encontramos en la tramitación simplificada del procedimiento sancionador, la cual asimismo es una de las cuestiones que ha recibido mayores críticas en un inicio. Ésta es quizás una de las manifestaciones más claras del principio de simplificación administrativa previsto en el artículo 72.1 de la LPACAP. Ahora bien, realmente debemos reconocer que ya contábamos con antecedentes similares; es el caso del procedimiento *abreviado* que se preveía para todo procedimiento sancionador cuando existieran elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve tanto para todo procedimiento sancionador (arts. 23 y 24 del REPEPOS). Asimismo, hoy observamos otra manifestación similar en procedimientos disciplinarios incoados con motivo de «faltas leves», exigiéndose únicamente audiencia de la persona inculpada (art. 98.1.2.º del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público).

(145) Recurso núm. 431/2012.

(146) Recurso núm. 503/2010.

De conformidad con el artículo 96.5 de la LPACAP, el órgano competente para incoar dicho procedimiento podrá seguir este tipo de tramitación cuando considere, de acuerdo con su normativa reguladora, que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, siempre que lo aconsejen razones de interés público o no estemos ante un procedimiento que se prevea complejo (147). Frente a dicha decisión no cabe la oposición expresa por parte de la persona interesada; por lo tanto, es de prever que la virtualidad de dicha tramitación será mayor que la criticada por el Consejo General del Poder Judicial en su dictamen al Anteproyecto de la LPACAP, de 5 de marzo de 2015 (148).

El apartado sexto del artículo 96 de la LPACAP exige que el procedimiento sea resuelto en treinta días hábiles (149), a contar desde el día siguiente al de notificación del acuerdo de tramitación simplificada. Durante dicho período de tiempo se realizarán los siguientes trámites: además de la incoación, trámite de audiencia con alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante cinco días hábiles, informes del servicio jurídico, del Consejo General del Poder Judicial y/o del Consejo de Estado u órgano autonómico consultivo equivalente cuando sean preceptivos (lo cual no sucede en un procedimiento sancionador, donde únicamente tendremos informe jurídico, en principio), así como resolución final. No se recoge ningún periodo probatorio, con lo que parece que quedan diluidas las funciones de la instrucción en este procedimiento, siguiendo cierto sector doctrinal (150). En conclusión, atendiendo a los trámites requeridos, además de a la necesidad de separación entre órgano instructor y sancionador consideramos que debe tenerse cuidado con la utilización de este procedimiento simplificado en la materia objeto del presente artículo (151).

(147) Estas dos limitaciones relativas al interés público y a la falta de complejidad las encontramos en el apartado primero del artículo 96 de la LPACAP.

(148) En el indicado dictamen el Consejo General del Poder Judicial criticaba la previsión del artículo 96.2 de la LPACAP: «debe advertirse acerca de la escasa virtualidad que presenta el interés general como motivo justificador de la tramitación de oficio del procedimiento simplificado, cuando ésta se encuentra subordinada al consenso de los interesados».

(149) Consideramos que serán días hábiles, atendiendo a la regla general del artículo 30.1 de la LPACAP. Ahora bien, dicho precepto no establece ninguna consecuencia en el supuesto de que el procedimiento simplificado no logre tramitarse en ese plazo de treinta días hábiles; entendemos que habrá de estarse a la regla general de caducidad con archivo del expediente, por tratarse de un procedimiento incoado de oficio y con posibles efectos desfavorables (art. 25.b de la LPACAP).

(150) HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Hilario M., «El procedimiento sancionador en la Ley 39/2015: ...», *op. cit.*, pág. 8.

(151) Una posibilidad en este sentido sería que la persona instructora conceda siempre un trámite de audiencia al notificar su propuesta de resolución. Atendiendo a que ese trámite de audiencia no es preceptivo, consideramos que no se estaría incumpliendo la regla del artículo 96.7 de la LPACAP.

6. Posibilidad de interponer recurso frente a la resolución finalizadora de un procedimiento sancionador administrativo

Tratándose de un acto administrativo que decide directa o indirectamente el fondo del asunto y que finaliza el procedimiento, las personas interesadas podrán interponer contra la resolución final tanto de una tramitación ordinaria, como de la simplificada, recurso de alzada (cuando no pongan fin a la vía administrativa, lo que suele suceder cuando existe superior jerárquico (152)) o recurso potestativo de reposición (en el resto de supuestos (153)). En el caso del procedimiento complementario de determinación de la cuantía de los daños y perjuicios causados, previsto en el artículo 90.4 de la LPACAP, se prevé expresamente que su resolución pone fin a la vía administrativa, con lo que sólo procederá contra la misma recurso potestativo de reposición (154). Nada de lo afirmado obsta a la posibilidad de interposición de recurso extraordinario de revisión contra la resolución sancionadora que sea firme en vía administrativa cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 125.1 de la LPACAP (155).

Hemos tratado anteriormente la posibilidad de suspensión de la ejecución de la resolución sancionadora. Recordemos que esa resolución no era ejecutiva hasta que no se pudiera interponer ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo suspenderse cautelarmente incluso (artículo 90.3 de la LPACAP). Este último precepto debemos ponerlo en relación con el artículo 117 de la LPACAP, que también se refiere brevemente a la posibilidad de suspender la resolución cuando así se solicite junto a la interposición del recurso administrativo, previa ponderación entre el perjuicio que se causaría al interés público con dicha suspensión y el ocasionado al recurrente con la eficacia del acto recurrido, siempre que su ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación y que la impugnación se base en alguna de las causas de nulidad de pleno Derecho. Como podemos comprobar, se continúa con la regulación del anterior artículo 111 de la LRJPAC. En este punto consideramos que las sanciones pecuniarias difícilmente serían suspendidas atendiendo únicamente a este precepto, salvo que la parte recurrente probase (156) su con-

(152) Artículo 121 de la LPACAP.

(153) Artículo 123 en relación con el 114, ambos de la LPACAP.

(154) Artículo 114.1.f) de la LPACAP.

(155) Respecto al recurso extraordinario de revisión, relacionemos los artículos 113, 125 y 126 de la LPACAP.

(156) Atendiendo a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria de 8 de julio de 2016, fundamento jurídico primero, la persona recurrente «tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicio de reparación imposible o difícil concurren en el caso», sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

creta situación económica y perjuicios de gran entidad con motivo de la cuantía de la multa, siguiendo sentencias como las del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1991, 16 de octubre de 1992 o de 7 de octubre de 2003. Ahora bien, a pesar de que se resuelva en sentido desestimatorio el recurso administrativo interpuesto, defendemos el mantenimiento de la suspensión hasta el pronunciamiento del órgano jurisdiccional competente respecto a la medida cautelar (157), siguiendo sentencias como la del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2016 (158).

IV. Conclusiones

A lo largo de este artículo hemos podido comprobar que la entrada en vigor de la LPACAP y de la LRJSP ha modificado en algunas cuestiones bastante sustanciales la tramitación del procedimiento administrativo sancionador general, sin perjuicio de trámites adicionales que puedan ser establecidos por una ley sectorial, además de ciertas especialidades reglamentarias en cuanto a plazos u órganos competentes. En consecuencia, este procedimiento administrativo común es probable que quede bastante desdibujado con motivo de dichas posibles especialidades. La nueva normativa sectorial que se apruebe seguidamente deberá tener en cuenta las diversas novedades aquí analizadas puesto que, en caso contrario, la remisión en plano al procedimiento general con ciertas especialidades realizadas en esa norma especial puede plantear diversos problemas.

En definitiva, mostramos nuestra conformidad con cierto sector doctrinal (159) que critica la regulación de esta materia sancionadora administrativa de forma parcial y confusa a lo largo de diversos preceptos de dos leyes distintas, la LPACAP y la LRJSP; así, se ha planteado en el presente artículo cierta problemática respecto al grado de autoría de una infracción o, incluso, respecto a la consideración de la persona denunciante como interesada (160) o la falta de identificación de la causa de recusación que

(157) Debemos especificar que este órgano judicial no se ve vinculado por la suspensión producida siguiendo la normativa de procedimiento administrativo común, sino que debe emitir su decisión sobre la medida cautelar de suspensión con base «al régimen de medidas cautelares establecido en los arts. 129 a 136 de la Ley de esta Jurisdicción» (STS de 11 de marzo de 2009, recurso núm. 10455/2004).

(158) Recurso núm. 1789/2015.

(159) Entre otros, CANO CAMPOS, Tomás, «La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa» en *Documentación Administrativa* núm. 5, 2015, pág. 2. Las ideas planteadas en dicho artículo son desarrolladas por el mismo autor en «El autismo del legislador...», *op. cit.*, págs. 30-32.

(160) Así lo consideramos cuando esa persona tenga derechos o intereses legítimos que pudieran resultar afectados con el procedimiento sancionador cuyo inicio se solicita (arts. 4 y 62.5 de la LPACAP, en relación con el art. 30 LPS).

se pudiera plantear (161). Además de echar en falta otras cuestiones como una regulación completa y clara de los concursos de infracciones y de normas, la edad mínima para sancionar, las causas de extinción de la responsabilidad o si existe obligación de incoar un procedimiento sancionador una vez se constata una infracción (162).

Todo ello nos lleva a concluir que el procedimiento sancionador aquí descrito, en su tramitación ordinaria, mantiene las principales características de la normativa anterior, si bien se han incorporado diversas cuestiones jurisprudenciales (como es el caso de la ejecutividad de las sanciones, entre otras) y se ha dado una mayor sustancialidad a la instrucción del mismo procedimiento, la cual puede incluso decidir el archivo del expediente en los supuestos concretos descritos en el artículo 89.1 de la LPACAP. Ahora bien, tampoco podemos dejar de mencionar novedades dentro del procedimiento administrativo común, tales como la ampliación de sujetos responsables (163), la definición de infracción continuada (164) o la nueva fijación de la ejecutividad cuando la resolución sea firme en vía administrativa y, especialmente, las exenciones o reducciones por *clemencia* (165) o por *autoinculpación* (166), además de la tramitación simplificada del procedimiento sancionador (que prevé un procedimiento diferenciado descrito en el artículo 96 de la LPACAP).

Trabajo recibido el 20 de enero de 2018

Aceptado por el Consejo de Redacción el 16 de febrero de 2018

(161) Se ha propuesto en este trabajo que en esos casos se emita notificación solicitando que se subsane la solicitud donde se plantea la recusación con el fin de que se concrete la/s causa/s concreta/s alegada/s, con base en el artículo 68 de la LPACAP.

(162) Tal y como se ha argumentado en el presente trabajo, ante la diversidad de sentencias, no podemos negar la falta de consenso jurisprudencial; ahora bien, en cualquier caso, defendemos la obligación de tramitación de la denuncia, relacionando los artículos 34 de la LPS y 21 de la LPACAP.

(163) Recordemos que, tal y como se ha analizado en el epígrafe II.2 del presente artículo, no sólo podrán ser responsables las personas físicas y jurídicas, sino también los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, siempre que se les reconozca capacidad de obrar por parte de una ley (art. 28 LRJSP).

(164) En el sentido de varias acciones/omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos en ejecución de plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (art. 29.6 LRJSP).

(165) Art. 62.4 LPACAP.

(166) Art. 85 LPACAP, con las consiguientes reducciones acumulables de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta.

LABURPENA: Administrazio Publikoen Administrazio-prozedura Erkidearen 39/2015 eta Sektore Publikoaren Araubide Juridikoaren 40/2015 Legeak duela urte bat baino gehiago indarrean sartu dira. Ondorioz, Administrazio Publikoen lankidegoak bi arau horiek praktikara eramateko aukera izan du eta, horregatik, badirudi momentu egokia heldu dela analisi kritikoa egiteko. Hain zuzen, lan honen helburua zehapen-prozedura da (printzipioak, izapideak, ...); baina, bereziki, balizko aldatetak, prozeduraren lege berri horiek indarrean sartu eta gero. Halaber, saiatuko gara ikuspuntu kritikoak eta irteera posibleak ematen, oraindik aplikagarriak diren epai-erabakiak behin aztertuta.

GAKO HITZAK: Zehapen-prozedura. Administrazio-prozedura. Printzipioak.

RESUMEN: Tras haber transcurrido más de un año desde la entrada en vigor de las Leyes 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, el personal de las Administraciones Públicas hemos tenido ocasión de poner en aplicación ambas normas y, por ello, parece que ha llegado un momento óptimo para realizar un análisis crítico. En concreto, es objeto de este trabajo el procedimiento sancionador (principios, trámites,...), destacando posibles cambios tras la entrada en vigor de estas nuevas leyes de procedimiento, pero intentando aportar un punto de vista crítico y posibles soluciones a la vista de pronunciamientos jurisprudenciales que siguen resultando aplicables.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento sancionador. Procedimiento administrativo. Principios.

ABSTRACT: After more than one year after the entry into force of the Laws 39/2015 of the common administrative procedure of the Public Administrations and 40/2015 of legal regime of the public sector, the personnel of the Public Administrations have had opportunity to implement both standards and, therefore, it seems that there has been an optimal time to conduct a critical analysis. In particular, the sanctioning procedure (principles, processes,...) is the subject of this work and, specially, we want to analyze possible changes after the entry into force of these new procedural laws, but trying to provide a critical point of view and possible solutions in sight of jurisprudential pronouncements that continue to be applicable.

KEYWORDS: Disciplinary procedure. Administrative procedure. Principles.

El rescate de concesión de obra pública. Apuntes al rescate del túnel de Sóller

Mercedes Lafuente Benaches

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.11>

Sumario. I. Introducción.—II. El rescate de concesiones administrativas sobre infraestructuras viarias. 1. La desfiguración reciente de la institución. 2. La incidencia de la normativa europea en materia de concesiones y la polémica sobre si cabe o no rescatar.—III. El rescate de la concesión del túnel de peaje de Sóller. 1. Sus elementos definidores. 1.1. Concesión de obra pública. 1.2. Túnel de peaje. 2. Antecedentes. 3. Pronunciamientos emitidos. 3.1. La aprobación de la propuesta de rescate. 3.2. El Dictamen del Consejo Consultivo de las Islas Baleares. 3.3. La resolución sobre el rescate. 3.4. El Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de suspensión del rescate. 3.5. El Auto del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que deja sin efecto la medida cautelar de suspensión del rescate. 4. Problemas jurídicos que suscita. 4.1. La normativa aplicable. 4.2. En especial. 4.2.1. La competencia para el rescate. 4.2.2. La instrucción del procedimiento. 4.2.3. La motivación de la resolución que legitima el rescate. 4.2.4. La valoración económica del rescate. a. La necesidad de una mayor seguridad jurídica en los criterios utilizados para concretar los elementos indemnizables. b. Del periodo temporal sobre el que versa la indemnización por rescate. c. De la normativa aplicable para calcular el importe de la indemnización por rescate.—IV. Redefiniendo el rescate. Propuestas de mejora.

I. Introducción

El rescate alude a una forma de resolución unilateral de ciertos negocios jurídicos de naturaleza principalmente bilateral(1), por los que se había concedido a un particular el disfrute, la explotación o la gestión del

(1) Para el rescate de las autorizaciones o concesiones demaniales de naturaleza unilateral, véase a MESTRE DELGADO. JF. «La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales» *en Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Coord. por M. CHINCHILLA MARÍN.C., 2004, págs. 491-520.

dominio público, la obra pública o el servicio público por parte de la Administración pública(2).

La doctrina se ha ocupado del rescate marcando las diferencias con otras formas de resolución, pero sin abordar el análisis de la institución con la profundidad que exige un trabajo laborioso y complejo, donde poco ayuda la falta de concreción de criterios indubitados en la normativa a la hora de clarificar cuestiones nucleares en torno a la misma como, por ejemplo, la delimitación de la genérica causa de interés público que justifica el rescate y los efectos (jurídicos y económicos) que genera. Además, la jurisprudencia escasa, casuística y repetitiva en los supuestos contemplados, tampoco proporciona criterios sólidos a la hora de perfilar la institución. Quizás, por ello, durante mucho tiempo ha sido un tema ausente o solo, parcialmente, presente en los trabajos doctrinales que no ha suscitado excesivo interés, la «niña fea» de las causas de resolución.

Existe un resurgimiento del interés por la potestad administrativa de rescate donde se polemiza sobre la conveniencia de mantenerla o de redefinirla. La causa de interés público que debiera justificar su ejercicio encubre una variedad de supuestos ajenos a la institución, ya que se acude

(2) La doctrina está dividida sobre si el rescate es una potestad administrativa (también se discute si la potestad puede ser implícita o ha de ser expresa) o si tiene naturaleza contractual. En la doctrina española, a favor de su naturaleza de potestad con distintos matices, ALBI. F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Ed. Aguilar, Madrid, 1960, pág. 657; BERMEJO VERA. J. «La nacionalización ferroviaria de 1941», en *Revista de administración pública*, n.º 72, 1973, págs. 73-128 y ÁLVAREZ GENDÍN. S., *Tratado general de Derecho administrativo*, Barcelona, 1958, T. I, pág. 466; GARRIDO FALLA. F., *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, T. II, 4.ed., Madrid, 1971; MARTÍNEZ USEROS. E. y GARCÍA OVIEDO. C., *Derecho Administrativo*, 5.ª edición, Madrid, 1955, T. I, págs. 307-308; MESTRE DELGADO. JF (*Op. cit.*, pág. 507) y PONCE SOLÉ. J. «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones,» en *Cuadernos de Derecho local*, n.º 40, 2016, págs. 68-108; BLANQUER CRIADO. D., *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 1377). La doctrina francesa admite el rescate- potestad y el rescate contractual. MODERNE. F. «Le rachat des concessions», en *Colléctivités Locales*, t. III, París, 1985, pág. 3292 y ss. citado por CASSAGNE en *El Contrato Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999 pág. 99. JEZE. G. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1950, t. IV, págs. 244-249 y t.VI, pág. 372 y ss. En la doctrina argentina, discuten si el rescate puede ser contractual y legal y si la potestad de rescate ha de ser expresa o si puede estar implícita en los poderes de la Administración. CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999 pág. 94 y ss.) admite ambas y descarta el rescate «como poder implícito no previsto en el contrato ni en la ley» a diferencia de MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, t. III, pág. 578) y DROMI, *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1992, t. 1, pág. 429) que si lo admite. Y CAJARVILLE, «Extinción de los contratos de la Administración,» en *Contratación Administrativa* (A.A.V.V), F.C.U., 1988, pág. 121) matiza que los poderes exorbitantes en materia de contratación administrativa derivados de las normas que los confieren (una ley o un contrato) o del principio de los poderes implícitos, no puede ser un postulado a priori del cual deducir poderes sino una comprobación inductiva a posteriori. Más exigente parece la postura de VILLARRUEL. S., «El rescate en los contratos administrativos» en *Tratado general de los Contratos públicos* (dirigido por CASSAGNE), La Ley, Buenos Aires, 2013, t. III, pág. 141 y ss.) al señalar la conveniencia de que sea la Ley la que determine el rescate en cada caso particular.

a rescatar para sustituir al concesionario al margen de todo procedimiento, o como resultado de los cambios de orientación política de quienes gobiernan, avivando la polémica de si constituye otro medio de corrupción. Los cambios normativos que concluyen con la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, sobre Contratos del Sector Público constituyen un paso más en la evolución sobre el rescate que también merece una valoración.

El controvertido rescate de la concesión del túnel de Sóller, todavía sub iudice, nos sirve de contexto para profundizar en la rica problemática que el supuesto ofrece y para mostrar los problemas y las debilidades de la institución, a través de su análisis (3).

II. El rescate de concesiones administrativas sobre infraestructuras viarias

Resulta incuestionable la trascendencia de las infraestructuras viarias como elemento dinamizador de la economía, como condición para el ejercicio de derechos básicos (el derecho al trabajo o a la libertad de movimiento) y como elemento clave de la planificación del territorio y de la cohesión social.

Por infraestructuras viales entendemos todo el conjunto de elementos que posibilita el desplazamiento de vehículos en forma confortable y segura. Lo son todo tipo de carreteras, autopistas, vías y caminos así como los puentes o túneles con la amplitud dada por el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social al ámbito objetivo de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de las Autopistas en régimen de concesión (4).

Constituyen obras públicas que se asientan sobre bienes de dominio y uso público, de titularidad administrativa (5). La planificación, la financiación, la construcción, el mantenimiento y la explotación entran dentro del ámbito de competencias de la Administración pública.

(3) La Administración Autónoma Balear, alguno de los Ayuntamientos implicados y ciertas instancias judiciales no han dudado en facilitarnos la documentación analizada en una clara demostración de transparencia.

(4) También el artículo 17. 1. a. ii) del Reglamento (UE) n.º 1315/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, sobre las Orientaciones de la Unión para el desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte, y por el que se deroga la Decisión n.º 661/2010/UE Texto pertinente a efectos del EEE.

(5) Por ejemplo, en materia de concesiones de autopistas, la Ley 8/1972 establece la atribución de competencias administrativas, determina el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y declara que el servicio constituye una actividad propia del Estado.

Cuando la construcción y explotación de la infraestructura se conceden a un particular estamos en presencia de una concesión de obras. (6) Esta opción de gestión posibilita la participación público-privada al amparo de los artículos 220. 1.º de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de concesión de obras públicas y 14 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Este mecanismo de colaboración ha suscitado adeptos y detractores en paralelo a los objetivos políticos y económicos, perseguidos por la Administración, en cada periodo histórico (7). Después de una época de tendencia privatizadora, justificada en la ineficiencia de la gestión pública y en razones de carácter económico que perseguían ampliar las inversiones en infraestructuras a través de fórmulas de asociación público-privadas, en los últimos tiempos se aprecia un fenómeno opuesto a la externalización y a favor de la reinternalización en la Administración de cometidos previamente entregados a los particulares que se justifica en la mala gestión de los particulares. La recuperación por la Administración pública de la actividad prestada y gestionada por el particular, incide en la comunidad al asumir los costes económicos de esta transformación (8).

(6) ARIÑO ORTIZ, G., «Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables?», en Revista de derecho Administrativo, Circulo de Derecho administrativo n.º 7, 2009, pág. 12 y ss.) estima que empieza siendo de obra pública para terminar siendo de servicio público en la medida que «la construcción de la obra es un simple presupuesto de lo que en realidad es el objeto del contrato, que consiste en su explotación, porque aquí es donde se encuentra la finalidad de interés público o, si se quiere, la «necesidad para los fines del servicio público» de que nos habla el artículo 13.º del TRLCA.»

(7) Simplificando existen dos modelos de financiación, privado y público. El modelo de financiación privado no emplea ayudas o garantías estatales y ni grava el presupuesto de la Administración pública ni repercute en el déficit público. La figura tradicional de este sistema es la concesión de obra pública, sin modalidades de ayudas públicas, lo que es desmentido en la realidad pues durante la fase de ejecución de la obra y sobre todo durante la explotación la Administración sale en su ayuda a través de modalidades varias: prórroga del plazo, reequilibrio, peajes en la sombra.... En el modelo de financiación público, el contribuyente termina soportando el costo de la inversión al utilizarse las partidas presupuestarias de las diferentes Administraciones Públicas como instrumento de financiación de la infraestructura, bien sea directamente con cargo a la partida de inversiones reales, o bien con cargo a transferencias corrientes (subvenciones) como inversiones financieras. Un análisis detallado en VASSALLO MAGRO, J.M., «Modelos de financiación de infraestructura» e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R. «Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España,» publicaciones@caf.com, 2010.

(8) Una valoración prudente de los pros y contras del fenómeno remunicipizador en ESTEVE PARDO, J., «Movimiento remunicipizador. Experiencias y expectativas» en *El Cronista de Estado Social y Democrático de Derecho* n.º 69, Iustel, 2017, págs. 4-11). Este autor afirma cómo algunos de los logros destacados de estas remunicipalizaciones necesitan ser calibrados en todos sus efectos pues muchas veces acaban gravando, tal vez más, a los ciudadanos en su condición de contribuyentes por mucho que experimenten un alivio en su condición de usuarios de un servicio. También DOMÍNGUEZ LUIS, J.A. («Equilibrio económico versus riesgo imprevisible en la concesión de obras públicas: El supuesto de las autopistas de peaje», *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 8, 2015, págs. 113-161), concluye que el coste definitivo de una infraestructura pública inviable lo asumen todos los ciudadanos, vía presupuesto público.

La concesión de obras, aunque aceptada y priorizada por la legislación como modelo de gestión(9), viene cuestionándose por los malos resultados de muchas de las concesiones vigentes propiciándose la vuelta al modelo de gestión directa, y recuperándose la potestad administrativa de rescate como técnica para materializar ese cambio.

Entre las contrariedades o efectos indeseados de la potestad de rescate, destacamos:

1. La desfiguración reciente de la institución

La potestad de rescate no siempre se utiliza de forma precisa y se ha convertido en una modalidad de resolución de la concesión de obras y de servicios que encubre, a menudo, situaciones ajenas a las que justifican su lícito ejercicio con el denominador común de poner fin a la relación, más allá de la recuperación por la Administración de la actividad desarrollada para una mejor gestión y de la existencia de un verdadero interés público sobrevenido.

Se acude al rescate de la actividad, con falta de tecnicismo y en un sentido más próximo a su acepción vulgar de «salvación o recuperación», para evitar males mayores en caso de continuidad. Un ejemplo reciente lo encontramos en el rescate de las concesionarias de autopistas(10) que tiene origen en un inadecuado planteamiento de la vida de las concesiones con quiebra de las concesionarias ante los resultados económicos negativos acumulados, fruto de una infravaloración del coste de las expropiaciones(11), de un incorrecto cálculo de los costes de construcción, al ignorar partidas tan significativas como los posibles perjuicios medioambientales, y de previsiones excesivamente optimistas de un tráfico potencial, muy inferior a la realidad.

Para continuar con el servicio y evitar el grave problema del cierre de las vías al tráfico, la Administración pública ha asumido el coste de la quiebra de nueve autopistas de peaje que oscila entre los 2000 y 5500 millones de euros. Las autopistas revertirán a la Administración y será la So-

(9) Así lo manifiesta VILLAR ROJAS, F. J., «Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios públicos locales», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, pág. 106).

(10) Sobre esta cuestión, RIDAO MARTÍN, J. y GARCÍA MARTÍNEZ, A. «La precaria viabilidad de determinadas concesiones de autopistas de peaje en España. Lecciones estructurales para el modelo de colaboración público-privada y una propuesta de solución coyuntural», en *Revista Andaluza de Administración Pública* n.º 87, 2013, págs. 95-135.

(11) Véase a ALBALATE, D., BELG. y BEL-PIÑANA, P., «Tropezando dos veces con la misma piedra: quiebra de autopistas de peaje y costes para contribuyentes y usuarios», en *Revista de Economía Aplicada* n.º 67 (vol. XXIII), 2015, págs. 131 a 152).

ciudad Estatal de Infraestructuras Terrestres (Seittsa), de titularidad pública, quien asuma su gestión y prepare su relicitación para que vuelvan a manos privadas a finales de 2018 ya que no se pretende renacionalizarlas sino volver a ponerlas en el mercado(12). Claro ejemplo de que no estamos ante un genuino rescate, pese a su calificación como tal(13) porque la reinternalización de la gestión de las autopistas es consecuencia legal de la liquidación judicial de las concesionarias(14) y obliga a la Administración pública a asumir la responsabilidad patrimonial como titular de las infraestructuras.

Esta confusión terminológica nos adentra en otro tema, no siempre bien delimitado e importante, como es separar el montante de la indemnización debida al concesionario como consecuencia del ejercicio de la potestad de rescate o por responsabilidad patrimonial, dado que se utilizan criterios distintos para su cálculo. En el caso del rescate, se busca dejar completamente indemne a un concesionario que ha sido un buen gestor y por ello debe indemnizarse por las inversiones no rentabilizadas y los beneficios no obtenidos: valor de las expropiaciones, reducción del plazo inicial respecto a las obras y bienes no amortizados, por el lucro cesante y otros daños y perjuicios demostrables. En el supuesto de responsabilidad patrimonial, el importe final es el resultado de un cruce de indemnizaciones que se compensan: la Administración indemniza al concesionario por el valor de la concesión que pasa a gestionar para evitar que, con esta asunción, pueda derivarse algún tipo de enriquecimiento injusto para ella. El concesionario, en cambio, indemniza por los daños y perjuicios irrogados a la Administración al tener que gestionar la concesión, pudiendo serle incautada la fianza según la interpretación que merezca el supuesto(15).

(12) Resolución de 16 de agosto de 2017, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de gestión directa con la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, SME, SA, por el que se regula la gestión de la explotación y la preparación de la licitación de Autopistas de titularidad estatal (*BOE* 25 de agosto de 2017).

(13) En los medios periodísticos digitales el término «rescate» alude a la situación concursal de las concesionarias. Véase <http://www.elmundo.es/economia/17/10/2017/> donde se indica que el Gobierno presupuesta 2.000 millones para rescatar las autopistas en 2018. También <http://www.publico.es/economia/17/10/2017> y <http://www.elperiodico.com/16/11/2017/> en el que se reconoce que el rescate de las autopistas es una historia que no acaba.

(14) Véase los artículos 211 y 280 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.

(15) Existe la posibilidad de considerar la quiebra como un supuesto imputable o no, al concesionario. La incautación de la fianza es un instrumento de penalización del incumplimiento culpable y voluntario; culpabilidad y voluntariedad que no siempre existen en todos los casos de quiebra. Así se ve en la sentencia de 5 de febrero de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo n.º 2 de Oviedo y ratificada por el Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso de Oviedo) en sentencia de 15 de junio de 2015, donde la ruinosa situación de la concesionaria no se califica de in-

El valor a indemnizar, representado por la concesión, se calcula de forma distinta según cuál sea la legislación aplicable y la previsión de la transitoriedad en ella contenida(16). Con la normativa anterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, la Administración debía indemnizar al concesionario por las inversiones realizadas según su grado de amortización, sin perjuicio de la indemnización debida por el concesionario a la Administración por los daños y perjuicios causados que reducirá el montante total de la indemnización a satisfacer(17). Esta indemnización a favor de la Administración tiene su origen en la resolución del contrato y determina el inicio del procedimiento para poder exigirla. En cambio, con la normativa posterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, el cálculo del valor de la concesión no atiende al criterio la amortización de las inversiones realizadas sino a uno objetivo, determinado por el importe obtenido al ser nuevamente licitada, sin perjuicio de la posible indemnización de concesionario a favor de la Administración por daños y perjuicios que pasa a practicarse en un mismo procedimiento(18). La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público mantiene este valor objetivo pese a haber introducido algunos cambios en los criterios para cuantificar su importe final(19).

cumplimiento a efectos de renuncia del concesionario, sin exigirle la pérdida de la fianza. También los trabajos de BOCANEGRA SIERRA, R. «La renuncia a las concesiones de obra como solución equilibrada en los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato», en *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, coord. por José María Baño León, Vol. 3, 2016 (Tomo III), pág. 2580 y TORRE DE SILVAY LÓPEZ DE LETONA, J., «La indemnización de daños y perjuicios en los expedientes de resolución de concesiones administrativas: a propósito de los ingresos tributarios dejados de percibir» en *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo*, Anuario 2015, Civitas págs. 19-45. Lo decisivo será distinguir entre el incumplimiento culpable y la imputabilidad de la causa por la que se resuelve el contrato, para determinar si procede o no la incautación de la fianza dependiendo de que el resultado de quiebra sea o no culpable.

(16) Resulta polémico decidir si la actual regulación es o no de aplicación a las concesiones adjudicadas con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 271 bis ya que la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley 40/2015 que lo introduce dispone que sólo será de aplicación a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, lo que dejaría al margen a las quiebras de las actuales concesionarias de autopistas. En contra BOCANEGRA SIERRA, R. (*Op. cit.*, pág. 2580) y CAMPO, A., «Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. El nuevo régimen de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración (RPA) y su impacto en esquemas de *project finance* de concesiones de obras públicas,» Newsletter noviembre 2015, pág. 3; a favor CALATAYUD PRATS, I., «Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios», en *Revista General de Derecho Administrativo* n.º. 44, 2017.

(17) Artículo 271. 4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

(18) Así lo mantiene CALATAYUD PRATS, I. (*Op. cit.* pág. 27) considerando que es una de las razones de la reforma introducida y que se canaliza a través de la técnica del «reemplazo.»

(19) En el supuesto de resolución por causa imputable a la Administración, además del importe de las inversiones realizadas descontadas las amortizaciones según un criterio de amortización lineal (no de «demanda o utilización»), la concesionaria tiene derecho a reclamar el lucro cesante, con unas nuevas reglas de cálculo de este lucro cesante y tomando como tasa de descuento el coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario, así como el daño emergente de las obras e instalaciones que no reviertan a la Administración (artículo 280).

Generalmente, la indemnización por el rescate será más ventajosa para el concesionario que la que pudiera corresponderle por responsabilidad patrimonial, otra razón más para no incurrir en la confusión existente a la hora de calificar los distintos supuestos.

2. La incidencia de la normativa europea en materia de concesiones y la polémica sobre si cabe o no rescatar

La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, exigía su trasposición a nuestro Ordenamiento interno lo que se ha realizado con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público.

El hecho de que la Directiva no mencione el rescate como forma de resolución de la concesión (no figura entre las causas enunciadas en el artículo 44) ha sido interpretado de manera diversa. Un sector⁽²⁰⁾ lo interpreta como el fin de la institución en su consideración originaria de poder exorbitante, reconduciendo su potencial ejercicio a la potestad expropiatoria⁽²¹⁾. Quienes justifican esta toma de posición alegan como razones la seguridad jurídica y el respeto al principio *pacta sunt servanda* y priorizan la igualdad de trato, la eficiencia y la integridad en la gestión de los fondos públicos sobre el interés público, que ya no es título jurídico suficiente para ejercer por sí solo potestades sobre un contrato en ejecución, debiendo prevalecer la seguridad del concesionario asentada sobre el principio de confianza legítima.

Otro sector⁽²²⁾ entiende que el Ordenamiento Comunitario respeta la libertad de elección de la forma de gestión de los servicios públicos por parte de los Estados miembros y que la mencionada Directiva, pese a no contemplar el rescate como forma de extinción, tampoco lo prohíbe. A su juicio, será la normativa que trasponga la Directiva al Ordenamiento interno quien que tenga la última palabra⁽²³⁾.

(20) Sobre esta cuestión GIMENO FELIU. J.M., SALA SÁNCHEZ. P. y QUINTERO OLIVARES. G., *Público y privado. El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamento, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, 2017 y GIMENO FELIU. J. M., «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario» en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, págs. 50-71.

(21) GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. F., «Contratos y concesiones de Obras: La Ley 13/2003 reguladora del contrato de concesión de obras públicas», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 16, 2003) la califica de expropiación virtual porque, a diferencia de las expropiaciones propiamente dichas, no se siguen los procedimientos establecidos en la legislación de expropiación forzosa.

(22) PONCE SOLÉ. J. (*Op. cit.*, pág. 68 y ss.).

(23) TORNOS MÁS. J., «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, lustel, 2016) considera que el poder adjudicador, según la nueva Directiva, parece perder la posibilidad de modi-

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público admite el rescate en los artículos 279 c) y 294 c). En el contrato de concesión de obras, el rescate será «la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular» y en el contrato de concesión de servicios, la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente «por razones de interés público». La potestad de rescate se mantiene si bien su ejercicio, además de la originaria razón de interés público, requerirá la acreditación de que ese interés público determina un cambio de gestión por lo que, únicamente, será legal si resulta ser una forma de gestión más eficaz y eficiente que la concesión. Rescatar será posible solo cuando las circunstancias de interés público impongan un cambio al modelo de gestión (directa) por resultar más eficaz y eficiente que el modelo de gestión anterior. Ello determina la imposibilidad de ejercitar la potestad de rescate con otras finalidades y excluye, muy especialmente, los rescates meramente ideológicos o políticos (24).

III. El rescate de la concesión del túnel de peaje de Sóller

Entre las infraestructuras viarias susceptibles de rescate están los túneles de peaje (25). Desde los más remotos tiempos pagar para pasar por una vía (26) ha sido desaprobado socialmente. Existe la convicción de que los bienes por donde discurren las infraestructuras viarias son de dominio público y que su destino natural es la utilización por la generalidad de forma gratuita, porque pagar para usar la vía se opone a la «libertad de ir

ficar la forma de gestión de un contrato en vigor por razones de oportunidad, esto es, en el ejercicio de la prerrogativa del rescate concesional. Así se deduce del artículo 44 de la Directiva 2014/23 aunque, en su opinión, habrá que esperar a la trasposición la Directiva para ver si ello se confirma.

(24) En este sentido, GIMENO FELIU. J.M., CAAMAÑO DOMÍNGUEZ. F., QUINTERO OLIVARES. G. y SALA SÁNCHEZ. P., *Servicios públicos e ideología: El interés general en juego*, Profit Editorial, 2017; COTS I VALVERDE. R., FEIJÓO REY. M.J., QUINTERO OLIVARES. G., y SALA SÁNCHEZ. P., *La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías. El interés general y la excelencia en los servicios públicos*, Ed. Almuzara, Economía y Empresa, 2017; AGUILAR VALDEZ, O.R., «Caducidad, Rescisión y Rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos», en la obra colectiva *Servicio Público y Policía*, Director CASSAGNE, J.C., El Derecho, 2006, pág. 153 y ss.) reconoce que el interés público tiende a confundirse —en ocasiones— con los cambios de orientación política, por lo que el rescate puede ser utilizado como medio de adecuación de la concesión a los vaivenes políticos, convirtiéndose de ese modo en un posible instrumento de corrupción.

(25) Un antecedente de rescate de túnel de peaje en nuestro país lo encontramos en 2016 con el túnel del AVE a Francia, donde el Gobierno asumió los 557 millones de deuda que había dejado ACS y su socio.

(26) Su más remoto origen (romano) se encuentra en los portazgos. Sobre esta cuestión GARCÍA ORTEGA. P. *Las concesiones administrativas de carreteras en el Ordenamiento jurídico español*, Ministerio de Obras públicas y Urbanismo, 1978.

y venir» (27). Esta creencia queda desmentida cuando el legislador, en la normativa comunitaria e interna, contempla los peajes como una opción al uso de las vías de comunicación (28).

La imposición de un peaje sólo podría ser combatido legalmente en el caso de ser discriminatorio para administrados que se encuentran en idéntica situación o cuando su finalidad sea impedir, injustificadamente, el tránsito.

1. Sus elementos definidores

La infraestructura relativa a la construcción de un túnel constituye una obra pública que, entre otras modalidades, puede ser financiada a través de un peaje. Este peaje podrá provenir de la Administración (29) o de los usuarios que la utilicen o de ambos.

1.1. CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Un túnel es una obra subterránea de carácter lineal que comunica dos puntos con la finalidad de dar paso al tráfico de personas y mercancías.

(27) Véase DUCROCQ. T. «Ley del 30 de Julio 1880 sobre el rescate de las concesiones de puentes de peaje» en THORIN. E, *Curso de Derecho Administrativo*, 1881, París, T. II, 6.ª edición, págs. 128-130; DE RUS. G. ROMERO. M. y TRUJILLO. L., *Participación privada en la construcción y explotación de carreteras de peaje*, Fundación Fondo para la Investigación económica y social, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2000, pág. 3) señalan que en España es muy general la percepción de que la carretera es un bien de uso libre que debe proveer el Estado.

(28) A nivel Comunitario, la Directiva 1999/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras y la Directiva 2011/76/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, que la modifica, admiten la posibilidad de establecer peajes a los vehículos pesados de transporte de mercancías asociados a los costes de la infraestructura y/o a los costes externos. También introducen cambios en el ámbito de aplicación y en los criterios para el cálculo de dichos peajes, incluidos aquéllos correspondientes a autopistas de peaje en régimen de concesión. A nivel interno, existe un cambio evidente en la norma derogada —Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, en el artículo 16.1— donde el establecimiento del peaje es una excepción y en la actual —Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras, en su artículo 22.2— donde es una opción en igualdad de condiciones.

(29) Estamos frente al denominado «peaje sombra.» El concesionario no cobra un peaje a los usuarios, para los que el uso de la infraestructura es gratuito. La remuneración es satisfecha por la propia Administración en base al nivel de utilización de la infraestructura y de otros factores relacionados con la calidad del servicio. También cabe un sistema de remuneración mixto o «peaje blando», en el que existe un pago por los usuarios que no cubre la totalidad del importe para la financiación de la obra, y un «peaje sombra» de la Administración por el resto del coste. Véase a RODRÍGUEZ MÁRQUEZ. J. «Los sistemas de colaboración público-privada para la provisión de bienes y servicios públicos. Su incidencia en el sistema de ingresos públicos», en *Revista española de control externo*, n.º 28, 2008, págs. 111-140; VASSALLO MAGRO. J. M. y PÉREZ DE VILLAR CRUZ. P. «Diez años de peaje sombra en España», en *Revista de Obras Públicas*, n.º 3.506, año 157, 2010.

Para calificar la construcción y explotación de un túnel de contrato de concesión de obra pública, además de la propia construcción de la infraestructura del túnel, resulta esencial para el concepto que sea susceptible de explotación por el concesionario.⁽³⁰⁾ARIÑO ORTIZ ⁽³¹⁾ entiende que la construcción de la obra es un mero presupuesto o soporte de lo que, en realidad, es el objeto del contrato: su explotación con apertura al público.

La obra ha de ser susceptible de explotación económica porque tiene por objeto proveer a la colectividad de un determinado servicio de interés general: en este caso, el tránsito y transporte de personas y mercancías con incidencia marcadamente económica, posibilitando con ello el crecimiento y el desarrollo económico de la zona donde se ubica la infraestructura y del conjunto en general.

El derecho de explotación del túnel permite una retribución al concesionario, que podrá adoptar modalidades distintas, entre las que destaca la posibilidad de cobrar al usuario por la utilización de la obra (peaje), sin que ello pueda determinar una exclusión de la responsabilidad de la explotación o riesgo operacional, para el concesionario ⁽³²⁾.

1.2. TÚNEL DE PEAJE

Construida la infraestructura del túnel y abierto al público, los usuarios pueden utilizarla gratuitamente o mediante un peaje como contraprestación por su uso.

La naturaleza jurídica del peaje es la de ser una tarifa, un precio privado. El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de mayo de 2013 (RJ 2013\4685), concluye que la naturaleza jurídica del peaje es la de una «contraprestación de derecho privado» abonada como precio a una entidad privada en medio de una relación jurídica de índole contractual. La competencia administrativa para su fijación corresponde al ejercicio de la potestad tarifaria, que opera en el contexto de una relación económica de

(30) Concepción presente en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público al señalar, como objeto de la concesión de obras, la realización de ciertas prestaciones por el concesionario con contraprestación a favor de aquél, consistente o bien únicamente en el derecho a explotar la obra o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio (artículos 13 y 14). La explotación de la obra conlleva la transferencia al concesionario de un riesgo operacional, comprensivo del riesgo de demanda o el de suministro o ambos, debiendo conocer y asumir el concesionario que, durante la vida de la concesión, estará expuesto a las incertidumbres ordinarias del mercado (artículo 14. 4).

(31) *Op. cit.*, pág. 17.

(32) Esta compartición de riesgos no excluye el riesgo operacional si la Administración, con ello, no elimina el riesgo inherente a la explotación.

carácter sinalagmático y su percepción responde a un régimen de derecho privado, que disciplina las relaciones entre la sociedad explotadora y el usuario y no a uno de derecho público como es el que disciplina los créditos de la Hacienda pública con los ciudadanos contribuyentes, lo que excluye su consideración de prestación patrimonial de carácter público del artículo 31. 3 de la Constitución.

El peaje es un elemento destacado en la relación contractual en la medida que se integra en el derecho del concesionario a la explotación —objeto de la concesión— y que trata de garantizar su equilibrio económico financiero. TORNOS MAS (33) reconoce en el peaje un «claro matiz contractual» pues, aun siendo fijado unilateralmente por la Administración titular del servicio, su cuantía se vincula al objeto del servicio y puede verse afectado en su determinación por la ruptura del equilibrio financiero del contrato.

El peaje por el uso de la infraestructura, aun cuando cumpla una función principal de mecanismo financiero, debe evolucionar en su concepción hasta alcanzar la significación de precio por un servicio diferencial (34). Por ello, además de servir al cometido principal de financiar la construcción y de mantener la infraestructura, debe valer para gestionar la demanda de tráfico eficientemente, reinvertir en seguridad, servir factor de integración territorial y social, potenciar la apertura de mercados y el fomento del turismo y asumir ciertos compromisos medioambientales.

La imposición del peaje por el uso de la infraestructura presupone la existencia de una vía alternativa, de manera que haya otra forma de paso que permita llegar al mismo destino, aun cuando esta última implique un tráfico más complicado: más tiempo, más congestión y menos seguridad. De no existir la alternativa, la imposición de un peaje podría verse como una limitación discriminatoria al libre tránsito de algún sector de la población, lo que podría corregirse con el reconocimiento de ciertos estímulos, como bonificaciones, a favor de los usuarios más afectados por su imposición.

2. Antecedentes

En fecha de 19 de septiembre de 1986, la empresa Viales y Estacionamientos, S.A., (VYESA) presentó ante la Consellería de Obras Públicas y

(33) «Potestad tarifaria y política de precios», en *Revista de Administración Pública* n.º 135, 1994, pág. 80.

(34) ROBUSTÉ ANTÓN. F., «El peaje en autopistas como precio por un servicio y como garante de sostenibilidad», en *Revista de Obras Públicas* n.º. extra 3425, 2002, págs. 127-139 (ejemplar sobre El nuevo sistema concesional. Consideraciones sobre el proyecto de ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas).

de Ordenación del Territorio un escrito en el que exponía el problema de la Carretera C-711 —entre los puntos kilométricos 17 al 28— en su paso de la Sierra de Alfabia, proponiendo la construcción de un túnel y llegando a la conclusión de la conveniencia de instrumentarlo a través de un contrato de obra pública en régimen de concesión de peaje. A esta propuesta, se unirían otras posteriormente.

El día 6 de abril de 1988 (BOCAIB de 14 abril de 1988), el Pleno del Parlamento Balear aprobó y otorgó su conformidad a una serie de Resoluciones relativas al Anteproyecto del túnel de Sóller.

En fecha 6 de julio de 1988 (BOCAIB de 21 de julio de 1988), el Gobierno Balear convocó el concurso para la adjudicación de la «concesión para la construcción, conservación y explotación, como carretera de peaje, de la variante de la C-711 con túnel que cruce la sierra de Alfabia».

Por Decreto 86/1988 de 18 de noviembre (BOCAIB de 22 de diciembre), la concesión se adjudicó a la oferta encabezada por D. Antonio Cuart Ripoll a lo que le siguió la constitución de la sociedad adjudicataria «Compañía Concesionaria del Túnel de Sóller». El plan de ejecución de las obras pasaba por las fases siguientes: presentación del Proyecto (4 meses), inicio de las obras (6 meses), terminación de las obras (24 meses), apertura al tráfico (26 meses), todos ellos computados a partir de su entrada en vigor que fue el día 23 de diciembre de 1988. Las obras ni cumplieron las previsiones temporales señaladas ni estuvieron terminadas en el plazo previsto sino seis años después, inaugurándolas el 19 de febrero de 1997 (35).

El 20 de agosto de 1997, la empresa concesionaria del túnel de Sóller presentó reclamación ante la Administración Balear solicitando el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión por el retraso sufrido en la conclusión de las obras con el correlativo acortamiento del periodo concesional inicialmente previsto y por el incremento de los costes derivados de circunstancias imputables a la Administración.

Ante el silencio desestimatorio de la Administración Balear, la concesionaria interpuso recurso contencioso-administrativo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en sentencia de 12 de marzo de 2004 (1277/2004). El fallo favorable a la concesionaria disponía que la Administración demandada debía abonarle: a) la cantidad de

(35) Las causas: la mala planificación extensiva al estado del terreno, con derrumbe de rocas a 500 metros de la boca norte del túnel en 1990 supuso una de las primeras pausas en el proyecto, el inadecuado diseño de los accesos incluidos en el anteproyecto con modificación y ampliación con realización de obras complementarias (diversas canalizaciones para el «aprovechamiento de Aguas de Sa Costera y Torrente Mayor de Sóller» y de las Compañías Gesa y Telefónica) y los sobrecostes añadidos por las sucesivas revisiones de precios respecto a lo pactado con la empresa contratista, provocaron quiebra de la concesionaria con un nuevo parón en las obras hasta que Fomento de Construcciones y Contratas (FCC) acabó haciéndose con la concesión, reanudándose las obras a finales de 1994.

2.941.457,55 euros (489.417.356 ptas.), IVA excluido, con el interés legal del mismo, incrementado en 1,5 puntos, a partir de los seis meses siguientes a la recepción; b) los gastos financieros intercalarios producidos por el retraso —en diez meses— en la puesta en servicio del túnel, y en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia; c) el lucro cesante derivado de la pérdida de explotación por plazo de diez meses, que igualmente se determinará en ejecución de sentencia, sin hacer expresa declaración en cuanto a costas procesales.

Por Auto aclaratorio de 19 de abril de 2004 (Auto n.º 1908/98) y, en relación a los puntos b) y c) del tercer pronunciamiento de la sentencia 212/2004, se dispuso que el resarcimiento a la concesionaria podría articularse «a elección de la Administración, por medio de subvención, revisión de tarifas, prórroga de la concesión o por medio de todas o parte de estas medidas».

Como consecuencia de ambas decisiones judiciales —y en ejecución de los fallos emitidos— la concesión sufrió dos modificaciones: Con la primera —26 de julio de 2004— el Pleno del Consejo de Mallorca acordó modificar determinados términos de la concesión administrativa con la aprobación de un convenio de colaboración para las instalaciones de control del Túnel de Sóller, firmado el día 28 de septiembre de 2004 entre el Consejo Insular de Mallorca y la Concesionaria, donde se indica que el Plan económico-financiero presentado por la Compañía concesionaria del Túnel de Sóller constituye la base económico-financiera y que, en adelante, regirá la concesión. Con la segunda —10 de septiembre de 2007— el Pleno del Consell de Mallorca acordó modificar la duración de la concesión administrativa hasta el día 30 de junio de 2022; aprobar un nuevo Plan económico-financiero —presentado por la concesionaria el 24 de enero de 2007— que, una vez firmado por las partes, pasaba a regir el contrato de concesión; y mantener la vigencia del convenio de 28 de septiembre 2004 excepto en el Plan económico-financiero, sustituido por el aprobado el 24 de enero de 2007.

El 2 de agosto de 2017, el Pleno del Consell Insular de Mallorca ratificó y aprobó el acuerdo de rescate de 6 de marzo de 2017 que fue notificado a la concesionaria el 15 de marzo de 2017 para que presentara alegaciones, lo que hizo en el mes de abril. En ellas, la concesionaria se opone al rescate en sí y a la cuantificación indemnizatoria calculada para resarcirle.

3. Pronunciamientos emitidos

La complejidad de la decisión de rescatar la concesión de obra pública del túnel de peaje de Sóller queda de manifiesto por la variedad y el alcance de los pronunciamientos emitidos.

3.1. LA APROBACIÓN DE LA PROPUESTA DE RESCATE

El 6 de marzo de 2017, en sesión extraordinaria, el Pleno del Consell de Mallorca aprobó iniciar el procedimiento para rescatar la concesión del túnel de Sóller. La específica razón de interés general alegada era garantizar la igualdad de trato para todos los usuarios del túnel, dado que el Consell de Mallorca construye y mantiene todas las infraestructuras de la red de carreteras de la Isla de Mallorca con dinero público. Esta propuesta se hacía eco de una anterior petición del Ayuntamiento de Sóller que, en septiembre de 2015, instaba al Gobierno Balear y al Consell de Mallorca a acordar y proceder al rescate de la concesión del túnel de Sóller, alegando que ésta constituye una desventaja en materia de comunicaciones y transportes, una penalización inaceptable y un sobrecoste inasumible para los ciudadanos y para todas las personas que se relacionan con el Valle de Sóller; reivindicación compartida por los Gobiernos locales de otros municipios como Fornalutx, Bunyola y Escorça, también afectados por el túnel.

3.2. EL DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ISLAS BALEARES

El dictamen preceptivo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa general en materia de Contratos del Sector público (36) y en la específica de este Alto organismo (Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, en su artículo 18.12.c)), constituye una garantía de regularidad del procedimiento, cuya omisión podría acarrear la invalidez de la decisión de rescate. La solicitud de este dictamen, a petición del Presidente del Consejo Insular de Mallorca, tuvo lugar el 22 de mayo de 2017. El Consejo Consultivo de las Islas Baleares dictaminó favorablemente la decisión de rescatar el túnel de Sóller el 2 de julio de 2017 (37). El sentido favorable del dictamen quedaba condicionado a que la Administración Balear atendiera a una serie de observaciones relativas al montante indemnizatorio del rescate donde, pese a mostrar una posición próxima a la cuantía indemnizatoria propuesta, aconsejaba sopesar la repercusión de los impuestos del IBI y del IVA en la partida relativa a «otros daños y perjuicios».

(36) Artículos 211 del RD legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 109.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y 114 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril en materia de régimen local.

(37) Dictamen 91/2017.

3.3. LA RESOLUCIÓN SOBRE EL RESCATE

La resolución de rescate de 2 de agosto de 2017 se separa de las observaciones realizadas por el Consejo Consultivo, al no tener carácter vinculante, y confirma la anterior propuesta de rescate en los términos siguientes: desestima las alegaciones de la Compañía Concesionaria del Túnel de Sóller, ratifica los motivos del interés público que motivaron el inicio del expediente del rescate, fija la indemnización del concesionario en la cantidad de 17.404.179,18 € y autoriza un gasto por ese importe que se financiará con cargo a una serie de partidas presupuestarias que delimita expresamente.

3.4. EL AUTO DEL JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE SUSPENSIÓN DEL RESCATE

Por Auto n.º 167/2017, de 25 de agosto de 2017, el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 3 de las Islas Baleares acordó la suspensión cautelar del acuerdo de rescate de 6 de marzo de 2017 (38). Con el reconocimiento de esta medida cautelar confirma la cautelarísima, concedida por Auto de 17 de agosto de 2017, suspendiendo la ejecutividad del rescate por la «perentoriedad individualizada que supondría, de tener eficacia el acto el 1 de septiembre, la extinción de la persona jurídica solicitante, así como la obligación de abono de elevadas cantidades que vencen anticipadamente, no pudiendo acudirse a otro instituto que permita proteger, siquiera temporalmente, tales intereses». El Auto dispone mantener la suspensión hasta la sentencia firme que ponga fin al proceso, sin perjuicio de modificación o revocación de cambiar las circunstancias presentes, y condena en costas a la Administración demandada. Esta decisión fue recurrida por el Consejo Insular de Mallorca

3.5. EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES QUE DEJA SIN EFECTO LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL RESCATE

El Auto n.º 185/2017, de 13 de diciembre de 2017 (n.º 00185/2017) del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, al estimar el recurso interpuesto, revoca el auto apelado y deniega la medida cautelar de suspensión anteriormente concedida.

(38) Alejandro González Mariscal de Gante, Magistrado-jefe del Juzgado. Contencioso/Administrativo. n.º. 3 de Palma de Mallorca.

El Tribunal justifica la denegación de la medida cautelar en que no se cumplen los requisitos del artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (39) y en el carácter exclusivamente económico de los perjuicios irrogados al concesionario con el rescate. Esta última consideración permite denegar la medida cautelar en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo por la que «la ejecución de actos administrativos de tal naturaleza, salvo excepciones específicas y acreditadas por las especiales circunstancias que lo rodean puedan hacer procedente la suspensión de su ejecutividad, no genera perjuicios de imposible o difícil reparación, toda vez que la Administración es por su propia naturaleza, organización y funcionamiento, una entidad pública responsable y solvente en grado máximo, por lo que la posible existencia de esos perjuicios económicos derivados de la ejecución del acto administrativo que posteriormente fuese anulado en vía jurisdiccional, no puede ofrecer ni ofrece dificultades en cuanto a la adecuada reparación de los perjuicios y daños causados fácilmente conseguible dada la solvencia de la Administración» (40).

4. Problemas jurídicos que suscita

Decisivo para la correcta solución de los interrogantes planteados por el rescate de la concesión del túnel de peaje de Sóller es determinar la

(39) A nuestro juicio el Tribunal realiza una incorrecta valoración de los requisitos del art.130 de la LJCA y acepta por válida una afirmación del Consejo insular que no es exacta ya que la Administración Insular señala que la concesión «se encuentra en una fase de prórroga y no en el período concesional inicial» lo que es una verdad a medias, sin reparar que la «prórroga» lo es en ejecución de un fallo judicial que, en su día, reconoció el derecho al concesionario a alargar el plazo de la concesión no como un plus añadido a la duración inicial de la concesión sino para compensarle por los años de retraso en la apertura y explotación. Existe una decisión judicial que ampara al concesionario a mantenerse en la concesión hasta 2022 que podría interpretarse como un *fumus boni iuris* que refuerza su posición al solicitar la cautelar de suspensión que no ha sido valorado. Por otro lado, el Tribunal no sopesa todos los intereses implicados centrándose en los del concesionario, que califica de económicos, sin valorar otros perjuicios como él que para la ciudadanía supondrá asumir el coste del rescate, y la pérdida de puestos de trabajo del personal de la concesionaria. Tampoco justifica qué perjuicio supone para la Administración Insular no rescatar anticipadamente y tener que esperar al vencimiento natural de la concesión. Esta inadecuada ponderación de todos los intereses implicados no permite sopesar cuál es el interés prevalente.

(40) Esta doctrina se asienta sobre la creencia de que la Administración Pública siempre es solvente y proviene de la Sala Tercera de Tribunal Supremo tal y como viene referenciado en sentencia n.º 215/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana, Sección 1, n.º rec. 344/2016 de 30 de Marzo de 2017, concretamente los Autos de 3 de junio de 1992, 14 de enero de 1992, 28 de septiembre de 1994, 19 de marzo de 1997, entre otros). Existen sentencias que, en atención al supuesto concreto enjuiciado, no aplican este criterio por entender que se parte de un presupuesto irreal. Entre otras, la sentencia del TSJ de Murcia de 27 de mayo de 2011(n.º rec. 396/2010), considera: «Tampoco es un argumento de peso afirmar que la solvencia de la Administración local se presume para el caso de que tenga que devolver las indemnizaciones pagadas por la concesionaria, ya que son conocidas, en la actual época de crisis las dificultades que incluso la Administración puede tener para hacer frente a sus obligaciones diarias».

normativa aplicable al encontrarnos ante una relación de larga duración —años 1988 a 2022— donde incide, no sólo el transcurso del tiempo con los posibles cambios legislativos acaecidos en ese periodo temporal sino también una sucesión de acontecimientos a valorar para poder alcanzar la solución más acorde a Derecho.

4.1. LA NORMATIVA APLICABLE

Durante la vigencia de la concesión del túnel de Sóller, la normativa ha ido modificándose al ritmo de los cambios legislativos que se han ido sucediendo en el tiempo y que han incidido en distintas fases de la misma acompañando su evolución, como exponemos a continuación.

—En fase de adjudicación de la concesión. Cuando la concesión se adjudicó en 1988 (41), la normativa aplicable la constituía el propio contrato y la legislación vigente en la materia en ese momento a la que éste remitía (42).

—En fase de novación de la concesión en 2004 y 2007. Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 12 de marzo de 2004 y de 19 de abril de 2004 posibilitaron la modificación del plazo de la concesión y de su Plan económico-financiero, como mecanismo del cumplimiento del fallo emitido. Este hecho obliga a plantearse si, a partir de las modificaciones introducidas en estos años, resulta aplicable la legislación originaria o la dictada con posterioridad porque desde la adjudicación de la concesión en 1988 hasta las sucesivas modificaciones en 2004 y 2007 aparecen regulaciones nuevas con repercusión en la materia, como sucede con la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas que derogó las leyes anteriores sobre Contratos del Estado; el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto refun-

(41) La adjudicación se formalizó el día 23 de febrero de 1989.

(42) Por entonces estaban vigentes normas específicas (Ley sobre construcción, conservación, explotación de Autopistas en régimen de concesión de 10 de mayo de 1972, 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, Pliego de Bases del Concurso y de Cláusulas Particulares aprobados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de 9 de junio de 1988, Ley de Carreteras de 29 de julio de 1988) y normas generales, como la legislación de Contratos (Ley de Bases de Contratación del Estado de 28 de diciembre de 1963, su Texto articulado de 8 de abril de 1965, el Reglamento de Contratación del Estado de 28 de diciembre 1967, parcialmente modificados por Ley 5/1973, de 17 marzo y Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre. Normas estas que, como consecuencia de la incorporación de España a la Unión Europea en 1986, serían modificadas por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo y por el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre).

dido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de concesión de obras públicas y la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

—En fase de resolución del rescate. Desde 2007 —última novación— a la actualidad se han dictado el Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, posteriormente modificado y completado por numerosas normativas sectoriales y la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que deroga la anterior e introduce cambios en la regulación del rescate que, dependiendo de la interpretación que demos a la cláusula de transitoriedad, podría afectar o no a la resolución de rescate relativa al túnel de Sóller.

A su vez, para poder decidir la normativa aplicable resulta relevante tener presente tres cuestiones: Primera, la naturaleza contractual de la concesión y la necesidad de estar al principio de *pacta sunt servanda*. Segunda, la previsión de un régimen de transitoriedad y la delimitación de su alcance. Por último, el carácter novatorio, extintivo o no, de las modificaciones operadas en la concesión.

—La naturaleza contractual de la concesión y la necesidad de estar al principio de *pacta sunt servanda*. Atendiendo a la naturaleza contractual de la concesión de obra pública y de acuerdo con los más elementales principios jurídicos en contratación privada y pública, los pactos están para cumplirse pues el contrato obliga a los contratantes y debe ser puntualmente cumplido respetando los términos del mismo, teniendo prioridad lo dispuesto en él, siempre y cuando sus estipulaciones no contradigan el interés público, el Ordenamiento jurídico y los principios de buena administración.

Que los contratos son obligatorios y que las obligaciones nacidas de los mismos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes deriva de la propia Norma (artículos 1091 y 1278 del Código Civil) que otorga esa vinculación a la común voluntad de las partes, hasta el punto de no poder dejarse su validez y cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256 Código Civil).

Todos los instrumentos normativos que regulan la concesión del Túnel de Sóller respetan estas prescripciones. Los Pliegos(43) indican que sus

(43) El Pliego de Bases para el concurso de construcción, conservación y explotación, del túnel de Sóller (Base 10.^a) y el Pliego de Cláusulas Particulares que rige la concesión del túnel de Sóller (Título Primero) así lo recogen.

cláusulas rigen la vida de la concesión y, en su defecto, lo hará la normativa vigente aplicable en la materia. El Decreto de adjudicación de la concesión remite al contrato como normativa reguladora y, en su defecto, a la normativa vigente aplicable. El propio documento de formalización del contrato dispone la prioridad de lo estipulado en él y señala, en su cláusula undécima como la sociedad concesionaria queda vinculada frente a la Comunidad Autónoma en los términos contenidos en su proposición, con las modificaciones introducidas y aceptadas por el licitador/adjudicatario y en lo no regulado por el contrato por «las normas contenidas en el Decreto 86/88, de 18 de noviembre, en la Ley 8/1.972, de 10 de mayo, en el Pliego de Cláusulas Generales, aprobado por Decreto 215/1.973, de 25 de enero, en el Pliego de Bases del Concurso y de Clausulas Particulares, aprobados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares el 9 de junio de 1.988, y con carácter general, por las preceptos contenidos en la vigente legislación de contratos».

—El régimen de la transitoriedad y su alcance. En términos generales, el problema de la transitoriedad de las normas debe resolverse a través de lo que disponga la última normativa dictada si, en ella, se ha previsto el Derecho aplicable a las relaciones constituidas bajo la normativa anterior que siguen vigentes en el momento de su entrada en vigor. Sólo en caso de no existir una norma que regule expresamente esta cuestión se estará, supletoriamente, a lo dispuesto en el Código civil (44).

La legislación vigente en las distintas etapas de la concesión del túnel de Sóller sí contiene una norma transitoria que ha ido evolucionando y adquiriendo, con el tiempo, un mayor grado de precisión (45).

(44) El Consejo de Estado, en dictamen n.º 3.678/1997, se muestra favorable a aplicar las disposiciones transitorias del Código Civil (erigidas en «derecho intertemporal común») que prevén que, a falta de norma específica, «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma.»

(45) La evolución es la siguiente: La Ley 5/1973, de 17 de marzo, de Contratos del Estado establecía que dicha regulación solo se aplicará a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de explotación o de bases aprobados con posterioridad a dicha fecha y su Reglamento, de 25 de noviembre de 1975, matizaba que la normativa contenida en él únicamente afecta a las actuaciones que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor; La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas determinaba que su regulación se extendía a los expedientes de contratación en curso ya adjudicados y el Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y la Ley de 23 de mayo de 2003, reguladora del Contrato de concesión de obras públicas refiere la adjudicación al momento de la publicación de la convocatoria; La Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público introduce diferencias, en el alcance de la transitoriedad, por primera vez, y puntualiza que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por la normativa anterior sólo «en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas»; criterio reproducido en el Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; Finalmente, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público modifica parcialmente el alcance de la transitoriedad al hacerlo extensivo también a la «modificación del contra-

También, en relación con el alcance de la transitoriedad, surge la cuestión relativa a la disparidad existente entre lo que, literalmente, dispone la legislación respecto a la aplicación de la normativa anterior «a efectos de cumplimiento, modificación y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, de los contratos ya adjudicados» y el criterio del Consejo de Estado y homónimos autonómicos, con reflejo en alguna jurisprudencia, favorable a separar de aquellos los aspectos relativos a la competencia y al procedimiento del rescate que se regirán por la normativa vigente en el momento de proceder al rescate; quizás el futuro Reglamento de desarrollo debería aportar luz y consenso sobre estas discrepancias manifiestas en la legislación y en la práctica.

Ante este abanico de posibilidades, nos posicionamos a favor de entender aplicable la normativa vigente y coetánea al momento del nacimiento de la concesión cuando este criterio se recoja en su clausulado. Ello no está reñido con que dicha normativa sea interpretada en coherencia con la dictada posteriormente, cuando no resulte radicalmente incompatible con el contenido básico de la que constituye la regulación preferente, muy especialmente si la legislación última es fruto de la adaptación de la normativa interna a la legislación Europea o a dictados constitucionales (46).

—El carácter novatorio, extintivo o no, de las modificaciones operadas en la concesión. Resulta relevante determinar si las modificaciones, experimentadas por la concesión que la novan indudablemente, tienen carácter extintivo o modificativo. Y es relevante porque si la novación opera con efecto extintivo, tendríamos que concluir que la normativa aplicable a la concesión es la vigente a partir de la fecha de su novación.

Aunque cualquier modificación de los elementos de un contrato determina su novación, ésta podrá ser extintiva o modificativa en atención a su mayor o menor alcance. En la novación extintiva o propia, las obligaciones existentes con anterioridad se extinguen y quedan sustituidas por las nuevas. El artículo 1204 del Código Civil dispone que «para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles» de lo que se extrae que el efecto extintivo no cabe inferirse de meras deducciones sino que ha de constar de forma inequívoca.

to» y resalta que la nueva normativa será de aplicación al rescate cuando éste se efectúe con posterioridad a su entrada en vigor, sin concretar si la nueva regulación incide en cualquier momento o fase de la concesión o sólo a partir del pronunciamiento del rescate.

(46) Un ejemplo lo encontramos en el art. 135 de la CE y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera así como la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local que si resultan aplicables a todas las concesiones vigentes en las exigencias de sostenibilidad y eficiencia.

La novación modificativa o impropia excluye la voluntad de extinguir la obligación anterior resultando relevante, atender a la voluntad de las partes y a la significación económica de la modificación introducida, para llegar a esta conclusión. Si la obligación subsiste, pese a variar alguna de sus condiciones principales, y permanece el vínculo aunque modificado, estamos ante una novación meramente modificativa. A tenor de la jurisprudencia (47) «no cabe apreciar ningún impedimento jurídico para que las partes que han dispuesto la autorregulación de sus respectivos intereses mediante el otorgamiento del oportuno contrato puedan, en aplicación del principio general de autonomía de la voluntad que sanciona el artículo 1.255 del CC, introducir en dicho contrato, subsistiendo el mismo vínculo contractual, las modificaciones que tengan por conveniente novando impropriamente de esta forma aquél», constituyendo la novación modificativa la regla general, en caso de duda.

Coherentes con estas afirmaciones, entendemos que las sucesivas modificaciones de la concesión del túnel de peaje de Sóller en los años 2004 y 2007 tienen alcance modificatorio, dados los propios términos de las estipulaciones contenidas en contrato de novación de la concesión firmado el 24 de octubre de 2007, en cuyas cláusulas se estableció: prorrogar la concesión en cinco años y seis meses, elaborar un nuevo Plan económico-financiero ajustado a ese nuevo período, mantener los términos del convenio de 28 de septiembre de 2004 y , en particular, considerar ley del contrato lo estipulado en concesión de 23 de febrero de 1989 salvo en lo relativo al Plan económico-financiero que regirá lo estipulado en 2007.

De entre los elementos novados, la prórroga del término inicial merece un comentario destacado para determinar si afecta a un elemento sustancial o no de la concesión y para concluir, sin sombra de dudas, sobre el alcance modificatorio o extintivo de la misma; hay que recordar que éste es una condición de la licitación importantísima (48) con una clara vertiente económica y que la prórroga no siempre tiene por qué obedecer a idénticos supuestos ni ser valorada de igual manera (49).

(47) Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1982, RJ 1982/335.

(48) La prórroga o ampliación del plazo de concesiones es una cuestión extremadamente delicada por afectar al principio de libre concurrencia. El artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadió un artículo 25 bis a la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre Construcción, conservación y explotación de Autopistas en régimen de concesión donde introduce la posibilidad de que la compensación al concesionario pueda consistir, total o parcialmente, en la ampliación del plazo vigente de la concesión, con el propósito de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, en los supuestos de modificación.

(49) Esta problemática es estudiada por GALLEGO CÓRCOLES. I., «La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública» en *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo) en *Contratos Públicos*, Número monográfico Especial (2015) págs. 120 y 121.

Existe un debate inacabado (50) sobre si alterar la duración inicial de una concesión constituye o no una modificación sustancial de la misma y sobre si el contrato prorrogado es el mismo contrato renovado o un nuevo contrato. Mayoritariamente, se admite que la prórroga no constituye una modificación sustantiva cuando viene autorizada legalmente o está prevista en los Pliegos de la concesión. Al margen de estas previsiones, la prórroga es contraria a Derecho con la salvedad de que su incorporación obedezca a la concurrencia de circunstancias excepcionales (51).

En el caso analizado de la concesión del túnel de Sóller, la prórroga se convierte en una fórmula de reequilibrio económico-financiero, consecuencia de las situaciones adversas por las que paso la concesionaria con el propósito de materializar y dar cumplimiento a la indemnización que el Tribunal Superior de Justicia de Baleares reconoció a favor de la concesionaria. La concesión de la prórroga determinó una alteración de las condiciones económicas iniciales, reformulándose el modelo económico-financiero de la concesión, sin producirse la extinción del contrato inicial con sustitución de otro nuevo sino una mera modificación parcial del anterior. El propio contrato, modificado en 2007, lo reconoce cuando admite regularse por la normativa vigente en el momento de su adjudicación, lo que corrobora que nos encontramos ante una modificación del contrato inicial.

4.2. EN ESPECIAL

Tras estas conclusiones generales sobre la normativa reguladora de la concesión, corresponde detenernos en tres cuestiones específicas en las que la correcta elección de la legislación aplicable resulta crucial para valorar la legalidad del rescate de la concesión del túnel de Sóller.

(50) AGUDO GONZÁLEZ. J., «El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi versus* libre concurrencia», en *Revista General de Derecho Administrativo* n.º 26, 2011, págs. 1-45; AGUADO I CUDOLÁ. V., «Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos,» Ponencia para el XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017; y GALLEGO CÓRCOLES. I (*Op. cit.*).

(51) AGUDO GONZÁLEZ. J. (*Op. cit.* págs. 22 y 23) afirma que los principios de igualdad de trato y de transparencia, con el objetivo de garantizar la libre concurrencia, se alzan como límites al principio de continuidad en lo que atañe a la prórroga o ampliación del plazo concesional, cuando esa posibilidad no haya sido expresamente prevista en los documentos que rigen la licitación, justificándola en situaciones excepcionales aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa.

4.2.1. *La competencia para el rescate*

La competencia y la atribución sobre a quién corresponde rescatar fue alterada a lo largo de la vida de la concesión, con la secuencia siguiente. En 1988, la Comunidad Autónoma Balear, a través de su Consejo de Gobierno, adjudicó, por medio del Decreto 86/1.988, de 18 de noviembre, la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la variante de la Carretera C-711, de Palma a Sóller, con Túnel que cruza la Sierra de Alfabia. En 2001, la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, sobre atribución de competencias en materia de carreteras y caminos alteró lo que, inicialmente, era una competencia autonómica para transferirla al Consejo Insular de Mallorca. La Ley reconocía a los Consejos Insulares la titularidad de ciertas carreteras que, hasta ese momento, correspondían a la Administración Autónoma de las Islas Baleares y, con ello, las funciones ejecutivas y de gestión respecto a las mismas. En el artículo 9.º y las Disposiciones Adicionales Segunda y Quinta de la referida norma se dispuso el traspaso de los contratos en ejecución a los Consejos Insulares de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera, subrogándose en los derechos y en las obligaciones relativos a los expedientes de contratación de las obras iniciadas y de los bienes citados en el anexo II de la Ley, donde se mencionaba, expresamente, a la carretera 711 con túnel de Palma a Sóller. Una vez la competencia en el Consejo Insular de Mallorca, su Pleno —por Resolución del día 17 de julio de 2015 (BOIB n.º111, de 23 de julio de 2015)— acordó la delegación de la atribución en la Presidencia del Consejo Insular de Mallorca. Posteriormente, el día 6 de marzo de 2017, el Pleno del Consejo Insular de Mallorca, en sesión extraordinaria, decidió avocar la atribución delegada de manera puntual, «única y exclusivamente» para la resolución mediante rescate del contrato de construcción, conservación y explotación del túnel de Sóller, en aplicación del artículo 10.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, justificando su decisión en la transcendencia económica y social del rescate para la Isla de Mallorca.

Las sucesivas alteraciones —intersubjetiva e interorgánica— de competencia y de atribución realizadas al amparo del Ordenamiento jurídico, permiten concluir la legalidad del rescate al corresponder legalmente la atribución para hacerlo, en el momento de adoptar la decisión, al Pleno del Consejo Insular de Mallorca.

4.2.2. *La instrucción del procedimiento*

La instrucción del procedimiento debió respetar la normativa existente en el momento de rescatar. De acuerdo con la normativa vigente, al pro-

nunciar el rescate, los trámites exigibles eran: la audiencia y las alegaciones del concesionario —arts. 64. f) y 76 y 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre—, el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo —art. 22. 12.º de la Ley Orgánica 3/1980 del Consejo de Estado, art. 211 del RD legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de Contratos del Sector público, arts. 109.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y 114 del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril de Régimen Local y 18. 12. c) de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Islas Baleares— y el Informe preceptivo de la Intervención General del Consejo Insular de Mallorca —art. 214. 2. a) del Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales en relación con los arts. 177 y 180 de la misma norma y con los arts. 34 a 42 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el Capítulo primero del Título Sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de Presupuestos. La práctica de los trámites señalados corrobora la legalidad del procedimiento.

4.2.3. *La motivación de la resolución que legitima el rescate*

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho, entre otros: a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos y i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa, supuestos que se dan en la decisión de rescatar la concesión del túnel de Sóller porque limita, hasta el punto de suprimir, el derecho de explotación del concesionario y porque se fundamenta en una razón de interés público, cuya apreciación discrecional exige justificación.

Respecto a la razón de interés público esgrimida para rescatar, la motivación no se satisface con alegar cualquier genérico interés público sino el específico que concurra en el supuesto concreto (52). La Administración pública alega la específica razón de interés público que, a su juicio, justifica su actuación pero para que el rescate sea legal, el interés público alegado, además, debe existir y ser cierto, ser posterior, sobrevenido y pre-

(52) El Consejo de Estado, en Dictamen 50197/1987, exige un interés público debidamente acreditado, siendo «obvio que no bastaría una abstracta invocación de su concurrencia que sin mayor precisión afirmaran los órganos instructores e informantes: al contrario, esta invocación ha de quedar suficientemente justificada en términos razonables siempre que se pretenda su aplicación».

valente al inicial (53). El interés público habrá de ser objetivo y en ningún caso producto de un cambio de circunstancias que tenga en su origen en otra decisión administrativa (*factum principis*), en el incumplimiento de la Administración o del concesionario o en el mero oportunismo, ideológico o de otra naturaleza.

En principio, si nadie se opone a la decisión de rescate, la razón de interés público aducida por la Administración pública será suficiente para amparar su legalidad. Sin embargo, en el caso de que el concesionario se oponga, cualquiera de las instancias, a las que corresponda valorar la legalidad del rescate, deberá examinar, en profundidad, si el interés público alegado existe y es suficiente. Precisamente —en el caso analizado— la razón de interés público esgrimida es motivo de confrontación entre la Administración Pública y el concesionario y su análisis determinante para determinar la legalidad o no del rescate. Veamos las posiciones:

- El Consejo Insular de Mallorca alega la igualdad como razón de interés público. Se trata de rescatar la concesión, eliminando el peaje, para compensar el agravio comparativo que su abono representa para los residentes de unos municipios de Mallorca respecto a otros municipios de la Isla con infraestructuras de similares características pero gratuitas. Pagar el peaje, desde esta posición, es una penalización inaceptable y su mantenimiento un sobrecosto inasumible para los ciudadanos y para todas las personas que interactúan con el Valle de Sóller.
- El concesionario niega la existencia de discriminación en el peaje. Afirma que la «conurrencia de hechos consustanciales» a la concesión no puede invocarse por la Administración como razón de interés público para ponerle fin antes del término. La elección de este medio de gestión para la construcción y explotación del túnel, a cambio de que el concesionario cobrara un peaje a los usuarios por su utilización, fue fruto de una decisión discrecional de la Administración que no puede desconocer ahora, al no haberse variado los presupuestos que propiciaron su otorgamiento pues el peaje —origen de todos los males— estuvo desde el comienzo, nadie se opuso

(53) El interés público que justifique el rescate ha de ser diferente del que, en su día, estuvo implícito en la relación que se constituyó para satisfacer, también, un concreto interés público. No debemos perder de vista que la concesión es una relación de tracto sucesivo que puede requerir variaciones durante su vigencia y donde el inicial interés público —bajo el cual se constituyó la relación— puede haberse transformado. A esta circunstancia se refiere AGUILAR VALDEZ O.R., «La extinción anticipada de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos», en *Revista de Derecho administrativo, Círculo de Derecho Administrativo* n.º 3, 2007, pág. 130 calificándolas de contratos incompletos como consecuencia de la imposibilidad de contemplar ex ante todas las vicisitudes que podrán afectarles durante su larga ejecución.

a él ni fue considerado discriminatorio. La concesionaria defiende que la razón de interés público ha de responder a circunstancias nuevas, acaecidas con posterioridad, y no a circunstancias preexistentes que no han variado desde entonces y que, en su día, fueron decisivas para otorgarla.

Ante estas posiciones antagónicas, se hace necesario profundizar sobre si concurre la causa para rescatar —la supuesta discriminación—, ponderando la certeza o no de los binomios igualdad/discriminación y gratuidad/peaje.

En relación al binomio igualdad/discriminación-gratuidad/peaje, la existencia de los peajes por sí sola no es discriminatoria. La imposición de un peaje por la utilización de la obra pública no incide, directamente, en los binomios igualdad/discriminación – gratuidad/peaje porque su finalidad no es ni igualar ni discriminar. El peaje persigue, por un lado, contribuir a sufragar los costes de construcción, mantenimiento y explotación de la infraestructura y, por otro, fomentar que se internalicen los costes externos que esa utilización produce a la sociedad, debiendo ser asumidos por los usuarios que, en definitiva, son quienes los generan al utilizarla.

El hecho de que se pague un peaje se debe a la decisión de la Administración Pública de proveer la obra pública mediante el instituto concesional, a cambio de garantizar al concesionario un derecho a la explotación mediante el cobro de un peaje. Esta retribución económica podría haberse decidido que fuera sufragada por la Administración, íntegramente —a través de un «peaje en la sombra»— o por los usuarios. Cuando se opta por lo segundo, como sucede en la concesión del túnel de Sóller, y esta determinación consta en todos los instrumentos jurídicos que rigen la vida de la concesión, Administración debiera respetarla.

Resulta complicado justificar que los municipios afectados puedan invocar, como circunstancia nueva, la existencia de un peaje cuya existencia conocían sobradamente (54) pues fueron consultados sobre este extremo antes de la adjudicación de la concesión, constando este tipo de financiación expresamente en los Pliegos que nunca fueron impugnados, en el Decreto de adjudicación y en el documento de formalización de la concesión, careciendo de argumentos para exigir su supresión más aún cuando reciben bonificaciones de la Administración autonómica que con-

(54) Así consta en las Resoluciones relativas al Anteproyecto del túnel de Sóller, aprobadas en el Pleno del Parlamento, en sesión celebrada día 6 de abril de 1988 (*BOCAIB* de 14 de abril 1988, n.º 23) donde se afirma: «El Pliego de condiciones particulares del Concurso establecerá como uno de los factores de la valoración de las ofertas presentadas, los posibles descuentos que en el peaje puedan gozar los vecinos de Sóller y Fornalutx».

vierten, prácticamente, en gratuito su paso por la infraestructura del túnel. Existe constancia documental de que los municipios afectados valoraron positivamente la construcción y la explotación del túnel de peaje, en el acta de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Sóller (28 de mayo de 1987) donde se afirmaba: «...la Corporación estima que la construcción del túnel que comunique el resto de la Isla con Sóller sin tener que remontar y descender el Coll, *beneficia directamente a las localidades de Sóller, Biniaraix, Fornalutx y Puerto de Sóller*» y se concluía que «*los beneficios de esta construcción para la Comarca serían considerables obteniendo más ventajas que inconvenientes*» y en sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1998, en cuyos antecedentes figura que los municipios conocían los peajes y que mostraron preferencia por las proposiciones que ofertaban peajes más económicos, sin oponerse a los mismos(55).

Consideramos que un peaje no es discriminatorio por el mero hecho de su existencia sino en la medida que su imposición genere desigualdades injustificadas. El carácter discriminatorio de un peaje vendrá de introducir diferencias no objetivas, ni razonables ni justificables entre los usuarios ya que lo que prohíbe el principio de igualdad ante la Ley son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según pautas o juicios de valor generalmente aceptados (STC/6/1990, de 26 de abril de 1990). En torno a esta posibilidad, resulta conveniente abordar dos cuestiones relacionadas con el peaje del túnel de Sóller para dilucidar si alguna de ellas evidencia alguna diferencia injustificable que permita tachar el peaje de discriminatorio.

—La posible discriminación por la imposición de distintas clases de tarifas

La legalidad de la existencia de peajes o tarifas especiales y generales que distingue entre usuarios en general y, en concreto, a los del túnel de Sóller fue resuelta por el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 julio de 2006 (n.º rec. 9890/2003), donde se niega la existencia de discriminación, razonando que las tarifas especiales beneficiosas para determinados usuarios de la vía —los residentes de los municipios más directamente afectados por la construcción de la carretera de peaje— están «justificadas en criterios objetivos y razonables» pues es lógico que quienes con mayor asiduidad utilicen la carretera de peaje, paguen menos que quienes lo hagan de modo esporádico, sobre todo cuando para los primeros ese uso puede constituir una necesidad por razones de residencia, trabajo

(55) Véase en el FJ. VIII de la sentencia cómo los afectados conocían y optaron por las proposiciones más ventajosas en relación a la cuantía del peaje.

o estudios. La sentencia falla que beneficiar con tarifas más reducidas a quienes están empadronados en los municipios aledaños al túnel no es discriminatorio y está plenamente justificado.

— La posible discriminación por las bonificaciones percibidas por los usuarios de los municipios afectados por el pago del peaje

El Gobierno de las Islas Baleares lleva compensando el gasto que implica el peaje a los usuarios de los municipios afectados por el túnel, para atender este hecho diferencial, con bonificaciones anuales previstas en una serie de Ordenes de las Consellerías competentes, dictadas al amparo del Decreto Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre que aprueba el Texto refundido de la Ley de subvenciones, en cuyo artículo 2.3.ºb) contempla la existencia de bonificaciones «a favor de los usuarios de bienes de dominio público o de servicios públicos aplicables a los precios correspondientes». Bonificaciones cuya finalidad es favorecer la igualdad de quienes se encuentran en una situación objetiva diferencial, en aplicación de un principio de «discriminación positiva» (56).

Estas bonificaciones inicialmente reconocidas a los residentes de Sóller y Fornalutx —únicos municipios contemplados en los Pliegos de la concesión— se ampliaron a los municipios de Escorça y Bunyola (57) por concurrir, también en ellos, circunstancias diferenciadoras objetivas; en caso del municipio de Bunyola fue impulsado por el Defensor del Pueblo (58), al recomendar a la Administración Autonómica la conveniencia de adoptar las medidas precisas para que sus vecinos pudieran hacer uso del túnel de Sóller en idénticas condiciones que los residentes de los municipios de Sóller y Fornalutx, con una bonificación de la tarifa igual para todos, sin excepción. De existir una inicial diferencia de trato entre municipios, ésta desapareció con el referido reconocimiento.

(56) Las consignaciones correspondientes a las bonificaciones del peaje de túnel de Sóller para 2011 fueron de 750, 001,00 €; en 2012: 2.252.195,00€; en 2013: 1.500.000,00€; en 2014: 1.500.000,00€; en 2015: 1.520.967, 94€; en 2016, 1.532.428,43€ y para 2017:1.500.000,00€.

(57) Orden de los Consejeros de Hacienda y Presupuestos y Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 11 de octubre de 2002, por la cual se regulan las condiciones para la concesión de una subvención al coste del peaje del túnel de Sóller, a la carretera C-711, para los residentes de los municipios de Sóller i Fornalutx; Orden del Consejero de Presidencia de 21 de febrero de 2003, dictada a propuesta del Consejero de Hacienda y Presupuestos y Obras Públicas, Vivienda y Transportes por la que se regulan las condiciones para la concesión de una subvención al coste del peaje del túnel de Sóller, a la carretera C-711, para los residentes en el municipio de Bunyola que se desplazan al IES Guillem Colom Casanovas de Sóller; Orden del Consejero de Movilidad y Ordenación del Territorio de 26 de mayo de 2009 reguladora de la concesión de una bonificación de tarifas del peaje del túnel de Sóller, a la carretera Ma-11, para los residentes en los municipios de Sóller, Fornalutx, Bunyola y Escorça que deroga las anteriores.

(58) Recomendación 9 de diciembre de 2013 (expediente 11011191).

Tampoco se aprecia la concurrencia de factores aleatorios objetivos que, al determinar un cambio en la situación inicial de los usuarios, permita inferir la existencia de una desigualdad sobrevenida. Es más, podría pensarse que el descontento de los municipios afectados por el peaje y su pretensión de suprimirlo obedezca a otras circunstancias, ajenas al círculo de la aleatoriedad, como es la dificultad denunciada por los propios usuarios para recibir puntualmente la bonificación a la que tienen derecho. (59) De ser este retraso reiterado, en el cobro de la bonificación, la verdadera causa de la paulatina y creciente percepción negativa de los usuarios en el mantenimiento de la concesión, el rescate no se ajustaría a los condicionantes impuestos por el legislador al no obedecer a una verdadera razón de interés público sino a un incumplimiento imputable a la Comunidad Autónoma Balear. La decisión del Ministerio de Hacienda de imponer la obligación de declarar la bonificación percibida por el peaje en el IRPF, tampoco ayuda; un sinsentido, fruto de un instinto recaudador desmedido (60).

A la vista de lo expuesto faltaría reflexionar sobre el impacto que representa el rescate. Según la Administración Balear, la gratuidad se alcanzaría con la supresión del peaje y pondría fin a la desigualdad, pero debería demostrarse si iguala, a quiénes lo hace y a costa de qué, pues no queda suficientemente claro. Actualmente, con el peaje pagan los que más utilizan la vía; con la pretendida gratuidad pagarán todos los mallorquines indistintamente —usen o no la vía— porque, al desaparecer la financiación derivada del peaje, su mantenimiento será costeado por todos y al pagar todos, realmente ¿quiénes resultarán beneficiados? Solo quienes utilicen la vía y no residan en las Islas; sin olvidar que el rescate tendrá un coste económico que, también, deberán sufragar los mallorquines.

El Informe del Consejo Consultivo Balear, sin detenerse a comprobar si la discriminación ya existía o si constituye un factor nuevo y sobrevenido que permita justificar el rescate, acepta las razones de la Administración Balear y evita pronunciarse sobre otra cuestión no menos importante: sí rescatar constituye, económicamente, la decisión más ventajosa para los ciudadanos.

(59) En 2011 comenzaron las reclamaciones de las que se hacía eco la Prensa: «Los residentes en Sóller no cobran la subvención para el peaje del túnel desde hace más de 8 meses» <https://ultimahora.es/noticias/part-forana/2011/06/04/42288> y a comienzos de este año continúa la misma situación. Véase «El PP propone el pago urgente de subvenciones a los residentes de Sóller y Fornalutx» en <https://ultimahora.es/noticias/part-forana/2018/01/09/319123>.

(60) La fundamentación jurídica se encuentra en el art. 42 1) de la Ley del IRPF de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, donde se dispone: «Constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda» como gastos inherentes a la utilización del vehículo. Resulta criticable, a efectos de tributación, la asociación de rendimientos en especie desconectada de una fuente de renta.

La Administración Balear debió motivar la resolución del rescate en la conveniencia del cambio de gestión a su favor, desde los parámetros de la sostenibilidad y eficiencia del artículo 85.2 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local aplicable, pese a ser posterior a la fecha en se adjudicó y novó la concesión, por afectar al procedimiento y a la motivación de la resolución que sí se regulan por la legislación vigente en el momento de decidir el rescate. Dado que este precepto incorpora unos criterios dirigidos a reducir la discrecionalidad para elegir entre los distintos modos de gestión y que son «presupuesto de la organización y gestión de los servicios locales» (61), creemos que la decisión de rescatar refuerza todavía más la necesidad de motivación porque comporta un cambio a la gestión directa que no constituye la opción preferida por el legislador.

Esta parte de la motivación, olvidada por la Administración Balear, no es advertida por el Consejo Consultivo de las Islas Baleares emitiendo un juicio favorable a una motivación incompleta. Desde estas consideraciones, la decisión de rescatar debió pararse a argumentar la conveniencia del cambio de gestión desde los parámetros de la sostenibilidad y la eficiencia.

4.2.4. *La valoración económica del rescate*

La Administración Balear y el concesionario se enfrentan por discrepar no solo sobre la legalidad del rescate sino también sobre el montante económico del mismo, cuya diferencia es muy significativa. Para el Consejo Insular el rescate asciende a la cifra de 15.442.849, 39 euros y para la concesionaria a 30.968.000 euros, prácticamente el doble. Sin perjuicio de esta importante diferencia en el importe de la indemnización que habrán de dirimir los Tribunales al resolver el recurso presentado por la concesionaria, es necesario reflexionar sobre las partidas indemnizables y los criterios empleados para determinar su valor, sin olvidar una peculiaridad de este caso particular.

Las partidas que integran el importe económico del rescate son:

(61) VILLAR ROJAS (*Op. cit.*, págs. 96 a 106) entiende que el precepto «da paso a la aplicación de reglas determinadas por la Ley: preferencia implícita por la gestión indirecta (mediante contrato) y por la financiación por los usuarios (tasas, tarifas); y, en su defecto, por la gestión directa administrativa, también con tasas y tarifas. La gestión directa empresarial aparece como una excepción que requiere de especial justificación» y (...) en los procesos de remunicipalización «su puesta en marcha requiere, con carácter previo, superar el filtro de las reglas sobre sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, sólo entonces aquél será viable. Pero, además, de superar esas exigencias, la decisión local sobre la forma de gestión queda condicionada por las preferencias establecidas por el legislador de régimen local, que se basan en aquellos mismos principios.»

—El coste derivado de la indemnización al concesionario. La cuantía de la indemnización se integra por el importe del valor de las obras e instalaciones de la concesión, por el lucro cesante y por los daños y perjuicios irrogados al concesionario.

Obras e instalaciones de la concesión. Entre las obras e instalaciones de la concesión a transferir, para poder continuar con la explotación tras el rescate, se hace necesario distinguir entre las que no hubieran revertido a la Administración al finalizar el término de la concesión y las que sí lo hubieran hecho.

En relación a las primeras, la Administración pública debe abonar el precio de las obras e instalaciones que el concesionario haya ejecutado, valorándose en atención a su estado actual y al tiempo que faltaría para la reversión de haber llegado la concesión a término final. Para calcular su valor se atiende al criterio de la depreciación experimentada.

En relación a las segundas, la Administración pública debe abonar el precio de las obras e instalaciones recibidas, valorándose la inversión neta realizada tras restarle la amortización acumulada, el fondo de reversión (62) y otros conceptos (por ejemplo, las subvenciones de capital). En definitiva, se busca compensar al concesionario por la inversión realizada no recuperable con la explotación, al haberse anticipado su fin con el rescate.

Lucro cesante. Se indemniza al concesionario por los beneficios dejados de percibir. Según la legislación aplicable, los beneficios dejados de percibir se calcularán atendiendo a dos elementos: a los resultados de explotación del último quinquenio, que figuran en la cuenta de resultados (pérdidas y ganancias) de la concesión rescatada, y a la pérdida de valor de los activos que no revertirán en la Administración por el cese anticipado de la explotación. El cálculo recae sobre beneficios brutos, excluyéndose el pago de impuestos para evitar una doble tributación.

Como viene señalando la jurisprudencia (63), el lucro cesante deberá ser probado de manera que incluya los beneficios ciertos, concretos y acreditados que debía haber percibido el perjudicado y excluya los beneficios hipotéticos, imaginarios o meros sueños de fortuna. Los criterios para determinar el valor del daño deben fundamentarse en elementos objetivos y razonables y no en un cálculo abstracto o estimativo de las pérdidas experimentadas. Estos elementos sobre los

(62) Es un valor neto contable estimado de los activos a revertir en el momento de la reversión más los gastos necesarios. Se realizará a través de un plan sistemático vinculado al periodo de vigencia de la concesión y la cuota anual se calculará en razón de los ingresos que, de futuro, se prevean obtener.

(63) Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1998, RJ 1998\8404.

que se fundamenta la valoración deben buscarse en la documentación contractual, debiéndose estar a lo previsto en los Pliegos. Cuando, por discrepancia entre las partes, la fijación del lucro cesante deba ser decidida por los Tribunales, éstos deben procurar un equilibrio que huya tanto del rechazo de lucro cesante por entender que tiene carácter hipotético, como de su admisión incondicional sin prueba alguna (STS de 9 de abril de 2012, RJ 2012\8986).

Otros daños y perjuicios. Engloba pérdidas por conceptos menos homogéneos que no figuren en las partidas anteriores y que el concesionario deberá probar. Destaca, por un lado, el coste derivado de gastos por operaciones financieras contraídas por el concesionario que éste se ve obligado a rescindir y, por otro, el coste de los gastos por despido del personal, cuando la Administración no quiera mantener los puestos de trabajo; su pérdida exige la cuantificación de las indemnizaciones del personal, así como las cantidades destinadas a atender los subsidios de desempleo.

- El coste representado por los impuestos a que está sujeta la concesión y las operaciones relativas a su explotación.
- El coste derivado del mantenimiento y conservación de la infraestructura rescatada que deberán asumirse por la Administración que pasa a gestionarla directamente (64).

El dictamen del Consejo Consultivo de Baleares, cuando valora las distintas partidas que integran el importe de la indemnización del concesionario no razona —o lo hace insuficientemente— sobre la corrección de los criterios utilizados por la Administración para calcular su importe y elude pronunciarse sobre otras partidas que, aunque ajenas a la indemnización del concesionario, también repercuten en el coste final del rescate.

a. *La necesidad de una mayor seguridad jurídica en los criterios utilizados para concretar los elementos indemnizables*

Los criterios controvertidos afectan al:

- Cálculo de la depreciación. La ausencia de un criterio específico en la Ley o en los Pliegos, para evaluar la depreciación de las obras e

(64) El mantenimiento del túnel de Sóller costará cada año, según informaciones contradictorias, entre 600.000 y 834.000 euros. El coste, no lo asumirá el Consejo Insular hasta el año 2023, porque durante los primeros cinco años se pagará con la aportación que hará el Gobierno para la recuperación de la concesión (4,1 millones de euros). Véase <http://www.diariodemallorca.es/mallorca/2017/07/15/> y <https://www.arabalears.cat/balears/07/02/2017>.

instalaciones, posibilita a las partes optar entre dos criterios diferentes: el criterio de amortización lineal (cada año se amortiza el mismo importe, dividiendo la inversión total por los años que dura la concesión) y el criterio de amortización por uso (cargando una parte más grande de la amortización en aquellos años donde se prevé que habrá más tránsito y se generaran más ingresos). De estos criterios, la Administración elige el primero. Optar por un criterio u otro no es indiferente y altera el montante del importe de esta partida por lo que debiera haberse explicado.

- Cálculo del lucro cesante. Su cuantificación puede hacerse atendiendo a los beneficios históricos o en función de los beneficios esperados en el Plan económico-financiero. En ausencia de un criterio específico en los Pliegos o en la Ley, la Administración opta por el criterio de los beneficios históricos al considerar que las previsiones del Plan económico-financiero, sobre las que el concesionario efectúa el cálculo, constituyen meras expectativas o conjeturas. Como probablemente en esta partida radica la mayor diferencia en el cálculo efectuado por la Administración y la concesionaria, creemos que merecía un razonamiento mucho más detallado.
- Tasa de actualización (65). Esta puede basarse en un criterio de mercado o en el coste legal del dinero. Optar por uno u otro criterio tampoco es indiferente, arrojando un saldo ventajoso para la Administración o para el concesionario según cuál sea el criterio elegido y el periodo de tiempo de explotación de la concesión cuantificado a través del mismo. La Administración elige la tasa de actualización de mercado por considerarla más apropiada para un contrato de larga duración y porque representa la opción más económica para ella.
- El coste de los impuestos. El Consejo Consultivo da la razón a la concesionaria al reclamar una indemnización por los gastos que habrá de soportar respecto al pago del IBI de 2017 y a la regularización de las deducciones del impuesto del IVA correspondiente a algunos ejercicios anteriores por la adquisición de bienes o la realización de obras de mejora efectuadas en el túnel. El Consejo Consultivo recomienda a la Administración revisar el importe final del rescate, teniendo en cuenta el coste de esta partida que no aparece valorada cuando calcula la cuantía del rescate.
- La indemnización por despido. El Consejo Consultivo y el Consejo Insular de Mallorca discrepan en este punto y no aluden a las con-

(65) Factor financiero utilizado para determinar el valor del dinero en el tiempo y así calcular el valor actual de un capital futuro.

secuencias derivadas de la subrogación o no de los trabajadores. Mientras que el Consejo Consultivo es contrario a la subrogación por el Consejo Insular de Mallorca del personal de la empresa concesionaria, lo que implica la extinción de estos puestos de trabajo con un coste importante que no se detiene a valorar, el Consejo Insular de Mallorca es partidario de la subrogación, distinguiendo entre el personal de la concesionaria del que se hace responsable, a todos los efectos, la empresa encargada del contrato para el mantenimiento de los túneles de Sóller y Sa Mola y otros dos ingenieros que pasan a formar parte del personal del Consejo Insular de Mallorca, subrogándose en los derechos y obligaciones laborales y de la Seguridad Social correspondientes a aquéllos. La doctrina (66) y la jurisprudencia (67) tampoco son unánimes, existiendo ambigüedad sobre si la asunción de la gestión por la Administración de una actividad prestada en régimen de concesión acarrea o no la asunción del personal que hasta ese momento venía prestando la actividad. El Tribunal Supremo afirma que la solución debe buscarse en los Pliegos que debieran prever esta circunstancia, dándoles prioridad incluso en contra del mandato imperativo de la norma (68).

Las discrepancias expuestas que enfrentan a la Administración y a la concesionaria en los criterios elegidos para cuantificar las partidas indem-

(66) Véase sobre esta problemática a ALFONSO MELLADO. CL., «La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n.º 69, Iustel, 2017.

(67) En este sentido, las consideraciones de SAN MARTÍN AGUILAR a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993 en «Aspectos laborales del cambio de titularidad en los supuestos de rescate de concesiones administrativas y de sucesión de contratadas,» *TL*. n.º 43, 1997, pág.75 y ss.

(68) Véase el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. La Disposición adicional vigésima sexta de la Ley 3/2017 de Presupuestos Generales para 2017, en la Disp. Adicional n.º 26 señala: Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos. b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública. Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral».

nizables evidencian una falta de seguridad jurídica a la hora de fijar el coste económico de un rescate. Se echa en falta, en el Ordenamiento jurídico, la previsión de unos criterios claros que proporcionen un método capaz de fijar, con la mayor exactitud posible, el importe del coste real de un rescate. Un cálculo fiable es muy importante en la medida que atañe a partidas que ascienden a cuantías considerables que, a la postre, habrán de sufragarse con el dinero de los ciudadanos. La Administración está obligada a responder de las decisiones que comprometen el gasto público por respeto a los principios de «buena administración» y de «transparencia».

b. Del periodo temporal sobre el que versa la indemnización por rescate

Las distintas partidas que integran la indemnización se calcularán por el periodo que va desde la fecha del rescate, que determina la extinción de la relación, hasta la fecha prevista de vencimiento de la concesión cuya explotación cesa anticipadamente por el rescate. Para calcular el importe final, relativo a ese periodo, se estará a las previsiones del Plan económico-financiero del año 2007 con un límite infranqueable, en este caso particular. Dado que la prórroga de la concesión del túnel de Sóller hasta el año 2022 y el Plan económico-financiero (periodo 2007-2022) constituyen una modalidad de cumplimiento del fallo de las sentencias del Tribunal Superior de Baleares de 19 de abril de 2004 y de 12 de marzo 2004 a la indemnización por valor de 7,4 millones de euros reconocida al concesionario, el importe de esta cantidad actuara de mínimo necesario e irreducible del total indemnizatorio.

La empresa concesionaria podría haber argumentado que la Administración, con el rescate, pretendía eludir el cumplimiento del fallo de una sentencia firme lo que le hubiera permitido solicitar su anulación en vía de incidente de ejecución de sentencia, evitando su materialización en lugar de haberlo impedido con la solicitud de una medida cautelar de suspensión —como ha sucedido en la realidad— con un resultado más contundente: impedir el ejercicio de la potestad de rescate y, en caso de actuarla, que dicha actuación pueda ser constitutiva de ilegalidad por desviación de poder (69).

(69) El Tribunal Supremo, en sentencias de 29 de abril de 2009 (RJ 2009/5146) y 23 de octubre de 2009 (RJ 2010/1198) opta invertir la carga de la prueba respecto a la presunción de legalidad de los actos administrativos y exigir que sea la Administración la que acredite o argumente que el acto o disposición no tienen por finalidad eludir el cumplimiento de las sentencias.

c. De la normativa aplicable para calcular el importe de la indemnización por rescate

En este caso, para delimitar el importe de la indemnización del concesionario hay que estar a los términos de la ley del contrato —sus Pliegos y el decreto de adjudicación de la concesión— y a la normativa vigente en aquel momento, salvo en lo relativo a las estipulaciones de carácter económico que se rigen por el Plan económico-financiero de 2007, consecuencia de la novación modificativa de la concesión originaria que determinó una prórroga de su duración y el ajuste de las condiciones económico-financieras a este nuevo periodo temporal.

IV. Redefiniendo el rescate. Propuestas de mejora

La Administración Pública, aunque confíe a un particular la construcción y explotación de la obra pública de un túnel, continúa ostentando sobre la concesión un conjunto de potestades administrativas de ejercicio unilateral. Esto pasa porque la titularidad de la actividad sigue perteneciéndole en base a las competencias que el legislador le atribuye en materia de comunicaciones, de obras públicas y sobre los bienes demaniales en donde se sitúa la infraestructura y porque la actividad, pese a ser desarrollada por el concesionario, no pierde su carácter público en la medida que garantiza la prestación de un servicio, el tránsito de personas y mercancías.

Las distintas potestades administrativas reconocidas a la Administración por el legislador durante la vigencia de la relación contractual persiguen proteger, de manera diferente, el interés público implícito en ella bajo el prisma de que es Administración quien lo representa, personaliza y garantiza.

Pero la intensidad del interés público comprometido no es igual en todos los contratos en los que la Administración interviene ni siempre está representado por ella en exclusiva. Concretamente, en una concesión de obras, los afectados por la vida y vicisitudes de la relación concesional y por el interés público implícito en ella, no son únicamente el concedente y, de alguna forma, el concesionario sino también los usuarios y la colectividad en general ya que la concesión existe en función y en beneficio de un interés público que los incluye a todos (70).

(70) CARREAU, (*Concessionaire de service public: el travaux realises sur le domaine public*, AJDA, París, 1966, pág. 81) alude a los fines implícitos en la concesión administrativa, y entiende que «en la concesión administrativa se ha encontrado una razonable fórmula que equilibra, sin menoscabo alguno de una lógica y obligada planificación, la actividad individual competitiva y con suficiente margen de creatividad, y las necesidades comunitarias».

Dado que la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, de 8 de noviembre, admite el rescate como una forma de resolución de la concesión, como ocurría en la legislación anterior, pudiera pensarse que no ha habido cambios pero, lo cierto, es que esta norma ha operado una transformación en su regulación y, con ello, en la concepción originaria de la potestad de rescate. Esta transformación deriva de que el interés público, causa legitimadora del rescate, no puede continuar siendo fruto de una percepción reducida y empobrecedora del mismo que relegue los intereses del concesionario (71), de los usuarios y, especialmente, los de la colectividad.

La potestad administrativa de rescate no va a poder ejercitarse sólo porque la Administración afirme la existencia de un determinado interés público sino porque constituya el medio necesario para que, en adelante, la actividad prestada continúe siendo beneficiosa para el conjunto (72).

Desde estas consideraciones, el rescate deberá ajustarse a las siguientes premisas:

Primera, no podrá articularse como una potestad incondicionada porque, de ser así, se convertiría en un grave inconveniente para potenciales concesionarios ante proyectos poco seguros para la estabilidad de sus inversiones, minando con ello su interés y afectando negativamente al instituto de la concesión como modalidad de colaboración pública-privada.

Segunda, deberá repercutir beneficiosamente en los usuarios o, mínimamente, no perjudicarles. En este sentido, la Administración pública debe razonar la conveniencia de que ella asuma la actividad en lugar de continuar haciéndolo el concesionario, garantizándoles que será una gestión eficiente y que no les causará inconvenientes.

Tercera, sólo procederá si constituye la opción más conveniente desde los principios de sostenibilidad y eficiencia, impuestos por la Ley, tras comparar el coste de rescatar y el coste de no hacerlo dado que el rescate compromete el gasto público y termina siendo financiado por los admi-

(71) El administrado que colabora con la Administración puede perseguir fines diversos, pero no opuestos y esto es así porque «el fin privado coadyuva con el público». Véase a DE CORES. C y CAL. J.A. «El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa», en *Revista de Derecho de Montevideo*, n.º 11, 2007, pág. 136.

(72) En este sentido, SÁINZ MORENO. F., «Sobre el interés público y la legalidad administrativa», en *RAP* n.º 82, págs. 444-5) distingue entre la apreciación abstracta del interés general que toma en consideración un tipo de actividad, de operación, de decisión, sin considerar las circunstancias específicas del caso y la apreciación concreta que valora si la actividad, operación o decisión responde a un interés general definido precisamente en consideración a hechos específicos. Las consecuencias de una y otra apreciación son distintas. En caso de litigio la apreciación concreta conduce a un control más profundo que la apreciación abstracta.

nistrados. Se impone, por esta razón, un ejercicio transparente de la referida potestad.

Cuando la Administración precise ejercitar la potestad de rescate para proteger un concreto interés público, está obligada a hacerlo de manera proporcionada tras una valoración ponderada de todos los factores que concurren en la satisfacción de ese interés. En definitiva, ese ejercicio habrá de ser excepcional, prudente y razonado. Cualquier operador jurídico debe desterrar la posibilidad de una configuración implícita de la misma y debe respaldar una interpretación restrictiva a la hora de legitimar su utilización (73).

Trabajo recibido el 2 de febrero de 2018

Aceptado por el Consejo de Redacción el 16 de febrero de 2018

(73) CASSAGNE. JC., («Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización», en *RAP* n.º 157, 2002, pág.479) en este sentido, se manifiesta a favor de mecanismos que tiendan a fortalecer la estabilidad de las concesiones, como la interdicción del rescate y la revocación por oportunidad, sobre cuya inconveniencia comienza a forjarse consenso, al menos para no aceptar su configuración implícita.

LABURPENA: Administrazioaren erreskate-ahalak bilakaera eduki du. Kontzepzio tradizionaletik abiatu da, non interes publikoa —Administrazioak bakarrik ordezkaturia— nahikoa zen administrazio-emakida bati aurretik amaiera emateko, eta interes publikoaren gaineko pertzepzio integratzailea ezartzen duen kontzepzio eguneratu batera iritsi da, non harremanean eragindakoen interesak behar bezala dauden baloratuta, guztiek laguntzen baitiote emakidan dagoen interes publiko inplizituari. Beraz, multzoarentzat etekina ekartzen duenean bakarrik erabil daiteke erreskate-ahala. Erreskate-ahala erabiltzeko, interes publikoa dagoela erakutsi behar da, eta interes publiko horrek justifikatu egin behar du ordura arte emakidadunak egin duen jardueraz bestelako kudeaketa-modua behar dela (horrik aurrera, Administrazioaren esku geratzen da). Kudeaketa-modua aldatzea komeni delako justifikazioa aztertu egin behar da, jasagarritasun- eta efizientzia-printzipioetatik begiraturata, eta argi geratu behar da, administrazio-gardentasuna aplikatuz, erreskatea dela aukera onena.

GAKO HITZAK: Sóller. Erreskatea. Obra publikoak. Motibazioa. Kostua.

RESUMEN: La potestad administrativa de rescate ha evolucionado desde una concepción tradicional donde el interés público, representado en exclusiva por la Administración, resultaba suficiente como causa legitimadora para poner fin anticipadamente a la concesión administrativa a una concepción actualizada que impone una percepción integradora del interés público en la que, los intereses de los distintos afectados en la relación, estén convenientemente valorados pues todos coadyuvan al interés público implícito en la concesión, de manera que la potestad de rescate sólo pueda actuarse cuando arroje un saldo beneficioso para el conjunto. El ejercicio de esta potestad de rescate exige la demostración de un interés público sobrevenido que justifique un modo de gestión diferente de la actividad prestada hasta el momento por el concesionario y que, en adelante, queda en manos de la Administración. La justificación de la conveniencia del cambio de gestión deberá ser analizada desde los principios de sostenibilidad y eficiencia quedando meridianamente claro, en un ejercicio de transparencia administrativa, que rescatar es la opción óptima.

PALABRAS CLAVE: Sóller. Rescate. Obra pública. Motivación. Coste.

ABSTRACT: The Administration power of bailout has evolved from a traditional conception where public interest, represented exclusively by the Administration, was enough as a legitimating cause to put an anticipated end to an administrative concession, to an updated conception imposing an integrating perception of public interest where the interests of the different stakeholders are suitably valued because they all contribute to the public interest implicit in the concession, so that the bailout power can only be used when it yields a balance beneficial to the whole. The exercise of this bailout power requires to demonstrate an unforeseen public interest justifying a change of management of the activity provided so far by the concessionaire and that will stay onwards in the hands of the

Administration. The justification of the convenience of the change in management should be analyzed from the principles of sustainability and efficiency, being very clear, through an administrative transparency exercise, that the bailout is the optimal option.

KEYWORDS: Sóller. Bailout. Public works. Motivation. Cost.

Reformulando la intervención foral y autonómica en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Irene Rovira Ferrer

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.12>

Sumario: I. Introducción.—II. La atribución autonómica del rendimiento del ISD.—III. Las competencias autonómicas normativas en el ISD.—IV. Las competencias autonómicas en la aplicación y revisión en el ISD.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

I. Introducción

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) es un impuesto de titularidad estatal actualmente regulado por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD) y el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (RISD), aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre.

Sin embargo, de conformidad con el art. 25 del Concierto económico con el País Vasco (aprobado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo) y el art. 31 del Convenio económico con Navarra (aprobado por la Ley 28/1990, de 26 de diciembre), es un tributo concertado de normativa autónoma en los territorios históricos forales, lo que significa que, cuando el ISD resulte de aplicación en el territorio vascu o navarro, las Diputaciones forales y el Gobierno de Navarra no sólo tendrán cedido su rendimiento y las competencias para su gestión, recaudación, inspección y revisión, sino que también procederá la regulación que del mismo hayan aprobado.

Y como señala el art. 11.d) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), el ISD también es susceptible de ser cedido a las autonomías de régimen común, lo que ha desarrollado la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Así, de acuerdo con el art. 32, también el resto de Comunidades Autónomas (CCAA) tienen cedido el rendimiento del Impuesto, del mismo modo que se les han cedido amplias competencias normativas (art. 48) y relativas a su aplicación y revisión (arts. 54 a 59).

Por consiguiente, el análisis de estas diversas cesiones tanto en los territorios forales como en las CCAA de régimen común es el objeto principal del presente trabajo, procurando poner de manifiesto las diferentes problemáticas que se plantean y aportando diferentes propuestas de mejora de cara a su futura reconfiguración.

II. La atribución autonómica del rendimiento del ISD

La cesión del rendimiento del ISD, que es la base para el resto de aspectos que se encuentran delegados, se encuentra regulada en el art. 32 de la Ley 22/2009, así como en el art. 25 del Concierto económico con el País Vasco y el art. 31 del Convenio económico con Navarra.

En los tres casos, se contempla la cesión total del rendimiento del Impuesto producido en el territorio de las CCAA o los territorios forales, si bien, en el caso de las CCAA de régimen común, se limita a que los sujetos pasivos del tributo sean residentes en España (lo cual, lógicamente, implica un ámbito de cesión notablemente menor).

No obstante, aunque con algunas precisiones, coinciden en los tres casos los supuestos generales en los que se entenderá que el mencionado rendimiento se ha producido en los respectivos territorios, hecho que se determinará conforme a los siguientes puntos de conexión:

a) En el caso del gravamen sobre las adquisiciones *mortis causa* y las cantidades percibidas por los beneficiarios de seguros sobre la vida, cuando el causante tenga en su territorio la residencia habitual a la fecha del devengo. Sin embargo, en el caso de Navarra también se cederá el rendimiento cuando, teniendo el causante su residencia en el extranjero, conserve la condición política de navarro con arreglo al artículo 5.º de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, mientras que en el País Vasco, de forma similar pero mucho más extensa, también se cederá cuando, a pesar de que el causante tuviera su residencia en el extranjero, los contribuyentes la tuvieran en su territorio (1).

No obstante, mientras que en el caso de Navarra y País Vasco la determinación de la residencia habitual del causante procederá cuando haya permanecido en su territorio el mayor número de días del año inmediato anterior, contado de fecha a fecha, que finalice el día anterior al devengo

(1) En concreto, esta última previsión, junto con el otorgamiento de la competencia para la exacción del Impuesto a las Diputaciones Forales cuando intervengan otros elementos de carácter transnacional, ha sido introducida recientemente en el Concierto por parte la Ley 10/2017, de 28 de diciembre, con el fin de conseguir un mayor respeto, conforme se verá, al Derecho de la Unión Europea.

del Impuesto(2), en las CCAA de régimen común dicho período es superior, pues se valorará considerando los cinco años inmediatos anteriores, también contados de fecha a fecha, que finalicen el día anterior al devengo(3).

De este modo, la Ley 22/2009 ha procurado paliar los cambios de residencia fraudulentos a los únicos efectos de conseguir una tributación menor, ya que la cesión del rendimiento del ISD implica que la correspondiente CCAA también tendrá competencias normativas al respecto y, como se verá, existen diferencias substanciales entre sí por lo que respecta a la carga tributaria(4). Sin embargo, con base en dicha finalidad, procede puntualizar que no será necesario que el causante en tales casos hubiera pasado la mitad de los últimos cinco años más un día en una CCAA para que ésta resulte competente, sino que será suficiente con que no haya otra CCAA en la que hubiera permanecido más días (es decir, que sólo deberán tenerse en cuenta los días que hubiera permanecido en España, de modo que los que hubiera pasado en el extranjero no computarán)(5).

De todos modos, como señalan tanto los arts. 43.Siete del Concierto económico y 43.2 del Convenio económico como el art. 28.4 de Ley 22/2009, no producirán efecto los cambios de residencia que tengan por objeto principal lograr una menor tributación efectiva, por lo que, si la Administración tributaria consiguiera probar que éste ha sido su fin, no deberán tenerse en cuenta.

No obstante, aparece aquí la duda de qué ocurrirá cuando el causante hubiera pasado el mayor número de días de los cinco mencionados en una CCAA de régimen común pero hubiera permanecido en un territorio foral el mayor número de días del último año, punto en el que la excepción contemplada en el art. 25.Dos del Concierto económico con el País Vasco parece venir a constatar la preferencia de la competencia foral.

Así, bajo la misma finalidad de impedir los cambios de residencia fraudulentos, contempla el citado precepto que, a pesar de que el causante hubiera permanecido en «territorio común» el mayor número de días del mencionado periodo de 5 años, también las Diputaciones Forales resultarán competentes para su exacción, si bien en tales supuestos aplicarán las normas del pertinente territorio común (a no ser que el contri-

(2) Art. 43.Uno.Primer del Concierto económico con el País Vasco y art. 8.2.1.º.b) del Convenio económico con Navarra.

(3) Art. 28.1.1r.b) de la Ley 22/2009.

(4) En concreto, como ha señalado la DGT, lo que se pretende evitar son los cambios de residencia entre CCAA que respondan únicamente a motivaciones fiscales, en las que se manifieste la ausencia de vinculación con la nueva residencia formal. (Véanse, entre otras, las Consultas vinculantes de la DGT V0256/2012, de 7 de febrero, y V1200/2012, de 31 de mayo).

(5) En este sentido, véase, entre otras, la Consulta vinculante de la DGT V0443-16, de 4 de febrero.

buyente hubiera conservado la condición política de vasco con arreglo al artículo 7.º.2 del Estatuto de Autonomía) (6).

Por consiguiente, y aunque lo más adecuado sería unificar el plazo de 5 años para determinar la residencia habitual en el ISD (ya sea para evitar los cambios de residencia fraudulentos, para simplificar la gestión del impuesto y, en cualquier caso, por razones de igualdad), también resultaría conveniente que, cuanto menos, en el Convenio económico con Navarra se adoptaran previsiones similares a estas últimas, y más considerando que esta precisión del Concierto económico también parece afectar a dicho territorio. Y es que, conforme al criterio establecido por el TS a los efectos del Concierto económico, la Comunidad foral de Navarra se equipará con el territorio común en sus relaciones con los Territorios Históricos del País Vasco, por lo que parece que, si un causante hubiera pasado el mayor número de días del último año en territorio vasco pero el mayor número de días de los últimos 5 años en territorio navarro, las Diputaciones Forales deberán aplicar la normativa de la Comunidad foral (7).

b) En el gravamen sobre las donaciones de bienes inmuebles y de derechos sobre los mismos, cuando éstos se encuentren ubicados en su territorio (teniendo también dicha consideración las transmisiones a título gratuito de los valores a que los que se refiere el art. 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) (8).

No obstante, en el País Vasco se añade que, si los bienes inmuebles radican en el extranjero, la exacción del Impuesto también corresponderá a la Diputación Foral pertinente cuando el donatario tenga su residencia habitual en su territorio a la fecha del devengo.

c) Y en el gravamen de las donaciones de los demás bienes y derechos, cuando el donatario tenga en su territorio la residencia habitual a fecha del devengo del Impuesto.

(6) De hecho, ésta ha sido otra de las modificaciones al Concierto introducida recientemente por la Ley 10/2017, de 28 de diciembre, estableciendo que las Diputaciones Forales aplicarán la normativa del territorio común no ya cuando el causante o donatario hubiese adquirido la residencia en el País Vasco con menos de cinco años de antelación a la fecha de devengo del Impuesto, sino cuando hubiese permanecido en territorio común un mayor número de días del período de los cinco años inmediatos anteriores, contados de fecha a fecha, al día del devengo.

(7) Al respecto, véanse las SSTS de 13 de noviembre de 2014 y de 17 de noviembre de 2014, en las que se declara que, a los efectos del Concierto económico, en las relaciones entre los Territorios Históricos del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, esta última debe considerarse «territorio común».

(8) Al respecto, y aunque el art. 32.2.b) de la Ley 22/2009 únicamente hace referencia a «las donaciones de bienes inmuebles», también se entienden incluidas las adquisiciones *inter vivos* de carácter lucrativo de bienes sobre los mismos, como demuestra la Consulta a la DGT de la Agencia Tributaria Canaria, 1 de marzo de 2011 (donde se señala que la cesión del ISD corresponderá a la CCAA Canaria ante la donación de la nuda propiedad de unas fincas situadas en la isla de La Palma cuando la donataria no ha tenido su residencia habitual en Canarias los últimos cinco años).

En este último supuesto, también resultan aplicables las consideraciones realizadas en el apartado a) respecto a la determinación de la residencia habitual (debiendo acudir a los cinco años anteriores a la fecha del devengo en el caso de las CCAA de régimen común y a un año en el caso de los territorios forales), del mismo modo que resulta procedente la excepción relativa a la aplicación de la normativa del pertinente territorio común por parte de las Diputaciones forales prevista en el art. 25.Dos del Concierto económico.

Sin embargo, tanto en los casos forales como en las CCAA de régimen común se precisa que, cuando en un solo documento se donasen por un mismo donante a favor de un mismo donatario distintos bienes o derechos y, por aplicación de los puntos de conexión expuestos, el rendimiento debiera entenderse producido en distintas CCAA (o en territorio común y foral), corresponderá a cada autonomía o Diputación la cuota que resulte de aplicar, al valor de lo donado cuyo rendimiento se le atribuye, el tipo medio que, según sus normas, corresponderá al valor de la totalidad de lo transmitido. Y de igual modo, cuando proceda acumular donaciones, corresponderá a la CCAA o territorio foral la cuota que resulte de aplicar, al valor de los bienes y derechos actualmente transmitidos, el tipo medio que, según sus normas, corresponderá al valor de la totalidad de los acumulados (los procedentes de donaciones anteriores y los que son objeto de la transmisión actual).

Finalmente, a pesar de las similitudes en los casos anteriores, en el País Vasco se añade un último supuesto en el que la exacción del ISD corresponderá a la Diputación Foral competente por razón del territorio: cuando el contribuyente tuviera su residencia en el extranjero (es decir, cuando contribuya por obligación real) pero el mayor valor de los bienes o derechos radique en territorio vasco, así como por la percepción de cantidades derivadas de contratos de seguros sobre la vida, cuando el contrato hubiera sido realizado con entidades aseguradoras residentes en el territorio vasco, o se hayan celebrado en el País Vasco con entidades extranjeras que operen en él (entendiéndose a tales efectos que radican en territorio vasco los bienes y derechos que estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en dicho territorio). En este caso, como ha precisado la Junta Arbitral del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, dicho supuesto afecta tanto a las adquisiciones lucrativas *inter vivos* como *mortis causa*, debiéndose atender en este último caso a los concretos bienes y derechos que recibe el adquirente y no a la totalidad de los que formen el caudal hereditario (9).

(9) Resolución 6/2015, de 4 de mayo, de la Junta Arbitral del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

III. Las competencias autonómicas normativas en el ISD

También en este caso, tanto los territorios forales como las CCAA de régimen común pueden asumir competencias normativas en relación con el ISD, aunque, mientras que los primeros tienen plena capacidad para configurar los elementos principales del Impuesto, en el resto de CCAA se encuentra limitada a determinados aspectos.

Así, y a pesar de las exigencias de reserva de ley al respecto (10), también las Diputaciones forales, aun careciendo de potestades legislativas, tienen reconocida dicha capacidad normativa (11), la cual, como ocurre en la Comunidad foral de Navarra, se entiende plena por regla general pero supeditada a determinados principios y limitaciones (como son, además de los establecidos por la CE con base en su supremacía, los previstos en los arts. 2 a 4 del Concierto económico con el País Vasco y 2 del Convenio económico con Navarra, así como los derivados de los tratados o convenios internacionales suscritos por el Estado y los procedentes de la Unión Europea) (12).

Por su parte, la competencia normativa de las CCAA de régimen común viene reconocida y regulada por el art. 48 de la Ley 22/2009, la cual podrán ejercer de forma potestativa. Así, conforme a los arts. 27 y 53 de la Ley 22/2009, si las CCAA hubieran ejercido tales competencias, procederá la aplicación su normativa cuando el rendimiento ISD resulte cedido, aunque, si no hubieran adoptado ninguna disposición al respecto, se aplicará la normativa estatal.

Sin embargo, a diferencia de los territorios forales, tales competencias se encuentran limitadas a diferentes elementos del Impuesto, permitiéndose la adopción de previsiones en relación con las reducciones de la base imponible (ya sea creando reducciones propias que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la autonomía —caso en el que se aplicarán con posterioridad a las estatales— o mejorando las del Estado —supuesto en el que las sustituirán—), la

(10) Véanse al respecto los arts. 31.3 y 133 de la Constitución (CE) y 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

(11) Así lo señala el art. 1.Uno del Concierto económico con el País Vasco al establecer que «las Instituciones competentes de los Territorios Históricos podrán mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, su régimen tributario». Por su parte, en el caso de Navarra es el art. 1 del Convenio económico el que señala que, «en virtud de su régimen foral, Navarra tiene potestad para mantener, establecer y regular su propio régimen tributario».

(12) Entre otros, además de tener que velar por mantener una presión fiscal efectiva global equivalente a la existente en el resto del Estado y respetar el principio de coordinación con el mismo, deberán garantizar en todo caso la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes, capitales y servicios en todo el territorio español, sin que se produzcan efectos discriminatorios, ni menoscabo de las posibilidades de competencia empresarial ni distorsión en la asignación de recursos.

tarifa, las cuantías y los coeficientes del patrimonio preexistente y las deducciones y las bonificaciones de la cuota (las cuales resultarán, en todo caso, compatibles con las estatales y no podrán suponer una modificación de las mismas). No obstante, procede añadir que se les permite asimismo regular los aspectos de gestión y liquidación del tributo, ya que, como se verá en el siguiente apartado, también se encuentra cedida su aplicación y la revisión de los actos dictados en ejercicio de la misma.

De todos modos, y a pesar de que la capacidad normativa de estas últimas no sea plena, cierto es que gozan de un amplio y notable margen de regulación, el cual, a consecuencia del debate que tradicionalmente ha planteado la propia procedencia del ISD (especialmente por lo que respecta al gravamen de las transmisiones *mortis causa* entre familiares directos) y de los costes políticos que acarrea la adecuada corresponsabilidad fiscal, ha comportado que todas las autonomías hayan desarrollado su propia regulación del Impuesto y de forma mucho más beneficiosa que la prevista por el Estado.

Por consiguiente, se encuentran hoy vigentes en España 20 regímenes del ISD distintos (además de la normativa estatal, 15 de cada una de las CCAA de régimen común (13) y la de los cuatro territorios forales —Vizcaya, Guipúzcoa, Álava y Navarra—), los cuales, por lo que respecta especialmente la carga tributaria resultante, plantean asimismo importantes diferencias entre sí (14).

De hecho, y aunque mejorando en todo caso la normativa estatal, hoy se encuentran regulaciones autonómicas que prevén una tributación del ISD ciertamente relevante, mientras que otras han apostado por su supresión indirecta estableciendo incluso bonificaciones a la práctica totalidad de su cuota tributaria (15). En consecuencia, resulta así afec-

(13) Al respecto, recuérdese que Ceuta y Melilla no tienen legislación propia sino que aplican la LISD, aunque ésta les prevé algunas bonificaciones propias (art. 23.bis).

(14) Prueba de esta amplia disparidad normativa se observa, por ejemplo, en la fijación del tipo máximo a aplicar a la base liquidable que ha previsto cada CCAA respecto a los ascendientes o descendientes en línea recta por consanguinidad, adoptantes o adoptados cuando se trate de adquisiciones lucrativas *inter vivos*, ya que, si bien en los tres territorios forales de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava es del 1,5% y en Navarra del 8%, el más bajo en las CCAA de régimen común se constata en Galicia, con un 9%, y en Andalucía, Asturias, y Murcia se fija en un 36,5%.

(15) Sin ir más lejos, Canarias tiene establecida una bonificación del 99,9% de la cuota tributaria derivada de las adquisiciones *mortis causa* y de cantidades percibidas por los beneficiarios de seguros sobre la vida que se acumulen al resto de bienes y derechos que integran la porción hereditaria del beneficiario recibidas por los miembros de los Grupos I (descendientes y adoptados menores de 21 años) y II (descendientes y adoptados de 21 o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes), del mismo modo que Madrid la contempla del 99% junto a la prevista por las adquisiciones *inter vivos* obtenidas por los mismos sujetos (siempre que se formalicen en documento público y, si son en metálico o de bienes o derechos contemplados en el art. 12 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, se justifique debidamente el origen de los fondos donados).

tado tanto el deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 de la CE)(16) como el principio de igualdad y el de igualdad tributaria (arts. 14 y 31.1 de la CE), y es que, ante situaciones hereditarias iguales, se permite a un grupo determinado de personas que gocen de una mayor riqueza (liberándolos en algunos casos de la práctica totalidad del Impuesto) con base únicamente al lugar en el que residen (lo que, asimismo, puede conllevar importantes efectos deslocalizadores y vulnerar de forma directa el derecho a la libre elección de residencia —art. 9 de la CE—).

Además, como afirma GARCÍA DE PABLOS, no hay que olvidar que la actual regulación de las reducciones autonómicas basadas en criterios puramente objetivos y a menudo inspiradas por motivos extrafiscales (como el fomento de los seguros de vida como sistema de previsión voluntaria —con base en los arts. 39, 41, 47, 49 y 50 de la CE—, la protección de bienes de interés cultural —art. 46 de la CE— o la protección de la pequeña y mediana empresa —art. 38 de la CE—) «puede infringir el principio de neutralidad impositiva, al influir en las decisiones de los particulares sobre sus inversiones» (lo cual conlleva al mismo tiempo que los principales beneficiados a la hora buscar las mayores exenciones sean justamente los contribuyentes con rentas más elevadas)(17).

Por consiguiente, teniendo en cuenta que tales diferencias resultan desmesuradas y que ponen en tela de juicio incluso a principios constitucionales, el Estado debería tomar cartas en el asunto (tanto amparado en su competencia exclusiva para determinar las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de todos los españoles —art. 149.1.1.^a de la CE— como con base en el principio de coordinación —art. 156 de la CE—), y es que la raíz del problema radica en la amplitud de la cesión de las competencias normativas que contempla el art. 48 de la Ley 22/2009(18).

(16) En este sentido, véase ALONSO, quien denuncia que aquellas reducciones que en un principio establecía el art. 20 de la LISD basadas en la edad, la minusvalía y el parentesco del adquirente con la finalidad de subjetivar el gravamen se han ido complementado con reducciones objetivas que, además de afectar la progresividad del impuesto, no dejan de ser una vía a la que poder acogerse para incrementar las exenciones al deber general de contribuir. (ALONSO GONZALEZ, Luis Manuel, *La inconstitucionalidad del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*. Madrid. Instituto de Estudios Económicos, 2001, pág. 81).

(17) GARCÍA DE PABLOS, Jesús Félix, «El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: supresión o reforma», en *Crónica Tributaria* núm. 139, 2011, pág. 86.

(18) En este sentido, así lo han puesto de manifiesto varios autores, como es el caso de CALVO al señalar que el origen de toda esta problemática radica, justamente, en que no se tendrían que haber cedido a las autonomías elementos definitorios de un tributo que es de titularidad estatal. (CALVO ORTEGA, Rafael: «La financiación posible de las Comunidades Autónomas: en torno al nuevo modelo», en *Nueva Fiscalidad* núm. 1, 2002, pág. 27).

Por ello, como ha puesto de manifiesto la propia Comisión de Expertos para la reforma del Sistema Tributario, el Estado debería proceder a dictar unos límites (máximos y mínimos) junto a unas directrices sobre cómo fijar el establecimiento de los elementos básicos del impuesto, detallando al mismo tiempo una serie de aspectos indisponibles (es decir, aplicables en todo el territorio) en aras a garantizar una uniforme carga fiscal (19).

Además, no hay que olvidar que, a pesar de que el principio de autonomía financiera previsto en el art. 156.1 de la CE implique necesariamente pluralidad (en el sentido que no puede exigir una unidad de trato para todos los españoles) (20), no debe olvidarse que el art. 139.1 de la CE, al establecer el principio de igualdad en los derechos y obligaciones de los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado, garantiza la equivalencia de sus posiciones jurídicas fundamentales (es decir, en términos negativos, prohíbe su disparidad arbitraria), por lo que, si bien las CCAA pueden regular de forma diferente los beneficios fiscales para los que están autorizadas en los tributos cedidos, deberán ejercer sus competencias normativas de forma objetiva, razonable y proporcional (quedando prohibida cualquier discriminación injustificada respecto a las personas que resultan aplicables).

Y es importante insistir en este punto por cuanto las discriminaciones de índole territorial no sólo pueden plantearse entre regulaciones autonómicas sino también dentro de las mismas, como ocurrió en la CCAA de Valencia con el art. 12.bis.a) de la Ley 13/1997 de la Comunidad Valenciana (concretamente, en la redacción dada por el art. 16 de la Ley 10/2006 de la Comunidad Valenciana). Así, contemplaba el mencionado precepto una bonificación del 99% de cuota del ISD en las adquisiciones *mortis causa* entre parientes de los Grupos I y II, aunque señalaba que sólo resultaría aplicable a los sucesores que tuvieran su residencia habitual en dicha autonomía. En consecuencia, la STC 60/2015, de 18 de marzo, declaró su inconstitucionalidad, y es que consideró que, lejos de ser un elemento válido de diferenciación en situaciones objetivamente comparables, el territorio resultaba un elemento de discriminación carente de justificación alguna (motivo por el cual vulneraba el principio de igualdad y el principio de igualdad tributaria junto con el deber general de contribuir previstos en los arts. 14 y 31.1 de la CE).

(19) Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del Sistema Tributario, de 26 de febrero de 2014, recibido por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas el 13 de marzo de 2014, págs. 251-253.

(20) Al respecto, señala la STC 76/1983, de 5 de agosto, que «la autonomía significa, precisamente, la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y el Estatuto», por lo que «de dicho ejercicio derivan [necesariamente] desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas».

Pero es que, asimismo, las discriminaciones de índole territorial también pueden generarse por el hecho de que, partiendo del art. 32 de la Ley 22/2009, los mayores beneficios que contempla la normativa autonómica respecto a la estatal sólo resultan aplicables a los sujetos pasivos residentes en España (y siempre que no concurren determinados aspectos de carácter transnacional), lo cual, como declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), incumple las obligaciones previstas en el art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE).

En concreto, así lo señaló la STJUE de 3 de septiembre de 2014 (asunto C-127/12), precisando que dicho incumplimiento se constataba al permitir que se establecieran «diferencias [injustificadas y, por ende, discriminatorias] en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste» (21).

Así, el TJUE entendió que en tales supuestos, de conformidad con los puntos de conexión de la Ley 22/2009, resultaba de aplicación la normativa estatal y no la autonómica (fiscalmente más beneficiosa) por criterios basados únicamente en la territorialidad nacional, es decir, que sólo por existir un elemento transnacional se aplicaba la normativa del Estado y el gravamen resultaba mayor.

En consecuencia, España se vio obligada a adecuar la normativa del Impuesto al ordenamiento europeo y procuró llevarlo a cabo mediante la introducción de la Disposición adicional segunda en la LISD (incorporada por la Disposición final tercera de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias), donde se señala que, con independencia de la otorgación del rendimiento a las CCAA (que sigue basándose en los criterios expuestos), también resultará de aplicación la normativa autonómica en los siguientes supuestos:

- En las transmisiones *mortis causa*, si el causante hubiera sido residente en un Estado miembro de la Unión Europea (UE) o del EEE

(21) En este punto, conviene resaltar que el TJUE no se refirió únicamente a los supuestos en que el sujeto pasivo era no residente en España, sino también a casos en que éste podía ser o era necesariamente residente en nuestro país: concretamente, cuando el causante no era residente en España y el sucesor resultaba residente, y cuando se producían donaciones de inmuebles radicados fuera del territorio español (ya que el sujeto pasivo debía ser necesariamente residente, puesto que los no residentes sólo tributan por obligación real, limitada a los bienes y derechos en España —art. 7 de la LISD—).

- distinto de España, donde procederá la normativa de la CCAA en la que se encuentre el mayor valor de los bienes y derechos del caudal relicto situados en España o, si no los hubiera y el sujeto pasivo residiera en España, la de la correspondiente CCAA (22).
- Asimismo, si el causante hubiera sido residente en una CCAA, los contribuyentes que sean residentes en un Estado miembro de la UE o del EEE distinto a España tendrán derecho a la aplicación de la normativa propia aprobada por la misma.
 - Por su parte, en las transmisiones lucrativas *inter vivos* de bienes inmuebles situados en España, los contribuyentes residentes en un Estado miembro de la UE o del EEE distinto a España podrán aplicar la normativa propia aprobada por la CCAA donde los mismos radiquen.
 - Y si las transmisiones lucrativas *inter vivos* son de bienes inmuebles situados en un Estado miembro de la UE o del EEE distinto a España, los contribuyentes residentes en España tendrán derecho a la aplicación de la normativa propia aprobada por la CCAA en la que residan.
 - Y finalmente, en el caso de transmisiones lucrativas *inter vivos* de bienes muebles situados en España, los contribuyentes que sean residentes en un Estado miembro de la UE o del EEE distinto a España tendrán derecho a la aplicación de la normativa propia aprobada por la CCAA donde hayan estado situados el mayor número de días del período de los cinco años inmediatos anteriores, contados de fecha a fecha, que finalice el día anterior al devengo del impuesto.

Asimismo, como se ha señalado en el apartado anterior, la determinación de la residencia habitual en tales casos se realizará de igual forma, entendiéndose que es en una CCAA cuando los sujetos hubieran permanecido en su territorio el mayor número de días de los cinco años inmediatos anteriores, contados de fecha a fecha, al día de antes del devengo del Impuesto. Y del mismo modo, se prevé que, cuando en un solo documento se donen por un mismo donante a favor de un mismo donatario distintos bienes o derechos y, por aplicación de las reglas expuestas, resulte aplicable la normativa de distintas CCAA, la cuota tributaria a ingresar se determinará realizando dos operaciones: primero calculando el tipo medio resultante de aplicar al valor del conjunto de los bienes y de-

(22) En este punto, tales previsiones se asimilan en parte a las vigentes en el País Vasco, donde como se ha visto, las Diputaciones forales resultarán competentes a pesar de que el causante residiera fuera de España (sin que se limite en este caso que sea residente en la UE o en el EEE) si el sujeto pasivo del ISD fuera residente en territorio vasco.

rechos donados la normativa del Estado y la de cada una de las CCAA en las que estén situados parte de tales bienes y derechos, y aplicando el tipo medio obtenido al valor de los bienes y derechos que estén situados en cada CCAA por la aplicación de su normativa propia (de lo cual se obtendrá una cuota tributaria a ingresar, correspondiente a dichos bienes y derechos).

No obstante, y a pesar de la celeridad del Estado en procurar restaurar el cumplimiento de sus obligaciones europeas, varios autores han puesto de manifiesto la insuficiencia de estas nuevas previsiones, ya que, sin ir más lejos, resulta paradójico que, si el causante hubiera tenido su residencia en un Estado miembro de la UE o del EEE pero el sujeto pasivo no, éste tenga derecho a aplicar la normativa de la CCAA donde se encuentre el mayor valor de los bienes y derechos del caudal relicto situados en España, pero que, si el causante hubiera residido fuera de un Estado miembro de la UE o del EEE y el sujeto pasivo residiera en él (aunque no en España), no se le reconozca (y es que, a diferencia de los supuestos en los que resulte pertinente la normativa autonómica por haber sido el causante residente en la pertinente CCAA, no se limita su aplicación a que los contribuyentes que sean residentes en un Estado miembro de la UE o del EEE).

Además, aún resta pendiente la discriminación que reciben los sujetos que residen fuera de la UE y el EEEE, y es que, de conformidad con el art. 63 del TFUE, «quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países» (23). De hecho, en este sentido se ha pronunciado ya el

(23) Entre otros, véase un estudio crítico sobre la solución por la que ha optado España mediante la Disposición adicional segunda de la LISD en MARTÍN QUERALT, Juan, «El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: de la vulneración del Derecho comunitario a la mera inconstitucionalidad», en *Tribuna Fiscal* núm. 275, 2014; FALCÓN Y TELLA, Ramón, «El impuesto sobre sucesiones y donaciones y la libre circulación de capitales: una enmienda insuficiente», en *Quincena fiscal* núm. 18, 2014; SIMÓN ACOSTA, Eduardo, «Incompatibilidad del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones con el ordenamiento comunitario», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 891, 2014; ADAME MARTÍNEZ, Francisco David, «La compatibilidad de diversas medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas con el Derecho europeo», en *Libertades comunitarias, autonomía tributaria y medio ambiente*. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2015; JUÁREZ GONZÁLEZ, Javier Máximo, «El Impuesto de Sucesiones y Donaciones desde el 1 de enero de 2015. Adaptación del Derecho interno a la Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014», en *Revista Interactiva de Actualidad* núm. 4, 2015; ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco, «Libertad de establecimiento y libre circulación de capitales: la proscripción de diferencias de tratamiento tributario por razón de residencia dentro de la UE de sujetos y objetos en el ISD español», en *Derechos fundamentales y Hacienda Pública: una perspectiva europea*. Cívitas. Madrid, 2015; RIBES RIBES, Aurora, «Novedades sobre la tributación sucesoria de los no residentes en España: problemas pendientes», en *Derecho y fiscalidad de las sucesiones «mortis causa» en España: una perspectiva multidisciplinar*. Aranzadi. Cizur Menor, 2016; CALVO VÉRGUEZ, Juan, «¿Se adapta la reforma de los puntos de conexión del ISD acometida a través de la aprobación de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, a los dictados de la Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014?», en *Derecho y fiscalidad de las sucesiones «mortis causa» en España: una perspectiva multidisciplinar*. Aranzadi. Cizur Menor, 2016; o RAMOS PRIETO, Jesús, «La tributación de las suce-

propio TJUE respecto a otros países, destacando la prohibición de dispensar un peor trato fiscal en el Impuesto de Sucesiones a los residentes en un tercer Estado (24).

Por ello, probablemente lo más adecuado sería optar, como hace el Concierto económico del País Vasco, por aludir en todo caso al extranjero y no a los Estados miembros de la UE o del EEE, lo mismo que debería hacer Navarra para evitar futuros problemas). Además, a pesar del acierto de la modificación del Concierto por parte de la Ley 10/2017, de 28 de septiembre, tanto este último como el Convenio económico deberían añadir la procedencia de su competencia cuando el causante tuviera su residencia en el extranjero pero la mayor parte de los bienes y derechos que conforman el caudal relicto situados en España se encontraran en su territorio, así como por la percepción de cantidades derivadas de contratos de seguros sobre la vida cuando el contrato hubiera sido realizado con entidades aseguradoras residentes en su territorio o se hubiera celebrado con entidades extranjeras que operen en él.

Asimismo, Navarra debería prever que se aplicará su normativa en el caso de transmisiones lucrativas *inter vivos* de bienes muebles e inmuebles situados en España cuando, teniendo el donatario residencia en el extranjero, se encuentren en su territorio, aunque, en relación con los primeros, la determinación de su localización por la debería optar tanto el Convenio como el Concierto económico (donde tal supuesto ya se encuentra contemplado) es la correspondiente al mayor número de días del período de los cinco años inmediatos anteriores, contados de fecha a fecha, que finalice el día anterior al de devengo del Impuesto.

De igual modo, con el fin de equiparar el trato a todos los españoles, Navarra también debería prever su competencia en las transmisiones lucrativas *inter vivos* de bienes inmuebles situados en el extranjero cuando el donatario fuera residente en su territorio, de la misma forma que debería incluirla cuando el adquirente de las transmisiones lucrativas *mortis causa* también lo fuera pero el causante residiera en el extranjero.

Así pues, tanto para la efectiva reformulación de los puntos de conexión como para garantizar una uniforme carga fiscal, resulta del todo

siones *mortis causa* en España: una visión general desde la perspectiva del Derecho interno y del Derecho de la Unión Europea», en *Derecho y fiscalidad de las sucesiones «mortis causa» en España: una perspectiva multidisciplinar*. Aranzadi. Cizur Menor, 2016.

(24) Al respecto, véase la STJUE 17/10/2013, de 17 de octubre (asunto C-181/12), donde se señala la prohibición de que Alemania, en el cálculo del Impuesto sobre Sucesiones por la adquisición *mortis causa* de un inmueble situado en su territorio, dispense una menor reducción de la base imponible por el hecho de que el causante y el causahabiente residan, en el momento del fallecimiento, en un tercer país (en el caso, la Confederación Suiza), respecto a la que hubiera procedido si al menos uno de ellos hubiera residido en su territorio.

evidente la necesidad de revisar la normativa foral y de realizar una completa armonización del Impuesto pactada por el Estado con las diferentes CCAA, en la que, además de fijarse una serie de aspectos indisponibles, dictarse las directrices sobre cómo configurar los elementos básicos del Impuesto y reformular la cesión de competencias en los términos señalados, se garantice una tributación equivalente en todo el territorio (estableciendo unos límites máximos y mínimos).

Y es que, como no podía ser de otra forma, las divergencias entre las distintas normativas autonómicas del ISD también pueden constatare en su recaudación, yendo en el año 2016 desde 14.829 miles de euros en La Rioja a 445.629 miles de euros en Catalunya, y siendo de 46.317 miles de euros en Navarra y de 110.978 miles de euros en el País Vasco (25). Por consiguiente, no sólo queda constatada la alteración del deber general de participación en el gasto público de todos los ciudadanos y demás principios señalados, sino que estas diferencias también ponen en tela de juicio el principio de solidaridad territorial (arts. 2 y 138 de la CE), cuestionando al mismo tiempo la auténtica eficacia del Impuesto en cuanto a figura recaudatoria.

Además, y aunque se otorgó capacidad normativa a las CCAA en los tributos cedidos para fomentar justamente la corresponsabilidad fiscal (26), ésta se encuentra hoy claramente en entredicho, ya que, más allá de las divergencias apuntadas, la regulación autonómica al respecto ha servido para reducir, contra todo pronóstico, la presión fiscal. En consecuencia, cuando ha sido necesario acrecentar los ingresos tributarios (especialmente por los efectos de la crisis en las arcas públicas y las exigencias de mayor austeridad y eficiencia en el gasto —plasmadas esencialmente en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad—), las CCAA han incrementado la tributa-

(25) En concreto, la recaudación de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya fue de 11.235, 41.806 y 57.937 miles de euros, respectivamente. (MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA: *Recaudación líquida obtenida y aplicada por tributos cedidos gestionados por las Comunidades Autónomas de Régimen Común y recaudación líquida obtenida y aplicada por tributos concertados, convenidos y propios de las Comunidades forales*, Ministerio de Hacienda y Función Pública, Madrid, 2017, págs. 12 y 32. Disponible en: <http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/CDI/Impuestos/RecaudacionDefinitiva2016.pdf> [Fecha de consulta: 1 de febrero de 2017]).

(26) Al respecto, en su reunión del 23 de septiembre de 1996, el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, a propuesta del Gobierno central, aprobó un nuevo modelo de financiación autonómica para el quinquenio 1997-2001, teniendo como uno de los principios inspiradores básicos la asunción de las CCAA de un importante nivel de corresponsabilidad fiscal efectiva materializado a través de la otorgación a las mismas de competencias normativas la cesión de tributos del Estado. De hecho, es tal su relevancia que autores como SERRANO han fijado en el 1 de enero de 1997 como «la fecha en la que la corresponsabilidad supuso un verdadero cambio en el entendimiento de la financiación autonómica», aunque, como también se ha destacado de forma reiterada, el uso de estas nuevas competencias autonómicas no ha sido el esperado. (SERRANO ANTÓN, Fernando, «El principio de corresponsabilidad fiscal: fundamento y límites de los ingresos en la Constitución española», en *FORO: Revista de Derecho* núm. 20, 2013, pág. 80).

ción propia amparada bajo dudosas finalidades extrafiscales, tratando de obtener así una mayor aceptación ciudadana y la elusión de los costes políticos que conlleva una mayor tributación (27).

No obstante, aparte de los múltiples conflictos que conllevan, los impuestos propios se caracterizan por su escasa entidad recaudatoria (28), por lo que también sería realmente necesario replantear la corresponsabilidad fiscal de las CCAA asegurando los tributos cedidos como figura esencial (ya sea por no plantear problemas de doble imposición, por ser ya conocidos y aceptados por la ciudadanía, por el amplio margen de maniobra que otorgan las autonomías o por su constatada capacidad recaudatoria) (29).

IV. Las competencias autonómicas en la aplicación y revisión en el ISD

Finalmente, la intervención autonómica en el ISD también se constata en su aplicación y la revisión de los actos dictados en virtud de la misma, competencias reconocidas de forma plena en los territorios históricos forales del País Vasco y la Comunidad foral de Navarra.

(27) En este sentido, así lo señalan también GONZÁLEZ GONZÁLEZ, y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, quienes entienden que las CCAA han apostado por tales impuestos porque, «de alguna manera, no conllevan un gran coste político al verse enmascarados bien por su denominación, bien por su pretendida finalidad “ambiental”», en el sentido que su justificación extrafiscal permite vencer la resistencia de los ciudadanos «a cualquier actuación del ente público que pueda suponer un incremento de la presión fiscal». (GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Ana Isabel y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Panorama actual de los tributos propios de las Comunidades Autónomas españolas», en *Crónica Tributaria* núm. 9, 2011, págs. 3 y 6).

(28) Véase un estudio sobre las deficiencias que actualmente plantean tales tributos en ROVIRA FERRER, Irene, «Estado actual y perspectivas de futuro de la potestad autonómica para crear impuestos propios», en *Revista d'estudis autonòmics i federals* núm. 24, 2016.

(29) En este sentido, además de velar por un mayor respeto del principio de autonomía financiera, algunos autores han apostado por vincular el principio de suficiencia a un adecuado ejercicio de la solidaridad interregional, en el sentido que, sin olvidar la necesidad y la población como criterios básicos de distribución para garantizar los servicios públicos fundamentales en condiciones similares de calidad en cada uno de los territorios, se condicionara a la imposición de un adecuado esfuerzo fiscal (y es que, como recalca PAGÈS i GALTÉS, «no debemos olvidar que la solidaridad es bidireccional, dado que si bien implica que las comunidades ricas han de ser solidarias con las pobres traspasándoles recursos, también implica que las comunidades pobres han de ser solidarias con las ricas renunciando a que tal traspaso adquiera matices expoliatorios contrarios a la equidad interterritorial» —PAGÈS i GALTÉS, Joan, «Financiación autonómica, local y sectorial en el nuevo Estatuto de Cataluña», en *La financiación autonómica en los estatutos de autonomía*. Marcial Pons. Madrid, 2008, pág. 71—). Sin embargo, otros autores, como ALONSO, apuestan por convertir a parte de los tributos cedidos en auténticos tributos autonómicos, lo mismo que plantea CHECA aunque suprimiendo, por los múltiples defectos jurídicos que plantean, el IP y el ISD (defendiendo que sería más adecuado incardinar la materia por ellos gravada en el IRPF). (ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel, «El futuro de la tributación propia», en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* núms. 1-2, 2013, pág. 18 y CHECA GONZÁLEZ, Clemente, *Propuestas para un nuevo modelo de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, en materia de impuestos propios y cedidos*. Aranzadi. Cizur Menor, 2008).

Así, como señala el art. 1.Dos del Concierto económico del País Vasco, «la exacción, gestión, liquidación, inspección, revisión y recaudación de los tributos que integran el sistema tributario de los Territorios Históricos corresponderá a las respectivas Diputaciones Forales», precisando en el apartado Tres que, «para la gestión, inspección, revisión y recaudación de los tributos concertados, las instituciones competentes de los Territorios Históricos ostentarán las mismas facultades y prerrogativas que tiene reconocidas la Hacienda Pública del Estado».

Asimismo, en el caso de Navarra, es el art. 4 del Convenio económico el que señala que, «para la exacción, gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión de los tributos propios de la Comunidad foral, la Hacienda Pública de Navarra ostentará las mismas facultades y prerrogativas que tiene reconocidas la Hacienda Pública del Estado», si bien el art. 5 recalca su deber de colaborar en la aplicación de sus respectivos regímenes tributarios y, a tal fin, la obligación de facilitarse mutuamente las informaciones y ayudas necesarias.

Además, igual que se permite a las CCAA de régimen común, en ambos casos se reconoce la competencia para regular los aspectos de los mencionados procedimientos de gestión y liquidación del Impuesto, pudiendo decidir, a diferencia del resto de autonomías, la introducción del sistema de autoliquidación (30). Así, fuera de los territorios forales, la potestad para decidir implementar esta forma de gestión del Impuesto sigue correspondiendo al Estado, el cual lo irá estableciendo con carácter obligatorio a medida que cada Administración autonómica vaya estableciendo un servicio de asistencia al contribuyente para su cumplimentación.

Por su parte, la concreción de las competencias cedidas en esta materia a las CCAA de régimen común viene detallada en los arts. 54 a 59 de la Ley 22/2009, incluyéndose en el art. 61 su deber de colaboración tanto con las demás Administraciones autonómicas como con la estatal. En concreto, en la gestión tributaria del ISD, estas autonomías serán competentes para la incoación de los expedientes de comprobación de valores (aunque utilizando los mismos criterios que el Estado), la realización de los actos de trámite y la práctica de liquidaciones tributarias, la calificación de las infracciones y la imposición de sanciones tributarias, la publicidad e información al público de obligaciones tributarias y su forma de cumplimiento, la aprobación de modelos de

(30) Art. 66 de la Norma Foral de Vizcaya 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, art. 34.2 de la Norma Foral de Guipúzcoa 3/1990, de 11 de enero, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, art. 42 de la Norma Foral de Álava 11/2005, de 16 de mayo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, art. 57.2 del Decreto Foral Legislativo de Navarra 250/2002, de 16 de diciembre, y art. 48.2 de la Ley 22/2009.

declaración y, en general, para las demás labores necesarias para la gestión de los tributos. Asimismo, les competirá la recaudación del Impuesto tanto en período voluntario de pago como ejecutivo, del mismo modo que tienen atribuidas las funciones de la inspección tributaria previstas en el art. 141 de la LGT (aunque los planes de actuación inspectora deberán ser elaborados conjuntamente con el Estado). Y, como se señalaba, también podrán asumir la revisión de sus actos dictados en aplicación del ISD, ya sea resolviendo procedimientos especiales de revisión, recursos de reposición o reclamaciones económico administrativas.

Con carácter general, la asunción autonómica de tales competencias procederá siempre que, conforme a los puntos de conexión previstos, corresponda a la pertinente CCAA o territorio histórico foral el rendimiento del impuesto, y procede destacar que, junto a la descentralización que comportan tales previsiones, su importancia también radica en sus efectos para los sujetos pasivos. Y es que, igual que ocurre en el IP, el ITPAJD y el Impuesto especial sobre determinados medios de transporte, el art. 55.3 de la Ley 22/2009 señala que, cuando el rendimiento del Impuesto corresponda a una CCAA, los documentos y autoliquidaciones del ISD únicamente surtirán efectos liberatorios con su presentación ante la oficina competente de la misma, por lo que, como precisa, cuando el rendimiento derivado de los actos o contratos contenidos en un mismo documento se considere producido en distintas autonomías, procederá su presentación en la oficina competente de cada una de ellas (aunque la autoliquidación que en su caso se formule solo se referirá al rendimiento producido en su respectivo territorio).

Sin embargo, procede destacar que no siempre que proceda la normativa del ISD de las CCAA de régimen común también a éstas se les cederá el rendimiento del Impuesto y resultarán competentes para su aplicación y revisión, lo que ocurrirá básicamente cuando resulten de aplicación los puntos de conexión señalados en su Disposición adicional segunda de la LISD (ya que, como señala el apartado Uno, estos determinarán únicamente la aplicación normativa autonómica, de modo que el competente para la aplicación y revisión del Impuesto y a quien corresponderá su rendimiento será el Estado).

Y en este punto procede remarcar que, como señala el apartado Dos de la misma, los contribuyentes que deban cumplimentar sus obligaciones por el ISD ante la Administración Tributaria del Estado vendrán obligados a presentar una autoliquidación (es decir, que no tendrán la posibilidad solicitar la liquidación administrativa), la cual llevarán a cabo conforme al modelo y plazos determinados reglamentariamente por el actual Ministro de Hacienda y Función Pública (donde, lógicamente, estará prevista la aplicación de los beneficios fiscales autonómicos).

Sin embargo, cierto es que el art. 55.4 de la Ley 22/2009 prevé que las competencias cedidas en materia de gestión podrán realizarse mediante diligencias de colaboración entre las distintas Administraciones tributarias competentes, del mismo modo que, con el fin de paliar la excesiva presión fiscal indirecta que ello podría comportar a los contribuyentes (ya no sólo por el hecho de que la gestión y rendimiento del tributo puedan corresponder a una CCAA con la que no mantengan ningún tipo de relación efectiva, sino porque se vean obligados a presentar distintas autoliquidaciones ante una misma adquisición), el art. 70 del RISD permite una serie de supuestos en los que documentos o declaraciones relativos al Impuesto podrán presentarse en oficinas de autonomías a las que no corresponda la cesión de su rendimiento (31). Y, de hecho, así viene a confirmarlo el art. 71, al señalar que, cuando de la aplicación de las reglas previstas en el art. 70 del RISD resulte atribuida la competencia territorial a una oficina integrada en la estructura administrativa de un Ente público al que no corresponda el rendimiento del tributo, mantendrá la competencia para la gestión y liquidación del Impuesto pero deberá transferir el importe ingresado a la Caja del Ente público a que corresponda.

No obstante, aunque no en el caso de Navarra, esta no correspondencia de las diferentes competencias autonómicas también ocurrirá en el País Vasco, ya que, como se ha señalado, el art. 25.Dos del Concierto económico contempla que, a pesar de que el causante o, en las adquisiciones lucrativas *inter vivos* que no sean de bienes inmuebles o derechos sobre los mismos, el donatario hubieran permanecido en territorio foral el mayor número de días del último año que finalice el día anterior del devengo del ISD, deberá aplicarse la normativa autonómica del pertinente «territorio común» si en el mismo hubieran permanecido en el mayor número de días de los últimos 5 años (también anteriores al día de antes del devengo del Impuesto). Sin embargo, como puntualiza, será en todo caso a la Diputación Foral competente a quien corresponderá su rendimiento y exacción, aunque tales previsiones no procederán si el contribuyente hubiera conservado la condición política de vasco con arreglo al artículo 7.º.2 del Estatuto de Autonomía.

(31) Así, por ejemplo, permite el mencionado precepto que, si se transmiten *inter vivos* de forma lucrativa varios bienes inmuebles situados en distintos territorios (ya sean en el extranjero y en una o varias autonomías o en distintas CCAA), los documentos o declaraciones podrán presentarse en la oficina del territorio donde radiquen los inmuebles que, según las normas del Impuesto sobre el Patrimonio, tengan mayor valor, o, si fuesen del mismo valor, en cualquiera de las oficinas donde esté situado alguno de ellos, previo acuerdo de los interesados, si fueran varios. Asimismo, si en una transmisión *mortis causa* el causante residía en el extranjero pero uno o varios causahabientes tuvieran la residencia habitual en España (supuesto en el que la cesión del rendimiento y aplicación y gestión del Impuesto corresponderá a la AEAT), los sujetos pasivos podrán optar por presentarlos, previo acuerdo entre los mismos, en la oficina que corresponda al territorio donde cualquiera de ellos tenga su residencia habitual.

Y en todos estos casos no hay que olvidar que, a pesar de que la AEAT o una Administración autonómica o foral se vea con la necesidad de aplicar una normativa del ISD que no le sea propia, los competentes para resolver las consultas tributarias relativas a la misma seguirán siendo los territorios forales o las CCAA que la aprobaron, ya que, como señala el art. 88.5 de la LGT, su resolución corresponderá «a los órganos de la Administración tributaria que tengan atribuida la iniciativa para la elaboración de disposiciones en el orden tributario, su propuesta o interpretación» (32). Y así se desprende también del art. 55.2 de la Ley 22/2009, ya que, tras precisar que no son objeto de delegación autonómica las competencias relativas a la contestación de las consultas reguladas en los arts. 88 y 89 de la LGT, exceptúa de dicha no delegación las que se refieran «a la aplicación de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias».

Por ello, y sin perjuicio de seguir permitiendo la colaboración entre Administraciones para paliar la presión fiscal indirecta, parece que lo más adecuado sería que, con ocasión de la necesaria armonización del Impuesto a pactar por el Estado y los diferentes territorios, se equipararan los supuestos en los que se aplicará la normativa foral o autonómica con los que se cederá el rendimiento obtenido y las demás competencias, tanto con el fin de simplificar la gestión del impuesto como para fomentar la debida corresponsabilidad fiscal. Y es que, como señala SERRANO, «la obtención de ingresos por parte de los entes públicos no se satisface con el mero establecimiento de tributos, sino que debe completarse a través una diligente aplicación de los mismos», por lo que «una labor ineficaz del ente territorial en la gestión del sistema tributario conducirá a elevar la presión fiscal de aquellos contribuyentes que cumplen voluntariamente sus obligaciones» (33).

V. Conclusiones

Sin lugar a dudas, entre las figuras tributarias que se encuentran hoy vigentes, el ISD es una de que más polémica ha generado, tanto por lo

(32) De hecho, así lo hacen constar expresamente las DGT de los diferentes Gobiernos autonómicos, como puede observarse, entre muchas otras, en la contestación a la Consulta 1/2015 de 14 de enero de 2015 de la DGT del Gobierno de Aragón (en la cual, tras precisar que la consulta se dirige fundamentalmente a

preguntar sobre la aplicación de un precepto normativo autonómico, entiende que «compete a este centro directivo contestar la consulta, atribuyéndose a la misma, en lo referido a la aplicación de la normativa aragonesa, los efectos vinculantes que reconoce el artículo 89 de la Ley General Tributaria»).

(33) SERRANO ANTÓN, Fernando, «El principio de corresponsabilidad fiscal: fundamento y límites de los ingresos en la Constitución española», *op. cit.*, pág. 88.

que respecta a su configuración como en lo relativo incluso a su propio establecimiento. Y entre las múltiples cuestiones problemáticas que plantea, se encuentra también la intervención autonómica prevista en el mismo, tanto por lo que respecta a las CCAA de régimen común como a los territorios históricos forales del País Vasco y la Comunidad foral de Navarra.

En este sentido, las competencias autonómicas que mayores conflictos plantean son las de carácter normativo, no sólo por el amplio margen reconocido al respecto (que puede llegar a comportar la práctica desaparición de la carga tributaria del Impuesto en determinados supuestos y territorios), sino también por la discriminación que pueden conllevar a determinados sujetos pasivos por razones únicamente de carácter territorial (ya sea considerando las regulaciones autonómicas entre sí, por las diferenciaciones que pueden contenerse dentro de las mismas o por el hecho de que los mayores beneficios que contemplan las autonomías respecto a la normativa estatal no resulten aplicables a supuestos donde existan elementos de carácter transnacional).

Por consiguiente, la definitiva solución en este punto debe partir de la revisión de la normativa foral y de una nueva armonización del Impuesto pactada por el Estado y las diferentes CCAA, en la que, además de fijarse una serie de aspectos indisponibles y de dictarse las directrices sobre cómo configurar sus elementos básicos, se garantice una uniforme carga fiscal (estableciendo unos límites máximos y mínimos).

No obstante, el efectivo respeto de las libertades europeas y la no discriminación también pasan necesariamente por modificar los puntos de conexión que determinan la aplicación de la normativa autonómica y foral, por cuanto, a pesar de que el Estado procuró dar cumplimiento a las exigencias del TJUE añadiendo una serie de puntos en la LISD, siguen planteándose problemas al respecto. Y es que, igual que debería hacer el Convenio económico de Navarra, debería equipararse la residencia o localización en Estados miembros de la UE o el EEE y la que pueda tener lugar en terceros países (haciendo referencia, como hace el Convenio económico del País Vasco, al extranjero), y es que no hay que olvidar que la libertad de capitales que garantiza el art. 63 del TFUE prohíbe todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre los mismos y terceros países.

De este modo, se acabaría con situaciones que se siguen dando en las que, por el hecho de existir un elemento transnacional, acaba resultando una carga tributaria más gravosa que si el mismo no existiera, como ocurre en el paradójico caso de que, si el causante hubiera tenido su residencia en un Estado miembro de la UE o del EEE pero el sujeto pasivo no, éste tenga derecho a aplicar la normativa de la CCAA donde se encuentre el mayor valor de los bienes y derechos del caudal relicto situados en Es-

paña, pero que, si el causante hubiera residido fuera de un Estado miembro de la UE o del EEE y el sujeto pasivo residiera en él (aunque no en España), no se le reconozca.

Y en la misma línea, además de unificar el plazo para determinar la residencia habitual en el ISD a 5 años (tal y como ocurre en las CCAA de régimen común), tanto el Concierto como el Convenio económico deberían añadir la procedencia de su competencia cuando el causante tuviera su residencia en el extranjero pero la mayor parte de los bienes y derechos que conforman el caudal relicto situados en España se encontraran en su territorio, así como por la percepción de cantidades derivadas de contratos de seguros sobre la vida cuando el contrato hubiera sido realizado con entidades aseguradoras residentes en su territorio o se hubiera celebrado con entidades extranjeras que operen en él.

Asimismo, Navarra debería prever que se aplicará su normativa en el caso de transmisiones lucrativas *inter vivos* de bienes muebles e inmuebles situados en España cuando, teniendo el donatario residencia en el extranjero, se encuentren en su territorio, aunque, en relación con los primeros, la determinación de su localización por la debería optar tanto el Convenio como el Concierto económico (donde tal supuesto ya se encuentra contemplado) es la correspondiente al mayor número de días de los cinco años inmediatos anteriores, contados de fecha a fecha, al día anterior al de devengo.

De igual modo, con el fin de equiparar el trato a todos los españoles, Navarra también debería prever su competencia en las transmisiones lucrativas *inter vivos* de bienes inmuebles situados en el extranjero cuando el donatario fuera residente en su territorio, de la misma forma que debería incluirla cuando el sujeto pasivo también lo fuera pero el causante residiera en el extranjero.

Por su parte, en relación con la intervención autonómica en la aplicación y revisión del ISD, sería conveniente aprovechar la necesaria armonización del mismo para equiparar los supuestos en los que se aplicará la normativa foral o autonómica con los que se cederá el rendimiento obtenido y las demás competencias, sin perjuicio de seguir permitiendo la colaboración entre Administraciones para paliar la presión fiscal indirecta a los obligados tributarios. De este modo, junto a la simplificación de su gestión, se fomentaría la debida corresponsabilidad fiscal, en tanto que la obtención de ingresos depende del establecimiento de tributos pero también de su adecuada gestión (en el sentido de que serían las propias Administraciones quienes asumirían los costes o beneficios de su eficiencia al respecto).

Por ello, además de preverse respecto a las CCAA de régimen común (aglutinando y modificando, al mismo tiempo, los pertinentes puntos de conexión), también debería contemplarse en los supuestos contenidos en

el art. 25.Dos del Concierto económico (cediéndose a la autonomía de la que procederá su normativa la recaudación y exacción del Impuesto), del mismo modo que el Convenio económico de Navarra debería incluir tal precepto aunque redactado en tales términos (con el fin de contribuir también a paliar los cambios de residencia fraudulentos).

De todos modos, no hay que olvidar que la garantía de la efectiva corresponsabilidad fiscal también pasa, obligatoriamente, por la reforma del actual sistema de financiación autonómica, donde los tributos cedidos, y en especial el ISD, deben recuperar su importancia capital.

VI. Bibliografía

- ADAME MARTÍNEZ, Francisco David, «La compatibilidad de diversas medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas con el Derecho europeo», en *Libertades comunitarias, autonomía tributaria y medio ambiente*. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2015.
- ALONSO GONZÁLEZ, Luís Manuel, *La inconstitucionalidad del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*. Madrid. Instituto de Estudios Económicos, 2001.
- ALONSO GONZÁLEZ, Luís Manuel, «El futuro de la tributación propia», en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* núms. 1-2, 2013.
- CALVO ORTEGA, Rafael: «La financiación posible de las Comunidades Autónomas: en torno al nuevo modelo», en *Nueva Fiscalidad* núm. 1, 2002.
- CALVO VÉRGUEZ, Juan, «¿Se adapta la reforma de los puntos de conexión del ISD acometida a través de la aprobación de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, a los dictados de la Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014?», en *Derecho y fiscalidad de las sucesiones «mortis causa» en España: una perspectiva multidisciplinar*. Aranzadi. Cizur Menor, 2016.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente, *Propuestas para un nuevo modelo de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, en materia de impuestos propios y cedidos*. Aranzadi. Cizur Menor, 2008.
- ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco, «Libertad de establecimiento y libre circulación de capitales: la proscripción de diferencias de tratamiento tributario por razón de residencia dentro de la UE de sujetos y objetos en el ISD español», en *Derechos fundamentales y Hacienda Pública: una perspectiva europea*. Cívitas. Madrid, 2015.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón, «El impuesto sobre sucesiones y donaciones y la libre circulación de capitales: una enmienda insuficiente», en *Quincena fiscal* núm. 18, 2014.
- GARCÍA DE PABLOS, Jesús Félix, «El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: supresión o reforma», en *Crónica Tributaria* núm. 139, 2011.

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Ana Isabel y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Panorama actual de los tributos propios de las Comunidades Autónomas españolas», en *Crónica Tributaria* núm. 9, 2011.
- JUÁREZ GONZÁLEZ, Javier Máximo, «El Impuesto de Sucesiones y Donaciones desde el 1 de enero de 2015. Adaptación del Derecho interno a la Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014», en *Revista Interactiva de Actualidad* núm. 4, 2015.
- MARTÍN QUERALT, Juan, «El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: de la vulneración del Derecho comunitario a la mera inconstitucionalidad», en *Tribuna Fiscal* núm. 275, 2014.
- PAGÈS i GALTÉS, Joan, «Financiación autonómica, local y sectorial en el nuevo Estatuto de Cataluña», en *La financiación autonómica en los estatutos de autonomía*. Marcial Pons. Madrid, 2008.
- RIBES RIBES, Aurora, «Novedades sobre la tributación sucesoria de los no residentes en España: problemas pendientes», en *Derecho y fiscalidad de las sucesiones «mortis causa» en España: una perspectiva multidisciplinar*. Aranzadi. Cizur Menor, 2016.
- RAMOS PRIETO, Jesús, «La tributación de las sucesiones *mortis causa* en España: una visión general desde la perspectiva del Derecho interno y del Derecho de la Unión Europea», en *Derecho y fiscalidad de las sucesiones «mortis causa» en España: una perspectiva multidisciplinar*. Aranzadi. Cizur Menor, 2016.
- ROVIRA FERRER, Irene, «Estado actual y perspectivas de futuro de la potestad autonómica para crear impuestos propios», en *Revista d'estudis autonòmics i federals* núm. 24, 2016.
- SERRANO ANTÓN, Fernando, «El principio de corresponsabilidad fiscal: fundamento y límites de los ingresos en la Constitución española», en *FORO: Revista de Derecho* núm. 20, 2013.
- SIMÓN ACOSTA, Eduardo, «Incompatibilidad del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones con el ordenamiento comunitario», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 891, 2014.

Trabajo recibido el 1 de febrero de 2018

Aceptado por el Consejo de Redacción el 16 de febrero de 2018

LABURPENA: Oinordetzen eta dohaintzen gaineko zerga Estatuaren titulartasuneko da; hala ere, foru-lurraldeetan, araudi autonomoko zerga itundu gisa eratu da, araubide erkidea duten gainerako autonomia-erkidegoei laga zaien bezala. Ondorioz, autonomia-erkidegoek eta foru-lurraldeek, zergaren etekinean parte hartzeaz gain, hainbat eskumen dauzkate aitortuta; hala nola, araudiaren ingurukoak eta ezarpenaren eta berrikuspenaren ingurukoak. Hala, askotariko ahal autonomikoen azterketa egitea da lan honen xede nagusia. Bestalde, agerian jarri nahi dira arazoak, eta hobetzeko proposamenak eman, etorkizuneko eta beharrezko birkonfigurazioari begira.

GAKO HITZAK: Oinordetzen eta dohaintzen gaineko zerga. Araubide erkidea duten autonomia-erkidegoak. Euskal Autonomia Erkidegoko foru-lurralde historikoak. Nafarroako Foru Komunitatea.

RESUMEN: A pesar de que el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones sea un tributo de titularidad del Estado, se encuentra configurado como tributo concertado de normativa autónoma en los territorios forales, del mismo modo que se encuentra cedido al resto de Comunidades Autónomas de régimen común. Por consiguiente, las diferentes autonomías y territorios forales no sólo pueden participar de su rendimiento, sino que también tienen reconocidas competencias tanto respecto a su normativa como a su aplicación y revisión. Así, el análisis de estas diversas capacidades autonómicas es el objeto principal del presente trabajo, procurando poner de manifiesto las diferentes problemáticas que se plantean y aportando diferentes propuestas de mejora de cara a una futura y necesaria reconfiguración.

PALABRAS CLAVE: Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Comunidades Autónomas de régimen común. Territorios históricos forales del País Vasco. Comunidad foral de Navarra.

ABSTRACT: In spite of the fact that the Spanish Inheritance and Gift Tax is a State tax, it is configured as a concerted tribute of autonomous regulation in the Historical Territories of Basque Country and in the Foral Community of Navarra, while is set as a ceded tax in the rest of Spanish Autonomous Communities under the common system. Therefore, regional territories can participate in the tax collection, but they also have recognized normative powers and competences related to its application and review. Thus, the analysis of these regional capacities is the main objective of this work, trying to highlight the different problems encountered and suggesting their improvement.

KEYWORDS: Inheritance and Gift Tax. Spanish Autonomous Communities under the common system. Historical Territories of Basque Country. The Foral Community of Navarra.

Bibliografía

MEILÁN GIL, J.L., *El itinerario desviado del Estado autonómico y su futuro*, Aranzadi, Pamplona, 2015, 185 páginas

1. Desde hace varios años, los aniversarios de la Constitución española han dejado de celebrarse con pane-gíricos del documento, semblanzas apolo-géticas de los protagonistas o recuerdos, más o menos veraces, de las circunstancias del alumbramiento. De la celebración crítica de la Cons-titución y de la transición, exhibidas como modelo a imitar en el resto del mundo, la España oficial ha pasado, en poco tiempo y de forma casi unánime, a declarar que el modelo está agotado y que urge reformar el texto de 1978. En más de un aspecto, el ambiente recuerda al de 1898. Por no faltar, no faltan ni regeneracionistas cargados de proyectos y reformas pendientes ni tampoco candidatos a cirujanos de hierro dispuestos a aplicarlas. Baste, para comprobarlo, una somera revi-sión de la bibliografía reciente(1), a caballo entre el Derecho y la política o, si se prefiere, entre el estudio, el

ensayo e incluso, en no pocas ocasio-nes, el panfleto (2).

Parecería lógico que tales propues-tas fuesen formuladas por quienes des-de un principio no apoyaron la Consti-tución o incluso por aquéllos que, ha-biéndolo hecho entonces, consideran ahora rotos los pactos y desaparecidos los supuestos en que tal apoyo se sus-tenaba. Sin embargo, y en no pocas ocasiones, tales propuestas parten pre-cisamente de quienes jugaron en su momento un papel protagonista para que la Constitución fuese interpretada y aplicada en un determinado sentido. Precisamente en aquél que explica, al menos en origen, el actual Estado au-tonómico o, en palabras de MEILÁN, su «itinerario desviado».

Y es que José Luís MEILÁN GIL, tal y como este libro demuestra, se ha-lla en una posición privilegiada para restablecer el proceso de elaboración de la Constitución española de 1978 (en especial de su título VIII) desde la triple perspectiva histórica, jurídica y política. Catedrático de Derecho Ad-ministrativo y diputado en las legisla-turas I y II (1977-1982) sus análisis, ar-gumentos y propuestas, mantenidos de forma coherente a lo largo de las últimas cuatro décadas(3) merecen

(1) Por orden alfabético y sin ánimo exhaustivo, cabe citar los trabajos de ARIÑO ORTIZ (*La inde-pendencia de Cataluña: historia, economía, polí-tica, derecho*, Aranzadi, 2015), MUÑOZ MACHA-DO (*Vieja y nueva Constitución*, Crítica, 2016; *Cataluña y las demás Españas*, Crítica, 2014 y *Crisis y reconstitución de la estructura territorial del Estado*, Iustel, 2013) y el número 51, mono-gráfico, de la revista *El Cronista del Estado So-cial y Democrático de Derecho* que, bajo el título genérico «Sobre la reconstrucción del Estado Autonómico», recoge las intervenciones de los profesores TORNOS MAS, FERNÁNDEZ RODRÍ-GUEZ, COSCULLUELA MONTANER, SOSAWAG-NER, MUÑOZ MACHADO, DE LA QUADRA SAL-CEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y MEILÁN GIL en el X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.

(2) Entendido el género, como texto de inter-vencción política inmediata, en el dignísimo sen-tido que le atribuía Manuel SACRISTÁN LUZÓN.

(3) Desde el punto de vista jurídico, casi treinta años después, *La ordenación jurídica de las au-tonomías* (Tecnos, Madrid, 1998) sigue siendo una lectura obligada para comprender cabal-mente el Estado autonómico diseñado en la CE de 1978. Para una visión más política y personal, resulta de interés *La construcción del Estado de las Autonomías* (CaixaGalicia, A Coruña, 2002).

ser escuchados, aun cuando se separan de las mayoritariamente defendidas en la academia española. O, tal vez, precisamente por eso.

2. Separándose del Anteproyecto, la Constitución refrendada en diciembre de 1978 establecía una clara diferenciación entre nacionalidades y regiones no sólo en cuanto a las vías de acceso a la autonomía (Disposición Transitoria segunda y artículo 151 para las primeras y artículo 143 para las segunda) o a la existencia de un lapso temporal para acceder a las competencias del artículo 149 (artículo 148.2) sino también en lo atañe a la estructura institucional: en efecto, únicamente las comunidades autónomas constituidas al amparo del artículo 151 podrían contar con asambleas legislativas, tal y como se desprende de la literalidad del artículo 152 («En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior ...»). Éste era el modelo constitucional, el aprobado en 1978 y apoyado expresamente por CiU, por aquel entonces expresión mayoritaria del nacionalismo catalán(4). Un diseño claramente inspirado en la Constitución de 1931 —de hecho, la única referencia que la CE de 1978 realiza al régimen republicano, tal y como recuerda con su pudoroso «en el pasado» la Disposición Transitoria 2.^a— y que si bien no se oponía, de

principio, a la creación generalizada de comunidades autónomas sí diferenciaba claramente, y no sólo a efectos simbólicos, entre nacionalidades y regiones.

Sin embargo, en la práctica, el modelo efectivamente aplicado fue otro distinto. No desconocido, pues era el diseño generalizador y uniformizador del Anteproyecto adelantado, antes incluso de la aprobación de la Constitución, por la proliferación de regímenes preautonómicos. Lo grave del caso, es que ese cambio se hizo vulnerando abiertamente la Constitución y el pacto político a ella subyacente a través de sucesivos acuerdos entre los representantes del bipartidismo estatal —con exclusión deliberada de otras formaciones políticas, en especial de las de carácter nacionalista— justificados, jurídicamente, con la intervención de académicos afines(5). El autor no discute las razones de quienes promovieron este modelo. Reconoce, de hecho, que a lo largo del debate constituyente la pugna entre ambas concepciones no es sino el reflejo entre dos contenidos diferentes de la autonomía política: reconocer la identidad diferenciada de determinados pueblos por un lado y, del otro, acometer una descentralización racionalizadora del ejercicio del poder. Ambas finalidades podrían convivir, y eso sería lo deseable, a condición de que las diferencias de régimen jurídico derivadas de la exis-

(4) En palabras de ROCA i JUNYENT, transcritas por el autor y referidas al título VIII, «estamos dispuestos a aceptar que la Historia nos juzgará por este título pero a medias... por lo que nos va a juzgar, sobre todo, es por la voluntad que tengamos de respetar esta Constitución, de llevarla adelante y de hacer una política que la haga viable».

(5) Tal y como recuerda MEILÁN, fue el propio CALVO SOTELLO, al presentar la comisión de expertos llamada a informar sobre las vías de racionalización del proceso autonómico, quien aludió a su carácter «bipartisan».

tencia de hechos diferenciales no sean calificadas, con evidente intención política, de privilegios (6).

3. En el fondo, permítaseme el excursu, late la idea orteguiana de generalizar las autonomías regionales como forma de revitalizar España para aproximarla a las grandes naciones europeas y, de paso, responder a las demandas de Cataluña evitando el «particularismo», tan denostado por el pensador madrileño. En efecto, para ORTEGA, una descentralización «regional o comarcana» generalizada no es incompatible con la unidad de la nación española, entendida como un proceso progresivo de incorporación de unidades preexistentes y coherente con su concepción global de la historia como proceso de fusión de los particularismos en la construcción de grandes naciones (7). En palabras del

(6) Tal calificación peyorativa de la diferencia es un lugar común en la literatura política y jurídica española, de la que se culpa a unas «élites políticas» desconectadas de los deseos de «los de abajo»: «Por otro lado, a mi juicio, el modelo finalmente desarrollado no era el pretendido por las élites políticas de la transición. Aquel se sustentaba en la distinción de las denominadas Comunidades históricas (Cataluña, País Vasco y Galicia) frente a los restantes territorios. Solo a las primeras se les garantizaba «desde arriba» su autonomía política. En la práctica, fueron movimientos políticos «desde abajo» en algunos territorios los que impidieron la consolidación de ese modelo diferenciador. Y no para negar la diversidad sino para evitar los privilegios, configurados desde ese momento germinal por esos territorios como un límite infranqueable en el proceso de descentralización» (cfr., MONTILLA MARTOS, J.A., «Pensar en federal, actuar en federal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016: 535).

(7) Vid. ORTEGA Y GASSET, *La España invertebrada*, Madrid, Alianza Editorial, 2004 y RIDAO, J.M., *Manuel Azaña y José Ortega y Gasset. Dos visiones de España*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2005.

propio ORTEGA, pronunciadas en el conocido debate parlamentario de 13 de mayo de 1932 sobre el Estatuto catalán:

«Y una vez que imaginaba a España organizada en nerviosas autonomías regionales, entonces me volvía al problema catalán y me preguntaba: «¿De qué me sirve esta solución que creo haber hallado a la enfermedad más grave nacional (que es, por tanto, una solución nacional), para resolver el problema de Cataluña?». Y hallaba que, sin premeditarlo, habíamos creado el alvéolo para alojar el problema catalán. Porque, no lo dudéis, si a estas horas todas las regiones estuvieran implantando su autonomía, habrían aprendido lo que ésta es y no sentirían esa inquietud, ese recelo, al ver que le era concedida en términos estrictos a Cataluña. Habríamos, pues, reducido el enojo apasionado que hoy hay contra ella en el resto del país y lo habríamos puesto en su justa medida. Por otra parte, Cataluña habría recibido parcial satisfacción, porque quedaría solo, claro está, el resto irreductible de su nacionalismo. Pero ¿cómo quedaría? Aislado; por decirlo así, químicamente puro, sin poder alimentarse de motivos en los cuales la queja tiene razón» (8).

(8) RIDAO, J.M., *cit.*, pág. 24.

No debe sorprender que las ideas y el programa orteguianos fuesen muy bien recibidos por los partidos estatales, en 1978 y en la actualidad, y expliquen no sólo la idea que de la nación española se afirma en la Constitución vigente(9) sino también el Estado de las Autonomías «realmente existente» construido, en este caso, al margen y en oposición a los preceptos de aquélla. De hecho, son esas ideas las que sustentan el proyecto «racionalizador» del Estado de las Autonomías iniciado en 1979, justo después de la aprobación de los estatutos vasco y catalán; articulado en 1981 con el informe de la comisión de expertos presidida por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y los pactos UCD-PSOE de 31 de julio de ese año; continuado con los acuerdos PSOE-PP de 1992 y, en fin, en todos los acuerdos posteriores, incluido el más reciente para suspender el autogobierno de Cataluña al amparo del artículo 155 de la Constitución.

4. El problema, al margen de si se coincide o no con esas ideas, es que la Constitución dice otra cosa y, por tanto, concluye MEILÁN, «se podrá discrepar de la solución constitucional a cuestiones concretas, pero no puede prescindirse de lo que la Constitución dice, o hacerla decir lo que no dice, por mucha autoridad científica que se tenga o por mucho poder político que se detente, que no puede estar por encima de la Constitución como así ha ocurrido». El desvío, entendido como vulneración de preceptos concretos y, más en general,

(9) Vid. BASTIDA, X., *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 123 y ss.

como establecimiento de un modelo uniforme de descentralización del poder distinto de que se deduce de una interpretación leal del texto constitucional, se verificó a través de dos decisiones de calado: la generalización de las asambleas legislativas a todas las Comunidades Autónomas, en vulneración del artículo 152, y la desnaturalización del artículo 150.2 para convertirlo, en contra de la voluntad del constituyente expresada en los antecedentes parlamentarios del precepto y de su tenor literal, en un mecanismo de transferencia (y homogeneización) competencial.

5. La comisión de expertos justifica en su informe la generalización de las asambleas legislativas con el argumento de que el hecho de que el artículo 152 prevea la existencia de asamblea legislativa para las Comunidades Autónomas del 151 no significa excluirla para las demás, máxime cuando, añade, el artículo 150.1 CE prevé que las Cortes Generales puedan atribuir a las Comunidades la potestad de dictar normas con fuerza de ley. Se invoca también el artículo 153, según el cual «el Tribunal Constitucional controla las disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas».

Tal tesis, afirma MEILÁN, supone no sólo una interpretación forzada de la Constitución (y una ruptura de los pactos políticos que la sustentaban) sino una vulneración del artículo 152, que no puede interpretarse al margen de lo que dispone el 151. Supone también pasar por alto las indicaciones presentes en el texto refrendado confirmando que la previsión del consti-

tuyente era no generalizar más allá de las Comunidades Autónomas del artículo 151 la existencia de asambleas legislativas: la referencia que el artículo 150.1 contiene «a todas o a alguna» de las Comunidades Autónomas y, en especial, que al regular la legitimación para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, el 163 alude a los «órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, a las Asambleas de las mismas». El propio Consejo de Estado acabó por reconocer lo evidente en su informe de 16 de febrero de 2006 sobre los contenidos de una eventual reforma de la Constitución española al señalar, en relación con el artículo 152, que «el hecho de que la estructura institucional que en él se preveía para algunas CC.AA. se haya generalizado obliga, sin embargo, a mantener su contenido en todo lo esencial. Para ello basta con suprimir el inciso que hoy restringe el ámbito de la norma a las CC.AA. que alcanzaron por la vía rápida el máximo nivel de autonomía».

Sea como fuere, la imputación que se hace al título VIII de la Constitución de haber provocado la creación de «diecisiete mini-estaditos» (10) debe

(10) Tal es el caso del ex presidente del gobierno José María AZNAR LÓPEZ: «cada comunidad autónoma ha ido desarrollando su propio sistema institucional en imitación del propio Estado, pero en menor tamaño. Y éste multiplicado por diecisiete» (AZNAR LÓPEZ, J.M., *Memorias*, I, Planeta, Barcelona, 2012, pág. 109), idea recogida por uno de los firmantes del informe de 1981 en una conferencia dictada en la fundación (FAES) presidida por el primero (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *La España de las Autonomías: un Estado débil devorado por diecisiete «estaditos»*, Documento de Trabajo n.º 7, Fundación Transición Política Española, Madrid, 2013).

serle hecha no a él sino al modelo, deturpado, resultante de los pactos bipartidistas reseñados. Si, por el contrario, se hubiese respetado el diseño original de 1978 el edificio resultante podría ser más liviano o, al menos, se habría eliminado una de las causas que provocaron la copia mimética, en cada Comunidad Autónoma, de las estructuras estatales.

El caso es que la decisión de generalizar la existencia de asambleas legislativas trasciende lo organizativo, extendiendo también sus consecuencias al ámbito competencial. Las Comunidades Autónomas carentes de potestades legislativas no podrían asumir estatutariamente una parte importante de las competencias normativas del artículo 149.1. Precisamente, solventar esa falta era el sentido de las leyes marco reguladas en el artículo 150.1, hoy relegado al olvido.

6. El otro instrumento fundamental para la generalización del sistema autonómico, las leyes orgánicas de transferencia previstas en el artículo 150.2 CE, fue empleado también en contra de lo dispuesto en la Constitución. Más en concreto, en fraude del lapso temporal dispuesto en el artículo 148.2 y del tenor literal del propio precepto que no permite la transferencia de la titularidad de competencias completas sino, más limitadamente, de «facultades correspondientes a materia de competencia estatal».

Como en el caso anterior, autores e inductores eran plenamente conscientes de la inconstitucionalidad de la operación. Al punto que la

contestación del Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes a la proposición de Ley Orgánica formulada por el Parlamento de Cataluña para que se delegase en la Generalitat la competencia para autorizar un referendo consultivo a fin de que el pueblo catalán se pronunciase sobre el futuro político de su país, incide, precisamente, en que tal pretensión supondría la transferencia genérica a la Generalitat de la totalidad de una competencia estatal y no únicamente de determinadas facultades de regulación, siendo que «el citado artículo 150.2 CE prevé sólo la transferencia de facultades correspondientes a materias de competencia estatal, pero no la competencia estatal, toda ella en sí misma». En definitiva, tal y como indica MEILÁN, «toda una desautorización de lo realizado por los partidos mayoritarios desde 1981».

7. Y si, contradiciendo la alegada «ambigüedad» del título VIII de la Constitución, la construcción de un Estado autonómico uniforme se hizo en abierta vulneración de determinados preceptos constitucionales, ¿cómo es que el ordenamiento no corrigió la infracción restableciendo la vigencia efectiva de las normas preteridas? La respuesta estriba en que —al menos hasta ahora— sólo los grandes partidos estatales tienen la posibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad sin necesidad de justificar interés o afectación especial alguna (11).

8. Respecto de la situación actual, el diagnóstico del autor es demoleedor:

«El consenso constituyente ha desaparecido. De los pactos han quedado fuera los partidos nacionalistas. Los vascos tienen un elemento diferencial, al amparo de la DA 1.ª de la CE... Los catalanes han ido participando en el sistema aprovechando las minorías parlamentarias de los gobiernos en el poder para conseguir contrapartidas. De alguna manera las reformas del sistema financiero autonómico han respondido a apremios de Cataluña. En la retaguardia dialéctica han conservado un argumento difícilmente discutible: el Estado autonómico actual no es el que ellos aprobaron al refrendar la Constitución. A la hora de reclamar lealtad constitucional no habrá que olvidarlo, aunque no justifique su falta al plantear de un modo unilateral y en una situación de crisis la iniciativa secesionista».

Resulta evidente que, en contra de los pronósticos de los expertos de 1981, de clara impronta orteguiana, la generalización y homogeneización, competencial e institucional de las diferentes comunidades autónomas no ha resuelto los problemas que el constituyente trató de superar en

(11) Debe notarse que el artículo 33.2 LOTC, diferenciando donde no lo hace el artículo 163 CE, restringe la legitimación de los gobiernos y asambleas legislativas autonómicas «para

el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía».

1978. A la vista del conflicto político que enfrenta a Cataluña y al Estado puede afirmarse más bien todo lo contrario, y ello con independencia de la opinión que sobre el mismo se sostenga (12).

9. Fiel a su premisa de separación neta entre los juicios y decisiones políticas y el análisis y las propuestas jurídicas (13), MEILÁN acaba realizando diversas sugerencias que, a su juicio, podrían ser útiles para acomodar el Estado autonómico al modelo original de la Constitución, responder a los anhelos ciudadanos y solventar las deficiencias del sistema. Todas ellas, supongan o no una reforma constitucional, respetan los trazos esenciales del texto de 1978: reconocimiento de las singularidades del País Vasco, Cataluña y Galicia, recalificando como Disposición Adicional la actual Disposición Transitoria segunda; convalidar el acceso de Andalucía a la vía del artículo 151; suprimir, mediante un pacto político de sentido contrario a aquel que las generalizó las asambleas legislativas en las restantes comunidades autónomas y articular vías que permitan, modificando el artículo 92 de la

Constitución, consultar al pueblo de Cataluña. El autor se cuida muy bien de que todas las reformas propuestas puedan realizarse a través del procedimiento ordinario del artículo 167 CE.

10. Sólo el tiempo dirá si el Estado autonómico puede ser mejorado. El tiempo, no mucho, y la existencia de una ciudadanía activa, conocedora de su historia y que, comprometida con la verdad y la democracia, piensa realmente en «autonómico». El profesor MEILÁN es uno de ellos. El libro que se comenta, escrito contra corriente, contiene elementos valiosos para una reconstrucción, difícil, de una convivencia en común igualitaria y mutuamente provechosa.

Carlos AYMERICH CANO

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.13>

VÁZQUEZ MATILLA Francisco Javier y RAZQUIN LIZARRAGA Martín María, *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de contratos del sector público*. Editorial Aranzadi, 2017, 370 páginas.

En la monografía objeto de la presente recensión, los autores, expertos en el Derecho de la contratación pública, acometen el estudio de la compleja cuestión relativa a la adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley 9/2017, de contratos del Sector público (LCSP), analizando las normas generales aplicables a todas las adjudicaciones y las especificidades de cada procedimiento de adjudicación.

(12) La mía, favorable al reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos que, mal que bien, convivimos en el Estado español la expresé hace ya quince años en AYMERICH CANO, C., «Hacia un estado plurinacional: una propuesta abierta desde Galicia», en el libro colectivo coordinado por FERNÁNDEZ, T. y LABORDA, J.A., *España ¿Cabemos todos?*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

(13) «Los juristas no deben suplantar a los políticos. A aquellos corresponde suministrar, si es el caso, las posibilidades que ofrece el Derecho para que quienes tienen la responsabilidad adopten las decisiones que los intereses generales demanden».

La nueva legislación pretende acabar con las prácticas abusivas tales como el uso indebido del contrato menor, el fraccionamiento del contrato, la inclusión de especificaciones para favorecer a determinados operadores, la participación de licitadores en el diseño de pliegos o el uso abusivo de los procedimientos negociados. Es preciso señalar, además, que la Comisión Europea advirtió hace cuatro años que las ineficiencias en los procesos de contratación públicas podrían estar generando un sobrecoste a España de unos 13.000 millones al año.

Desde el Observatorio de la Contratación Pública se ha señalado que en España hay más de 20.000 entes públicos contratantes, pero sólo 4.000 de ellos publican los contratos adjudicados en una plataforma. En este marco, el libro que se recensiona ofrece pautas para un buen funcionamiento del sistema de adjudicación, y se acompaña de exhaustivas referencias jurisprudenciales del TJUE, de los Tribunales españoles y de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública.

El valor añadido de la obra se encuentra en el análisis de los problemas prácticos que se plantean en la adjudicación de contratos del sector público y en las novedades que se plantean en la nueva LCSP, que transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento y del Consejo, 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, 2014/23/UE, relativa a la adjudicación del contrato de concesión, y la relativa a los recursos (89/665/UE y 92/13/UE).

En cuanto a su estructura, la obra se divide en nueve capítulos, cada uno de los cuales es tratado por uno de los autores.

En el primero de ellos se destacan las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE; entre otras, la simplificación de la contratación, la creación de un nuevo procedimiento de adjudicación (la asociación para la innovación), o la incentivación de la negociación.

En cuanto a la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación del contrato de concesión, agrupa tanto las concesiones de obras como las de servicios. En consecuencia, a partir de ahora, se podrá distinguir entre contrato de obra y contrato de concesión de obra, y entre contrato de servicios y contrato de concesión de servicios.

Se ahonda en la configuración de la contratación como instrumento para la consecución de otras políticas (empleo, medio ambiente y protección de pymes), y se indican entre otros objetivos, el fomento de un mercado interior más simplificado, el impulso de la tramitación electrónica, el fomento de la innovación y la lucha contra la corrupción.

El capítulo aborda, asimismo, las principales novedades de la LCSP: la supresión del contrato de gestión de servicios públicos y la regulación, en su lugar, de la nueva figura de la concesión de servicios; la supresión del contrato de colaboración público-privada por su escasa utilidad; la supresión de la cuestión de nulidad;

y la ampliación del recurso especial a contratos NO SARA (no sujetos a regulación armonizada) que superen determinada cuantía.

El capítulo segundo dedica un amplio espacio al estudio pormenorizado de los presupuestos de la adjudicación de los contratos públicos, concretamente, al objeto y a la duración.

Desde la vertiente estratégica de la contratación pública se destaca el objetivo de conseguir la mejor relación calidad-precio. Se obliga por primera vez a que el método de cálculo aplicado para calcular el valor estimado figure en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Será necesario desglosar los costes directos, indirectos y los costes laborales.

Se analizan las herramientas para favorecer a las PYMES. En este sentido, salvo en algunos contratos (concesión de obras o concesión de servicios), la regla general es la división del contrato en lotes. En el supuesto de que el órgano de contratación decida no dividir el contrato en lotes deberá motivarlo. Ahora bien, ante la sistemática de fraccionar el contrato en contratos más pequeños con la finalidad de restar publicidad, se alude al concepto de unidad funcional del objeto. Para determinar si concurre dicha unidad, lo relevante es valorar cuándo hay elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de la obra, servicio o suministro.

En el capítulo tercero, dedicado a las normas generales de adjudicación de los contratos de las administraciones públicas, se destaca la supresión del procedimiento negociado por razón de la cuantía. El procedimiento ordinario sigue siendo el procedimiento abierto o el procedimiento restringido.

La LCSP excepciona de la aplicación de las previsiones generales los contratos menores, los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, y los concursos de proyectos. Asimismo, incluye como novedad que la presentación de oferta lleva aparejada la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

El Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación (DEUC) determinó que transcurrido el plazo concedido a los estados para la transposición de las directivas (18 de abril de 2016) era obligado admitir la presentación del DEUC para los contratos sometidos a las directivas; el DEUC deberá suscribirse electrónicamente. Se obliga a que los órganos de contratación incluyan en el pliego el modelo de DEUC conforme al formulario.

El capítulo cuarto trata los criterios de adjudicación del contrato. Se incide en que la LCSP obliga a definir adecuadamente los criterios para conseguir seleccionar la oferta con mejor relación calidad-precio. Exige que los criterios se formulen de forma objetiva y que tengan una relación directa con el objeto del contrato. En el nuevo modelo de contratación desaparece la consideración de que la mejor opción es la elección de la oferta económicamente más ventajosa. Ahora se trata de la oferta con la «mejor relación calidad-precio», que se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos; estos últimos deberán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato. La introducción de criterios sociales y ambientales en el objeto es obligatoria.

La LCSP prohíbe utilizar un solo criterio para la mayor parte de contratos; en los contratos de servicios del Anexo IV y en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas. Se obliga a que en el expediente se justifique el por qué de la utilización de una fórmula económica.

El capítulo quinto analiza los procedimientos de adjudicación de los contratos de las administraciones públicas

Como novedad se señala que la LCSP, además de los procedimientos existentes hasta la actualidad (abier-

to, el negociado, dialogo competitivo y restringido), contempla dos nuevas tipologías de procedimientos de adjudicación —el procedimiento de licitación con negociación y la asociación para la innovación—. Asimismo, se destaca la reducción de los plazos de tramitación para la presentación de ofertas. Los procedimientos de adjudicación se regulan en función de quién es el órgano de contratación y su condición o no de Administración Pública y/o poder adjudicador. Se ha suprimido el procedimiento negociado con publicidad y el procedimiento negociado por razón de la cuantía.

En cualquier caso Se exige una justificación expresa y formal del procedimiento elegido, salvo en la tramitación de emergencia.

El libro distingue entre procedimientos ordinarios (procedimiento abierto y restringido); procedimientos especiales, que sólo se pueden aplicar en los supuestos expresamente previstos en la Ley (el diálogo competitivo, la licitación con negociación y la asociación para la innovación, así como el concurso de proyectos); y procedimientos excepcionales (negociado sin publicidad y los contratos menores, los contratos de asistencia sanitaria por razón de urgencia y valor estimado inferior a 30.000 euros). Estos últimos son excepcionales en la medida en que no cumplen en su totalidad con los principios de la contratación pública, en especial, con el principio de publicidad.

Dentro del procedimiento abierto, se crea un procedimiento abierto sim-

plificado y otro súper simplificado; se indica que esta subdivisión pretende acoger la *anterior utilización del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, ahora suprimido, así como los supuestos que exceden de la reducción operada en las cuantías del contrato menor.*

El autor señala que lo más conveniente es acudir a los procedimientos abierto y restringido porque son los únicos que garantizan en su integridad la efectividad de la publicidad, la concurrencia, la transparencia y la libre competencia. Los procedimientos con negociación aparecen como alternativas a los procedimientos ordinarios cuando éstos no permitan efectuar una licitación o concluir la misma de forma exitosa.

Tanto en el procedimiento de licitación con negociación como en el procedimiento de asociación para la innovación, la publicidad está asegurada, por lo que, según el autor, puede ser calificado como procedimiento especial.

En relación con el procedimiento negociado sin publicidad, se sostiene que se trata de un procedimiento excepcional y que su operatividad se extiende exclusivamente a aquellos casos en que la publicación no sea posible.

En el diálogo competitivo, la regulación de la nueva LCSP se separa de la precedente del TRLCSP no sólo en lo relativo a los supuestos en que puede utilizarse este procedimiento sino también en la regulación de su tramitación. Ahora requiere de licita-

ción; la Mesa del diálogo competitivo tendrá una composición técnica preponderante y, además aparece una nueva regulación de las primas y compensaciones que se pueden entregar a los licitadores.

La asociación para la innovación constituye un nuevo procedimiento de adjudicación que se ha previsto expresamente para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. En este procedimiento se destacan cuatro momentos diferenciados: selección de candidatos, negociación con los licitadores, la asociación con los socios, y la adquisición del producto resultante. Según el autor, los contratos que se someten a este procedimiento son contratos mixtos porque encierran dos tipos de prestaciones: a) contrato de servicios en lo que hace a la fase de investigación y desarrollo; y b) contratos de obras, servicios y suministros, en lo que se refiere a su ejecución. Su elemento característico principal se encuentra en que el poder adjudicador puede adquirir los resultados de la innovación, sin necesidad de abrir un nuevo procedimiento de adjudicación.

En relación al contrato menor, La LCSP ha mantenido la figura, aunque con reducción de cuantías. Los contratos menores deberán ser publicados, pero de forma agrupada trimestral.

Los contratos de asistencia sanitaria urgente pueden ser adjudicados directamente, pero requiere de la con-

currencia de dos circunstancias: que se trate de supuestos de urgencia; y que el valor estimado del contrato sea inferior a 30.000 euros. El órgano de contratación deberá justificar la urgencia y fijar el precio.

Finalmente, en este capítulo se tratan la adjudicación de contratos y concesiones de servicios especiales (contratos de concesión de los servicios que figuran en el Anexo IV y de contratos de carácter social, sanitario o educativo también del Anexo IV). Se destaca que en estos contratos, los órganos de contratación deben velar por la necesidad de garantizar determinados aspectos tales como la calidad, la continuidad o la accesibilidad. Una de las especificidades de estos contratos radica en que al establecer los criterios de adjudicación, el órgano de contratación podrá referirlos a aspectos como la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.

En el capítulo sexto, dedicado a la adjudicación de contratos por entidades del sector público que no son administraciones públicas y de contratos subvencionados, se señala que la nueva regulación supone un cambio muy relevante para todos los contratos no SARA, porque ya no se podrá actuar conforme a las instrucciones internas. Además para estos contratos se cierra la vía del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, que ha desaparecido.

En cuanto a los entes del sector público que no son poder adjudicador, se mantiene la existencia de instrucciones internas de contratación que son las que van a regular la contratación de estas entidades. Asimismo, cabe señalar que produce una «administrativización» de todos los contratos que celebren estas entidades del sector público, en lo referido a sus fases de preparación y adjudicación.

El capítulo séptimo, dedicado a la racionalización técnica de la contratación pública, analiza los sistemas complementarios de los procedimientos de adjudicación dirigidos a aprovechar economías de escala en la contratación pública. Estos son los acuerdos marcos, los sistemas dinámicos de adquisición y las centrales de contratación.

Cabe destacar que en los sistemas dinámicos de adquisición, la LCSP ha sustituido el anterior procedimiento de adjudicación abierto por el restringido, pero con la peculiaridad de que el sistema dinámico está siempre abierto, de modo que en cualquier momento cualquier empresa puede solicitar incorporarse al sistema, y que tras la primera fase de selección de las empresas, en el sistema dinámico hay una pluralidad de adjudicaciones y, en consecuencia, de licitaciones de diversos contratos.

En el capítulo octavo, relativo a la contratación electrónica, el autor critica la ausencia de regulación de las obligaciones referidas a qué se entiende por expediente de contrata-

ción electrónica y qué consecuencias tiene que la contratación sea electrónica.

Finalmente, en el capítulo noveno, que trata los recursos contra la adjudicación, se incide en que la LCSP al transponer en un único texto legal tanto la Directiva 2014/24/UE como la Directiva 2014/23/UE, incorpora también las previsiones de esta última en materia de recursos. Además, ha roto con el tan criticado sistema dualista de recursos frente a la adjudicación, que diferenciaba drásticamente entre contratos SARA y no SARA. Asimismo, se ha suprimido con la distinción entre recurso especial y cuestión de nulidad.

Concluye el capítulo destacando una última novedad, la «administrativización» de los actos de adjudicación de todos los entes del sector público. La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las adjudicaciones de los contratos que celebren todas las entidades del sector público, sean o no Administraciones Públicas y sean o no poderes adjudicadores.

Para concluir es preciso señalar que estamos ante una obra, que sin escatimar la dialéctica, profundiza desde una visión práctica en las novedades que introduce la LCSP. Las dificultades que plantea la legislación contractual y su aplicación práctica ponen de relieve, tal y como señala la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, la necesidad de mejorar y respaldar la profesionalidad entre el personal dedicado a la contratación pública.

El libro que se recensiona es una obra de referencia y una herramienta de primer orden tanto para los empleados de las entidades del sector público como para las empresas que operan en el ámbito del Derecho de la contratación del sector público.

Carmen AGOUÉS MENDIZABAL

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.14>

MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Ed. Santillana. Madrid, 2017. 2 vols. (1060 y 2135 págs., respectivamente).

Producto de la fecundidad creativa del Catedrático de Derecho Administrativo y también Secretario de la Real Academia Española, Santiago Muñoz Machado, ha visto la luz muy a finales de 2017 esta monumental obra, de la que ahora haremos una brevísima reseña. Son más de dos mil páginas, con casi cuarenta mil entradas y vocabulario procedente de todos los países hispanoamericanos. Una labor de más de cuatrocientas personas, casi todas juristas, que han trabajado bajo la clara y firme orientación del director.

Su inmediato precedente es el *Diccionario del Español Jurídico*, que se había publicado un año antes. De hecho, incorpora la misma Presentación que éste: una muy docta exposición que da pormenorizada cuenta de los orígenes, remotos y recientes, de estos dos diccionarios jurídicos.

La obra está inspirada *lato sensu* al modo del (más conocido como) *Diccionario de autoridades* —el primero de la Real Academia, publicado en seis tomos que van de 1726 a 1739, y que, eliminados los ejemplos y sucesivamente actualizado, constituirá la base del actual *Diccionario de la lengua española*, con veintitrés ediciones desde 1780—, del que el académico Muñoz Machado nos desvela el relevante peso que tuvieron los textos jurídicos (muchos de ellos de clara impronta medieval e incluso anterior). Pues bien, este *Diccionario panhispánico* también pretende mostrar sustento, dar cuenta y ofrecer justificación del uso de los términos utilizados, como lo hiciera aquel, apoyando cada lema elegido en alguna o algunas fuentes (fundamentalmente, legales) que los avalen como «autoridad».

Frente a la tradición de los diccionarios enciclopédicos jurídicos clásicos, las definiciones recogidas son intencionadamente precisas y escuetas. Además, como desde su título se advierte, abarca términos utilizados a ambos lados del Atlántico e incluso palabras en lengua indígena, sobre todo si han sido incorporados a su Constitución (como es el caso sobre todo de Bolivia pero también Ecuador): qhapaj ñan, suma qamaña, teko kavi, shua...

Siguiendo al director en su Presentación, podemos señalar tres retos a los que pretendía responder un *diccionario jurídico*. A) Por un lado, mantener y revisar el vocabulario jurídico, en el que el de

carácter civil está estabilizado; sin embargo el lenguaje político, administrativo y constitucional ha sufrido grandes renovaciones y también está necesitado de vigilancia y revisión continua todo lo afectado por la europeización y la regulación de los mercados. A estos efectos se recuerda la Comisión de Léxico Jurídico, dirigida en su momento por Eduardo García de Enterría, que trabajó durante diez años, fruto de la cual fue la incorporación de casi trescientos lemas y acepciones en el Diccionario de la Real Academia. B) El segundo se refiere a la formación de un corpus jurídico abundante y actualizado, que no había como tal. C) En último lugar y en palabras de Muñoz Machado, «no tiene ningún sentido, en la actualidad, que la Academia no retome el inicial propósito de los padres fundadores de acometer, al término de su magna obra, *Autoridades*, y, si se quiere, el Diccionario de uso, la tarea de preparar diccionarios especializados. Por lo pronto, el acopio de materiales preciso para construirlos puede ser la manera más rápida y acertada de mejorar los corpus académicos. En el caso del derecho, un trabajo de este género podría acumular datos informáticamente ordenados de los que podrían derivarse muchas obras de utilidad, tanto para el trabajo general de la corporación como para grupos profesionales interesados. Ahora que las bases de datos no ponen límites a la información, el Diccionario electrónico de la Academia puede enriquecerse con todas las especialidades sin las limitaciones de volumen que imponían las ediciones impresas».

Estructurada de manera fácilmente asequible a la intuición en las búsquedas, va precedida de una «Guía de la obra», donde se da cumplida cuenta de cómo manejar la herramienta en la que consiste este diccionario. En su parte final, encontramos una recopilación de máximas y aforismos jurídicos; «latinajos» que no conviene erradicar —según Muñoz Machado— puesto que, frente a opiniones contrarias, resultan inevitables pues, al estar tan incorporados a nuestro acervo, mantienen su utilidad y permiten explicar de manera muy concisa conceptos muy arraigados. Termina la obra con una amplísima bibliografía especializada complementaria.

Tal y como ha sido concebida, y como el propio director ha señalado, el trabajo ahora reseñado se convierte en una tarea «inacabable», pues «no hay obra más incompleta que un diccionario, que es un libro vivo, necesitado de puestas al día».

Hay que felicitar y agradecer, una vez más, al profesor y académico Muñoz Machado, que hace bien poco ha publicado, además, otro monumental trabajo que merecería una atención específica; se trata de *Hablamos la misma lengua (Historia política del español en América, desde la Conquista a las Independencias)*. Ed. Crítica, Madrid, 2017.

Edorta COBREROS MENDAZONA

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.15>

SERRANO LASA, Iñaki, *La configuración jurídica de la ciudad compacta a través de las dotaciones urbanísticas*, HAAE/IVAP, Oñati, 2017, 564 págs.

El incremento de la desigualdad, las migraciones forzadas, la expansión de los asentamientos informales o el cambio climático son algunos de los desafíos clave que, según augura el último *Informe Mundial de las Ciudades* publicado en 2016 por ONU-Habitat, agencia de las Naciones Unidas encargada del desarrollo urbano, habrán de afrontar las ciudades en las dos próximas décadas.

Con la idea de proporcionar una respuesta a los citados desafíos y bajo el auspicio de la mencionada agencia, en el seno de la Conferencia sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible *Habitat III*, se adopta en Quito, en octubre de ese mismo año, la *Nueva Agenda Urbana*, que es refrendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 71/256, de 23 de diciembre de 2016. Esta Nueva Agenda Urbana promueve una ciudad compacta, conectada, integrada e incluyente, en el ámbito de una urbanización sostenible, para cuya consecución propugna como pilares básicos la estructura legal y reglamentaria y el planeamiento urbano (planificación y diseño urbano), junto con la sostenibilidad del modelo económico y financiero.

Precisamente, la Declaración adoptada el 13 de febrero de 2018 con ocasión de la clausura de la no-

vena sesión del Foro Urbano Mundial (*World Urban Forum*), celebrada en Kuala Lumpur bajo el título «Ciudades 2030, ciudades para todas las personas: implementando la Nueva Agenda Urbana», insiste en la necesaria adopción de un desarrollo territorial integrado, canalizado a través de los apropiados instrumentos de planificación y diseño urbano, en orden a asegurar una gestión y uso sostenibles de los recursos naturales (y del suelo, de modo específico), una compacidad y densidad urbanas apropiadas, la diversidad de usos y la revitalización del patrimonio cultural.

La compacidad de las áreas urbanas es, así, un objetivo asumido actualmente al más alto nivel planetario, que tiene también su reflejo en la legislación autonómica reciente (Ley 4/2017, de 13 de julio, del suelo y de los espacios naturales protegidos de Canarias; Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra; Ley catalana 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias; Ley 12/2017, de 19 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears), cuya apuesta comparten unánimemente otras iniciativas legislativas autonómicas en tramitación (Proyecto de Ley de urbanismo y suelo de la Comunidad de Madrid o Anteproyecto de Ley para un urbanismo sostenible en Andalucía).

La ciudad compacta o «*de pequeñas distancias*», propugnada desde las instituciones europeas, es el horizonte ideal hacia el que se dirige la investigación doctoral que, sumándose

a una tendencia que se ha afianzado con posterioridad, nos presenta SERRANO LASA en esta obra, ubicada en el contexto socio-económico de «*post-burbuja inmobiliaria*» y cuyas indiscutibles protagonistas son las dotaciones urbanísticas, sobre las cuales recae la ambiciosa tarea de (coadyuvar a) alcanzar ese horizonte de la compacidad. Así, en el escenario de la ciudad compacta, en el cual nos ubica clarificadoramente el primer capítulo, los siguientes van perfilando las virtudes de sus protagonistas (las dotaciones) desde diferentes prismas. Pues bien, a pesar de la omnipresencia de la compacidad a lo largo de toda la trama, el autor huye de erigir un «*elogio a la densidad*», sino que, antes bien, pretende «*priorizar una ciudad «razonablemente» compacta*».

Para comenzar, bajo el título de «*El modelo de ciudad compacta como arquetipo del desarrollo urbano sostenible*», el Capítulo I centra su foco de atención en el desarrollo urbano sostenible y en su plasmación en un modelo de ciudad (la «*ciudad compacta*»).

Ante la carencia de competencias expresas en la materia, la Unión Europea incide en la regulación de los usos del suelo de los Estados miembros basándose en sus competencias sectoriales (medio ambiente, transporte, política energética) o a través de los fondos estructurales y de cohesión. Así, documentos europeos de *soft law* como la *Estrategia Territorial Europea* o la *Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano* propugnan criterios y objetivos que han sido tomados como referencia por la nor-

mativa estatal y autonómica de suelo en lo que al modelo de ciudad compacta se refiere.

El autor se cuestiona la compatibilidad de las libertades económicas comunitarias con el patrón de medio ambiente urbano y, para analizar la cuestión, se centra en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), que supedita la exigencia de autorización a una razón imperiosa de interés general (como puede ser la protección del medio ambiente y del entorno urbano). En consecuencia, examina la invocación de la defensa del modelo de ciudad compacta en el momento de efectuar la transposición autonómica de la citada Directiva en lo referente a la instalación de grandes establecimientos comerciales. Por otra parte, analiza también las resoluciones judiciales dictadas que ponderan si la justificación autonómica del modelo de ciudad resulta proporcional en relación con la libertad de comercio.

En el plano de la normativa estatal, SERRANO LASA observa que el modelo de ciudad compacta se ajusta al orden constitucional (en concreto, a los artículos 45-47 de la Constitución de 1978), aunque en la práctica el urbanismo posterior se haya orientado decididamente en la dirección opuesta, tal y como han ido advirtiendo las instituciones comunitarias. Tras el giro hacia el urbanismo sostenible, que, iniciado por la legislación autonómica, no se produce en el ámbito estatal hasta la Ley del Suelo

de 2007, la obra analiza la articulación actual (a partir del Real Decreto Legislativo 7/2015, del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana) del reparto competencial entre las instancias estatal, autonómica y local, en aras de la realización de la sostenibilidad del desarrollo urbano, cuya garantía se residencia, en última instancia, en el control de los órganos judiciales, los cuales llegan a anular instrumentos de planeamiento que, sin la necesaria justificación en la previsión de crecimiento de la población, crean nuevos suelos urbanizables para usos residenciales o que contienen previsiones de desarrollos urbanísticos discontinuos.

El Capítulo II del libro, titulado «*La ordenación de las dotaciones urbanísticas en la ciudad compacta*», nos proporciona una perspectiva general de la conexión entre el planeamiento y las dotaciones urbanísticas. Dado que éstas son piezas que articulan y vertebran la ciudad, el planeamiento urbanístico ha de asegurar su suficiencia (tanto la de las ya existentes, como la de las nuevas dotaciones).

Oportunamente, comienza por definir y concretar los conceptos principales (destaca, especialmente, la distinción entre «dotación pública» y «parcela dotacional»), para centrarse posteriormente en las dotaciones urbanísticas de titularidad pública municipal (dotaciones locales).

Analiza, a continuación, los preceptos legales a los que queda supeditado el planificador en la ordenación de las dotaciones urbanísticas en calidad de estándares urbanísticos.

En este ámbito detecta una tendencia autonómica a la reducción progresiva de porcentajes o módulos de reservas dotacionales obligatorias o mínimas, a la eliminación o disminución de tales reservas en determinados casos o a su sustitución por otros modos de satisfacción de los estándares urbanísticos dotacionales, lo cual, estima, no tiene por qué ser incompatible con la ciudad compacta. Es más, entiende SERRANO LASA que, a pesar de la necesidad de establecer unos estándares mínimos, la normativa debería establecer estándares con máximos o una horquilla de valores en relación con las dotaciones urbanísticas.

Se detiene particularmente en la detección de reglas y principios que puedan limitar cualitativamente la discrecionalidad del planificador, desde el punto de vista del modelo de ciudad compacta, a la hora de determinar tales dotaciones, analizando si se trata de normas de aplicación directa o de criterios de valoración complementarios a los estándares urbanísticos. En particular, deriva los siguientes principios y reglas: acomodo a un previo proyecto de ordenación urbana; localización adecuada —accesibilidad, proximidad y movilidad sostenible—, funcionalidad; calidad; suficiencia y proporcionalidad en relación con las necesidades sociales y la edificabilidad lucrativa existente; red adecuada y suficiente de espacios libres y zonas verdes; y, finalmente, eficacia y eficiencia en la gestión del gasto público.

Para finalizar el capítulo, estudia las implicaciones jurídicas del *ius variandi* que puede discrecionalmente

ejercer el Ayuntamiento (siempre de acuerdo con el principio de racionalidad). Por una parte, subraya la posibilidad del ente municipal de definir y revisar las dotaciones urbanísticas de carácter local (determinaciones de ordenación pormenorizada) a través de Planes Parciales y Planes Especiales, lo que permite obviar la ardua tramitación de una revisión o modificación de planeamiento en lo que se refiere a determinaciones de carácter estructural (éstas deberían limitarse a establecer las previsiones relativas a las principales infraestructuras dotacionales y sistemas públicos). Por otra, propone que el planeamiento prevea la polivalencia de usos dotacionales, con una calificación genérica, para facilitar posibles cambios de uso entre los sistemas de dotaciones, debidos a cambios de las necesidades reales del municipio.

Pues bien, ante la posibilidad de que se produzca una confrontación entre la necesidad de mayor compactación de la ciudad y el mantenimiento de la red dotacional, SERRANO LASA mantiene que la solución estriba en que no empeore la debida calidad urbana y propugna como límite infranqueable la intangibilidad de la red existente de zonas verdes y espacios libres públicos. Declara, asimismo, el principio de equilibrio y proporcionalidad entre usos dotacionales y usos privativos, un principio derivado de la necesidad legal de sustitución con nuevas dotaciones públicas en caso de reducción de las existentes y de compensación si hay aumento de edificabilidad, medidas legales que, insiste, son especialmente estrictas en lo que se refiere

a sistemas de espacios libres y zonas verdes. Ahora bien, el autor subraya determinadas excepciones establecidas por la legislación autonómica al citado principio, siempre por causas justificadas y que flexibilizan las medidas de compensación o sustitución, las cuales, al parecer, pueden tener amparo en los fundamentos de la ciudad compacta.

La cuestión que trata el Capítulo III es el de «*La gestión urbanística de las parcelas dotacionales de la ciudad compacta*», en el que, inicialmente, se examinan los medios de adquisición más habituales de las parcelas dotacionales (en este punto, se remarca particularmente la entrega obligatoria y gratuita de dotaciones públicas).

Seguidamente, analiza, con carácter general, las reglas de reparcelación principales en relación con los bienes públicos preexistentes y, de modo particular, las dotaciones urbanísticas públicas ya materializadas. Propone que determinados bienes (a modo de ejemplo, el curso fluvial o las líneas de ferrocarril) sean excluidos de la reparcelación y que, en relación con el aprovechamiento que corresponde al Ayuntamiento en los supuestos de reducción de las superficies dotacionales en relación con las ya existentes, se incorpore una «nueva regla de juego» pág. 278 que consiste en regular su destino de modo más estricto: la previsión expresa, por parte de la normativa autonómica, de la incorporación de los derechos de aprovechamiento al patrimonio municipal o, su sustitución (en caso de no alcanzar para disponer de una parcela edificable, por una indemnización en me-

tálico que se destinaría al fondo del patrimonio municipal del suelo para obtener reservas dotacionales). Identifica, al respecto, los mecanismos compensatorios previstos, e indaga la posibilidad de que un potencial exceso de aprovechamiento atribuible a la Administración constituya una quiebra, en la fase de gestión urbanística, del equilibrio dotacional. Sugiere, en este sentido, que la normativa minimize los supuestos en que las superficies demaniales resultantes sean inferiores a las preexistentes o, en caso contrario, que se clarifique que dicho aprovechamiento pasará a integrar el patrimonio municipal de suelo, con fines de interés social que abonen un incremento de superficies dotacionales de dominio y uso público.

En la parte final del capítulo, el autor sondea, en un escenario de «*tránsito (o paso) del macrourbanismo al microurbanismo*», el tratamiento que el marco normativo actual, otorga al deber de cesión de parcelas dotacionales, de modo específico, en las actuaciones de dotación y en las nuevas actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. En las primeras, que el autor califica como «*operaciones de microcirugía urbana*», se flexibiliza su regulación, permitiendo que la obligación de nuevas dotaciones se sustituya por el aporte de su equivalente económico. En las segundas, aunque no se llega a la supresión de los deberes de cesión, además de suavizar los estándares normales de reservas dotacionales, se satisfacen de otro modo las cesiones obligatorias (a través de indemnizaciones económicas sustitutorias a integrar en el patrimonio municipal

del suelo, en orden a la adquisición de suelos dotacionales, o de la entrega de superficie edificada en un complejo inmobiliario) y se prevén otra serie de medidas en la normativa autonómica (exención de determinados deberes de urbanización, previsión de un porcentaje de aprovechamiento materializable mayor para los propietarios que para la Administración o de densidades superiores a los límites establecidos, entre otras). El autor observa que, en muchos casos, los estándares dotacionales ceden ante el elemento negociador.

En definitiva, concluye SERRANO LASA que, si se trata de evitar la necesidad de ceder más suelos dotacionales, a la Administración corresponde optimizar al máximo sus parcelas dotacionales, con una eficiente gestión patrimonial.

Pero antes de analizar al aspecto estrictamente patrimonial de las dotaciones urbanísticas, el Capítulo IV, rotulado «*La dimensión vertical y la dimensión temporal de los usos del suelo dotacional*», nos muestra inicialmente las virtudes genéricas de la proyección vertical en la ciudad compacta y, en él, el autor se muestra decididamente partidario de abandonar la visión estrictamente horizontal a favor de una proyección vertical y tridimensional.

A continuación, estudia las distintas vías recogidas en las disposiciones legales para la plasmación de la separación funcional entre los usos del suelo y del vuelo o subsuelo, especialmente en este último, cuya intensificación estimula la evolución

tecnológica. Concluye que son los Planes Especiales los instrumentos de planeamiento más adecuados para atribuir y reglamentar aprovechamientos o usos en el subsuelo, cuyos límites o condicionantes (además de los criterios de racionalidad en el diseño urbano) van a venir de la mano de la variable ambiental y sectorial, de los costes económicos y de los posibles impactos o afecciones a las propiedades colindantes (tanto por ruidos o riesgos de seguridad, como por impactos sobre los usos de las superficies superiores o inferiores).

El estudio se centra fundamentalmente en la determinación de las figuras jurídicas más idóneas en orden a la disociación del aprovechamiento de vuelo y subsuelo respecto al régimen público de la superficie y tras analizar una serie de instituciones (concesión administrativa, derecho de superficie, derecho de sobreedificación o subedificación, segregación o estratificación vertical, derechos reales limitados en cosa ajena) resuelve proponer la *concesión demanial* para el uso privativo cuando la superficie sea de dominio público y la constitución de un *derecho de superficie* cuando sea de naturaleza patrimonial, mientras que se decanta por el *complejo inmobiliario* cuando se quiera separar parcelas distintas y autónomas en la rasante y en el subsuelo o vuelo, manteniendo la Administración la titularidad del suelo. El planeamiento puede, por tanto, prever usos privados bajo parcelas dotacionales, siempre que no se perjudique el uso dotacional sobre rasante; es más, puede prever usos dotacionales en el subsuelo y vuelo

de sistemas de dotaciones públicas, pudiendo así justificar estándares dotacionales o incrementar superficies destinadas a uso dotacional.

Como se ha avanzado, también tiene en cuenta la dimensión temporal de la ciudad compacta y especialmente las posibilidades de aprovechamiento transitorio o provisional de parcelas vacantes y espacios urbanos intersticiales, en desuso o abandonados, a través del denominado, entre otros, «urbanismo adaptativo, táctico o transitorio». Se plantea, en este sentido, la compatibilidad entre los usos previstos por el planeamiento y potenciales usos transitorios. El interés general permite una gestión activa de suelos y solares vacantes (que con frecuencia requerirá únicamente pequeñas intervenciones), pero sometida a una serie de condiciones y limitaciones temporales. En orden a evitar que este tipo de gestión quede sumida en un limbo jurídico, SERRANO LASA propugna la conveniencia de una exhaustiva regulación normativa.

En su quinto y último Capítulo («*La vertiente patrimonial de las parcelas dotacionales en la ciudad compacta*»), de manera inusual, la obra se centra en la interacción y conexión entre urbanismo y bienes públicos, y, particularmente, en los bienes públicos dotacionales de titularidad municipal.

Por una parte, indaga el estado de titularidad, pública o privada, de las parcelas dotacionales que sirve mejor a una ordenación compacta de la ciudad, interrogante que resuelve con

una simple y llana opción por la titularidad pública (el autor se decanta, en este sentido, por una concepción dinámica y funcional de los bienes públicos, en especial, de los pertenecientes al patrimonio cultural e histórico). En cualquier caso, el autor dista de ver un problema en la titularidad o gestión privada de ciertos equipamientos, dado que son dotaciones de interés público, cuya implantación en parcelas de titularidad pública se promueve.

Por otra parte, examina cuál es la naturaleza o calificación jurídica que sirve mejor al objetivo de la ciudad compacta, cuestión que resulta de resolución más compleja, dada la relatividad de la distinción entre bienes demaniales y patrimoniales, que en la práctica tienden a parecerse gradualmente (no sólo en relación con sus principios inspiradores o su afectación pública, sino también por la matización de los elementos distintivos de los bienes de dominio público).

El autor expone las distintas técnicas de utilización y disposición patrimonial de las parcelas dotacionales, según su naturaleza, que ponen en manos de la entidad local una serie de alternativas para obtener el mayor provecho en orden a la ciudad compacta.

Para empezar, recuerda que los bienes patrimoniales también se encuentran afectos a la satisfacción de fines públicos y que, en su caso, la Administración goza de una mayor libertad de disposición (tanto la propia transferencia a la titularidad privada

—a través de enajenación onerosa o gratuita, permuta— como otras fórmulas por las que no se transfiere la titularidad —cesión de uso, arrendamiento, derecho de superficie, propiedades temporales—).

Remarca SERRANO LASA la categoría de patrimonio público del suelo, en la que aconseja la legislación urbanística que se incluya toda parcela dotacional pública que no tenga carácter demanial, dado que aúna la posibilidad de disposición (preferentemente a través del derecho de superficie, sin que la entidad pierda la propiedad) con el control de la finalidad pública asignada.

Resalta también la posibilidad de alteración del régimen jurídico demanial de las dotaciones locales, sin que ello dependa de la voluntad de otras Administraciones, a través de la modificación del planeamiento (recuerda la necesidad de compensación de los terrenos dotacionales desafectados y que estos últimos se integran en el patrimonio municipal del suelo). Ahora bien, aun manteniéndose el régimen demanial, tal carácter es compatible con una serie de técnicas que permiten obtener la máxima utilidad, como pueden ser la mutación demanial objetiva, la conversión del bien en otro elemento público distinto, los títulos de ocupación y aprovechamiento por personas privadas y otras figuras atípicas de aprovechamientos singulares (a través de derechos reales de aprovechamiento parcial, de la ocupación por terceros de edificios administrativos, o de los contratos públicos de

gestión de servicios y de servicios sobre bienes demaniales).

Concluye, así, subrayando la prioridad de la adquisición de parcelas dotacionales, para que la Administración (cuya actuación, además de ser racional y razonable, ha de acomodarse al interés público) pueda posibilitar o mejorar la configuración de la ciudad compacta, y de la consolidación de la titularidad pública de determinadas dotaciones, a través de la asignación, en mayor medida, de usos sociales o funcionales o de la obtención de beneficios económicos por la gestión de las mismas.

El libro culmina con un pulido y esclarecedor apartado de conclusiones y consideraciones finales, que completa un discurso claro y coherente, bien razonado y documentado, que evidencia que su autor dispone de un bagaje práctico importante, que lo faculta, más allá del dominio de los aspectos teóricos (de modo especial, aunque no único, los aspectos jurídico-administrativos y urbanísticos), para plantear y resolver los múltiples problemas que, a la vista de los intereses en presencia, se proyectan en relación con las dotaciones urbanísticas, con la mirada siempre puesta en la consecución de la ciudad compacta.

Por ello, no cabe duda de que el trabajo ha de resultar especialmente sugerente para toda persona interesada en el Derecho Urbanístico y, de modo particular, para quienes tienen encomendada la labor de elaborar y gestionar el planeamiento en los distintos Ayuntamientos, tal y como

destaca acertadamente en su Prólogo su directora Carmen AGOUÉS MENDIZABAL, con quien comparto que las indicaciones y sugerencias de la presente obra deberían ser tenidas bien en cuenta.

En una de sus conclusiones, SERRANO LASA nos dice que «(l) a materialización de la ciudad compacta exige el solapamiento, la hibridación, la complementariedad y la compatibilidad de fórmulas jurídicas, inclusive la adopción de técnicas innovadoras y heterogéneas de aprovechamiento y reutilización de los

elementos urbanos. Habrá que regular, planificar, ejecutar, gestionar y usar las dotaciones urbanísticas con dicha finalidad. La mayor dificultad es la de concebir una sistematización de las posibilidades prácticas para la configuración y transformación de la ciudad con las dotaciones urbanísticas como protagonistas». Pues bien, a pesar de la dificultad, la presente obra es prueba de que lo ha conseguido.

Jasone URKOLA

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.16>

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

