

Nº 22
Segundo trimestre 2020

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 22. Junio 2020

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director Académico de Internacionalización de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria.

Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción 11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y ÁREAS
SEMICONOLIDADAS O DISEMINADAS.

D. Santiago González-Varas Ibáñez 15

LA NECESARIA Y DIFÍCIL LIMITACIÓN A LA POTESTAD
DE REVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

D^a Eva María Menéndez Sebastián 47

LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES
ADMINISTRATIVAS.

D^a Carmen Martín Fernández 91

EL ACCESO DE LA PYME A LA COMPRA PÚBLICA DESDE
LA PERSPECTIVA DE LA GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE
LIBRE COMPETENCIA.

D. Roberto Carrodegua Méndez 199

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO



EL PRINCIPIO DE BALANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

D. César Augusto Romero Molica y

D. Luis Adrian Gómez Monterroza 265

A PROPÓSITO DEL COVID – 19: MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO ARGENTINO EN MATERIA DE EMERGENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.

D. Martín Galli Basualdo 307

BASES DE PUBLICACIÓN..... 323

EDITORIAL

En el número 22 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cuatro artículos doctrinales que se suman a un trabajo de la sección internacional, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. Santiago González-Varas Ibáñez con el artículo que lleva por título “Contribuciones especiales y áreas semiconsolidadas o diseminados”.

A continuación, D^a Eva María Menéndez Sebastián aborda “La necesaria y difícil limitación de la potestad de revisión de la Administración pública”. Este trabajo ha recibido el premio a la I Categoría, General, correspondiente a la I edición de los Premios GABILEX 2020.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a Carmen Martín Fernández, ganadora de la II Categoría, Másteres, TFG y similares, bajo el título “La ejecutividad de las sanciones administrativas”.

Merece destacar que el jurado designado para fallar los Premios GABILEX en sus dos categorías ha estado compuesto por Salvador Jiménez Ibáñez como Presidente, Leopoldo J. Gómez Zamora como Secretario, Jordi Gimeno Bevia, Isaac Martín Delgado y David Larios Risco como Vocales.



Desde el Consejo de Redacción damos la enhorabuena a las premiadas y agradecemos la gran acogida que han tenido los premios.

Por último, la sección nacional se cierra con el trabajo de D. Roberto Carrodegua Méndez, que trata el acceso de la pyme a la compra pública desde la perspectiva de la garantía del principio de libre competencia.

En la sección internacional de la revista Gabilex se publica el trabajo de D. César Augusto Romero Molina, que lleva por título "El principio de balance en la contratación pública".

Todos los trabajos integran interesantes reflexiones que esperamos que el lector disfrute.

El Consejo de Redacción

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y ÁREAS SEMICONSOLIDADAS O DISEMINADOS.

Santiago González-Varas Ibáñez

Catedrático de Derecho Administrativo en la
Universidad de Alicante

Doctor en Derecho por la Universidad de León y por la
Universidad de Dresde (Alemania)

Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de
Córdoba (Argentina)

Resumen: se aborda la posibilidad de las contribuciones especiales como mecanismo de financiación para solucionar deficiencias urbanísticas en diseminados o áreas semiconsolidadas. Primero se estudia la problemática en suelos rústicos cuando surgen construcciones creando zonas o áreas sin urbanización completa. Segundo, se estudian las contribuciones como posible mecanismo pensado para suelo urbano pero, en este contexto, para poder mejorar infraestructuras o superar deficiencias urbanísticas más allá del suelo urbano.

Palabras clave: contribuciones especiales, suelo rural, diseminados, áreas semiconsolidadas.



1. PROBLEMÁTICAS URBANÍSTICAS.

El territorio rural español se ha ocupado durante los últimos años con edificaciones de todo tipo (en especial segundas viviendas), ocasionándose en algunos casos serios problemas urbanísticos en relación a su posible normalización o legalización urbanística¹. Y es que, en muchas ocasiones, se trata de asentamientos u ocupaciones que, o bien no gozan de las pertinentes autorizaciones, o bien no son conformes con el planeamiento o la legislación. La legislación urbanística se va haciendo eco cada vez más de este tipo de situaciones especiales que suelen explicarse ante la condescendencia o inactividad de la Administración y ante la ignorancia o el abuso en el ejercicio de los derechos por parte de los propietarios.

Actualmente, las legislaciones autonómicas más avanzadas empiezan a regular este tipo de difíciles situaciones urbanísticas especiales. Es preciso ir resolviendo problemas de planeamiento, de aprovechamiento, de gestión, de reparcelación cuando se aborda la legalización de estas áreas. Estamos ante nuevos proyectos urbanísticos en el marco de los clásicos o nuevos sistemas de gestión urbanística y, de hecho,

¹ Puede verse J. C. ALBERDI COLLANTES, «Aciertos y fracasos en la contención de la proliferación de vivienda en suelo no urbanizable: el ejemplo vasco», *Práctica Urbanística*, 148, septiembre-octubre 2017; M. A. GONZÁLEZ FUSTEGUERAS, «El «hábitat rural diseminado» en Andalucía. Definición, carácter y regulación», *Práctica Urbanística*, 148, septiembre-octubre 2017. J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «El régimen jurídico del suelo en el medio rural: en especial, los núcleos rurales y su problemático tratamiento urbanístico», *Práctica Urbanística*, n.º 149, noviembre-diciembre 2017.

han surgido ya empresas especializadas en este tipo de proyectos públicos empresariales de regularización o normalización urbanísticas de áreas semiconsolidadas, cuya gestión requiere conocimientos especiales.

En cuanto al fondo del problema urbanístico, este también tiene una explicación financiera. Cuando se realiza una urbanización (en suelo apto para ello, tras, en su caso, la pertinente reclasificación) el Ayuntamiento obtiene unos recursos económicos importantes para su propio sistema financiero (generalmente a través de la venta del 10% de cesión que le corresponde con ocasión de la tramitación de una actuación de este tipo), sin perjuicio de otra serie de recursos de no menor interés (cargas complementarias, otras derivadas de convenios, licencias, etc.). En cambio, cuando se realiza espontáneamente una edificación en suelo rural o una urbanización de forma irregular, el Ayuntamiento no obtiene este tipo de recursos, porque los propietarios no contribuyen al erario municipal ni participan en la equidistribución de beneficios y cargas, a diferencia de quienes actúan conforme a Derecho urbanístico. De ahí que se entienda que solo serán suelo urbano los suelos que hayan pasado previamente por un proceso de urbanización; no por el hecho de estar consolidados de facto. Imponiéndose un proceso urbanizador en estos casos (STSJ de la CV de 4 de noviembre de 2011, recurso 189/2007, con citas de sentencias del TS en el FJ cuarto: SSTs de 31.5.2011 y 13.5.2011, 1.2.2011 y 25.3.2011 y 27.7.2011).

Ahora bien, la ausencia de claridad en la legislación autonómica sobre esta cuestión de cómo hacer planeamiento en estas áreas es la tónica dominante. En principio pueden establecerse estas opciones:



1. Una solución es la reclasificación del suelo no urbanizable en urbanizable, si bien esto en la práctica es a veces extremadamente complejo, ya que supone cesiones no fácilmente compatibles con la realidad del sector, además de Plan Parcial y reparcelación. Tampoco los propietarios entienden el coste económico que presenta la legalización de la actuación. Y ya se sabe que los políticos se deben a los votantes.

2. En ciertas legislaciones autonómicas se abre la opción de un Plan Especial manteniendo la clasificación del suelo como no urbanizable o rural. Se trata de un plan de minimización de impactos ambientales (eliminación de fosas sépticas, etc.) y de regularización o legalización del área, evitando las cesiones. Se plantea el problema de la edificabilidad en la zona, al tratarse de suelo no urbanizable, que habrá de ser por encima de la parcela mínima. Cuando la consolidación es muy amplia es factible esta opción quedando las viviendas en situación de fuera de ordenación, edificándose en el resto por encima de parcela mínima, y todo ello con el fin principal de resolver el problema ambiental en la zona.

3. Otra solución que en la práctica se ha realizado, expresiva de las dificultades de este tipo de situaciones, y poco ortodoxa, ha sido pasar el suelo en cuestión a suelo urbano por ejemplo a través de la modificación o revisión del Plan General, considerando su alto grado de consolidación urbana.

Por tanto, ante la situación urbanística deficitaria de tales áreas se plantean Planes Especiales por ejemplo de Infraestructura de agua potable y saneamiento (art.132 de la LOTURM); o Planes Especiales de adecuación urbanística (por ejemplo, del art.136 de la ley del suelo de Murcia 13/205 LOTURM) que contiene en su parte económica una especie de cuenta de liquidación provisional).

Desde un planteamiento de gestión, un primer tema de debate es si los propietarios que en su día abonaron los gastos de urbanización tienen que abonarlos de nuevo en el marco de la regularización urbanística de la zona en cuestión.

Sin perjuicio de las debidas garantías de los propietarios, se observa que muchas veces los servicios existentes son altamente deficientes y no tienen la menor utilidad para la urbanización del sector (desde la canalización del agua hasta los propios tendidos de luz). En estos casos, no sería justo pretender exoneración alguna en la repercusión de los gastos de urbanización. Si el propietario considera que la actuación es antieconómica, puede además instar una indemnización en metálico de su propiedad. En todo caso, será preciso que los particulares interesados presenten acreditación suficiente de los costes por implantación de los servicios existentes. Por otra parte, las propias instituciones básicas del abuso de derecho y del enriquecimiento injusto, del Código Civil (artículos 7 y 1888 y ss. respectivamente), justifican que sean asumidos estos costes por los propietarios, ya que, de lo contrario, estos deberían ser asumidos por el resto de los vecinos del Municipio. Pueden aportarse algunas referencias, sin perjuicio de otras, como introducción a esta problemática:

Así, según la **STSJ de Navarra de 31 de octubre de 2002**: «El proceso de implantación fue el tradicional en esta clase de suelos rústicos, en la década de los años setenta; licencia de obras y ejecución de obras para enganches a redes públicas de abastecimiento, traídas eléctricas, fosas sépticas, etc., con fuerte grado de precariedad e insuficiencia (...). Ciertamente sería discutible que el Plan impusiera a los propietarios de las parcelas edificadas un deber de contribuir a los gastos de reurbanización de la zona, si sus parcelas y edificaciones



contaran con un correcto estado previo de infraestructuras y servicios que conllevara que tales parcelas debieran ser consideradas como urbanas consolidadas. Este importante déficit de estado actual de la urbanización, hace improcedente y jurídicamente inadecuado considerar a dichas parcelas como parcelas de suelo urbano consolidadas para gozar del nivel de urbanización adecuado según el planeamiento urbanístico general. Siendo ello así, resulta obvio que el Plan puede imponerle el deber de realizar las obras de urbanización precisas para garantizar el nivel mínimo exigible de grado de urbanización»².

Por otra parte, la **sentencia del TSJ de Galicia de 9 de diciembre de 1999** desenmascara el hecho aparente de que la ejecución de obras en la urbanización consista en una simple «mejora y complementación de servicios e instalaciones preexistentes, ya que suponen subsanación y corrección de notables carencias constatadas *que merecen calificación equivalente a la práctica ausencia de verdadera urbanización. De este modo, se desestima el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del C. de O., de 26 de abril de 1996, sobre declaración de innecesariedad de la reparcelación y opción por el expediente de cuotas de urbanización para la urbanización O. X.*». (Es interesante la lectura completa de la sentencia.)

En esta misma línea puede citarse la **sentencia de 3 de noviembre de 2004** donde, entre otros argumentos, se expone claramente que «el propietario ha de costear la parte que le corresponde, aunque tenga ya edificado su terreno».

Y también la **sentencia del TSJ de la CV de 11 de junio de 2004** en el recurso contencioso-administrativo 1478/2002, cuando deja en evidencia que de la

² En este asunto se concluyó que no podía repercutirse el coste de urbanización de un sector, con las características que apunta el texto, a los propietarios de otros sectores.

Disposición transitoria 5 del TRLS/1992 se infiere que la misma se refiere a la patrimonialización de las edificaciones existentes, pero que no ampara actuaciones no realizadas, es decir, se patrimonializa aquello que previamente se ha materializado, pero no puede extenderse a otras facultades –las correlativas a los deberes de cesión de terrenos, dotaciones, equidistribución y urbanización– que al no haberse realizado no pueden haberse patrimonializado (...).

La gestión en áreas semiconsolidadas puede ser idónea para ser abordada por gestión directa.

Los propietarios pueden valorar positivamente este modo de gestión, que podrá partir incluso de su propia iniciativa, evitándose la entrada de un urbanizador extraño a la actuación. Pero tampoco faltan casos en que, posteriormente, los propietarios cambian de criterio y desean realizar la actuación una vez que se ha iniciado esta por el Ayuntamiento.

En este contexto, otra posible situación, posible jurídicamente, podrá referirse al caso en que es el Ayuntamiento quien tiene interés en controlar la definición del Proyecto de urbanización (donde, en definitiva, se definen las obras de urbanización que deben realizarse, con evidente interés público), sin perjuicio de delegar la ejecución de las obras e incluso la definición de los precios al sector privado o a los propios propietarios.

Otra problemática se refiere a si se ostenta un derecho subjetivo al **establecimiento de servicios (así, el abastecimiento de agua potable)** por parte



de sujetos con construcciones irregulares o en áreas diseminadas etc.³.

Primeramente, en un planteamiento favorable pueden citarse algunas referencias de la legislación:

- Como es sabido, es el artículo 25 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local (LBRL) recoge el elenco de competencias que, sobre la base del artículo 140 CE, corresponde ejercer a los municipios, y que tendrán como fundamento común la satisfacción «*de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal*» [art. 25.1 LBRL⁴].
- Por su parte, el Texto Refundido de la Ley de Aguas (en adelante, TRLA), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, en su artículo 60.3 contiene un listado que encabeza el «*abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal*» (por todas, STSJ Castilla y León, Burgos, de 5 de diciembre de 2003).
- La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, señala las «*responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios*» de los Ayuntamientos, e incluye entre las mismas, en su artículo 42.3.a, sin mayor precisión ni desarrollo, el

³ Puede verse R. BETRÁN ABADÍA /Y. FRANCO HERNÁNDEZ, *Parcelaciones ilegales de segunda residencia. El caso aragonés*, Zaragoza, 1994; J. RUIZ RICO, *Las urbanizaciones privadas*, Madrid, 1987; E. SÁNCHEZ GOYANES, «El interés general y las urbanizaciones de iniciativa particular», *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 150, 1996, pp. 59 y ss.

⁴ A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Administración Local*, Granada, 1998, pp. 241 y ss. M. J. ALONSO MÁS, en M. DOMINGO ZABALLOS (Coord.). *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, Vol. I, Madrid, 2003, pp. 391 y 392.

«abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales».

– El artículo 18.1.g) LBRL señala que «son derechos y deberes de los vecinos: g) Exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal de carácter obligatorio».

Por otro lado, resulta evidente que la cuestión difiere en función del tipo de suelo. Como servicio urbanístico definidor de la clase del suelo **urbano**, es innegable la debida prestación del abastecimiento de agua potable en los suelos así clasificados por el planeamiento, considerándose su prestación como un acto reglado para la Administración y exigible por los ciudadanos. Así lo reconocen los tribunales, de lo que es muestra la STSJ Castilla y León, sede de Valladolid, de 16 de septiembre de 1998, citada por la de ese mismo Tribunal, Sede de Burgos, de fecha 5 de diciembre de 2003:

«Como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1994 y 21 de noviembre de 1996, entre otras, el abastecimiento domiciliario de agua potable en el suelo **urbano** figura entre los servicios obligatorios de todo municipio, según el artículo 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Como la solicitud que dio lugar a los actos administrativos impugnados y el suplico de la demanda, no exigen al Ayuntamiento que termine de construir la red general, limitándose a pedir que se permita el enganche, bien definitivo, bien provisional, con obras incluso a costa del solicitante, carecen de toda justificación las razones expuestas por el Ayuntamiento».

Y tampoco la falta de algún servicio urbanístico en esa concreta clase de suelo urbano puede ser óbice para la concesión del abastecimiento de agua potable, como



señala la, acabada de citar, STSJ Castilla y León de 5 de diciembre de 2003:

«Y así las cosas la resolución impugnada deniega la petición de acometida de agua y desagüe, sobre la base de que pese a ser suelo urbano calificado como de ensanche del casco, carece de los servicios urbanísticos, con lo cual estaríamos ante una contradicción entre la calificación y la realidad, pero lo cierto es que ese razonamiento no es argumento para denegar la acometida, ni tan siquiera la previsión de un vial, mientras no se proceda a la expropiación y ejecución del mismo y por ello y reconduciendo lo hasta ahora expuesto, cabe concluir que la recurrente no puede verse privada de la prestación de un servicio esencial, cual es la obtención de agua potable para cubrir sus necesidades más elementales, y menos en base a la argumentación efectuada por el Ayuntamiento, cuando precisamente dicha Corporación, como entidad local, debe atender a las necesidades de sus administrados, máxime si existen en este tipo de suelo la posibilidad ya reconocida de un desarrollo urbano que sea cual sea no tendrá en modo alguno obstaculizado por la concesión de la acometida de agua ya que como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1994 y 21 de noviembre de 1996, entre otras, el abastecimiento domiciliario de agua potable figura entre los servicios obligatorios de todo municipio, según el artículo 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local».

El *quid* obviamente está en el suelo **rural**. La dotación de servicios puede plantearse en el marco del propio instrumento de legalización de la actuación pretendida, por ejemplo, la licencia (artículo 56 del Texto Refundido de la Ley de Castilla-La Mancha de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística, TRLOTAU; artículo 214 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Urbanismo del País Vasco; STSJ Aragón de 14 de marzo de 2000).

En este contexto pueden explicarse las sentencias que han procurado reconocer la concesión del enganche, ora aprovechando la ausencia de regulación completa en el ordenamiento urbanístico, ora aprovechando la propia actuación del Ayuntamiento (bien al no responder en tiempo frente a la obra ilegal o bien al haber concedido ya el abastecimiento a situaciones anteriores similares), por referencia al carácter obligatorio del servicio contenido en la normativa de régimen local. Otros pronunciamientos distinguen si el abastecimiento es para riego o para consumo humano (STS de 28 de junio de 1991).

Pese a ello tampoco faltan los fallos judiciales que niegan el abastecimiento en tales circunstancias, como por ejemplo la STSJ Castilla y León, sede de Valladolid, de 22 de septiembre de 2003: «en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, se regula en el artículo 81 el otorgamiento de concesiones para abastecimiento a varias poblaciones, y en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico las concesiones para el abastecimiento de aguas a poblaciones o urbanizaciones aisladas que no puedan ser abastecidas desde la red municipal (arts. 122 y siguientes) pero no el abastecimiento a viviendas aisladas en suelo rústico».

Aun así, cuando se estima el derecho del particular, ello podrá venir derivado (como refleja la STSJ de Castilla y León de 28 de abril de 1997) de la necesidad de intentar evitar el posible excesivo rigor del Derecho urbanístico. En el fallo citado, por ejemplo, la vivienda en cuestión se encontraba limítrofe con asentamientos urbanos que ya disponían de abastecimiento público: «El señor... y su familia gozan de la condición de residentes en el municipio de Trescasas y no pueden verse privados de la prestación de un servicio esencial, cual es la obtención de agua potable para cubrir las necesidades más elementales y menos en base a la argumentación que utiliza el Ayuntamiento alegando que la finca del recurrente está ubicada en suelo no urbanizable, cuando precisamente dicha Corporación, como entidad local, debe atender a las



necesidades de sus administrados, máxime si existen construcciones limítrofes que disponen de toma de agua a la red municipal por haber sido concedidas por el propio Ayuntamiento lo que conculca, con toda evidencia, el principio de igualdad y del tratamiento discriminatorio al titular de esta finca y crearía un extraordinario daño o perjuicio al administrado, razones por las que ha de estimarse el presente recurso».

En la práctica se observan asimismo normativas municipales reguladoras del servicio que vienen a incumplir los superiores dictados de la legislación urbanística. Se trata de reglamentos municipales que vienen a otorgar la dotación de los servicios urbanísticos propios del suelo urbano a actividades ubicadas en suelo rústico sin exigir la correspondiente autorización urbanística o limitándose a reclamar su mera solicitud. En esta situación de inadecuación del reglamento local a la legislación urbanística no cabría invocar como excusa el principio de supremacía de la norma local especial (Reglamento servicio de abastecimiento de aguas). Así se expresa la STS de 8 de junio de 1992 cuando señala: «Pero la Administración prescindió de esas normas en buena parte, y acudió al Reglamento de Mercados de Distrito citado, interpretando este reglamento extensivamente, lo que no es posible aceptar. El citado reglamento de Mercados de Distrito, es una norma local, capaz de regular aspectos concretos con ajuste al principio de especialidad. Las normas locales, pueden tener su origen en la autonomía municipal para la gestión de sus propios intereses [art. 137 de la Constitución, y arts. 1, 2 y 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 abril, citada], normas que, en consecuencia deben conectarse con la Ley; pero ha de precisarse, por imperio de lo dispuesto en el art. 5.b) de la Ley 7/1985, de 2 abril, que los Reglamentos Estatales que tengan carácter general (como es el caso del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto n.º 1372/1986, de 13 junio), tienen prioridad sobre los Reglamentos Locales. Y este es el fundamento firme de la sentencia apelada que declaró contrarios a Derecho los actos administrativos

impugnados, por vulneración del ordenamiento jurídico (art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo)».

Además, podrían distinguirse estas situaciones:

– En el caso de que no se haya sobrepasado el plazo que las distintas normativas autonómicas conceden a la Administración para ordenar la demolición de las edificaciones, instalaciones o construcciones irregulares, en la (eventual) legalización podrá lograrse la obtención de la conexión de agua potable para la obra originariamente ilegal o clandestina.

– Por el contrario, en el caso de que no resulte legalizable la actuación, no habrá lugar la conexión a la red de agua potable, pues lo que procederá será la demolición de lo construido, como señala la STSJ Castilla-La Mancha de 19 de junio de 2002 (con matices, no obstante, STS de 14 de febrero de 1994).

– En caso de que se haya superado el plazo de prescripción podrá imponerse el régimen de fuera de ordenación. Puede citarse la STS de 29 de junio de 2001: «... lo construido sin licencia y en contra de la normativa urbanística puede considerarse como fuera de ordenación en el sentido de que no se ajusta a la legalidad urbanística, pero su régimen se debe diferenciar del supuesto de hecho previsto en el art. 60.1 TRLS en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo por lo que el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento impide al Ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística prevista en el artículo 184.3 TRLS, pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada, esto es, la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata».



– Ahora bien, el inmueble ilegal o clandestino puede tener problemas entendiéndose que el uso no está sujeto al plazo de prescripción referido por tratarse de una «*infracción continuada*» (STS de 22 de diciembre de 1998: «el hecho de que haya prescrito la infracción de la obra realizada sin licencia no significa que ello constituya a su vez impedimento legal para posibilitar la sanción del *uso ilegal*, con arreglo al planeamiento urbanístico, realizado en dicha construcción, porque el citado uso constituye, no una actividad transitoria como la construcción de edificios, sino una actividad permanente que se extiende en el tiempo mientras se esté realizando ese uso no permitido por la normativa urbanística»).

En esta línea, la STSJ de Asturias de 9 de diciembre de 1998⁵, que resuelve un supuesto de solicitud de abastecimiento de energía eléctrica a una vivienda irregular en la «*situación de fuera de ordenación asimilada*», señala «(...) el Tribunal Supremo se ha encargado de distinguir (sentencias de 10 octubre de

⁵ Citada por F. A. CASTILLO BLANCO, *Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas sin título jurídico habilitante*, Pamplona, 2006, pp. 445 y 446; R. CARRODEGUAS MÉNDEZ, "Primera aproximación al nuevo régimen de protección de la legalidad urbanística previsto en la LOTUS. Especial referencia a la problemática de las viviendas ilegales existentes en el campo", *El Consultor de los Ayuntamientos*, enero 2019; M.J. GÓMEZ ROSSI, *Actuaciones urbanísticas autorizables en suelo no urbanizable*, Sevilla 2019.

1988⁶ y 15 septiembre 1989⁷), entre las obras realizadas sin licencia cuya demolición es improcedente porque integra una actuación pasajera, mientras que el uso está destinado a desarrollarse activamente a lo largo del tiempo; y, por tanto, que haya prescrito con anterioridad

⁶ Señala este fallo en su FJ 2.º: «El uso del suelo constituye ordinariamente una actividad continuada y por tanto el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que tal actividad finaliza – *art. 92.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística*. Que haya prescrito con anterioridad la infracción integrada por las obras que dieron lugar a la edificación en la que se desarrolla el uso no es obstáculo para que subsista la posibilidad de sancionar dicho uso: mientras que las obras son una actuación pasajera, el uso normalmente está destinado a desarrollarse activamente a lo largo del tiempo. La solución expuesta resulta coherente con el sistema del artículo 184 del *Texto Refundido de la Ley del Suelo*: si la Administración puede impedir el uso ilegal en tanto que este dure, será razonable que el plazo de prescripción, en cuanto a la potestad sancionadora, no empiece a correr mientras se mantenga el uso –en esta línea, Sentencia de 2 de junio de 1987–».

⁷ Señala este fallo en su FJ 2.º: «... será de recordar que el uso del suelo constituye ordinariamente una actividad continuada y por tanto el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que tal actividad finaliza –artículo 92.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística–. Que haya prescrito con anterioridad la infracción integrada por las obras que dieron lugar a la edificación en la que se desarrolla el uso no es obstáculo para que subsista la posibilidad de sancionar dicho uso: mientras que las obras integran una actuación pasajera, el uso normalmente está destinado a desarrollarse activamente a lo largo del tiempo –Sentencia de 10 de octubre de 1988–. Esta solución resulta coherente con el sistema del artículo 184 del *Texto Refundido de la Ley del Suelo*: si la Administración puede impedir el uso ilegal en tanto que este dure, será razonable que el plazo de prescripción, en cuanto a la potestad sancionadora, no empiece a correr mientras se mantenga el uso».



la infracción integrada por las obras que dieron lugar a la edificación en la que se desarrolla el uso no es obstáculo para que exista la posibilidad de sancionar dicho uso». Distinción entre obra y uso, continúa el referido fallo, «que aplicada al caso que nos ocupa lleva claramente a la desestimación del recurso pues *no pueden exigirse servicios al Ayuntamiento cuando el mismo está facultado para impedir el uso para el que se solicita, que no es ajustado, como se confiesa, a la legalidad urbanística*, ni tampoco el hecho de que disponga de otros servicios, que incluso, como es el caso, no dependen directamente del Ayuntamiento, o de actuaciones civiles o tributarias que se mueven en otros ámbitos del derecho, al igual que la pretendida aplicación del principio de igualdad que como es sabido sólo puede apreciarse dentro de la legalidad».

2. REFERENCIA A LAS CONTRIBUCIONES ESPECIALES EN EL CONTEXTO DE LA MEJORA DE OBRAS DE URBANIZACIÓN.

En un **plano doctrinal**, en numerosos trabajos⁸ se suelen citar las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de

⁸ Para R.A. MARTÍN CANO, "Concepto y naturaleza de las cuotas de urbanización", *Revista Cemci* 9 (2010), las cuotas de urbanización se asocian a procesos de nueva urbanización, mientras que las contribuciones a áreas ya urbanizadas. Para J. B. GALLEGU LÓPEZ, "Acerca de la naturaleza tributaria de las cuotas de urbanización derivadas de la ejecución del planeamiento urbanístico", *Crónica tributaria* 127/2008, pp. 59 y siguientes destaca que las contribuciones especiales se asemejan a las cuotas urbanísticas, ya que aquellas se devengan como consecuencia de la ejecución de obras de urbanización y dicha ejecución va a comportar un aumento del valor de sus bienes para el propietario del terreno urbanizado. Respecto de los costes de urbanización en el contexto de las cuotas de urbanización, interesa la relación obviamente con los sistemas de ejecución del planeamiento pero también con

abril de 1997 y 10 de abril de 1997 para afirmar que las cuotas de urbanización se refieren o asocian a la financiación de nuevas actuaciones de urbanización en ejecución de nuevo planeamiento aprobado, mientras que las contribuciones especiales sirven para financiar una parte de aquellas obras públicas municipales que se realizan en el interior de las poblaciones y las áreas consolidadas de edificación, beneficiando "especialmente a determinadas personas de manera que solo excepcionalmente puede acudir a su aplicación en zonas de nueva urbanización cuando se realizan otras obras después de concluida".

Se puede hacer referencia al divulgado trabajo de B. RODRÍGUEZ PRIETO Y M. FUEYO BROS, "Relevancia de los recursos procedentes de la actividad urbanística en la financiación de las entidades locales", *El Consultor de los Ayuntamientos* 2004, cuando afirma que las diferencias entre contribuciones especiales y cuotas de urbanización está en que las contribuciones especiales solo pueden financiar el 90% de la obra⁹ mientras que las cuotas de urbanización pueden financiar el 100% de

los artículos 59 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística, cuando indican que los costes de urbanización comprenden obras de viabilidad, obras de saneamiento que comprenden colectores generales y parciales, acometidas, sumideros etcétera, suministro de agua, suministro de energía eléctrica, jardinería y arbolado. Es cierto que las cuotas de urbanización en cuanto idea se asocian a la reparcelación, ya que el importe es común que sea directamente proporcional al aprovechamiento urbanístico que le ha correspondido en la reparcelación. Véase también J. ALEMANY GARCÍAS, "La naturaleza jurídica de las cuotas de urbanización", *RDU* 332, 2019.

⁹ Respecto del límite aludido, del 90% puede verse la STS de 27 de noviembre de 2014, recurso 2616/2012.



las obras; aquellas son tributos y estas son exacciones parafiscales; las contribuciones se regulan mediante Ordenanza Fiscal, las cuotas no pueden regularse mediante ordenanza fiscal; en las contribuciones los módulos de reparto pueden aplicarse conjunta o separadamente mientras que en las cuotas el módulo de reparto será bien el valor de las fincas resultantes o el aprovechamiento de las fincas afectadas; en las contribuciones sus exigencias se realizan de conformidad con el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en las cuotas su cauce es el propio de los sistemas de compensación o cooperación si bien solo representarán ingresos para las arcas municipales en el caso de sistema de cooperación; en las contribuciones no se permite el pago en especie, las cuotas permiten el pago en especie; en las contribuciones el procedimiento recaudatorio será el normal, en las cuotas las fincas quedan afectas al pago de las cuotas desde el principio; en las contribuciones como recurso tributario que son no están afectadas por el IVA, las cuotas de urbanización sí están afectadas por el IVA.

Por ello, como las contribuciones especiales se asocian a áreas ya urbanizadas, a priori se pueden utilizar como mecanismo fiscal para financiar la mejora de la situación urbanística deficitaria.

Asimismo, repasando la legislación aplicable, se apoya el recurso a las contribuciones especiales para este fin argumentando que su hecho imponible es la obtención de un beneficio o aumento de valor de los bienes según establece el TRLRHL; por su parte, el sujeto pasivo se regula en el artículo 30 y la base imponible en el 31, determinándose que la base imponible de las contribuciones especiales está constituida como máximo por el 90% del coste que la entidad local soporte por la

realización de las obras o por el establecimiento o ampliación de los servicios¹⁰.

En la LOTUP 5/2014 valenciana se encuentra información completa del régimen de ejecución a seguir

¹⁰ J. GIL GRANDIO, "Ingresos procedentes del urbanismo en entidades locales; breves referencias a la fiscalidad y a la Región de Murcia", *Revista CEMCI* 20/2013; otras referencias son: J.M. BAÑO LEON, "La actividad urbanística en la financiación de las Haciendas Locales", *RVEH* nº 2 - II/ 2001; F. GARCÍA RUBIO, "El urbanismo como fuente de financiación municipal", *Anuario de la Facultad de derecho de la universidad autónoma* 2008; V. ALMONACID LAMELAS, "La financiación del urbanismo en la Comunidad Valenciana, canon de urbanización, contribuciones especiales y cuotas de urbanización", *El Consultor de los Ayuntamientos* 4 (2008); F. A. CHOLBI CACHA, *Los principales instrumentos de financiación procedentes del urbanismo (aspectos jurídicos y económicos)*, Madrid 2004; J. A. LÓPEZ PELLICER, "Costes de urbanización y conservación", *RDU* 67 1980; F. LLISSET BORREL, "Las cuotas urbanísticas", *RDU* 46 1976; M. CUSÓ TURREL, "Las cuotas de urbanización elementos subjetivos y objetivos. Especial referencia al decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña", *Cuadernos de Derecho Local* 9/2005; D. BERBEROFF AYUDA, "Actuaciones de urbanización y financiación: cuotas de urbanización vs contribuciones especiales", *Revista Derecho de Urbanismo Lefebvre*, 1 de diciembre de 2013; J.A. CHAMORRO ZARZA, "La financiación de obras públicas locales mediante contribuciones especiales, una oportunidad para el resurgimiento de un viejo tributo", en http://rifde.info/documentos/repo2014/La_financiacion_de_obras_publicas_locales_mediante_contribuciones_especiales.pdf, destaca cómo la Ley de Costas 22/1988 y la Ley de Carreteras prevén de forma explícita que la financiación de las actuaciones de la Red de Carreteras del Estado o la ejecución de obras en el dominio público marítimo terrestre podrá llevarse a cabo mediante la exacción de contribuciones especiales.



para ejecutar planes especiales de infraestructuras en este tipo de situaciones, en el contexto de las cuotas de urbanización o las contribuciones especiales, por tanto, sin necesidad de una reparcelación.

Ahora bien, una primera cuestión que se plantea en este contexto de la financiación de la mejora de las obras de urbanización por medio de contribuciones especiales es la de su procedencia o no en función del tipo de suelo, urbano, no urbanizable o urbanizable ante el que nos encontremos.

La STSJ de la Comunidad Valenciana nº1096/2002, de 5 de julio de 2002 resuelve esta cuestión basándose en la jurisprudencia del TS: "Así, entre otras, además de la **STS de 3 de octubre de 1995** citada por la representación procesal del Ayuntamiento de A. en el escrito de contestación a la demanda, en la anterior **STS de 21 de junio de 1993 (recurso núm. 2065/1989)** se declaró la **intrascendencia de la clasificación urbanística del suelo a efectos de imposición de contribuciones especiales siempre que se dé un beneficio especial a persona determinada**; en concreto, en el FJ 1º de dicha sentencia se subrayaba que "el destino agrícola de un terreno no es motivo que determine su no sujeción a las contribuciones especiales impuestas por obras que ocasionen a sus propietarios un beneficio especial".

De ahí que se afirme por dicha STSJCV nº1096/2002, de 5 de julio de 2002, que "entrando ya en el fondo del asunto, en lo que atañe al primer argumento impugnatorio, **la Sala entiende que la clasificación urbanística del suelo afectado por las contribuciones especiales como urbanizable no es obstáculo para la imposición de contribuciones especiales**, como así lo ha confirmado la jurisprudencia

del Tribunal Supremo". En el caso enjuiciado en esta sentencia de 5 de julio de 2002, se trataba de que "la clasificación de los terrenos controvertidos como suelo urbanizable, se hallaría en gran parte consolidado supuestamente por la acción del recurrente y su hermano que, propietarios de varias fincas rústicas colindantes con el casco urbano, habrían practicado una reparcelación ilegal a lo largo de los últimos treinta años con sucesivas agrupaciones y segregaciones, generando gran cantidad de parcelas con apariencia de solar, alineando fachadas y abriendo de hecho viales para así proceder a su transmisión a terceros; así se habría creado un núcleo urbano de uso principalmente industrial pero casi consolidado en su totalidad por las edificaciones y viales abiertos al público; sin embargo, esa urbanización de hecho habría sido ejecutada de manera parcial, incompleta y desordenada, constituyendo un caos para el uso industrial que efectivamente viene ejerciéndose por parte del recurrente y resto de propietarios afectados (con viales abiertos al público pero con vertidos de zahorras sin asfaltar, o tramos de aceras sin alumbrado público, o con la red de evacuación de aguas pluviales y residuales sin terminar), todo lo cual justificaría la necesidad de acometer una inmediata reposición de la precariedad de dichos viales, lo que el Ayuntamiento efectuaría mediante la aprobación de un **proyecto de mejora de la urbanización existente en el que se contienen las obras mínimamente precisas para salvar la peligrosidad e insalubridad existente, así como la ordenanza impugnada para su financiación**".

Con carácter añadido, procede traer a colación la **STS de 24 de octubre de 1994 (recurso núm. 2294/1993), de cuyo FJ 4º** se desprende nuevamente la falta de relevancia de la clasificación urbanística del suelo bajo la óptica de la imposición de contribuciones



especiales: "Se invoca, finalmente, infracción del artículo 32.1.a) de la Ley de Haciendas Locales, por estimar la parte recurrente que tratándose de terrenos industriales la adopción como módulo de reparto de las contribuciones especiales de los metros lineales de fachada resulta inadecuado para obtener un correcto y equitativo reparto de la carga tributaria. Del precepto citado, como de sus antecedentes legislativos, no resulta una estricta correlación entre la naturaleza de las fincas objeto del tributo o de la clase y naturaleza de las obras o servicios realizados con el módulo de reparto elegido, pues todos los que ofrece el precepto pueden aplicarse conjunta o separadamente por la Administración en atención a las circunstancias de cada caso".

Tampoco es impedimento para acudir a las contribuciones especiales el hecho de que las obras a realizar puedan entenderse como un escalón previo en la línea de las obras que corresponde realizar en general en el sector¹¹.

¹¹ Así, la sentencia 1096/2002, de 5 de julio de 2002, del TSJ-CV dio la razón a la Administración local, cuando consideraba que "la actuación impugnada tendría la **cobertura legal de los artículos 25 y siguientes de la Ley 7/1985** en relación con los artículos 28 y siguientes de la Ley 8/1988 de Haciendas Locales, consistiendo en un plan de choque para acometer determinadas obras de mejora de la urbanización preexistente que permita la correcta **evacuación de aguas pluviales y residuales** así como la seguridad del tráfico peatonal y rodado, y siendo compatibles con la futura programación y desarrollo del sector en que se incluyen. En cuarto lugar, y en conexión con lo anterior, **los terrenos controvertidos serían objeto de completo desarrollo y ejecución urbanística mediante el oportuno PAI que afectará a todo el sector de una urbanización integrada, de suerte que las contribuciones que se sufraguen por los propietarios afectados por imposición de la ordenanza**

Por otro lado, las contribuciones especiales han de representar un beneficio de los bienes de los sujetos y no solo un beneficio para la comunidad (STS 8566/2012, de 17 de diciembre de 2012, o la ya citada STS de 21 de junio de 1993, recurso núm. 2065/1989).

Por entrar en la cuestión de cómo se valora la existencia o aumento del beneficio en relación con la posibilidad de imponer contribuciones especiales para financiar la mejora de las obras de urbanización, resulta interesante la **STSJ de Cataluña 5808/2002, de 3 de mayo de 2002**, en la que la Sala revoca la sentencia de instancia apelada, que anuló las contribuciones especiales para la renovación y adecuación de la red de agua efectuada por un Ayuntamiento respecto de una urbanización. La Sala del TSJ de Cataluña no comparte en su integridad las conclusiones de la sentencia apelada, según las cuales “no se alcanza a apreciar en qué consistiría el aumento de beneficio o valor de los bienes de los recurrentes, ya que red de suministro de agua tenían antes y ahora, los supuestos problemas de abastecimiento y carácter obsoleto de las instalaciones no han sido acreditados por la Administración y se contradicen con las afirmaciones del informe pericial, la

fiscal se considerarán a cuenta de las futuras obras de urbanización que, en el marco de una actuación integrada, les corresponda en su día soportar y, al margen de las cuestiones relativas a la inseguridad e insalubridad, esas obras **reportarían un beneficio a los propietarios** de los terrenos que tienen frente de fachada alvial que se ejecuta (en concreto, de los terrenos del recurrente, dos parcelas se ven afectadas, una con edificación consolidada y una nave almacén -con evidente beneficio para él- , y la otra sin edificaciones que el nuevo PGOU califica de zona verde -pero que de momento utiliza para su actividad de almacenamiento de materiales de construcción y, en su día, se le ofrecerá el equivalente aprovechamiento urbanístico-).”



colocación de hidrantes tampoco aporta nada especialmente nuevo, al existir bocas de incendio y, en definitiva, no se aprecia una mejora o ampliación del servicio". En efecto, y en lo que se refiere a la preexistencia de otra red de suministro de agua, según la STSJCIV 5808/2002, de 3 de mayo de 2002 tal circunstancia no excluye por sí misma la existencia de beneficio especial y la consiguiente exigibilidad de Contribuciones Especiales:

"Así, como hemos dicho recientemente, en la sentencia núm. 475/2002, de 8 de abril de 2002 (Rollo de Apelación núm. 171/2002), esta Sala viene declarando:

a) Que si bien la legislación derogada permitía establecer contribuciones especiales por obras de mejora, posibilidad que ha desaparecido en la Ley vigente, el concepto de mejora abarca un campo semántico más extenso que el concepto de ampliación, pues siempre que un servicio público se amplía es para mejorarlo, pues lo contrario no tendría sentido, mientras que, en cambio, cabe mejorar un servicio sin ampliarlo: por tanto la sustitución de tres puntos de luz por seis de más potencia ha producido indudablemente una mejora del alumbrado, pero esta mejora es consecuencia de una ampliación del servicio en número de lámparas y en potencia de las mismas lo que se traduce en más iluminación (Sentencia de 6 de noviembre de 1999, de la Sección Tercera).

b) Que están excluidas del ámbito de las contribuciones especiales las obras de mera reparación, reposición, mantenimiento o conservación, pero dentro del concepto "ampliación" cabe no sólo la mejora cuantitativa sino también la cualitativa, y así, por ejemplo, los gastos de sustitución de bombillas fundidas o de farolas derribadas por el viento no pueden ser objeto de contribuciones especiales, y sí, en cambio, el aumento de punto de luz -mejora cuantitativa- o la sustitución de lámparas de incandescencia por otras de sodio con mayor

poder lumínico y menor consumo -ampliación cualitativa- (Sentencia de 30 de abril de 2001, de la Sección Tercera).

Por tanto, no cabe dar mayor significación a la falta de mención en el art. 28 de la Ley de Haciendas Locales de la "mejora" de los servicios públicos, a diferencia de lo que ocurría en el Texto refundido de 1986. En efecto, la Memoria del Proyecto de dicha Ley de Haciendas Locales entendió que una mejora no es sino una ampliación de signo cualitativo, de forma que es suficiente el término "ampliación", puesto que el mismo comprende tanto a la mejora propiamente dicha como a la ampliación cuantitativa o de incremento de volumen de la prestación, debiendo entenderse por ello, como hace la doctrina mayoritaria, que la utilización del término "mejora" era pleonástica, suprimiéndose tal voz "mejora" del servicio público en cuanto esta se encuentra comprendida en la de "ampliación" y, por otra parte, se evita que una mejora de funcionamiento (esto es, por cuenta de renta), sea considerada como un aumento por cuenta de capital (inversión), debiendo concluirse que aunque en la mera reparación hay inversión -terapéutica-, siempre habrá que distinguir entre la simple reparación por deterioro con la renovación, ampliación o mejora que sí constituyen una inversión y, por consiguiente, fundamentan la exacción de contribuciones especiales, por lo que la distinción de los desembolsos por cuenta de renta o por cuenta de capital puede constituir un buen criterio orientador.

En consecuencia, deben matizarse seriamente las consecuencias que pudieran derivarse de la falta de mención en la Ley de Haciendas Locales de la renovación o sustitución de servicios existentes, citada en el art. 219.2.b) y c) del Texto refundido de 1986. Si se trata de una mejora "cualitativa", subsumible en el término "ampliación", según el significado gramatical de este término, el fundamento económico del tributo y la explicación contenida en la Memoria anexa al Proyecto de tal Ley es susceptible, por todo ello, de gravarse con contribuciones especiales. La conclusión parece más clara



aun si se trata de obras o servicios ya amortizados, cual es el caso, por lo que se excluye cualquier idea de reparación, entretenimiento o conservación, y lo mismo debe predicarse en los supuestos en que los anteriores servicios sean incompatibles con los actuales "estándares" y, en particular, con las normas de seguridad mínimamente exigibles (así, alumbrado existente, pero que incumple las normas de seguridad para evitar accidentes de fatales consecuencias), sin que resulte dudoso que en todos esos casos hay, estrictamente, una "ampliación" del servicio, e incluso un propio "establecimiento" de uno nuevo acorde con las exigencias del tiempo presente.

Otro tema que se plantea es el relativo a cuándo las obras en cuestión son un beneficio especial o cuándo es general. Para ello puede servir la STS de 2 de julio de 1997 (siguiendo la cita o exposición que hace la misma STSJ de Cataluña 5808/2002, de 3 de mayo de 2002), cuando "sintetiza las ideas esenciales en materia de concurrencia de beneficio general junto al beneficio especial. Señala tal sentencia que la coexistencia del beneficio o interés general y el beneficio o interés especial de determinadas personas, ha sido reconocida desde siempre, por la legislación reguladora de la Hacienda Local. No obstante, a nadie se le oculta la dificultad de determinar el grado de concurrencia del beneficio general y del beneficio especial, en función del cual habrá de señalarse el porcentaje del coste de las obras que constituirá el monto de las Contribuciones especiales a exigir a las personas beneficiadas especialmente, y el que se sufragará con cargo a los presupuestos generales del Municipio.

Se añade por el Alto Tribunal que la normativa anterior al Real Decreto 781/1986, de 18 abril, trató de resolver mediante disposiciones de obligado cumplimiento el difícil problema de la estimación

valorativa del beneficio especial. Esta línea de regulación y determinación normativa del "*quantum*" del beneficio especial alcanzó su cenit en el Real Decreto 3250/1976, de 30 diciembre.

Y concluye señalando que rigen actualmente al respecto las siguientes ideas esenciales: 1.a) En toda obra municipal deben coexistir siempre el beneficio o interés general y el beneficio especial o interés particular, y este último se cifra como máximo en un 90 por 100 de la utilidad o beneficio total que producen las obras; 2.a) La estimación del beneficio especial corresponde realizarla al Ayuntamiento en el correspondiente expediente de aplicación de las contribuciones especiales, pero tal estimación debe estar motivada, aun reconociendo la dificultad que tal apreciación lleva consigo; 3.a) El porcentaje máximo del 90 por 100 no significa que, en todo caso, y cualquiera que sea la naturaleza o clase de las obras, pueda el Ayuntamiento respectivo, sin más, fijar la cuantía de las contribuciones especiales en dicho porcentaje, al contrario es un recordatorio constante de la obligación que recae sobre el Ayuntamiento de estimar y apreciar cuál es el beneficio general que va a recibir la colectividad y cuál es el beneficio especial de determinadas personas, las que tendrán que pagar las correspondientes contribuciones especiales, por lo que insistimos en la necesidad de motivar razonablemente el "*quantum*" del beneficio especial; 4.a) Este porcentaje debe ser sólo uno, para cada obra en concreto aunque el beneficio especial, pueda no ser igual para todos los contribuyentes afectados, a cuyo efecto deberán preverse los índices, factores o módulos precisos sin incurrir, por supuesto, en discriminaciones injustificadas; 5.a) La estimación del beneficio especial debe referirse al conjunto de las obras y a todas las personas beneficiadas, como un "*prius*" lógico de la



financiación posterior de las mismas, de modo que si no hay subvenciones públicas o privadas, el Ayuntamiento deberá lógicamente hacerse cargo del porcentaje del coste total que corresponda al porcentaje del beneficio general y los particulares beneficiados especialmente deberán pagar contribuciones especiales por un porcentaje del coste total, igual al porcentaje que mide el beneficio especial; y 6.a) Por último el importe total de las contribuciones especiales se repartirá entre las personas beneficiadas, en función de los módulos que razonablemente permitan mediar el beneficio especial individualizado.

Por tanto, volviendo a la STSJ de Cataluña 5808/2002, de 3 de mayo de 2002, respecto de cuándo las obras en cuestión son un beneficio especial o cuándo es general, concluye esta que "la aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado no permite compartir las conclusiones del Juzgado de instancia sobre la inexistencia de beneficio especial: a) Ya en el primitivo informe del perito judicial se hace referencia a que las actuales normas contra incendios exigen un aumento del diámetro de las tuberías para la instalación de los hidrantes, lo que, como ha quedado indicado, supone un beneficio especial; b) En la ampliación del mismo informe se señala que las bocas de incendios anteriores cumplían las condiciones de presión, aunque no las de caudal, ya que estaban muy por debajo del valor mínimo actualmente exigido; c) En una zona plana formada por 126 parcelas, tenían graves problemas de agua; y d) Según el resultado de la prueba practicada en esta segunda instancia, se constata igualmente la existencia de problemas de mantenimiento, quejas constantes, falta de presión en la zona alta y excesiva presión en la zona baja, con la provocación de muchas averías. De todo ello se deriva que existió el imprescindible beneficio especial legitimador de las contribuciones especiales,

máxime teniendo en cuenta las características de la urbanización en cuestión y los estándares actuales en materia de lucha y prevención de incendios. La apreciación de toda la prueba practicada lleva a la Sala a la convicción de que la sustitución de la red de suministro de agua supone una indudable mejora en el sentido ya explicado, que puede y debe ser sufragada mediante la exacción de tales contribuciones”.

Ahora bien, también cabe preguntarse cuál ha de ser el porcentaje concretamente repercutible a los particulares, y siguiendo la citada STSJ de Cataluña 5808/2002, de 3 de mayo de 2002, a tal efecto se establece que la Administración habrá de ponderar el beneficio general que para la población entera representan las obras en cuestión con el beneficio individualizable que reciben los afectados directos por las mismas:

“SEXTO: No obstante, esa misma apreciación de la prueba y el análisis de las circunstancias concurrentes, llevan a estimar excesiva la repercusión del 90 por 100 del coste soportado, que constituye el máximo legal permitido (art. 31.1 de la Ley de Haciendas Locales).

Pero no se trata de una magnitud libremente fijada por la Entidad local, con el único límite del 90 por 100 del coste soportado, ni existe una libertad absoluta para determinar el porcentaje. Es cierto que la STC 233/1999, de 16 de diciembre de 1999, rechaza en su fundamento jurídico 12 la tacha de inconstitucionalidad del art. 31 LHL, señalando que lo que pretende el precepto es que los sujetos pasivos satisfagan únicamente una parte del coste, dado que se parte del hecho - difícilmente discutible- de que, en todo caso, una porción de los beneficios generados por la construcción de las obras o servicios repercute en la colectividad; y esta es una pretensión que se traduce en una fórmula que no puede entenderse carente de racionalidad, quedando



integradas perfectamente las exigencias de la reserva de Ley tributaria y de la autonomía local, al fijar un límite máximo de la base imponible del tributo -el 90 por ciento del coste soportado por la Entidad por la realización de las obras o el establecimiento o ampliación de los servicios- por debajo del cual cada Corporación local, tras ponderar en cada caso concreto los intereses públicos y privados concurrentes, habrá de decidir qué porcentaje del coste total se va a repartir entre los especialmente beneficiados.

Pero la jurisprudencia ha matizado reiteradamente que no existe la pretendida "magnitud libremente fijada por la Entidad local" (cfr. SSTs de 21 de junio de 1994, 25 de enero de 1996 y 23 de julio de 1996). Incluso la STS de 12 de abril de 1997 ("Muralla" de Cartagena) reitera respecto del límite de la base del 90 por 100 que "no puede interpretarse como el otorgamiento de facultades discrecionales a la Corporación municipal para que verifique el reparto como tenga por conveniente", sino que "significa que el Ayuntamiento ha de ponderar el beneficio general que para la población entera representan las obras en cuestión, ciertamente de muy difícil individualización, con el perfectamente individualizable que reciben los afectados directos por las mismas, inclusive estableciendo, si preciso fuere, un criterio decreciente en la medida en que los intereses particulares implicados en la obra cedan paso a los generales".

La misma sentencia de 12 de abril de 1997, tras reproducir el derogado art. 30 del Real Decreto 3.250/1976, indica que la derogación no significa que "no deba observarse el principio de que cada uno de los sujetos pasivos soporte la contribución en proporción equivalente al beneficio obtenido, lo que no ocurriría si, dándose la circunstancia de que todas o parte de las obras lindasen con terrenos de propiedad municipal, aunque sean de uso público, no se tuviera en cuenta, para el cálculo de las cuotas procedentes, dicha realidad".

Ha venido a producirse, pues, un fenómeno circular, en virtud del cual la Ley de Haciendas Locales plantea los mismos problemas que antes de 1976 no hay distintos porcentajes a repercutir legalmente precisados, pero según la jurisprudencia no hay libertad ni discrecionalidad alguna de las Entidades locales, sino "conceptos jurídicos indeterminados" a concretar caso por caso.

SÉPTIMO: Para no incurrir en ningún puro arbitrio judicial, ha de señalarse la coincidencia de la valoración por la Sala de la concurrencia de beneficio general/beneficio general en el caso con lo que se establecía en el derogado art. 29 del citado Real Decreto 3250/1976, que en su letra c) establecía como porcentaje de repercusión el del 50 por 100 cuando se tratara del establecimiento y mejora del servicio de extinción de incendios y en su letra d) de hasta el 50 por 100 cuando se trate de obras de conducción de aguas para el abastecimiento.

En efecto, la apreciación por la Sala de la prueba practicada, especialmente de la pericial y su ampliación, lleva a la conclusión, en relación con las características de la urbanización en cuestión, en una concurrencia prácticamente paritaria del beneficio general y el especial, singularmente en cuanto a los hidrantes para incendios, esenciales tanto para unos como para otros intereses, pero también respecto de la sustitución de la red de suministro de agua y el consiguiente beneficio y aumento de valor producido. En tal sentido, debe estimarse parcialmente tanto la presente alzada como el recurso contencioso-administrativo".

LA NECESARIA Y DIFÍCIL LIMITACIÓN A LA POTESTAD DE REVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Eva María Menéndez Sebastián¹²

Vocal del Consejo Consultivo del Principado de Asturias
Catedrática de Derecho Administrativo en la
Universidad de Oviedo.

RESUMEN: La potestad de revisión de la Administración supone una prerrogativa exorbitante, que ha de contar con límites en su ejercicio, a ello responde la figura aquí estudiada. Sin embargo, estos límites cuentan con importantes dificultades en su aplicación práctica. Este trabajo intenta contribuir a dar luz al respecto a través de un estudio de su propia esencia y funcionalidad, así como de los presupuestos y, especialmente, los principios que han de tomarse en consideración. Se trata además de un tema sumamente relevante en la práctica jurídica diaria, del que conocen tribunales y respecto del que dictaminan los órganos consultivos, sin que exista unanimidad al respecto, ni criterios claros que aporten certeza. Precisamente la base de esta cuestión se encuentra en el conflicto entre el principio de seguridad

¹² Ganadora con este artículo de la I Edición del primer Premio de la Revista Gabilex en la I Categoría, General.



jurídica y el principio de legalidad y, su finalidad última, a mi juicio, es la equidad misma.

ABSTRACT: The power of revision of the Administration supposes an exorbitant prerogative, which must have limits in its exercise, to which the figure studied here responds. However, these limits have significant difficulties in their practical application. This work tries to contribute to shed light on this matter through a study of its own essence and functionality, as well as basis and, especially, the principles to be taken into consideration. It is also a highly relevant issue in daily legal practice, which courts are aware of and regarding which the advisory bodies rule, without there being unanimity in this regard, nor clear criteria that provide certainty. Precisely the basis of this issue lies in the conflict between the principle of legal certainty and the principle of legality and, its ultimate purpose, in my opinion, is equity itself.

PALABRAS CLAVE: Revisión de oficio, revocación, límites, legalidad y seguridad jurídica, equidad y buena fe.

KEY WORDS: Ex officio review, revocation, limits, legality and legal certainty, equity and good faith.

SUMARIO:

- I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.
- II. UNA NECESARIA PUNTUALIZACIÓN TERMINOLÓGICA PREVIA.
- III. EL SIEMPRE CONTROVERTIDO DEBATE EN TORNO A LOS EFECTOS DE LA REVISIÓN.
- IV. LA ESENCIA DE LOS LÍMITES A LA POTESTAD DE REVISIÓN.

V. LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y LOS PRINCIPIOS A CONSIDERAR EN LA APLICACIÓN DE LOS LÍMITES A LA POTESTAD DE REVISIÓN.
BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Sin duda, cuando hablamos de los límites a la potestad de revisión estamos ante una figura muy importante del Derecho Administrativo, si bien la misma cuenta con una destacada complejidad¹³, propiciada en gran medida por la falta de una regulación más adecuada y precisa, a lo que se une la necesidad de atender a cada caso concreto. En este trabajo me propongo mostrar la razón de ser que, a mi juicio, subyace a los límites a la potestad de revisión, su naturaleza, su finalidad y funcionalidad, con el fin de aportar algo de claridad en su posible aplicación práctica, pues solo comprender su esencia misma, permitirá un entendimiento de la misma y una utilización más correcta.

Y es que esta figura sirve no solo para comprender el propio funcionamiento de la Administración y la disciplina que la estudia, sino del ordenamiento jurídico en general, dado que, como se verá, se trata nada más y nada menos, que de las reglas de aplicación y eficacia de las propias normas jurídicas y cómo las mismas, contenidas en el Código Civil, hallan reflejo en el Derecho Administrativo.

Comenzaré, pues, retomando una idea propia del concepto mismo del Derecho Administrativo. Y es que, siguiendo a Maurice HAURIOU, el Derecho Administrativo

¹³ Como puede verse en el núm. 210, septiembre-diciembre de 2019, de la *Revista de Administración Pública*.



es un constante e inestable equilibrio en movimiento entre los intereses generales y los intereses particulares, entre las prerrogativas de la Administración y las garantías de los ciudadanos. A ello responde la figura que aquí será expuesta, los límites de la potestad de revisión. En ella, puede perfectamente hallarse el equilibrio dinámico de las fuerzas internas que la animan, en la constante contradicción entre los intereses que entran en juego, en la expresión tan gráfica utilizada por SAVIGNY para describir la vida jurídica.

De este modo, es preciso atender no solo al fin sino también al medio de los que hablaba IHERING en su obra *"La lucha por el derecho"*. Por ello resulta idóneo comenzar recordando las palabras del artista del derecho, tal y como lo calificará LEOPOLDO ALAS CLARÍN en el prólogo a la traducción al castellano de esta obra, realizada por ADOLFO POSADA.

Así, comenzaba, el ilustre jurista alemán aquella obra diciendo que "el derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea o tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca (...) Mas el medio por muy variado que sea, se reduce siempre a lucha contra la injusticia". Y la concluía con otra idea sublime al afirmar que: "No admitimos ciertamente una lucha por nada, pero sí ese noble combate en el cual el individuo se sacrifica con todas sus fuerzas, por la defensa de su derecho personal o de la Nación".

Por más que haya pasado ya casi un siglo y medio desde aquellas palabras, las mismas evocan ideas que aún hoy están latentes en nuestro Derecho. Así, y extrapolando esas reflexiones al tema objeto de este estudio, debo decir, en primer lugar, que no debe

admitirse, en efecto, una lucha por nada, de tal modo que la potestad de revisión –aunque discrecional¹⁴- no es arbitraria¹⁵, sino que debe ejercerse cuando el interés público lo requiere o aconseja¹⁶, ya que éste es la base de esta potestad, tal y como también lo han venido reconociendo el Consejo de Estado¹⁷ y el Tribunal

¹⁴ Aunque hay que tener en cuenta que en el caso de una anulación por vía del art. 106 a solicitud de un interesado, está obligada a iniciar el procedimiento y, en consecuencia, a instar del órgano consultivo correspondiente el informe preceptivo y vinculante, con lo que su discrecionalidad se ve mermada. Si bien, es cierto, que el problema puede surgir si el informe es favorable a la anulación y la Administración, que es quien en última instancia ha de acordar la anulación, no lo hace. Aunque, como se dirá, hay quien sostiene que la obligación se extiende a la declaración, en ese caso, de la nulidad, lo que aquí se comparte y que además en cierto modo viene a ratificarse con lo previsto en el art. 125.3 LPACAP.

¹⁵ Aunque algún autor, como ALENZA GARCÍA J. F., *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Thomson Reuters, Navarra, 2017, pág. 35, considera que estas potestades no son discrecionales o no enteramente discrecionales al tener que ser ejercitadas con arreglo a las garantías y limitaciones legales, si bien, a mi juicio, ello supone más bien que no puedan ser ejercitadas de forma arbitraria, no tanto de forma discrecional, pues lo cierto es que no se pueden calificar como potestades regladas.

¹⁶ Pues, como bien recuerda el Tribunal de Justicia de Asturias en su sentencia núm. 846/2018, de 29 de octubre (JUR\2018\316260), recurso núm. 703/2017, Sala de lo Contencioso-administrativo, la finalidad de la revisión de oficio es atender al interés público.

¹⁷ Véanse a este respecto el Dictamen de 18 de marzo de 1987 y posteriores.



Supremo¹⁸. Y, por ende, que es necesario luchar por el derecho cuando resultan implicados derechos o intereses, pero es necesario evitar hacerlo tan solo por la satisfacción que irradia el esplendor de la mera legalidad o del mero cumplimiento de la legalidad¹⁹.

De otro lado, como se verá, este tema encierra en sí mismo la lucha contra la injusticia, en palabras del citado autor, por cuanto el fin no es otro que una aplicación equitativa de esta potestad, una búsqueda de la justicia en el caso concreto.

Estamos además ante una potestad exorbitante, una de las mayores prerrogativas de la Administración, que deriva o es una manifestación de la autotutela de la que ésta goza. En fin, una excepción más a la necesidad de acudir a los Tribunales, en este caso para revisar sus

¹⁸ Así, por ejemplo, en cuanto a la revocación de una licencia, ha dicho en su sentencia de 25 de septiembre de 1981 (Ar. 3821), que: “uno de los modos de extinción de los actos administrativos está constituido por su revocación, es decir, por su eliminación del mundo jurídico cuando la pervivencia de sus efectos se manifiesta en contradicción con los intereses públicos que la Administración debe tutelar”. O en la sentencia de 18 de diciembre de 1997 (Ar. 624), recurso de Apelación núm. 1338/1990, sobre revocación de autorización de uso de aguas con la necesaria indemnización.

¹⁹ Como bien recuerda, GRAU BONÀS, M., “Sobre los límites de la revisión de oficio conforme al artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y sobre la interpretación de la causa de nulidad del artículo 62.1, f) de la citada Ley”, *Revista Española de la Función Consultiva*, julio-diciembre 2010, núm. 14, pág. 216.

propios actos²⁰ –con la salvedad de la lesividad en que realmente son éstos, aunque a instancia de ella, quienes proceden a la anulación-, así como la merma importante de este privilegio en ciertos ámbitos especiales, como el de la Seguridad Social. Se trata, al fin y al cabo, inspirándose en la definición que ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, de dos términos conexos en la materia, como son “revisión” y “anulación”; de “someter el acto o disposición a nuevo examen, principalmente para dejarlo sin efecto”.

II. UNA NECESARIA PUNTUALIZACIÓN TERMINOLÓGICA PREVIA.

Por lo que se refiere al reflejo de esta terminología en la LPACAP, la misma engloba dentro de la revisión de actos en vía administrativa, a la que dedica el Título V, tanto lo que denomina “revisión de oficio”, como los “recursos administrativos”. A su vez, dentro de la primera, es decir, la revisión de oficio, incluye tanto la revisión, como la revocación y la rectificación de errores.

A mi juicio, en puridad la potestad de revisión de la Administración se extiende tanto a la que ella inicia de oficio –aunque exista acción de nulidad en algún supuesto y en otros la anulación la haga un Tribunal-, como a aquella que es iniciada a instancia del interesado

²⁰ Así, por ejemplo, en el Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja, 46/2008, de 21 de abril, se define esta potestad como “aquella por la que la Administración, con arreglo al procedimiento establecido, puede dejar sin efecto sus propios actos cuando incurran en alguno de los vicios de nulidad determinados en la ley”, evidentemente en clara alusión a la revisión del art. 106 de la actual LPACAP.



a través de los recursos administrativos, ya que en ambos casos la Administración procede a examinar de nuevo el acto o disposición. De ahí, que no estime incluida la rectificación de errores, ya que entiendo que la potestad de rectificar es diferente a la de revisar, por más que en muchas ocasiones se haya utilizado ésta de forma abusiva, llegando incluso a la desviación de poder al intentar revisar de oficio actos nulos utilizando la rectificación de errores materiales²¹.

Cuestión distinta es la aplicación o no de los límites a que se refiere el art. 110 de la LPACAP, a todas esas manifestaciones de esta potestad de revisión, tema al que dedicaré una mayor reflexión más adelante.

Dentro de dichas ramificaciones de la potestad de revisión, este estudio se circunscribe preferentemente a la primera de ellas, es decir, la que la propia ley califica como revisión de oficio y que, a su vez, comprende tanto la revisión de los actos nulos de pleno derecho como los anulables, siendo necesario atender también a la revocación, una figura no exenta de polémica. Y es que esta materia se ve enturbiada por diversas dudas y por la falta de unanimidad tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y los pronunciamientos de los órganos consultivos.

A mi juicio, las mismas provienen en gran medida de la sistematización poco acertada que la norma lleva a cabo de las distintas formas de revisión, especialmente

²¹ Como bien ha destacado TOLIVAR ALAS, L., "De nuevo sobre la corrección de errores", *espublico* (<https://www.administracionpublica.com/de-nuevo-sobre-la-correccion-de-errores/>), y "Falsos errores de hecho rectificadas, que no esperan recurso", *espublico* (<https://www.administracionpublica.com/falsos-errores-de-hecho-rectificados-que-no-esperan-recurso/>).

por emplear criterios distintos que solo confluyen parcialmente. Así, utiliza la distinción del grado del vicio –ajeno a la revisión en otros ordenamientos-, al referirse en el art. 106 a los actos nulos de pleno derecho y en el art. 107 a los anulables, pero de otro lado recurre también a la diferenciación en atención a que el acto a revisar sea favorable –a lo que alude en la vía de la lesividad- o desfavorable –cuando prevé la revocación-.

Todo ello conlleva entre otras incertidumbres a dos de gran calado. En primer lugar, si la revisión de un acto nulo de pleno derecho puede realizarse únicamente por la vía del art. 106 o también por la del 109²². Y en segundo término, y conectado con lo anterior, si la revocación de actos desfavorables a que se refiere ese art. 109, lo es por razones de legalidad, de oportunidad o de ambos tipos.

A la primera cuestión, entiendo que cabe responder o, al menos, plantearse con la regulación existente, que la revisión de un acto nulo de pleno derecho de carácter desfavorable pueda ser susceptible de ser revisado por la vía del art. 106 o revocado por aplicación del art. 109. Y ello en atención a la postura que al respecto tenga la propia Administración. Me explico, considero que la revisión de oficio prevista en el art. 106, engloba tanto la de actos favorables como desfavorables, no solo porque no haga ninguna precisión al respecto, al haber prescindido del empleo de este segundo criterio, sino porque entiendo que de otro modo carecería de sentido que recoja la acción de nulidad.

²² Así, se comparte con IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *La revocación de los actos administrativos favorables*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, que el concepto de revocación es uno de los más equívocos del Derecho Administrativo.



No obstante, ello no implica necesariamente que todo acto desfavorable que adolezca de un vicio de nulidad de pleno derecho deba ser revisado por esta vía, ya que si el afectado por el mismo ejercita la acción de nulidad y la Administración no está de acuerdo con la anulación del acto, deberá poner en marcha el procedimiento del citado art. 106, más garantista; pero, si por el contrario, está de acuerdo con la misma, al menos, cabe plantearse la posibilidad de que acuda al procedimiento mucho más sencillo del art. 109, por dos razones fundamentalmente.

En primer lugar, porque el citado precepto habla de la revocación de actos desfavorables, sin distinguir en atención al grado del vicio. De otro lado, considero que en el panorama jurídico actual, optar por una u otra vía es una cuestión principalmente de garantías del interesado, mayores en la del art. 106, con la preceptiva y vinculante participación del órgano consultivo correspondiente, por más que la emisión de este dictamen pudiera resultar también adecuada en otros supuestos en aras de velar por el interés público y como control preventivo del ejercicio de ciertas potestades.

No obstante, el hecho de que dicha garantía no se produzca en la revocación tiene su lógica, tal y como ésta ha sido configurada, puesto que hablamos -en todo caso- de actos desfavorables, siendo, por ello, el resultado de su anulación beneficiosa para el destinatario. De ahí, que, cuando la Administración no esté de acuerdo con la anulación sea necesario que acuda al procedimiento más complejo y de mayores garantías para el afectado, es decir, a que ofrezca su parecer el órgano consultivo, pero no necesariamente en caso contrario, salvo que, la

propia Administración desee contar con el aval del dictamen de dicho órgano²³.

Debe recordarse además, que el art. 125.3 de la LPACAP a la hora de regular el recurso extraordinario de revisión, precisa que el mismo no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los arts. 106 y 109.2²⁴, ni a su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan²⁵.

Lo que enlaza, además, con otra de las cuestiones respecto de la cual no existe unanimidad, me refiero a qué implica el carácter obligatorio de la revisión, al que sin duda alude el art. 106 de la Ley, es decir, si es suficiente con que la Administración inicie el procedimiento o conlleva también que si el dictamen preceptivo y vinculante es favorable a anulación la Administración deba declararla.

Siguiendo al Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, quien afirmara ya en un trabajo de los años cincuenta del pasado siglo, que la fundamental diferencia entre la revisión del art. 106 y la lesividad del art. 107, es

²³ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 14^a ed., Tecnos, Madrid, 2018, pág. 579.

²⁴ Referente a la rectificación de errores.

²⁵ En relación con la posible elección entre el recurso extraordinario de revisión y la acción de nulidad, ya se manifestara el Prof. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "Notas sobre el recurso administrativo de revisión", *Documentación Administrativa*, núm. 221, 1990, en particular, págs. 103 a 107, quien se muestra muy crítico con el sistema entonces vigente de recursos y, en especial, de revisión de actos firmes, como ya hiciera en su trabajo de los años setenta del pasado siglo.



precisamente la obligatoriedad de la primera²⁶; debe concluirse que la Administración no cumple únicamente con iniciar el procedimiento, sino que deberá anular el acto, de concurrir –a juicio del órgano consultivo- una de las causas de nulidad de pleno derecho, y no siendo aplicables al caso los límites del art. 110. Y es que no debe olvidarse que el art. 106 dice que las Administraciones “declararán” la nulidad de los actos, lo que además se ve reforzado con el derecho a solicitar y a que se resuelva la cuestión, al que hace mención el art. 125.3, ya citado.

De otro lado, por lo que se refiere a la segunda duda planteada, es decir, ¿si la revocación del art. 109 ampara causas de legalidad²⁷ y de oportunidad o solo atiende a uno de esos tipos? Se trata de una cuestión no absolutamente resuelta, dado que la disparidad de criterios al respecto se encuentra no solo en la doctrina, donde hay defensores de cada una de estas opciones²⁸,

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”, *RAP*, núm. 20, mayo-agosto 1956.

²⁷ De esta idea es, por ejemplo, SANTAMARÍA ARINAS, R. J., “La reforma del artículo 105.1 LPC y la revocación de los actos administrativos”, *RAP*, núm. 151, enero-abril 2000, págs. 455 y ss.

²⁸ Así, entre los partidarios de que dentro del art. 109 de la LPACAP (anterior 105) solo se encuentra la revocación por motivos de oportunidad, se encuentran, MONTORO CHINER, M. J., “La revocación de los actos administrativos en la Ley 30/1992”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 17, enero-febrero-marzo 1994, pág.20, BOCANEGRA SIERRA, R., *La anulación de oficio de los actos administrativos*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1998, pág. 77 y ss., quien, no obstante, matiza, que en caso de un acto ilegal e inoportuno, si la ilegalidad es irrelevante, podría la

sino que tampoco existe unanimidad entre los órganos consultivos ni la jurisprudencia. De lo dicho con anterioridad, ya se deduce fácilmente mi postura o, al menos, puede intuirse, que a mi juicio el art. 109 comprende también causas de legalidad.

Y es que de lo contrario, es decir, si entendemos que la revocación del citado precepto se circunscribe únicamente a criterios de oportunidad, una de las consecuencias sería que los actos desfavorables que adolezcan de un vicio de anulabilidad quedarían fuera de la potestad de revisión, ya que no se incluyen ni el art. 106 –por cuanto éste se ciñe a los actos nulos de pleno derecho- ni el art. 107 –que se refiere únicamente a los actos que adolecen de un vicio de anulabilidad que sean favorables.

No obstante, no es un tema pacífico en absoluto, y aunque parece haber una mayoría que sostiene que las causas de revocación del 109 son siempre de legalidad -aunque haya supuestos concretos de revocación por razones de oportunidad en otros textos normativos especiales-, lo cierto es que no existe unanimidad al respecto, así se puede encontrar quienes sostienen justamente lo contrario.

Mientras que es el propio Consejo de Estado el que defiende que dentro de dicho precepto se engloba la revocación por ambos tipos de criterios: de legalidad y de oportunidad²⁹, como lo ha ratificado en su dictamen 275/2015, al Anteproyecto de LPACAP. Postura ésta que, cuanto menos, a mi juicio, es la que más se aproxima a

Administración revocarlo por la vía del actual art. 109, o más recientemente ALENZA GARCÍA, J. F., *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, op. cit., pág. 188.

²⁹ Así, lo sostuvo ya en el dictamen 67/97, de 25 de septiembre, y lo ha ratificado en el más reciente 275/2015.



la realidad misma, por cuanto pueden encontrarse supuestos de revocación por la vía del art. 109, atendiendo a ambos tipos de criterios.

Y es que, se lamenta que se haya dejado pasar una oportunidad, como ha sido la aprobación de la Ley 39/2015, para clarificar todas estas dudas que se han venido sucintando desde antiguo respecto las diversas modalidades de la revisión, tal y como hacen otros ordenamientos. Así, por ejemplo, la Ley alemana y la francesa regulan con precisión y con carácter general la revocación de actos en la propia Ley de Procedimiento.

Mientras que en nuestro sistema es dudoso que lo haga respecto a los actos desfavorables en el art. 109 y, desde luego, en cuanto a los favorables, es preciso acudir a la normativa sectorial –en principio con rango de ley, aunque el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales sea una excepción, por evidentes razones, que el propio Tribunal Supremo ha avalado-, donde con mayor o menor acierto se prevén diversos supuestos. Algunos de los cuales se aproximan a la expropiación forzosa, como sostiene algún autor³⁰, a mi juicio acertadamente, es el caso del rescate de las concesiones. Otros se deben a una invalidez o ineficacia sobrevinida, lo que lleva a que haya quien entienda que por ello se trata de una cuestión de legalidad y no de oportunidad, o, incluso, que surja la duda de que sea el propio acto el que lo prevea, como las llamadas reservas de la concesión. Y sin olvidar el tema de la indemnización que, en su caso, pueda generarse.

³⁰ Véase, por ejemplo, SÁNCHEZ MORÓN M., *Derecho Administrativo. Parte General, op. cit.*, págs. 583-584.

III. EL SIEMPRE CONTROVERTIDO DEBATE EN TORNO A LOS EFECTOS DE LA REVISIÓN.

Una vez encuadrada de este modo la potestad de revisión, es ineludible atender a otra cuestión de máxima relevancia, como es el eterno debate en torno a los efectos de la misma, a la que nuestro ordenamiento -nuevamente- y a diferencia de otros, no ha prestado atención y que tampoco está exento de polémica. Con ello me refiero a que la LPACAP nada dice respecto a las consecuencias de la revisión o revocación, si conlleva necesariamente efectos *ex tunc* o *ex nunc*, según el caso. A diferencia de otros sistemas en que sí se le presta la atención debida, es el caso del modelo francés, en el que es un elemento de diferenciación relevante a la hora de “revisar” o “derogar” un acto, o en el ordenamiento alemán, donde también se precisa cuándo un acto puede ser revisado o revocado con efectos *pro futuro* o retroactivos³¹.

Esta cuestión, que sin duda es de gran trascendencia práctica, deriva a mi juicio de la propia teoría que se siga respecto a la validez y eficacia de los actos, es decir, para quienes defienden –aunque se trata de una postura minoritaria-, que la nulidad de pleno derecho conlleva la ineficacia *ab initio* e *ipso iure*, en buena lógica, la revisión del acto implicará efectos *ex tunc*. Mientras que cuando se trata de vicios de anulabilidad, los efectos de la revisión serían *ex nunc*, por contraposición con la nulidad

³¹ A este respecto, véase STAHL, J-H. (Dir.), *Code des relations entre le public et l'Administration*, Dalloz, Paris, 2017.



y erigiéndose en la principal diferencia entre ambas³². Por el contrario, la mayor parte de la doctrina, considera que tal diferenciación viene a ser artificiosa y que realmente estamos ante un problema de eficacia y no tanto de validez. Aunque nuevamente es importante el propio concepto de eficacia que se maneje, si el de lo fáctico³³ o el de la obligatoriedad jurídica³⁴.

No obstante, a pesar de lo que pudiera parecer, adoptar una u otra postura al respecto tiene importantísimas consecuencias para la figura aquí analizada, como pondré de manifiesto más detenidamente al hablar de su propia naturaleza, baste

³² En esta línea, entre otros, véase ALEGRE ÁVILA, J. M., "Acerca de la invalidez y la ineficacia de los actos jurídicos", notas referentes al debate suscitado en el *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, INAP, Madrid, 2017, aunque el propio autor viene a reconocer que la jurisprudencia y el propio legislador han venido a mitigar esta diferencia.

³³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*, 2ª ed., IEA, Madrid, 1975, págs. 172 y ss.

³⁴ A este respecto véase la postura mantenida por GARCÍA LUENGO, J., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 247-259, que, a su vez, es criticada por otro sector de la doctrina, es el caso claro de CANO CAMPOS, T., "El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse", en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (Coords.), *El alcance de la invalidez e la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, INAP, Madrid, 2017, pág. 18, nota 39.

ahora indicar, que la opción de que la nulidad de pleno derecho implica la ineficacia *ab initio* parece cuanto menos casar mal con la posibilidad que ofrece el art. 110 de la LPACAP respecto a no revisar un acto que adolece de uno de estos vicios, si concurren los presupuestos y principios que dan lugar a la aplicación de los límites de la potestad de revisión. Pues implica que a pesar de que el acto sea nulo de pleno derecho siga teniendo efectos.

Sin obviar que en la práctica es fácil encontrar supuestos en que a la anulación de un acto revisado por la vía del art. 106 se le da únicamente efectos *pro futuro* –tal y como puede comprobarse en diversos dictámenes del Consejo de Estado³⁵ y órganos consultivos equivalentes³⁶-. Así como revisiones de actos que adolecen de un vicio de anulabilidad a las que se le da efectos retroactivos, por ejemplo, la devolución de una subvención.

Y es que, como ha señalado un importante sector de la doctrina civilista, el legislador y los juristas españoles nunca han utilizado “validez” en el sentido de la *Geltung kelseniana*, es decir, como existencia misma de la norma o acto y su fuerza vinculante, sino como ausencia de vicios³⁷. Sin olvidar, que la declaración de nulidad de un reglamento, según la propia norma, no impide que subsistan los actos firmes dictados en su aplicación; o

³⁵ Es el caso de su Dictamen 3753/1998, de 10 de diciembre.

³⁶ Como el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña 11/2009.

³⁷ Así lo explica DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003, págs. 234 y ss.



los efectos prospectivos que ha admitido el TC al declarar inconstitucional una ley.

En consecuencia, los efectos de la revisión de un acto, sea nulo o anulable, podrá fijarlos, en primer término, el legislador, como hace en algunas normas sectoriales, es el caso del art. 37.4 de la Ley General de Subvenciones (en adelante LGS), que establece que “la declaración judicial o administrativa de nulidad o anulación llevará consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas”; o el art. 42 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que prevé como efectos de la anulación de los actos preparatorios o de la adjudicación en ambos tipos de vicios, la del contrato mismo que entrará en fase de liquidación, debiendo proceder a la restitución *in natura* y de no ser posible ésta a su valor (e incluso indemnización por la parte culpable), lo que viene derivando finalmente en el pago de la prestación realizada bajo un contrato verbal nulo³⁸. Y en ausencia de mención alguna en la norma, será determinante la labor de quien anula el acto, que deberá sopesar al fijar las consecuencias de esa revisión, principios como el de proporcionalidad, buena fe y equidad, entre otros, y todo ello sin desdeñar la labor del propio juez, imprescindible al respecto, por ejemplo, en el ordenamiento italiano.

En fin, sea porque se trata de una cuestión de validez/invalidéz, de nulidad/anulabilidad o de eficacia/ineficacia, está claro que no existe, desde el punto de vista de los efectos de la revisión, una tajante diferenciación en función del vicio concurrente. Y es aquí

³⁸ A este respecto véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M^a., “La contratación vernal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones?”, *CEF-Legal*, 2020.

donde a mi juicio, es preciso tomar en consideración -a la hora de precisar los efectos-, los límites del art. 110, por ejemplo, la buena fe, la equidad, el transcurso del tiempo, etc., ya que entiendo, como expondré más detenidamente, que los mismos no solo sirven para frenar la revisión, sino también para modular sus consecuencias³⁹. Pues parece evidente que no será lo mismo reclamar la devolución de lo indebidamente percibido transcurridos diez años y habiendo actuado de buena fe, que si el lapso de tiempo es menor o se trata de un acto favorable obtenido fraudulentamente.

Nuevamente, por tanto, se echa en falta que la nueva LPACAP no haya clarificado todas estas dudas en torno a las cuales no existe unanimidad, a diferencia de otros ordenamientos donde la normativa es mucho más clara, como el francés y el alemán. Ambos sistemas prevén expresamente la revisión por motivos de legalidad y la revocación por razones de oportunidad, ambos distinguen entre actos favorables y no favorables y ambos dan una importancia crucial al comportamiento del interesado, algo que en nuestro sistema puede venir dado de la aplicación de la buena fe a la que se refiere el art. 110 de la LPACAP.

IV. LA ESENCIA DE LOS LÍMITES A LA POTESTAD DE REVISIÓN.

Expuesta así la potestad de revisión y algunas de las incertidumbres que se ciernen sobre la misma, es preciso pasar ya a la exposición de los límites de ésta, en lo que

³⁹ Como bien vienen sosteniendo, entre otros autores, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, *op. cit.*, pág. 585.



será determinante, como se verá, la postura adoptada respecto a algunas de esas cuestiones dudosas a que me he referido con anterioridad.

Y es que, en primer lugar, en cuanto a la naturaleza de esta figura, es preciso comenzar por reconocer que, dependiendo de la teoría mantenida en cuanto a la validez, invalidez y eficacia e ineficacia de los actos administrativos, se desprende una conclusión u otra en relación a los límites de la potestad de revisión. De este modo, para quienes sostienen que “la invalidez es la calificación que debe otorgarse -no ya cuando exista un desajuste estructural entre el acto y la norma-, sino cuando el Derecho considera que ese desajuste estructural no debe ser protegido”, sería válido un acto que aun adoleciendo de un vicio de nulidad o anulabilidad no procede revisar, por ejemplo, porque tratándose de una anulabilidad ha pasado el plazo de 4 años, o porque siendo incluso nulo de pleno derecho, concurre alguno de los límites a que se refiere el art. 110 de la LPACAP; y, por tanto, la consecuencia lógica sería integrar esos límites dentro de los propios requisitos de validez del acto.

Por el contrario, si se parte de la teoría expuesta por quienes estiman que nuestro sistema es ajeno a un concepto de validez similar a la *Geltung* kelseniana, inclinándose por el concepto de validez como ausencia de vicios, y asumiendo que “validez” y “aplicabilidad” no son siempre coincidentes, los límites del art. 110 no son -ni pueden ser- requisitos de validez del acto, sino, en su caso, de eficacia o de aplicabilidad. Es decir, sería el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico de que en ciertas circunstancias los actos nulos y anulables pueden producir efectos, (valga de ejemplo el art. 42.3 de la LCSP).

En conclusión, en cuanto a la naturaleza de esta figura, aquí se sostiene que los límites de la potestad de revisión no son un requisito de validez del acto, sino un freno a la misma, en fin, una excepción que permite en determinados supuestos fácticos frenar u oponerse a la anulación de un acto o disposición general, a consecuencia de ciertos principios que entran en colisión con el de legalidad y que -en atención a las circunstancias concretas del caso- se consideran prioritarios o merecedores de protección, es decir, que en la valoración de los intereses en juego, éstos salen ganando.

Así, no debe olvidarse que, como comencé este trabajo, se trata del equilibrio que caracteriza a esta disciplina, entre la prerrogativa de la Administración de revisar sus actos y la garantía –material en este caso- del administrado. Si bien, cabe ya advertir que los límites que pueden impedir el ejercicio de la potestad de revisión no se circunscriben únicamente a una situación jurídica protegible de un particular frente a la Administración, sino también, al contrario, al propio interés general o de la colectividad frente al ejercicio de la acción de nulidad. Dado que, en la contraposición entre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, como bien ha dicho el Tribunal Supremo (TS), esta segunda cuenta también con proyección colectiva⁴⁰.

Y es que, a mi juicio, como advertí también al principio, en esta figura encuentran plasmación las

⁴⁰ Así, lo ha entendido el TS en reiterada jurisprudencia, véase, entre otras, la sentencia de 17 de noviembre de 2008 (Ar. 5965), recurso de Casación 1200/2006, en cuyo F. J. Tercero. En la misma línea, la sentencia de 30 de septiembre de 2009 (Ar. 937), recurso de Casación núm. 2953/2006.



reglas de aplicación y eficacia de las propias normas jurídicas -contenidas en el Código Civil-, y, muy particularmente, aquella que se refiere a que la equidad deberá ser ponderada en la aplicación de las mismas.

Y ello porque con los límites del art. 110 se busca, a través de esa ponderación de intereses en juego -pero también de las consecuencias de una opción u otra-, evitar un ejercicio desproporcionado de la potestad de revisión⁴¹. O, desde otra perspectiva, evitar el abuso en el ejercicio de la misma, lo que recuerda, como muchas cuestiones de este tema, a otra previsión contenida en el Código Civil, en este caso respecto a la prohibición del abuso del derecho. De este modo, la finalidad de esta figura no es otra que una aplicación adecuada, proporcionada y equitativa del Derecho, por lo que a la potestad de revisión que el mismo reconoce, se refiere.

Y es que, entiendo que con los límites de esta potestad no se persigue siempre y solo la protección de una situación jurídica –especialmente individual-, sino el ejercicio proporcional y equitativo de la misma, que comprende supuestos muy diversos. Por ello, aunque juega un papel importante el principio de confianza legítima en la aplicación de estos límites, no es el único que se opone a la potestad de revisión.

La equidad es a mi juicio el fundamento último y la justificación de la excepción que el art. 110 prevé, en fin, la justicia en el caso concreto en su concepción aristotélica, es decir, en el sentido de criterio de aplicación de las leyes que permite adaptarlas al caso singular, templando su rigor. Se trata, al fin y al

⁴¹ A este respecto resulta reveladora la sentencia del TS núm. 19/2017, de 11 de enero de 2017 (Ar. 1900), recurso de Casación núm. 1934/2014, en su F. J. Tercero.

cabo, de atemperar las consecuencias contrarias a diversos principios que podría tener una aplicación estricta y sin matizaciones de la potestad de revisión. Lo que se debe, precisamente, a su carácter a la vez excepcional, pues no olvidemos que en la mayor parte de casos hablamos de actos firmes. No es otra cosa, por tanto, que el cumplimiento del mandato establecido en el art. 3.2 del Código Civil.

Precisamente, la naturaleza, el fundamento y la finalidad de los límites de la potestad de revisión, en los términos expuestos, condicionan también su propia funcionalidad. Con ello me refiero a si ha de entenderse que sirven únicamente para evitar la anulación o, por el contrario, pueden o, incluso, deben, modularla.

Pues bien, a mi juicio, a pesar de lo que pudiera derivarse de una interpretación estrictamente literal de la norma, partiendo de la propia naturaleza y finalidad de esta figura, tal y como ha sido expuesta, es decir, que persigue una aplicación equitativa del Derecho, haciendo un uso proporcional y adecuado de la potestad de revisión, nada impide, sino al contrario, que los límites de la misma no solo la eliminen, sino también sirvan en ciertos casos para atemperarla, por ejemplo, graduando sus efectos.

Lo que, por un lado, además, se produce en la práctica, tal y como ya se ha visto al analizar los posibles efectos *ex tunc* o *ex nunc* de la anulación, –a pesar de que en algún caso puntual que debe ser explicado en el contexto concreto en que se ha producido, tal y como hago en el texto escrito, el propio TS lo haya negado, por



ejemplo, en la sentencia de 26 de junio de 2018⁴² o más recientemente la de 22 de mayo de 2019⁴³-. Pues no debe perderse de vista que esos supuestos se refieren al ámbito de las subvenciones, donde, como ya se ha explicado, el legislador sí deja claro los efectos de la anulación.

Y, de otra parte, esta interpretación parece más coherente con lo que es una visión integral de la potestad de revisión, pues no debe olvidarse que la propia norma reconoce expresamente incluso la posibilidad de que la anulación dé lugar a indemnización, lo que puede ser un ejemplo de lo dicho. Es decir, atendiendo a todos los aspectos y principios a tener en cuenta en el caso concreto, puede suceder que, sin llegar a excluir el ejercicio de la potestad de revisión, se estime oportuno conceder a los afectados por la misma algún tipo de indemnización, de tal modo que la aplicación de dicha potestad no sea desproporcionada.

V. LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y LOS PRINCIPIOS A CONSIDERAR EN LA APLICACIÓN DE LOS LÍMITES A LA POTESTAD DE REVISIÓN.

Expuestos de este modo aquellos aspectos más relevantes de esta figura, como son su naturaleza, fundamento, finalidad y funcionalidad, cabe analizar su aplicación, es decir, los presupuestos fácticos y los

⁴² Sentencia núm. 1096/2018 de 26 de junio de 2018 (JUR\2018\185036), recurso de Casación 2011/2016, Sala de lo Contencioso-administrativo.

⁴³ Sentencia núm. 1683/2019 de 22 de mayo de 2019, recurso de Casación núm. 1137/2017 (ECLI:ES:TS:2019:1683).

principios que hacen que se desplieguen los límites de la potestad de revisión, -el camino para alcanzar el fin del que hablaba IHERING-, para lo cual será determinante acudir a la jurisprudencia y a la doctrina administrativa emitida por el Consejo de Estado y resto de órganos consultivos.

En primer lugar, debe recordarse que el art. 110 de la LPACAP establece que “las facultades de revisión (...) no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

De ello derivan tres consecuencias fundamentales, la primera, que realmente la ratio o fundamento se encuentra en la segunda parte del precepto, en cuanto no es suficiente con la concurrencia de los presupuestos fácticos a que se alude en la primera parte, sino que los límites de la potestad serán de aplicación cuando esas circunstancias vulneren los principios en él mencionados⁴⁴.

De otra parte, el precepto no recoge un *numerus clausus* de supuestos, sino que deja la puerta abierta a otros elementos.

Y, en tercer lugar, que la necesaria valoración o ponderación de los intereses en juego ha de realizarse a

⁴⁴ GRANADO HIJELMO, I., “Sobre los límites de la revisión de oficio conforme al artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y sobre la interpretación de la causa de nulidad del artículo 62.1, f) de la citada Ley. Consejo Consultivo de La Rioja”, *op. cit.*, pág. 324.



la luz de cada caso concreto⁴⁵ y de las circunstancias concurrentes en el mismo⁴⁶, tal y como lo ha venido diciendo el TS y tal y como se desprende no solo de la mención a los presupuestos fácticos, sino también de la equidad misma, dado que ésta, como ya se ha dicho, es la justicia del caso.

Dentro del primer aspecto, es decir, los presupuestos fácticos, y sin ánimo exhaustivo, dado que, como ya he dicho, no se trata de una lista cerrada, sí resulta adecuado hacer referencia a un elemento al que la propia norma da gran importancia, como es el aspecto temporal. A él alude cuando se refiere a los dos supuestos que menciona expresamente, el tiempo transcurrido y la prescripción de acciones.

⁴⁵ Como bien ha puesto de manifiesto la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi en su dictamen 150/2009, de 15 de julio, que afirma en su consideración jurídica I. 70, que: "No es fácil llegar a determinar cuándo debe prevalecer el principio de legalidad (existiendo infracciones groseras) y cuándo el principio de seguridad jurídica (corrigiendo los excesos a los que conduciría una interpretación dogmática de la teoría de las nulidades), pero es evidente que deben ponerse en la balanza ambos principios y llegarse al justo equilibrio".

⁴⁶ Así, por ejemplo, en la sentencia de 21 de julio de 2011 (Ar. 6781), recurso de Casación núm. 5094/2010, en su F. J. Sexto se hace eco de la jurisprudencia al respecto, indicando que "la existencia o no de estas circunstancias que prevé el artículo 106 de la ley 30/1992, y que suponen una excepción del principio general de inexistencia de plazo para solicitar la revisión de los actos nulos de pleno derecho, ha de ser examinada caso por caso". En la misma línea la doctrina administrativa de los órganos consultivos, por ejemplo, el dictamen 464/2013, de 26 de diciembre, del Consejo Consultivo de Canarias.

El papel destacado que la norma otorga a este aspecto se debe, a mi juicio, en gran medida –aunque no solo–, a que no debemos olvidar que lo que se opone al principio de legalidad –que avalaría la revisión–, es el de seguridad jurídica⁴⁷ –que en un amplio número de casos (–aunque no en todos, insisto–), defiende una situación jurídica consolidada, digna de protección. Y sin duda, en esa consolidación el tiempo transcurrido será determinante.

No obstante, no será suficiente, no solo porque queda claro que lo principal es que en atención a las circunstancias del caso se vulnere alguno de los principios a que alude el precepto, sino porque además para poder hablar de una situación jurídica protegible, se requiere, también desde lo fáctico, algo más.

En este sentido el TS viene exigiendo un determinado comportamiento por ambas partes, de un lado, será imprescindible la buena fe e, incluso, una diligencia media por parte del afectado, pero también cierta actuación o actitud de la Administración que haya generado la apariencia de que esa era ya una cuestión previamente analizada y valorada por ella. En fin, ha de atenderse al comportamiento de las partes⁴⁸.

⁴⁷ Como bien viene sosteniendo el TS, en sentencias como la de 7 de junio de 1982 (Ar. 3616) y sucesivas.

⁴⁸ Así lo dice expresamente el TS en sentencias como la de 27 de marzo de 2012 (Ar. 4572), recurso de Casación núm. 524/2011, cuando habla en su F. J. Quinto, de la valoración de la conducta de los recurrentes y de la Administración para la aplicación de los límites del art. 106 de la Ley 30/92; o en los mismos términos la de 13 de abril de 2012 (Ar. 5197), recurso de Casación núm. 5646/2010.



Tiempo razonable y confianza legítima son también los dos componentes imprescindibles a tener en cuenta para proceder a la revisión de un acto en el ámbito de la Unión Europea, tal y como lo viene entendiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁹.

No obstante, el tiempo transcurrido puede ser tenido en cuenta a la inversa, para oponerse a la pretensión de revisión de un acto desfavorable por quien ha ejercitado la acción de nulidad, ya que a este respecto la jurisprudencia ha dejado claro que por esta vía no puede pretenderse reabrir tardíamente un asunto cuando se ha tenido sobradas oportunidades de hacerlo y se ha dejado precluir los plazos legales, pues ello sería contrario a la buena fe⁵⁰.

Lo que se aproxima también en algún caso al segundo supuesto previsto, es decir, la prescripción de acciones, si bien ésta comprende más supuestos e, incluso, a mi juicio, podría emplearse y, de hecho, se hace en ocasiones, no como límite absoluto de la potestad de revisión, sino más bien para atemperar sus consecuencias, por ejemplo, limitando los efectos retroactivos al plazo de la prescripción⁵¹.

⁴⁹ Así, por ejemplo, véase la sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais y Communauté d'agglomération du Douaisis* contra *Comisión Europea*, (asuntos acumulados T-267/08 y T-279/08).

⁵⁰ Véase, por ejemplo, su sentencia de 1 de julio de 2008 (Ar. 3335), recurso de Casación núm. 2191/2005; o la sentencia de 15 de octubre de 2012 (Ar. 10211), recurso de Casación núm. 3493/2011.

⁵¹ Es el caso de la anulación del reconocimiento de sexenios, quinquenios y trienios, de los dictámenes del Consejo

Como se ha dicho, a pesar de la importancia que adquiere el elemento temporal, no es ni mucho menos el único aspecto fáctico a tener en cuenta, así puede comprobarse cómo en la práctica se tienen en consideración otras cuestiones, por ejemplo, puede no procederse a la revisión en aquellos casos en que la misma ya no produciría efectos prácticos⁵², o teniendo

Consultivo de la Comunidad de Madrid 431/2009, de 9 de septiembre, consideración de derecho quinta; el 260/2009, de 13 de mayo, consideración de derecho quinta, y el 357/2009, de 10 de junio, consideración de derecho quinta, en los que el mismo limita temporalmente los efectos retroactivos, en cuanto a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, hasta los cuatro años de prescripción del art. 36.1, a) de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid. O en el caso del dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 76/2010, de 17 de febrero, en el cual a pesar de dictaminar favorablemente la anulación del acuerdo municipal referente a la plantilla del Cuerpo de Policía Local, y considerar que en atención a las circunstancias, dicha anulación “no lesiona la confianza legítima del interesado, matiza que ello sin perjuicio de que hayan de verse respetadas las retribuciones y percepciones que durante estos años hayan derivado del desempeño del puesto o puestos de trabajo desempeñados tras la irregular integración en el Cuerpo de Policía Local”, piénsese que ello enlaza además con la interdicción de enriquecimiento injusto, dado que lo contrario supondría que la Administración no remunerase el trabajo desempeñado.

⁵² Por ejemplo, cuando se trata de la anulación de un nombramiento cuando ya se ha producido el cese, como en el caso del dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 56/2009, de 28 de enero, salvo que se estime oportuno desde el punto de vista de que, en su caso, no pueda computársele el tiempo de ocupación del puesto a efectos de un futuro concurso. O cuando pudiera no tener virtualidad



presente el criterio de la posible legalización de la situación⁵³, o el hecho de que no se cumpliesen los requisitos en el momento de dictarse el acto pero sí en el de la revisión⁵⁴, o, en fin, que exista otro mecanismo más adecuado.

En cuanto a los principios, fundamentales, como he dicho, en la aplicación de los límites del art. 110, debe partirse en primer lugar de recordar que el conflicto, la tensión a que aludí al principio de esta exposición, y que subyace a esta figura, enfrenta a dos principios clave de nuestro ordenamiento jurídico, como son el de legalidad y el de seguridad jurídica, aunque a ellos no se refiere expresamente el precepto en cuestión.

La presencia del primero de ellos es palmaria, especialmente cuando hablamos de la revisión de actos o reglamentos en los que concurre alguna de las causas de nulidad o anulabilidad, se trata en dichos supuestos, al fin y al cabo, de restaurar la legalidad. De otro lado, cuando despliega sus efectos el art. 110 es precisamente porque se estima que con la revisión del acto –o disposición– se conculcaría la seguridad jurídica, es decir,

práctica, como indica el Consejo Consultivo de Castilla y León en su dictamen 845/2010, de 25 de agosto.

⁵³ Es el caso del dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña 257/05, de 28 de julio, en cuanto a la posible legalización respecto a las cédulas de habitabilidad.

⁵⁴ Por ejemplo, en el caso analizado por el Consejo de Estado en su dictamen 780/2009, de 18 de junio, sobre autorización de trabajo y extranjería, dado que en el mismo se plantea la anulación por la falta de 22 días para alcanzar los 300 exigidos en la norma, no obstante, los mismos ya se habían alcanzado a la hora de proceder a la revisión del acto.

en tal caso, se daría prioridad a la misma tras ponderar los intereses en juego y las circunstancias del caso. De tal modo que los principios contenidos en el citado precepto se erigen en los auténticos límites de la potestad de revisión, mientras que la seguridad jurídica es lo que propicia que los mismos, en su caso, sean aplicados.

Dentro de esos límites, es preciso comenzar por la equidad, puesto que, a mi juicio, es la piedra angular de este precepto, dado que no debe olvidarse, que con esta figura se busca una aplicación justa en cada caso concreto de la potestad de revisión.

Así, como el propio TS ha dicho, la equidad, según establece el art. 3.2 del Código Civil, “es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico”⁵⁵.

Es, por tanto, como ya he dicho al exponer la definición misma de los límites de la potestad de revisión, el fundamento y la justificación de la excepción que prevé el art. 110, en fin, la justicia en el caso concreto⁵⁶.

⁵⁵ Así puede leerse en el F. J. Quinto de la citada sentencia del TS de 19 de diciembre de 2013 (Ar. 8220), recurso de Casación núm. 1240/2002.

⁵⁶ Pues no debe olvidarse que la equidad se define por el propio Diccionario de la Lengua Española, en su acepción tercera,



Fuertemente vinculado con ello se encuentra la buena fe, la cual, como ya he avanzado en otro momento, actúa en un doble sentido, tanto respecto al interesado o destinatario del acto, como a la Administración –e incluso de terceros afectados-, y tanto para oponerse a la revisión como para negar el despliegue de los límites de la misma.

Y es que es evidente que no sería equitativo el empleo de la potestad de revisión actuando de mala fe, ni del mismo modo, impedir la misma por el particular cuando éste no ha obrado con rectitud. De ahí, la evidente conexión entre ambos principios, difíciles de deslindar en el caso concreto. Si bien, se tiende a identificar la equidad con las circunstancias objetivas y la buena fe con la actuación del sujeto. De este modo, la jurisprudencia considera que la buena fe es un concepto jurídico que se apoya y resulta de la valoración de conductas y comportamientos deducidos de los hechos, es decir, en sentido objetivo⁵⁷.

como "Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva". O en la Enciclopedia Jurídica, como "el medio o parámetro que puede ser empleado para la resolución de casos concretos en la aplicación e interpretación de las normas y se refiere a la justicia en cada caso concreto, en la concepción aristotélica".

⁵⁷ Entre otras, véanse las sentencias del TS, Sala de lo Civil, núm. 752/1996 de 27 septiembre de 1996 (Ar. 6645), recurso de Casación núm. 2971/1992, principalmente en su F. J. Segundo; o la sentencia núm. 648/1999 de 17 julio de 1999 (Ar.6771), recurso de Casación núm. 2697/1994, en particular su F. J. Sexto; así como la de 14 de septiembre de 2007 (Ar.5443), F. J. Tercero y Cuarto y las que en los mismos se citan. Y más recientemente la STS núm. 1769/2018, de 13 de

Se trata, por tanto, de una conducta recta, honesta, leal y coherente⁵⁸. Y debe tenerse en cuenta también que para el TS dicha buena fe se presume, teniendo que ser probado lo contrario por quien pretende refutarla⁵⁹.

diciembre, recurso de Casación núm. 568/2017 (RJ\2018\5864), Sala de lo Contencioso-administrativo.

⁵⁸ Así, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en la resolución de 4 de julio de 2003 (Ar. 1108), Caso Eurohogar Sarmiento, afirma que: “se reputa desleal todo comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Buena fe que, como señala reiterada jurisprudencia (entre otras, SS del TS, Sala 1ª, de 11 de noviembre de 1999 y de 17-7 de 1999 [RJ 1999, 6771]), ha de entenderse en sentido objetivo”.

⁵⁹ Así, en la citada STS de 14 de septiembre de 2007 (Ar. 5443), en su F. J. Cuarto, afirma que: “La más reciente jurisprudencia de esta Sala acerca de la cuestión de la buena fe y la impugnación en casación de lo resuelto al respecto en la instancia viene sintetizada en la sentencia de 27 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 272) , según la cual «la buena fe, como ha señalado esta Sala, forma parte de la normalidad de las cosas, no ha de ser probada, sino que ha de presumirse (Sentencias de 29 de noviembre de 1985 [RJ 1985, 5915] , 8 de junio de 1994 [RJ 1994, 4905] , 6 de junio de 2002 [RJ 2002, 5892] , 29 de enero de 2004 [RJ 2004, 154] , etc.) en tanto no sea declarada judicialmente su inexistencia, que se ha de probar, lo que envuelve una cuestión de hecho, pero es también un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos (Sentencias de 5 de junio de 1999 [RJ 1999, 4727] , 17 de enero [RJ 2001, 4] , 10 de julio [RJ 2001, 5150] y 18 de diciembre de 2001 [RJ 2001, 9365] , 28 de junio de 2002 [RJ 2002, 5509] , 6 de febrero de 2003 [RJ 2003, 1115] , etc.). No basta, pues, que el recurrente se limite a invocar la inexistencia de buena fe en un determinado comportamiento, sin ulterior precisión, que ha de realizarse,



Además, la misma conecta con otros principios –a los que dedico alguna reflexión en el texto escrito-, por ejemplo, el de los actos propios, la *Verwirkung* o retraso desleal⁶⁰ o la protección de la confianza legítima⁶¹. Principio éste último que a pesar de la incomprensible ausencia de mención al mismo en el art. 110, se viene aplicando por la jurisprudencia y los órganos consultivos como límite a la potestad de revisión⁶².

Especialmente cuando se trata de anular actos favorables, en que puede verse afectada una situación

por una parte, señalando el error en la valoración de la prueba que haya podido sufrir la Sala de instancia, o el supuesto de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente en que se haya podido encontrar”.

⁶⁰ Es el caso, por ejemplo, de VIVAS PUIG, F. y CAMPOS DAROCA, J. M^a., *Revisión de actos y recursos administrativos*, Bosch, Madrid, 2016, pág. 603.

⁶¹ Respecto a este principio, véanse, entre muchas otras, las SSTs de 22 de enero de 2013 (Ar. 2367), recurso de Casación núm. 470/2011; la sentencia núm. 2531/2016, de 30 de noviembre (Ar. 6611), recurso de Casación núm. 542/2014; la sentencia núm. 2672/2016, de 19 de diciembre (Ar. 6617), recurso de Casación núm. 598/2014; la sentencia núm. 2710/2016, de 21 de diciembre (Ar. 68), recurso de Casación núm. 550/2014; la sentencia núm. 27/2017, de 16 de enero (Ar. 747), recurso de Casación núm. 609/2014; o la sentencia núm. 231/2017, de 13 de febrero (Ar. 2534), recurso de Casación núm. 680/2014

⁶² A este respecto, algún autor sostiene que este principio surge precisamente como límite a la potestad de revisión en un Estado de Derecho, es el caso de GARCÍA LUENGO, J., *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 246-247.

jurídica consolidada y digna, en su caso, de protección. Si bien ya he explicado que no es el único supuesto que encaja en la Ley y, por ende, la buena fe implica un espectro más amplio que el citado principio de la protección de la confianza legítima –que en cierto modo viene a ser una manifestación del mismo ligado también a la seguridad jurídica-.

Es más, a mi juicio, este principio está llamado a desempeñar también un importante papel para modular la potestad de revisión y no sólo para excluirla⁶³. Así, podría ser tenido en cuenta a la hora de sopesar que se anule un acto -pero se indemnice por los daños que no exista el deber jurídico de soportar-, por ejemplo, cuando de no hacerlo el ejercicio de la potestad revisora pudiera resultar desproporcionado⁶⁴.

Finalmente, por lo que al comportamiento de los sujetos intervinientes se refiere, es preciso recordar simplemente ahora un tema ya apuntado, como es el de

⁶³ Así, lo entiende también el Consejo de Estado, tal y como ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ VILLAR, B., “Sobre los límites de la revisión de oficio conforme al artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y sobre la interpretación de la causa de nulidad del artículo 62.1, f) de la citada Ley. Consejo de Estado”, *Revista Española de la Función Consultiva*, julio-diciembre 2010, núm. 14, pág. 205.

⁶⁴ Así, por ejemplo, en el dictamen 541/2008, de 31 de julio, del Consejo Consultivo de Castilla y León, en el que se muestra reticente a que los límites del art. 106 de la Ley 30/92 desplieguen sus efectos, remite en cuanto a las circunstancias del caso y, en particular, el largo periodo de tiempo transcurrido, a la posible fijación de indemnización si cumple los requisitos de la responsabilidad patrimonial.



los actos favorables obtenidos mediante fraude, al que otros ordenamientos -como el francés o el alemán- prestan una especial atención y unas reglas particulares; a diferencia de nuestra norma, en aplicación de la cual, habrá que acudir a la buena fe para oponerse al despliegue de los límites de la revisión del citado acto, por mucho tiempo que haya transcurrido, puesto que no puede entenderse que se trate de una situación digna de protección si el interesado ha actuado fraudulentamente.

No obstante, en ciertos ámbitos sectoriales la normativa sí se hace eco de estos supuestos, es el caso de la LGS, por ejemplo, cuando prevé como primera causa del reintegro –que en algún supuesto como éste no deja de ser una modalidad específica de la revisión de oficio-, la obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido⁶⁵.

Otro ejemplo se encuentra en el art. 146 de la Ley de la Jurisdicción Social, cuando habla de las modificaciones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, o de la revisión del reconocimiento a una prestación de muerte y supervivencia, motivada por la condena al beneficiario por la comisión de un delito doloso de homicidio, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación; que son precisamente dos de las excepciones en que la norma permite la revisión de oficio sin necesidad, por tanto, de acudir a los Tribunales.

Finalmente, cabe hacer una breve mención a qué tipo de supuestos da cobertura la referencia a que el

⁶⁵ Así, por ejemplo, véase el dictamen 167/2014, de 12 de marzo, del Consejo Consultivo de Andalucía.

ejercicio de la potestad de revisión no sea contrario a derechos de los particulares o a las leyes. Así, y a pesar de las dudas que pueda suscitar, a mi juicio, es claro que con la primera expresión no se refiere -o cuanto menos no sólo lo hace-, a los derechos del destinatario de un acto que pueda verse perjudicado con su revisión, sino también a un tercero o, incluso, con carácter general, por ejemplo, cuando a través de la misma pueda verse conculcado el derecho de participación de todo ciudadano⁶⁶.

Un ejemplo del primer tipo lo encontramos en la anulación de una oposición, que evidentemente puede afectar a terceros, en concreto a quienes hayan participado en la misma⁶⁷, es el caso de las sentencias

⁶⁶ Por ejemplo en el ámbito urbanístico, véanse, entre otros, el dictamen 138/2003, de 8 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, en el que la Comisión entendió que mediante la revisión de oficio se efectuaría una alteración de la finalidad y alcance de una determinada previsión del plan general de ordenación del municipio por una vía que no era el procedimiento establecido para la modificación del planeamiento y sin contar con la preceptiva participación ciudadana, con lo cual se vulneraría también el derecho de los ciudadanos a participar en la elaboración de planes de ordenación urbanística; y de otro lado, que podría vulnerar la autonomía local al incidir en una competencia municipal; además de existir otras vías más efectivas y menos gravosas de solventar el conflicto.

⁶⁷ Como en el caso del dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña 485/2002, de 5 de diciembre, referente a la aplicación de los límites a la potestad de revisión por consideración a la protección que merecen terceros, en este caso, los demás concursantes en el proceso selectivo.



del TS de 19 de diciembre de 2013⁶⁸ o de 16 de enero de 2017, entre muchas otras⁶⁹, que consideran contrario a la equidad dicho perjuicio⁷⁰.

⁶⁸ (Ar. 8220), recurso de Casación núm. 1240/2002. En la misma, el TS acordó que la retroacción respecto al cuarto ejercicio de la oposición –invalidado–, no afectara a quienes lo habían aprobado. Así, en su F. J. Quinto, afirma que: “Estas últimas medidas las adopta la Sala de instancia invocando, entre otras razones, el tiempo transcurrido y el principio de equidad, al amparo de lo establecido en el artículo 102 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512 , 2775 y RCL 1993, 246), y ponderando para ello la situación gravemente perjudicial y de difícil reparación que podrían sufrir los aspirantes aprobados ajenos al proceder irregular de la Administración; y debe decirse que dichas medidas podrán ser cuestionables desde otras perspectivas, pero no lo son desde la única aquí controlable cual es la atinente a si la actividad de ejecución cumplió con ese doble pronunciamiento contenido en el fallo de la sentencia a ejecutar: la anulación de la exclusión de los recurrentes en la relación de aprobados del cuarto ejercicio; y el restablecimiento de su situación existente antes de la celebración de ese ejercicio, permitiéndoles realizarlo con las mismas expectativas de acceso que poseían cuando lo realizaron la primera vez. No obstante lo anterior, esta Sala cree conveniente recordar que la equidad, según establece el artículo 3.2 del Código civil (LEG 1889, 27) , es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico. Como también considera pertinente subrayar que comprende la conducta procesal de los recurrentes y el estimable móvil que les impulsa de procurar que las anomalías acaecidas puedan beneficiar a quienes hayan podido ser partícipes de las mismas; pero a ello ha de oponerse lo

A la segunda modalidad pertenecerían aquellos casos en que la revisión de oficio se emplea para –o tiene como consecuencia- eludir un determinado procedimiento en que la participación ciudadana es imprescindible, por ejemplo, en el ámbito urbanístico. También se ha considerado contrario a la ley el pretender por esta vía eludir el cumplimiento de una sentencia, pues se vulneraría con ello el art. 103.4 de la LJCA.

En último lugar, cabe indicar que junto a los principios expresamente recogidos en el art. 110, otros pueden ser tenidos en cuenta como límites de la potestad de revisión, no solo el ya mencionado de protección de la confianza legítima, sino también la prohibición del

siguiente: en la demanda formalizada en la instancia no se identificó a ningún aspirante aprobado en quien hubiese de reconocerse su implicación personal en las anomalías; y basta que un sólo aprobado pueda sufrir injustificadamente los perjuicios de la anulación de su nombramiento para que resulte razonable valorar la posibilidad de evitar esas graves consecuencias”.

⁶⁹ Valgan de ejemplo, la STS la núm. 1443/2017 de 26 septiembre (RJ\2017\4180), recurso de Casación núm. 1553/2015, Sala de lo Contencioso-administrativo, así como las citadas en ellas.

⁷⁰ Como hace también el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana en su dictamen 430/2010, de 20 de mayo.



enriquecimiento injusto⁷¹⁷² o la continuidad del servicio –muy empleados en el ámbito de la contratación-, y, fundamentalmente, la proporcionalidad, principio que debe guiar toda actuación de la Administración, tal y como prescribe la propia LPACAP.

En fin, para concluir solo me resta recordar que, como he procurado exponer, tras los límites de la potestad de revisión, se encuentra -nada más y nada menos- que la equidad, dar a cada uno lo que se merece, según las circunstancias y su propio comportamiento, en fin, la justicia –que debe ser el objetivo de todo jurista-, pues como bien indicara ya Aristóteles:

“Lo justo y lo equitativo, entonces, son la misma cosa, y, sin embargo, pese a que ambos son buenos, lo equitativo es mejor. El problema, en definitiva, se origina por lo siguiente: lo equitativo es justo, pero no justo según la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La razón de ello estriba en que toda ley es universal y, sin embargo, hay algunas cosas respecto de las cuales no se puede formular un juicio universal que resulte correcto. De manera que en aquellos ámbitos en los cuales no es posible alcanzar definiciones precisas, pero es necesario razonar en términos universales, la ley tiene que remitirse a lo que se da con más frecuencia, aun a sabiendas de que puede incurrir en error. Y no por

⁷¹ Entre muchas otras, véase, la sentencia de la AN de 23 de abril de 2010 (Ar. 216786), recurso contencioso-administrativo núm. 130/2007; o el dictamen del Consejo Consultivo de Galicia 198/2014, de 16 de junio.

⁷² En relación con este principio en general y su conexión en particular con los límites a la potestad de revisión, véase, entre otros, REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Barcelona, 1994, págs. 394 y ss.

ello es menos correcta, ya que el error no es imputable a la ley ni al legislador, sino a la naturaleza de las cosas prácticas, pues la materia práctica está intrínsecamente conformada de esa manera”.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE ÁVILA, J. M., “Acerca de la invalidez y la ineficacia de los actos jurídicos”, notas referentes al debate suscitado en el *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, INAP, Madrid, 2017.

ALENZA GARCÍA, J. F., *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Thomson Reuters, Navarra, 2017.

BOCANEGRA SIERRA, R., *La anulación de oficio de los actos administrativos*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1998.

CANO CAMPOS, T., “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (Coords.), *El alcance de la invalidez e la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, INAP, Madrid, 2017.

DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003.



GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad", *RAP*, núm. 20, mayo-agosto 1956.

GARCÍA LUENGO, J., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002.

- *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

GRAU BONÀS, M., "Sobre los límites de la revisión de oficio conforme al artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y sobre la interpretación de la causa de nulidad del artículo 62.1, f) de la citada Ley", *Revista Española de la Función Consultiva*, julio-diciembre 2010, núm. 1.

IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *La revocación de los actos administrativos favorables*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "La contratación vernal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones?", *CEF-Legal*, 2020.

MONTORO CHINER, M. J., "La revocación de los actos administrativos en la Ley 30/1992", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 17, enero-febrero-marzo 1994.

REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Barcelona, 1994.

RODRÍGUEZ VILLAR, B., "Sobre los límites de la revisión de oficio conforme al artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y sobre la interpretación de la

causa de nulidad del artículo 62.1, f) de la citada Ley. Consejo de Estado”, *Revista Española de la Función Consultiva*, julio-diciembre 2010, núm. 14.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 14^a ed., Tecnos, Madrid, 2018.

SANTAMARÍA ARINAS, R. J., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*, 2^a ed., IEA, Madrid, 1975.

- “La reforma del artículo 105.1 LPC y la revocación de los actos administrativos”, *RAP*, núm. 151, enero-abril 2000.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Notas sobre el recurso administrativo de revisión”, *Documentación Administrativa*, núm. 221, 1990.

STAHL, J-H. (Dir.), *Code des relations entre le public et l'Administration*, Dalloz, Paris, 2017.

TOLIVAR ALAS, L., “De nuevo sobre la corrección de errores”, *espublico* (<https://www.administracionpublica.com/de-nuevo-sobre-la-correccion-de-errores/>), y “Falsos errores de hecho rectificadas, que no esperan recurso”, *espublico* (<https://www.administracionpublica.com/falsos-errores-de-hecho-rectificados-que-no-esperan-recurso/>).

VIVAS PUIG, F. y CAMPOS DAROCA, J. M^a., *Revisión de actos y recursos administrativos*, Bosch, Madrid, 2016.

Fecha de finalización: 21 de febrero de 2020.

LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

Carmen Martín Fernández⁷³

Doctoranda FPU en el Área de Derecho Administrativo
de la Universidad de Córdoba

Resumen: La ejecutividad de las sanciones administrativas constituye una excepción a la regla general de ejecutividad inmediata de los actos administrativos. Y ello porque las sanciones no son cualquier acto administrativo. Son un acto administrativo especial, por su finalidad y por las especiales cautelas que rigen su imposición. Como consecuencia, las sanciones administrativas siempre han visto postergada su eficacia a momentos ulteriores a su imposición. En este trabajo se aborda el estudio del régimen de ejecutividad de las sanciones administrativas, tanto el previsto en la LPAC como el regulado específicamente en algunas leyes sectoriales. Para ello, se comienza diferenciando los conceptos de ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa; a continuación, se analiza la compatibilidad de la ejecutividad de las sanciones con algunos derechos fundamentales; y, por

⁷³ Ganadora con este artículo de la I Edición de los Premios de la Revista Gabilex en la II Categoría, Másteres, TFG y similares.



último, se estudia en profundidad el régimen jurídico de la ejecutividad de las sanciones, finalizando con una sucinta referencia a la relación existente entre dicha institución y la prescripción de las sanciones.

Palabras clave: Ejecutividad, sanción, vía administrativa, recurso administrativo, recurso contencioso-administrativo, prescripción.

Abstract: The enforceability of administrative punitive sanctions constitutes an exception to the general rule of immediate enforceability of administrative acts. And this is because the punitive sanctions are not any administrative act. They are a special administrative act, for its purpose and for the special precautions that govern its imposition. As a consequence, the enforceability of administrative punitive sanctions has always been postponed until a later moment to their imposition. This paper address the study of the enforcement regime of administrative punitive sanctions, the general regime provided in the LPAC as well as the specifically regulated regime in some sectorial laws. For this, it begins by differentiating three elemental concepts; next, it is analyzed the compatibility of the punitive sanctions enforceability with some fundamental rights; and, finally, the legal regime of the punitive sanctions enforceability is studied in depth, concluding with a succinct reference to the relationship of this institution and the punitive sanctions prescription.

Keywords: Enforceability, punitive sanctions, administrative remedy, administrative review, judicial review, time-barring.

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN: EJECUTIVIDAD, EJECUTORIEDAD Y EJECUCIÓN FORZOSA, EN CONCRETO, DE LAS SANCIONES.
- II. LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES.
 1. Su compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia.
 2. Su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva.
- III. RÉGIMEN DE EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES EN LA LPAC.
 1. Cuando cabe recurso administrativo ordinario contra la sanción.
 2. Cuando no cabe recurso administrativo ordinario contra la sanción.
 3. Cuando se interpone recurso contencioso-administrativo contra la sanción.
- IV. LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES en ámbitos sectoriales.
 1. Ejecutividad de las sanciones en materia tributaria y aduanera.
 2. Ejecutividad de las sanciones en el orden social.
 3. Ejecutividad de las sanciones en materia de tráfico y seguridad vial.
 4. Ejecutividad de las sanciones en materia de extranjería.
- V. LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES Y SU PRESCRIPCIÓN.
- VI. BIBLIOGRAFÍA.



I. INTRODUCCIÓN: EJECUTIVIDAD, EJECUTORIEDAD Y EJECUCIÓN FORZOSA, EN CONCRETO, DE LAS SANCIONES.

Es tarea fundamental, antes de iniciar cualquier trabajo relativo a la ejecutividad de un acto –en mi caso, de la ejecutividad de las sanciones administrativas-, interiorizar y dejar bien definido, tanto en mente como en papel, el significado jurídico de la ejecutividad y en qué se diferencia de la ejecutoriedad y de la ejecución forzosa.

Pero para ello, es conveniente conocer también el significado de esos términos, no ya en su vertiente jurídica, sino, digamos, en su vertiente general. El diccionario de la Real Academia Española (RAE) no aporta ninguna definición para el término *ejecutividad*, pero, conforme a las reglas lingüísticas, es por todos conocido que el sufijo *-idad* se emplea para crear nombres a partir de adjetivos y expresar la «cualidad de» lo expresado en el adjetivo base. Ejecutividad, por tanto, equivale a cualidad de lo ejecutivo. Término éste que ya sí aparece definido por la RAE, entre otras acepciones, como «*Que no da espera ni permite que se difiera la ejecución*». La ejecutividad es, consecuentemente, la cualidad de aquello que no permite que se difiera la ejecución.

Lo mismo ocurre con el término *ejecutoriedad*. El diccionario de la RAE no recoge ninguna definición para el mismo. Pero siguiendo la misma metodología que anteriormente, se llega a la conclusión de que ejecutoriedad es cualidad de lo ejecutorio, siendo ejecutorio, según la RAE, «*Firme, invariable*». Es la ejecutoriedad, por tanto, la cualidad de aquello que es firme e inmutable.

Finalmente, la expresión *ejecución forzosa* sí es fácilmente definible a partir de la conjunción de los significados que la RAE otorga para cada uno de sus términos: «*Acción y efecto de ejecutar*» que es «*Ineludible, inevitable*».

Aclarados ya los conceptos en su acepción más general, procede entrar de lleno a conocer su acepción jurídica. La doctrina define la ejecutividad como la producción de efectos jurídicos; la ejecutoriedad como la susceptibilidad de materialización forzosa en caso de resistencia; y la ejecución forzosa como la potestad que permite a la Administración ejecutar sus actos sin necesidad de acudir a los Tribunales aun mediando oposición de los administrados obligados a ejecutarlos.

De tales definiciones se extrae la siguiente conclusión: lo primero en surgir en el tiempo es el acto administrativo y con él la ejecutividad y, en su caso, la ejecutoriedad –por ser la primera una cualidad inherente a todo acto dimanante de la Administración y la segunda únicamente a los actos administrativos de contenido obligacional-, después procede la ejecución, y sólo en un último momento –en caso de no llevarse a cabo la ejecución voluntariamente por el administrado-, la ejecución forzosa.

Por razón de ello, FERNÁNDEZ DE VELASCO afirmaba: «Todo acto administrativo tiene la propiedad de ser esencialmente ejecutivo, simplemente por proceder de la Administración, y con independencia de que se ejecute o no, lo cual puede depender ya de la decisión adoptada por la misma Administración, ya de su suspensión jurisdiccional»⁷⁴. Y, en un sentido similar, BARCELONA LLOP

⁷⁴ BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de



sostiene: «Si todo acto administrativo es por definición ejecutivo, no todo acto administrativo es ejecutorio; pero si lo es, por tener un contenido obligacional, podrá ser objeto de ejecución forzosa en caso necesario»⁷⁵.

Veamos ahora lo que dispone nuestro ordenamiento jurídico con relación a dichos conceptos.

En primer lugar, el art. 39.1 de la LPAC sienta la regla general⁷⁶ de ejecutividad inmediata de los actos administrativos cuando afirma:

«Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y *producirán efectos desde la fecha en que se dicten*, salvo que en ellos se disponga otra cosa».

Y es que, aunque no diga expresamente que la ejecutividad de los actos administrativos es inmediata y que comienza en el momento en que se dictan –o, lo que

publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, Santander, pp. 48-49.

⁷⁵ BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad (...)*, cit., p. 35.

⁷⁶ Existen dos excepciones a la regla general de ejecutividad inmediata (reguladas en los apartados 2 y 3 del art. 39 LPAC y en el apartado 1 del art. 98 LPAC): la eficacia demorada, es decir, que el acto empiece a producir efectos en un momento posterior al de su fecha de adopción; y la eficacia retroactiva, en virtud de la cual el acto despliega efectos incluso antes de la fecha en que fue dictado. A este respecto, *vid.* BUENO ARMIJO, Antonio y PIZARRO NEVADO, Rafael, "Eficacia y ejecución de los actos administrativos", *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Tecnos, 2017, 2ª edición, Madrid, pp. 125-128.

es lo mismo, aunque no use el término específico de *ejecutividad*-, sienta tal regla general al establecer que la materialización de esa institución (la producción de efectos jurídicos) se produce desde la fecha en que se dictan los actos administrativos. La regla general no podía ser otra. Como ya he dicho, la ejecutividad es una cualidad presente en todo acto administrativo, por el mero hecho de ser un acto dictado por la Administración Pública. Cualidad que no es baladí, sino tan relevante que constituye uno de los mayores privilegios con que cuenta la Administración: la autotutela declarativa (los actos administrativos obligan directamente y producen efecto desde que se dictan y notifican)⁷⁷.

Más claramente aparece dicha regla general expresada en el art. 98.1 LPAC –aunque el precepto lleva por título *Ejecutoriedad*, lo cual puede conducir a equívocos-:

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

- a) Se produzca la suspensión de la ejecución del acto.
- b) Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición.
- c) Una disposición establezca lo contrario.

⁷⁷ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, “La eficacia y la ejecución de las sanciones de tráfico”, *Revista de Documentación Administrativa*, nº 284-285, mayo-diciembre 2009, p. 122.



d) Se necesite aprobación o autorización superior.»

En este precepto ya no sólo se contiene la regla general, sino también algunas de las excepciones a la misma. Y una de ellas especialmente relevante a los efectos de este trabajo: que se trate de resoluciones sancionadoras que no son firmes en vía administrativa. Veremos, a lo largo del trabajo cuál es la regla que específicamente rige en ese supuesto. Pero hemos ya de adelantar que el motivo por el que una de las excepciones hace referencia a las sanciones radica en que el carácter punitivo y desfavorable de éstas para con los sujetos a los que se imponen justifica que su régimen jurídico se caracterice por un plus de garantías⁷⁸. Y una de ellas es la no ejecutividad inmediata de las mismas.

Finalmente, con relación a la ejecutoriedad y la ejecución forzosa, el art. 99 LPAC afirma:

«Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial.»

Pues bien, aunque en la redacción del precepto no aparece el término *ejecutoriedad* –que, por el contrario, sí figura, erróneamente a mi parecer, como título del art. 98 LPAC, el cual en realidad establece la regla general de la ejecutividad inmediata y algunas excepciones a la

⁷⁸ Plus de garantías que tiene como finalidad, en palabras de HUERGO LORA, «proteger a los particulares frente a medidas de efectos especialmente graves para su esfera jurídica». *Vid.* HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, 2007, Madrid, p. 187.

misma, como he explicado-, lo cierto es que es un precedente fundamental del mismo porque representa la cualidad de los actos administrativos que habilita a la Administración a ejecutarlos forzosamente en caso de que el obligado a ello no lo haga⁷⁹. Cualidad ésta que tampoco es trivial, hasta el punto de constituir otro de los mayores privilegios de que goza la Administración: la autotutela ejecutiva (la Administración puede proceder, ella misma y por sus propios medios, sin necesidad de acudir a un juez, a la ejecución de aquellos actos administrativos que impongan un comportamiento al administrado en los casos en que éste no haya cumplido voluntariamente)⁸⁰.

II. LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES.

Como se acaba de advertir, las resoluciones sancionadoras suponen una de las excepciones a la ejecutividad inmediata de los actos administrativos. Del art. 98.1 LPAC se deduce que éstas únicamente son ejecutivas cuando ganan firmeza en vía administrativa, es decir, cuando no son susceptibles de recurso administrativo ordinario (alzada o reposición)⁸¹. Hasta

⁷⁹ Para que la Administración proceda a la ejecución forzosa, como veremos a lo largo de las siguientes páginas, el acto no necesariamente tiene que ser firme, al menos no en vía judicial, por mucho que *ejecutorio*, en su acepción común, signifique *firme e invariable*.

⁸⁰ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, "La eficacia y la ejecución (...)", cit., p. 122.

⁸¹ Sí pueden ser susceptibles de recurso extraordinario de revisión, pues se recurren por esta vía los actos administrativos firmes. Pero para ello tiene que concurrir



entonces, existirá un acto administrativo válido –una sanción- que no produce efectos⁸².

Consecuencia inmediata de lo anterior es que, si el sancionado no cumple voluntariamente lo dispuesto en la resolución sancionadora, la Administración Pública podrá, previo apercibimiento, ejecutarla forzosamente, pero siempre y cuando sea ejecutiva, es decir, firme en vía administrativa por no ser susceptible de recurso de alzada ni de recurso potestativo de reposición. Esto se debe a que la ejecutividad es un presupuesto necesario para que la Administración pase a ejecutar forzosamente sus actos. Así se deduce del art. 99 LPAC, que permite a la Administración ejecutar forzosamente sus actos, previo apercibimiento, sin esperar a que transcurra ningún periodo de tiempo, pues conforme a la regla general, los actos son inmediatamente ejecutivos. Sin

alguna de las causas tasadas previstas por el art. 125 LPAC. En este sentido, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina y MORENO LINDE, Manuel, “Los recursos administrativos”, *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Tecnos, 2017, 2ª edición, Madrid, pp. 169-171.

⁸² Validez y eficacia no pueden confundirse. La validez es la capacidad de un acto para producir los efectos jurídicos que le corresponden; mientras que la eficacia comporta la producción misma de tales efectos. Como vemos, se trata de dos instituciones distintas, aunque referidas ambas a la fuerza singular de los actos administrativos, derivada de la autotutela de la Administración. A este respecto, *vid.* REBOLLO PUIG, Manuel, “La invalidez del acto administrativo”, *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Tecnos, 2017, 2ª edición, Madrid, pp. 101-121 y BUENO ARMIJO, Antonio y PIZARRO NEVADO, Rafael, “Eficacia y ejecución de los actos administrativos”, *Derecho Administrativo, Tomo II (...), cit.*, pp. 123-156.

embargo, el precepto realiza una salvedad acorde a las excepciones a dicha regla general de ejecutividad inmediata de los actos administrativos: «salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley». Uno de esos supuestos, como ya he destacado, es que se trate de resoluciones sancionadoras que no han alcanzado firmeza en vía administrativa, por ser susceptibles de algún recurso administrativo ordinario [art. 98.1 b) LPAC].

Llegados a este punto, corresponde preguntarse por qué las sanciones representan uno de esos supuestos de eficacia demorada de los actos administrativos. Eficacia que, como acabo de exponer, se demora hasta la firmeza en vía administrativa. La respuesta es intuitiva: las sanciones son un tipo especial de acto administrativo, por su finalidad y por la gravedad que conllevan respecto al sujeto que resulta sancionado. Tan especiales son que el procedimiento por el que se imponen se caracteriza por un plus de garantías que no rigen en el resto de procedimientos administrativos. Plus cuya justificación radica en que los procedimientos sancionadores son una auténtica manifestación del *ius puniendi* del Estado, al igual que lo son los procesos judiciales penales mediante los que se imponen penas. Precisamente por este motivo, es la propia Constitución española la que, en su art. 25, al justificar que infracciones y sanciones comparten principios con delitos y penas, extiende tácitamente el régimen de garantías materiales que rige el proceso de imposición de penas al procedimiento administrativo sancionador y da pie a entender que también muchas de las garantías formales que rigen el proceso penal son también exigibles en el procedimiento administrativo sancionador. Hasta tal punto que el TC, desde sus primeras sentencias, consagró la aplicación de muchos de los derechos del art. 24.2 CE en el



procedimiento administrativo sancionador⁸³. Una interpretación contraria habría conducido a defraudar la finalidad de ambos preceptos – los arts. 24 y 25 CE- pues los dos consagran garantías frente a la potestad punitiva del Estado, independientemente del órgano competente para ejercerla.

Pues bien, una de esas garantías y que constituye, a su vez, un derecho fundamental, es la presunción de inocencia. Esta presunción opera y despliega efectos en dos vertientes: en la vertiente probatoria, como exigencia de prueba de cargo para sancionar, pues la inocencia del inculpado se considera una verdad provisional hasta tanto no se destruya; y como regla de tratamiento al inculpado, al que no se puede considerar culpable ni castigar hasta que no se destruya la presunción precisamente por esa verdad provisional que lo ampara. A propósito de la vigencia de esta garantía en el ámbito administrativo sancionador, surgió la duda de si la ejecutividad inmediata de las sanciones suponía una vulneración de este derecho fundamental⁸⁴. En la primera vertiente no parecía haber ninguna incompatibilidad, en tanto en cuanto la Administración no dicta resolución sancionadora hasta que cuenta con una prueba de cargo que destruye esa presunción de inocencia. Pero en la segunda surgían algunos inconvenientes: si la presunción de inocencia no está definitivamente destruida porque la resolución sancionadora no es firme en vía administrativa, ¿será inmediatamente ejecutiva o habrá que esperar a que sea

⁸³ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, 2007, Navarra, p. 31.

⁸⁴ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, "La eficacia y la ejecución (...)", cit., p. 124.

firme y, por tanto, destruya definitiva e irrevocablemente tal presunción? El hecho de que las sentencias penales condenatorias no se puedan ejecutar hasta que alcancen firmeza (hasta que no proceda contra ellas ni recurso ordinario ni extraordinario) no hacía más que avivar las dudas sobre si procede o no posponer la ejecutividad de las sanciones como parecía disponer la Ley 30/1992, en concreto, en su art. 138⁸⁵ y como he indicado, dispone la actual LPAC.

Otra de las garantías, también con categoría de derecho fundamental y que también pone en entredicho el régimen de ejecutividad de las sanciones, es la tutela judicial efectiva. Como explica BARCELONA LLOP, desde los primeros momentos posconstitucionales se empezó a cuestionar «si, por imperativo del artículo 24.1 CE, la eficacia del acto sancionador debía demorarse hasta el

⁸⁵ El art. 94 de la Ley 30/1992 disponía: «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior». El mencionado art. 111 establecía la regla general de no suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos por la mera interposición de un recurso administrativo, pero otorgaba discrecionalidad al órgano competente para resolver el recurso para que suspendiera la ejecutividad del acto impugnado, de oficio o instancia del recurrente, previa ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causaría al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido, cuando considerara que la ejecución podría causar perjuicios de imposible o difícil reparación o que la impugnación se había fundamentado en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho. Y el art. 138 contemplaba un supuesto de eficacia demorada: el de las resoluciones sancionadoras, que no eran ejecutivas hasta que pusieran fin a la vía administrativa.



momento en que ganara firmeza»⁸⁶. Parece ser que sí, pues así lo dispone la LPAC y lo disponía la Ley 30/1992. No ocurría lo mismo con la Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo, que ninguna salvedad realizaba al régimen de ejecutividad inmediata de los actos administrativos con relación a las resoluciones sancionadoras. Ahora lo que corresponde es saber si esa modificación trajo causa del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE.

1. Su compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia.

Como he dicho *supra*, parece que el legislador ha considerado adecuado postergar la ejecutividad de las sanciones a un momento posterior y así lo hizo en la Ley 30/1992 y lo ha vuelto a hacer en la LPAC, aunque a momentos diferentes, como después explicaré. Pero la pregunta es: ¿ese especial régimen de la ejecutividad deriva de exigencias del derecho a la presunción de inocencia? Tanto doctrina como jurisprudencia han contestado negativamente.

La regla de eficacia demorada de las sanciones que imponía la Ley 30/1992 y que impone la LPAC no deriva directamente de la Constitución ni del derecho fundamental a la presunción de inocencia⁸⁷. La STS de

⁸⁶ BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad (...)*, cit., p. 413.

⁸⁷ Así lo afirman, entre otros, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *El procedimiento administrativo sancionador (...)*, cit., p. 469-491, BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad (...)*, cit., pp. 433 y 434 y CANO CAMPOS, Tomás, "Ejecutividad, ejecución y prescripción de las sanciones en el

13 de febrero de 1998, Ar. 2183, afirmó: «el art. 138.3 (de la Ley 30/1992) no está conectado con la presunción de inocencia ni constituye una consecuencia de tal presunción». Es por ello por lo que la doctrina ha venido admitiendo que fuera del ámbito de aplicación de la Ley 30/1992 –ahora de la LPAC- es perfectamente posible y constitucional mantener «la inmediata ejecutividad de las sanciones, como así está establecido expresamente en algunas normas sobre régimen disciplinario»⁸⁸. Y ello porque la presunción de inocencia del imputado en un procedimiento sancionador se destruye por la resolución administrativa sancionadora, sin necesidad de que sea firme, pues la Administración ya ha tenido que destruir tal presunción mediante una prueba de cargo suficiente, es decir, la Administración ya ha tenido que desvirtuar la presunción de inocencia como regla de juicio. Si todavía no se considerara –o, al menos, presumiera hasta que un Juez declarase lo contrario- culpable al sujeto sancionado, se estaría negando toda virtualidad y eficacia a la potestad sancionadora de la Administración. Si ésta se reconoce como manifestación del *ius puniendi* del Estado, entonces no hay razón para tratar al imputado como inocente cuando la Administración ya lo ha declarado culpable (sea en resolución firme o no)⁸⁹.

Derecho de la Competencia", *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, dirigida por GUILLÉN CARAMÉS, Javier y CUERDO MIR, Miguel, Aranzadi, 2015, Navarra, p. 77.

⁸⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *El procedimiento administrativo sancionador (...)*, cit., p. 475.

⁸⁹ Así lo ha venido considerando el Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos. La STC 66/1984, de 6 de junio, afirmó con rotundidad: «la efectividad de las sanciones no entra en colisión con la presunción de inocencia;



Sin embargo, es posible, y de hecho así lo hace el legislador español, que se decidan incrementar las garantías de las que goza el presunto responsable de una infracción administrativa posponiendo la ejecutividad de las sanciones al momento en que alcancen firmeza en vía administrativa. Pero, en cualquier caso y como ya he advertido, ello no sería una exigencia constitucional, lo cual no resulta una apreciación baladí, como comentaré más adelante.

Llegados a este punto, es necesario aclarar el momento exacto en el que las sanciones comienzan a desplegar efectos. El art. 138.3 de la Ley 30/1992 retrasaba la ejecutividad de las sanciones hasta que éstas pusieran «fin a la vía administrativa». Por el contrario, el art. 90.3 LPAC la pospone hasta que no quepa contra la resolución sancionadora «ningún recurso ordinario en vía administrativa». Ambas soluciones son, por lo tanto, diferentes. Esto se debe a que, como la doctrina incansablemente ha explicado, las expresiones «poner fin a la vía administrativa», «agotar la vía administrativa» y «causar estado en la vía administrativa» no son equivalentes a «adquirir firmeza en vía administrativa» o «tener carácter definitivo en vía administrativa»⁹⁰. Las tres primeras expresiones indican una serie de resoluciones contra las que no cabe recurso de alzada, pero sí normalmente recurso potestativo de reposición; mientras que las dos últimas indican que el

la propia legitimidad de la potestad sancionadora y la sujeción a un procedimiento contradictorio, abierto al juego de la prueba según las pertinentes reglas al respecto, excluye toda idea de confrontación con la presunción de inocencia».

⁹⁰ CANO CAMPOS, Tomás, *Las sanciones de tráfico*, Aranzadi, 2014, Navarra, p. 520 y ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *El procedimiento administrativo sancionador (...)*, cit., p.475, entre otros.

acto al que se refieren no es recurrible ni en alzada ni en reposición.

Pues bien, conforme a la Ley 30/1992, las sanciones que agotaban la vía administrativa eran ejecutivas, a pesar de que habitualmente podían ser susceptibles de recurso de reposición⁹¹; mientras que, con la regulación dada por la LPAC, hasta que no se agotan todos los cauces de recurso ordinario en vía administrativa (alzada y reposición), no es posible considerar que una sanción es ejecutiva. Se ha implantado así la modificación que buena parte de la mejor doctrina venía exigiendo por razones de seguridad jurídica⁹².

⁹¹ Eso sólo ocurría a partir del año 1999. No desde la entrada en vigor de la Ley 30/1992. *Vid. infra* (nota al pie 92).

⁹² Cuando se redactó el art. 138 de la Ley 30/1992, el recurso potestativo de reposición se había suprimido, y por eso se estableció la regla de ejecutividad de las sanciones cuando agotaran la vía administrativa, pero se volvió a introducir en 1999 por la Ley 4/1999 de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992. Por esto último es por lo que la doctrina entendió que la regla de ejecutividad de las sanciones cuando pusieran fin a la vía administrativa había que matizarla y entender que esa ejecutividad no llegaría hasta que, en su caso, se hubiera resuelto expresamente el recurso de reposición interpuesto o hasta que hubieran transcurrido los plazos para su interposición. Es por ello por lo que, entre otros, ALARCÓN SOTOMAYOR reclamaba que «se modificase el art. 138.3 de la LRJPAC para establecer claramente que las sanciones serán ejecutivas cuando adquieran firmeza en vía administrativa». *Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, El procedimiento administrativo sancionador (...), cit., pp. 477 y 478 y CANO CAMPOS, Tomás, "Ejecutividad, ejecución y prescripción de las sanciones en el Derecho de la Competencia", (...), cit., pp. 73-75.*



Centrándonos en la solución dada por la legislación vigente, he de concluir que las sanciones únicamente serán ejecutivas a partir del momento en que sean irrecurribles en vía administrativa (salvo lo previsto en relación con el recurso extraordinario de revisión), ya sea porque se haya interpuesto recurso de alzada o potestativo de reposición y haya sido desestimado, o porque se hayan dejado transcurrir los plazos para su interposición. Sólo entonces las sanciones serán firmes en vía administrativa y sólo entonces serán ejecutivas – salvo que se suspenda de nuevo su ejecución por interposición de recurso contencioso administrativo, como después explicaré. Pero no porque sólo entonces se haya destruido la presunción de inocencia, sino porque el legislador así lo ha decidido.

Como ya advertí más arriba, la presunción de inocencia queda destruida con la imposición de la sanción por parte de la Administración tras instruir, resolver y notificar el procedimiento sancionador. Y no es necesario que ésta alcance firmeza en vía administrativa, lo cual, como acabo de exponer, es una garantía adicional que el legislador ha decidido reconocer a los presuntos responsables de infracciones administrativas. Consecuencia inmediata de ello es que durante la tramitación y hasta la resolución del procedimiento administrativo sancionador, el imputado goza del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pero no después. No desde que la Administración dicta la resolución sancionadora. Ni siquiera aunque el sancionado después interponga un recurso contencioso-administrativo. Y ello porque la competencia para sancionar la ostenta la Administración y no el Juez que revisa sus actos. El sancionado es culpable ya a todos los efectos y no goza del mencionado derecho fundamental a la presunción de inocencia. A pesar de que el legislador ha decidido protegerlo más y

no considerar ejecutiva la sanción hasta que alcance firmeza en vía administrativa. Consecuentemente, el sancionado no podrá alegar nulidad de pleno derecho ex art. 47.1 a) LPAC ante los vicios de la actuación administrativa que se produzcan a partir del momento en que la Administración dicte y notifique la resolución sancionadora basándose en que se le ha vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia porque esa presunción ya no rige.

2. Su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva.

La STC 238/1992, de 17 diciembre, a propósito de la cuestión de inconstitucionalidad n.º 1445/1987 planteada contra el art. 6.2 de la Ley 34/1979, de 16 de noviembre, sobre fincas manifiestamente mejorables, declaró inconstitucional y nulo el inciso «No obstante, no se suspenderá en ningún caso la ejecución del Decreto impugnado» del párrafo 1º del mencionado artículo porque:

«reconocida por ley la ejecutividad de los actos administrativos, no puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la Sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo; pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Para que ésta se considere satisfecha, es, pues, preciso que se facilite que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y



que éste, con la información y contradicción que resulte menester, pueda resolver sobre su eventual suspensión».

Y, trayendo a colación el art. 106.1 CE, recordó que los tribunales son los encargados de controlar la legalidad de la actuación administrativa afirmando:

«La prerrogativa de la ejecutividad no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y debe el legislador, por ello, articular, en uso de su libertad de configuración, las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige».

Aunque en esa sentencia el Tribunal Constitucional ya sentó parte de su doctrina, lo cierto es que los más notables pronunciamientos sobre la compatibilidad de la ejecutividad de los actos administrativos y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se han producido con ocasión de recursos de amparo contra sanciones administrativas⁹³. A este respecto, debe tenerse en cuenta lo que ya advertí con anterioridad, es decir, que el régimen de ejecutividad de las sanciones no ha sido siempre el mismo. Tanto la LPAC como la Ley 30/1992 postergaban la ejecutividad de las sanciones, la LPAC hasta que alcancen firmeza en vía administrativa, y la Ley 30/1992 hasta que agotaran la vía administrativa. Momentos que, como ya he explicado, no tienen por qué coincidir en el tiempo. Pero no lo hacía así la Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo. Por tanto, trataré de resumir a continuación lo que disponía la jurisprudencia en cada uno de esos momentos sobre la compatibilidad del régimen de

⁹³ BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad (...)*, cit., p. 428.

ejecutividad de las sanciones con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Estando vigente la Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo, y la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y, con ellas, el régimen de ejecutividad inmediata de las sanciones⁹⁴, el cual no se veía alterado ni siquiera con la interposición del recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 66/1984, de 6 de junio, en la que afirmaba:

«el derecho a la tutela 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»⁹⁵.

⁹⁴ El art. 101 de la Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo, disponía la inmediata ejecutividad de los actos y acuerdos de las Autoridades y Organismos de la Administración del Estado. Y el art. 122 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, explicaba que la interposición del recurso contencioso-administrativo no impedía a la Administración ejecutar el acto objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión, por considerar que la ejecución podría ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

⁹⁵ Como pone de manifiesto GONZÁLEZ ALONSO, Fernando, "La inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias militares y el derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 36, 2014, p. 5: «No puede obviarse que se trata de una sentencia de amparo constitucional, lo que limita su alcance al caso concreto que se analiza, si bien la doctrina que en ella se establecía contribuía



Ante ello, parte de la doctrina dedujo que la ejecutividad de las sanciones, por mucho que dispusiera la Ley de Procedimiento Administrativo, debía quedar paralizada hasta que un tribunal de lo contencioso tuviera oportunidad de pronunciarse sobre aquella⁹⁶. Se entendía, por tanto, que se producía fácticamente la suspensión del acto sancionador desde su emanación hasta que una decisión judicial analizara su ejecutividad o hasta que el sujeto afectado por el acto la consintiera. Sin embargo, ello hacía perder toda la virtualidad al régimen de ejecutividad inmediata de las sanciones, pues por mucho que el art. 101 de la Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo, dispusiera la inmediata ejecutividad de los actos administrativos, en puridad, éstos sólo podían ejecutarse si no eran recurridos o si, en caso de serlo, un tribunal se pronunciaba sobre la ejecutividad del acto y la autorizaba. Precisamente por eso, esta interpretación doctrinal no era pacífica. Un sector doctrinal entendía, por el contrario, que del pronunciamiento del TC lo único que podía derivarse era que la inmediata ejecutividad del acto administrativo –en general, y del sancionador, en particular- no lesionaba el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, porque el particular podía impugnar la vigencia de esa prerrogativa administrativa

a definir el alcance del derecho fundamental analizado y, particularmente, perfilaba los límites a que había de someterse la ejecutividad de las resoluciones administrativas para adecuarlas a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 CE».

⁹⁶ BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad (...)*, cit., pp. 437 y 438, indica que formaban parte de ese sector doctrinal SANZ GANDASEGUI, HERRERO TEJEDOR y TRAYTER JIMÉNEZ.

ante el juez⁹⁷. Sea como fuere, a mi parecer, para dar cumplimiento a lo dicho por la STC 66/1984, había que entender que la sanción no se podía ejecutar hasta que el Tribunal desestimara la petición de suspensión formulada por el recurrente, o hasta que transcurriera el plazo para recurrir o, habiendo recurrido, no se hubiera solicitado la suspensión de la sanción⁹⁸. Sin embargo, lo cierto es que, como manifiesta ALARCÓN SOTOMAYOR, todo

⁹⁷ Así lo consideraban BALBÍN y FUERTES SUÁREZ. *Apud BARCELONA LLOP, Javier, Ejecutividad, ejecutoriedad (...)*, cit., pp. 438 y 439.

⁹⁸ A efectos prácticos, mi opinión coincide con la de BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad (...)*, cit., p. 440: «la única forma de dar cumplimiento a lo que la Sentencia 66/1984 dice es admitir que, dictado el acto sancionador, su ejecutividad queda paralizada hasta el transcurso del plazo de recurso administrativo en caso de que sea necesario. Verificado este recurso, la paralización se mantiene mientras queda abierto el plazo para recurrir en vía contenciosa, transcurrido el cual, si el contencioso se formaliza, habrá que esperar al pronunciamiento cautelar sobre la ejecutividad». Y con la de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo general*, vol. II, Iustel, 2004, Madrid, p. 422: «debe entenderse que la sanción no será ejecutiva en tanto el Tribunal no desestime la petición de suspensión que el recurrente deberá formularle. O, también, cuando el recurso contencioso no se interponga, no se interponga en plazo o no se pida en su escrito inicial la suspensión de la sanción». La diferencia es que yo considero que, en esos momentos, las sanciones sí eran ejecutivas, desde que se dictaban, sólo que no se podían ejecutar forzosamente hasta momentos posteriores por exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva.



esto no dejaba de producir inseguridad y dificultades de todo género⁹⁹.

Con la aprobación de la Ley 30/1992, el panorama cambió. Se modificó el régimen de ejecutividad de las sanciones, que ahora sólo serían ejecutivas cuando pusieran fin a la vía administrativa (art. 138.3 Ley 30/1992)¹⁰⁰. Esto, en aquel entonces, equivalía a establecer que las sanciones serían ejecutivas una vez

⁹⁹ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *El procedimiento administrativo sancionador (...)*, cit., p. 487.

¹⁰⁰ Sólo se demora la ejecutividad de las sanciones y no la de los actos administrativos desfavorables en general, en palabras de CANO CAMPOS, Tomás, "Ejecutividad, ejecución y prescripción de las sanciones en el Derecho de la Competencia", (...), cit., p. 80, debido a la «diferencia insalvable que hay entre las sanciones y el resto de medidas de gravamen, consistente en que el perjuicio que supone la sanción es un plus al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o a la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. Las sanciones, además, sólo afectan al particular sancionado y no tutelan directamente (sino sólo por la vía, indirecta, de la disuasión) los intereses generales, mientras que en las medidas no sancionadoras están directamente en juego los intereses públicos».

En definitiva, la doctrina viene manifestando que posponer la ejecución de una sanción no supondría ningún perjuicio para los intereses generales, mientras que sí podría suponer un peligro para aquellos el hecho de postergar la eficacia de los actos administrativos desfavorables, pues éstos se suelen encaminar a evitar perturbaciones para el interés general (es el caso de la retirada de licencias, del reintegro de subvenciones, etc). A este respecto, *vid.*, entre otros, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *El procedimiento administrativo sancionador (...)*, cit., p. 490 y 491.

hubieran alcanzado firmeza en vía administrativa, pues únicamente existía el recurso de alzada, pero no el de reposición (suprimido precisamente con la entrada en vigor de esta Ley). Por tanto, si las sanciones eran recurribles en alzada, había que esperar a que ese recurso se resolviera para que agotaran la vía administrativa y, a su vez, alcanzaran el carácter de ejecutivas. Mientras que si las resoluciones sancionadoras, una vez dictadas, causaban estado en la vía administrativa y no eran susceptibles de recurso administrativo ordinario, eran ejecutivas desde ese momento.

Se solucionaba así el problema. Sin embargo, con la aprobación de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se volvió a introducir en nuestro ordenamiento jurídico el recurso de reposición, pero con carácter potestativo –y no preceptivo tal y como lo configuraba la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Surgía entonces, de nuevo, el problema de inseguridad jurídica que venía existiendo con anterioridad a la Ley 30/1992, pero sólo en relación con las resoluciones sancionadoras recurribles en reposición o en vía judicial¹⁰¹.

¹⁰¹ REBOLLO PUIG, Manuel, “La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de procedimiento administrativo común”, *Derecho Administrativo e integración europea: Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, coordinada por LAGUNA DE PAZ, José Carlos, SANZ RUBIALES, Íñigo y DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María, Reus, 2016, Madrid, pp. 1344 y 1345, explica que «Por ello, incluso las leyes sectoriales establecieron otras soluciones sin importarles mucho ni poco lo que decía la Ley 30/1992 y hasta el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad



Como consecuencia, el Tribunal Constitucional reiteró la doctrina sentada en la STC 66/1984. Un claro ejemplo de ello se encuentra en el ATC 95/2000, de 30 marzo:

«Es doctrina reiterada de este Tribunal, desde STC 66/1984...y hasta nuestros días (entre otras, SSTC 199/1998 [RTC 1998\199], fundamento jurídico 2º) que la ejecutividad de los actos administrativos es, en términos generales, compatible con el art. 24.1 CE... El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, entonces, con la posibilidad procesal de que la ejecutividad sea sometida a control judicial, y que pueda concluir en la suspensión de eficacia del acto administrativo».

Lo mismo establecía la jurisprudencia ordinaria. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 noviembre 2004, recurso de casación n.º 3071/2001 (JUR\2004\8173), -aunque en relación a un acto de naturaleza tributaria- afirmó:

«el derecho a la tutela judicial se satisface cuando, antes de la ejecución, se permite someter a la decisión de un tribunal la ejecutividad, para que este resuelva sobre la suspensión. Y que, por tanto, se vulnera ese derecho fundamental, no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, sino cuando, en relación a los mismos, se inician actos materiales de ejecución sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar judicialmente la suspensión de esa

Sancionadora (RD 1398/1993) corrigió la regulación legal» y afirma que «La solución se plasmó mejor en la Ley General Tributaria [art. 212.3.a)] que establecía que la presentación de recursos administrativos comportaba la suspensión automática de las sanciones que se mantenía "hasta que sean firmes en vía administrativa"».

ejecutividad...el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que hace a la ejecutividad de los actos administrativos, lo que exige es permitir al particular interesado someter a un órgano judicial esa ejecutividad para que frente a ella pueda adoptar medidas cautelares. Pero no impone paralizar la posibilidad de ejecutar el acto administrativo dotado de ejecutividad hasta tanto se dicte sentencia en el proceso judicial donde se impugnó dicho acto».

Y así lo ha venido constatando a lo largo del tiempo. La STS de 6 de junio de 2012 (RJ 2012\7274) afirmaba:

«el principio general de ejecutividad [de los actos administrativos]... debe conjugarse con las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva... las sanciones administrativas no pueden ser ejecutadas hasta que el Juez o Tribunal Contencioso-Administrativo se haya pronunciado sobre la adopción de medidas cautelares, de manera que, en estos casos, la interposición de recurso contencioso-administrativo con solicitud cautelar impide la ejecutividad del acto sancionador recurrido. Sin embargo, una vez que la decisión cautelar ha sido adoptada si de ella no se deriva la suspensión de la ejecutividad ésta vuelve a recobrar toda su efectividad».

De la jurisprudencia se derivaba, nuevamente, la necesidad de entender que las sanciones no se podían ejecutar hasta que un Tribunal desestimara la petición de suspensión formulada por el recurrente, o hasta que



transcurriera el plazo para recurrir o, habiendo recurrido, no se hubiera solicitado la suspensión de la sanción¹⁰².

En definitiva, las sanciones susceptibles de recurso de alzada no se podían ejecutar porque no eran ejecutivas al no poner fin a la vía administrativa, en virtud del art. 138.3 de la Ley 30/1992, pero tampoco se podían ejecutar después, cuando eran susceptibles de recurso contencioso-administrativo, al igual que tampoco eran ejecutables las sanciones directamente recurribles en vía judicial o potestativamente en vía administrativa mediante el recurso de reposición, porque se tenía que dar al sancionado la posibilidad de solicitar a un juez la suspensión de la resolución sancionadora. Todo ello, claro está, salvo que el sancionado consintiera la ejecución de la sanción, dejando pasar el plazo para recurrir sin interponer ningún recurso o interponiéndolo, pero sin solicitar la suspensión del acto objeto del mismo.

El panorama ha vuelto a cambiar con la aprobación y entrada en vigor de la LPAC. Como ya he explicado, ahora las sanciones sólo son ejecutivas cuando ponen fin a la vía administrativa, es decir, cuando no son susceptibles de recurso administrativo ordinario¹⁰³. Se

¹⁰² Y digo que *no se podían ejecutar* y no que *no eran ejecutivas* porque, a mi juicio, ejecutivas, en puridad, eran, porque agotaban la vía administrativa (art. 138.3 Ley 30/1992), pero la Administración no las podía ejecutar forzosamente por exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

¹⁰³ Art. 90.3 LPAC, primer párrafo: «La resolución que ponga fin al procedimiento (sancionador) 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

ha adoptado esta expresión porque, al existir de nuevo en nuestro ordenamiento el recurso de reposición –ahora con carácter potestativo- ha devenido necesario distinguir entre agotar la vía administrativa y alcanzar firmeza en tal vía. Actualmente, por tanto, la ejecutividad de las sanciones queda paralizada *ope legis* hasta que la Administración resuelve los recursos de alzada o de reposición interpuestos contra las mismas o hasta que transcurren los plazos previstos para recurrir sin que el interesado los interponga. Pero tampoco esta solución parece estar exenta de problemas porque, ¿qué ocurre cuando las sanciones ya han puesto fin a la vía administrativa?, ¿son ejecutivas o sigue quedando paralizada su ejecutividad hasta un posible pronunciamiento judicial? Ello ha sido advertido por el legislador, que no ha dudado en dar una solución. Es la que recoge el art. 90.3 LPAC, tras sentar en su primer párrafo la regla general de ejecutividad de las sanciones:

«Cuando la resolución sea ejecutiva, se podrá suspender cautelarmente, si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo...».

Parece, por tanto, que por fin nos encontramos con un régimen de ejecutividad de las sanciones acabado, coherente y certero. En los siguientes epígrafes me detendré a analizarlo.

Pero antes quisiera destacar una pregunta que siempre ha inquietado a la doctrina que se ha detenido a estudiar la compatibilidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la ejecutividad de las

en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado».



sanciones. Y es: si lo que provoca el retraso en la ejecutividad de las sanciones es el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y no un derecho propio de los actos punitivos, como la presunción de inocencia, ¿por qué no se demora también la ejecutividad de los demás actos de gravamen?¹⁰⁴ La mayor parte de esa doctrina ha llegado a la conclusión de que eso es así porque el retraso en la ejecución de la sanción no tiene por qué ser perjudicial para los intereses generales, mientras que, por el contrario, la demora en la ejecución de las medidas administrativas de gravamen sí puede suponer un peligro para el interés general, pues, normalmente, la actividad administrativa de limitación o policía persigue evitar peligros o perturbaciones.

III. RÉGIMEN DE EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES EN LA LPAC.

El art. 98 LPAC establece en su primer apartado:

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

- a) Se produzca la suspensión de la ejecución del acto.
- b) Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún

¹⁰⁴ A este respecto, *vid.*, entre otros, CANO CAMPOS, Tomás, *Las sanciones de tráfico*, (...), cit., p. 528 y ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *El procedimiento administrativo sancionador* (...), cit., pp.489-490.

recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición.

c) Una disposición establezca lo contrario.

d) Se necesite aprobación o autorización superior.»

Este artículo –aunque, como ya dije, con un título erróneo (“Ejecutoriedad”)-, instaura el régimen de ejecutividad de las sanciones y lo hace estableciendo la firmeza en vía administrativa como criterio delimitador de la misma. También lo establece el art. 90.3 LPAC, dedicado específicamente a la resolución de los procedimientos sancionadores, cuando afirma: «La resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa». De este modo, hasta que una resolución sancionadora no deja de ser susceptible de recurso de alzada o de reposición no goza del carácter de ejecutiva. Se pospone, de esta manera, la ejecutividad de las sanciones aún más de lo que lo hacía la Ley 30/1992 que, como ya he explicado, situaba la línea divisoria de la ejecutividad en el fin de la vía administrativa porque en un principio, cuando entró en vigor, el recurso de reposición se había suprimido del ordenamiento jurídico español.

Como afirma CHINCHILLA MARÍN, la LPAC no alude, como hacía antes la Ley 30/1992, al fin de la vía administrativa, pero tampoco alude expresamente a la firmeza en vía administrativa –criterio que parece establecer como delimitador de la ejecutividad de las sanciones-; sino que prescinde de ambas 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»¹⁰⁵. Así, el legislador deja claro que las sanciones solo son ejecutivas cuando transcurren los plazos legalmente previstos para interponer el recurso administrativo que proceda -alzada o reposición- sin haberse interpuesto o cuando, habiéndose interpuesto el recurso administrativo, haya sido desestimado y, por tanto, confirmada la validez de la sanción impuesta.

Sea como fuere, a continuación, me centraré en analizar el régimen de ejecutividad de las sanciones impuesto por la LPAC en cada una de las fases por las que pueden discurrir.

1. Cuando cabe recurso administrativo ordinario contra la sanción.

Una vez dictada la resolución sancionadora, caben dos opciones:

- Que no ponga fin a la vía administrativa y sea susceptible de recurso de alzada *ex art.* 121 LPAC.
- Que agote la vía administrativa y sea recurrible en reposición, con carácter potestativo, o directamente en vía judicial contencioso-administrativa, en virtud del art. 123 LPAC.

En ambos casos, la resolución sancionadora es válida desde que se dicta, pero no ejecutiva. Para que lo sea, o bien la Administración tiene que resolver el recurso

¹⁰⁵ 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", *RVAP*, n.º 110-I, enero-abril 2018, p. 60.

administrativo interpuesto contra la misma, o bien el sancionado tiene que dejar transcurrir el plazo establecido legalmente para interponer el recurso de que se trate (alzada o reposición).

Llegados a este punto, he de aclarar que, si el interesado recurre la sanción, para que ésta devenga ejecutiva, la Administración tiene que resolver el recurso expresamente. «La desestimación presunta de cualquiera de esos dos recursos ordinarios por silencio negativo no es suficiente para que la sanción devenga ejecutiva»¹⁰⁶. Explica REBOLLO PUIG que lo contrario sería absurdo porque el incumplimiento del deber de resolver de la Administración conllevaría que el recurrente se viera obligado a cumplir la sanción y habilitarían a la misma a ejecutar forzosamente su acto si éste no la cumpliera voluntariamente. La decisión de llevar o no a cabo la ejecución forzosa quedaría así plenamente en poder de la Administración, que podría optar por no resolver los recursos administrativos ordinarios interpuestos contra las sanciones para pasar a ejecutarlas forzosamente. Para evitarlo, la firmeza en vía administrativa debe entenderse producida únicamente cuando se produzca la resolución expresa del recurso de alzada o de reposición confirmatoria de la sanción, o bien cuando el interesado haya dejado transcurrir los plazos para recurrir en vía administrativa sin interponer ningún recurso. Así lo ha venido señalando la jurisprudencia, tanto la del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo¹⁰⁷. La STC 243/2006 señala que el deber que

¹⁰⁶ REBOLLO PUIG, Manuel, “La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de procedimiento administrativo común”, (...), cit., p. 1345.

¹⁰⁷ Vid. CANO CAMPOS, Tomás, *Las sanciones de tráfico*, (...), cit., p. 530.



tiene la Administración de resolver expresamente los recursos administrativos, incluso extemporáneamente y sin vinculación al sentido del silencio ya producido, excluye la posibilidad de que «un recurso de alzada pueda alcanzar firmeza hasta que no se desestime éste expresa y totalmente, pues hasta ese momento la Administración puede decidir cuantas cuestiones plantee el recurso tanto de forma como de fondo». Del mismo modo, la STS de 22 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 4545) afirma que «el transcurso del plazo legalmente previsto para la resolución del recurso de alzada no determina la firmeza del acto administrativo sancionador, sino que únicamente habilita al interesado para interponer recurso Contencioso-Administrativo».

Por lo tanto, cuando ante un recurso administrativo ordinario contra una sanción se produzca el silencio de la Administración, la sanción seguirá sin ser definitiva en vía administrativa y sin alcanzar la cualidad de ejecutiva. En palabras de CHINCHILLA MARÍN, «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»¹⁰⁸. En estos casos, la ejecutividad de la sanción sólo llegará cuando el recurrente decida interponer el recurso contencioso-administrativo y el Juez no acuerde suspender la eficacia de la sanción como medida cautelar.

Podría discutirse si la sanción sería ejecutiva cuando, por el contrario, el interesado dejara transcurrir el plazo

¹⁰⁸ 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", (...), cit., p. 61.

para interponer el recurso en vía contencioso-administrativa. Según el art. 46.1 LJCA, ese plazo es de seis meses cuando se trata de actos presuntos. Lo que ocurre es que, realmente, acto presunto es únicamente el silencio administrativo positivo, pero no el silencio negativo, que es una mera ficción legal que habilita al interesado para recurrir¹⁰⁹. Como respecto a los recursos administrativos contra sanciones únicamente se puede producir este segundo tipo de silencio, *ex art.* 24.1 LPAC

¹⁰⁹ Así lo declaró la STC 52/2014, de 10 abril. En ella, el TC resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 46.1 LJCA, inciso segundo, por posible vulneración del art. 24.1 CE y del principio de seguridad jurídica. Para ello, el TC recordó la consolidada doctrina constitucional sobre el acceso a la justicia de las personas cuyos derechos e intereses legítimos se ven frustrados o perjudicados por la inactividad administrativa, elaborada a partir de la Sentencia 6/1986, de 21 de enero, según la cual, el silencio administrativo de carácter negativo no es un acto administrativo, sino «una ficción legal que responde a la finalidad de que el ciudadano pueda acceder a la vía judicial, superando los efectos de la inactividad de la Administración». Doctrina que, según el TC, se consolidó con la modificación de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, pues pasó a prever expresamente en su art. 42.2 que «la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, y que en cambio 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». Conforme a ello, el TC consideró que, a la luz de la reforma de 1999 de la Ley 30/1992, el inciso segundo del art. 46.1 LJCA dejó de ser aplicable en los supuestos de silencio administrativo negativo.



tercer párrafo¹¹⁰, nunca se producirá un acto presunto de la Administración y, como consecuencia, habría que entender que no existe ningún plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo y que el art. 46.1 LJCA¹¹¹ debe entenderse vigente únicamente con relación al silencio administrativo positivo. Ello ha sido así hasta la entrada en vigor de la LPAC. Pero el panorama ha cambiado. Ya no se distingue entre acto presunto positivo o negativo, sino que, directamente, se establece que no existe plazo para recurrir actos administrativos presuntos. Así lo determina el art. 122.1 LPAC párrafo segundo respecto al recurso de alzada¹¹² y

¹¹⁰ Art. 24.1 LPAC tercer párrafo: «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».

¹¹¹ Art. 46.1 LJCA: «El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto».

¹¹² Art. 122.1 LPAC párrafo segundo: «Si el acto no fuera expreso el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de alzada en cualquier momento a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa

el art. 124.1 LPAC párrafo segundo con relación al recurso de reposición¹¹³. Es por ello por lo que la doctrina entiende que, desde la entrada en vigor de la LPAC, hay que concluir que si el acto no fuera expreso (sea silencio positivo o negativo) podrá ser recurrido en vía contencioso-administrativa en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que se haya producido el silencio¹¹⁴, independientemente de lo que sigue estableciendo la LJCA en su art. 46.1.

2. Cuando no cabe recurso administrativo ordinario contra la sanción.

Si contra la sanción no cabe recurso administrativo ordinario es porque, o bien se dictó una resolución sancionadora que no ponía fin a la vía administrativa y se recurrió en alzada, o bien se dictó una resolución sancionadora que agotaba la vía administrativa y se recurrió en reposición. Eso, o que, en cualquiera de los dos casos, el sujeto sancionado administrativamente dejó transcurrir los plazos previstos legalmente para

específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo».

¹¹³ Art. 124.1 LPAC párrafo segundo: «Si el acto no fuera expreso, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de reposición en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto».

¹¹⁴ En este sentido, vid. MARTI DEL MORAL, Antonio, "La Jurisdicción Contencioso-Administrativa (II)", *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Tecnos, 2017, 2ª edición, Madrid, pp. 359 y 360.



recurrir sin interponer el recurso administrativo ordinario procedente.

En cualquier caso, una vez resuelto el recurso expresamente por la Administración –ya he explicado que la sanción no alcanza ejecutividad con el silencio administrativo negativo-, o transcurridos los plazos para su interposición sin que el interesado actúe, la sanción deviene firme en vía administrativa y, por tanto, ejecutiva. Entonces sí, el sancionado deberá cumplir la sanción¹¹⁵ si no quiere verse envuelto en un procedimiento de ejecución forzosa pues, desde ese momento, la sanción despliega todos sus efectos jurídicos y si no es cumplida voluntariamente por el sujeto sobre el que recae, la Administración se encuentra habilitada para pasar a ejecutarla directamente sin necesidad de acudir a los tribunales (privilegio de autotutela ejecutiva). Aunque para ello tendrá que realizar un previo apercibimiento al sujeto obligado a cumplir la sanción ex art. 99 LPAC.

Sin embargo, no siempre ocurre eso, pues hay sanciones que no imponen obligaciones al sujeto sancionado y cuya efectividad depende únicamente de la Administración¹¹⁶. Es lo que ocurre con la retirada de puntos del permiso de conducir. Esa sanción no requiere

¹¹⁵ Las leyes sectoriales establecen el plazo de cumplimiento voluntario. Por ejemplo, el 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, otorga en su art. 110.1 un plazo de quince días naturales al sujeto sancionado pecuniariamente para que, una vez firme la sanción, proceda voluntariamente al pago de la multa.

¹¹⁶ A este respecto, *vid.* CANO CAMPOS, Tomás, *Las sanciones de tráfico*, (...), cit., p. 517.

que el destinatario la cumpla voluntariamente, por lo que no será precisa la técnica de la ejecución forzosa, sino que la Administración, en el momento en que la sanción sea ejecutiva, podrá proceder a ejecutarla¹¹⁷ –en este caso, mediante la retirada de los puntos del permiso de conducir y su anotación en el Registro de conductores.

En cualquier caso, al ser la sanción ejecutiva, existe el riesgo de que efectivamente se ejecute. Pero, todavía, el sujeto sancionado por la Administración no ha tenido posibilidad de someterla a revisión de un Juez. Todavía está expedita la vía de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y como consecuencia, como ya he explicado en un epígrafe anterior, por exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, hay que garantizar que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal. Y ello sólo será posible si, ante la intención del sancionado de interponer recurso contencioso-administrativo, la ejecutividad de la sanción se vuelve a suspender hasta que el Juez se pronuncie sobre ella.

Precisamente esa regla es la que establece el art. 90.3 LPAC a partir de su segundo párrafo:

¹¹⁷ En ocasiones, las Leyes sectoriales establecen un plazo a partir del cual la Administración puede proceder a ejecutar la sanción, incluso cuando la misma no requiere cumplimiento por parte de su destinatario sino solamente un acto de la Administración. 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, que en su art. 109 habilita a la Administración para ejecutar la sanción de suspensión de autorización transcurrido un mes desde que la misma haya adquirido firmeza en vía administrativa.



«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.»

Como vemos, la garantía del derecho fundamental del sancionado ahora queda en sus propias manos, pues puede decidir no recurrir en vía contencioso-administrativa y cumplir la sanción o esperar a que la Administración la ejecute forzosamente; o, por el contrario, puede optar por anunciar a la Administración su intención de interponer recurso-contencioso contra la resolución sancionadora.

De esta forma se ha solucionado el problema que venía existiendo con anterioridad a la LPAC durante el periodo intermedio que transcurría desde que la sanción era firme en vía administrativa hasta que el Juez se pronunciaba sobre la suspensión -al igual que se ha solucionado el problema que existía con aquellas sanciones que agotaban la vía administrativa pero eran

susceptibles de recurso de reposición con la sustitución del criterio del fin de la vía administrativa por el de firmeza en vía administrativa para marcar el comienzo de la ejecutividad de las sanciones- y se ha eliminado la dificultad, que puso de manifiesto ALARCÓN SOTOMAYOR, «de articular algún medio para que la Administración sepa rápidamente si se ha interpuesto el recurso contencioso-administrativo»¹¹⁸.

Y para ello, el legislador ha impuesto una carga a los administrados que resultan sancionados. Si, una vez firme la sanción en vía administrativa, desean recurrirla en vía judicial y quieren evitar que despliegue efectos hasta que el Juez se pronuncie, tienen que comunicar a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo, y según REBOLLO PUIG, también la de solicitar allí la suspensión¹¹⁹. A mi parecer, esto segundo no sería necesario indicarlo. Bastaría con que el interesado anunciara a la Administración su intención de recurrir la sanción en vía contencioso-administrativa para que se produjera la suspensión automática de su ejecutividad. Ello, por sí solo, impediría que la Administración pudiera pasar a la ejecución forzosa. Sin necesidad de que se advierta la intención de solicitar la suspensión. Creo que si un interesado recurre en sede judicial es porque no está de acuerdo con la sanción y, por tanto, tratará de que nunca llegue a ejecutarse o, al menos, de retrasar todo lo posible su ejecución. No considero necesario complicar la carga que ya se le impone en la LPAC. Eso sí, si en el escrito de

¹¹⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *El procedimiento administrativo sancionador (...)*, cit., p. 487.

¹¹⁹ REBOLLO PUIG, Manuel, "La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de procedimiento administrativo común", (...), cit., p. 1348.



interposición del recurso el interesado no solicita al Juez la suspensión cautelar de la sanción, la misma recupera su ejecutividad. Al igual que si, finalmente, el interesado decide no recurrir o si, habiendo recurrido y solicitado la suspensión, el Juez se la deniega.

Por otra parte, aunque el precepto utilice la expresión «*se podrá* suspender», a mi juicio, la suspensión cautelar de la ejecutividad de la sanción debe entenderse, no como una posibilidad, sino como una obligación de la Administración para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del sujeto al que ha impuesto una sanción, pues así se venía haciendo por exigencias de la jurisprudencia incluso cuando la Ley 30/1992 guardaba silencio a este respecto¹²⁰. Obligación de la Administración, como vemos, de suspender la ejecutividad de la sanción, no de retrasarla. La sanción devino ejecutiva cuando alcanzó firmeza en vía administrativa. Ahora lo que se pretende es evitar que se ejecute hasta que un Juez se pronuncie sobre tal posibilidad.

El problema es que el art. 90.3.2º LPAC no establece un plazo para que el interesado anuncie su intención de recurrir, por lo que el mismo puede hacerlo días antes de que transcurra el plazo legal de dos meses para interponer recurso contencioso-administrativo. Sea como fuere, hasta que no lo anuncie, la sanción sigue siendo ejecutiva, por lo que la Administración puede proceder a ejecutarla forzosamente una vez que expire

¹²⁰ REBOLLO PUIG, Manuel, "La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de procedimiento administrativo común", (...), cit., p. 1348, opina que sólo interpretando la suspensión de la ejecutividad de la sanción como una obligación de la Administración –y no como una facultad- se consigue que el art. 90.3.2º LPAC sea conforme con la jurisprudencia constitucional.

el plazo de cumplimiento voluntario que, en su caso, haya otorgado al interesado. Pero en el momento que se reciba la comunicación del interesado, las actuaciones que se hayan comenzado para llevar a cabo la ejecución forzosa tienen que cesar de inmediato y, en su caso, la Administración tendrá que reponer al sujeto en su situación originaria anterior a dicha ejecución.

En cualquier caso, si el interesado hace uso de la facultad que le reconoce el art. 90.3 LPAC, lo que ocurre es que la sanción, ya ejecutiva, se suspende hasta que un Juez se pronuncie al respecto. Es decir, transcurrirá un tiempo sin que la sanción pueda ser ejecutada e incluso quizá nunca llegue a ejecutarse. Pero como es probable que la sanción sea conforme a Derecho y que el Juez desestime su suspensión, el art. 90.3 LPAC ha previsto en su primer párrafo la posibilidad de que se adopten medidas cautelares en la propia resolución sancionadora para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva, pudiendo consistir tales medidas en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado¹²¹.

¹²¹ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, "Derecho Administrativo sancionador: garantías formales y procedimiento sancionador", *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Tecnos, 2017, 2ª edición, Madrid, p. 244.



3. Cuando se interpone recurso contencioso-administrativo contra la sanción.

Una vez comunicada a la Administración la intención de interponer recurso contencioso-administrativo y suspendida la ejecutividad de la sanción, pueden ocurrir dos cosas:

- 1) Que el interesado no solicite en el recurso la suspensión de la sanción como medida cautelar: en este caso, la sanción vuelve a recuperar su ejecutividad en ese mismo momento de la interposición sin solicitud de suspensión.
- 2) Que el interesado solicite la medida cautelar de suspensión: este supuesto puede dar lugar, a su vez, a dos situaciones. Que el Juez estime la solicitud y suspenda cautelarmente la ejecutividad de la sanción hasta que dicte sentencia; o que el Juez la desestime, en cuyo caso, la sanción vuelve a desplegar todos sus efectos¹²².

¹²² Si el Juez deniega la medida cautelar de suspensión, la sanción administrativa podrá ejecutarse, sin perjuicio de que finalmente la sentencia pueda estimar el recurso y anular la sanción, en cuyo caso procederá el pleno restablecimiento de los derechos del sujeto indebidamente sancionado. Lo mismo ocurrirá en aquellos supuestos en que el sujeto haya reconocido su responsabilidad y haya pagado voluntariamente la sanción pecuniaria que se le impuso *ex art.* 85.2 LPAC para beneficiarse del programa de clemencia previsto por ese mismo artículo, en su tercer apartado, consistente en que el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta; pues en estos casos, aunque el precepto condiciona la efectividad de las reducciones al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción, la vía jurisdiccional contencioso-administrativa queda expedita para el interesado –aunque el precepto no lo diga expresamente, la doctrina entiende que la

Por tanto, únicamente solicitando al Juez en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo la suspensión de la sanción y reconociéndola éste, se mantiene dicha suspensión hasta que se resuelva el recurso. De lo contrario, en cualquier momento, la Administración puede acordar dar un plazo de cumplimiento voluntario al interesado y, una vez transcurrido éste sin que se ejecute la sanción, puede pasar a ejecutarla forzosamente. A no ser que el recurrente decida solicitar la medida cautelar de suspensión que no solicitó al interponer el recurso durante la tramitación del proceso, cosa que le permite el art. 129 LJCA. En este caso, cuando el Juez resuelva sobre la solicitud de medida cautelar, puede suceder que la sanción vuelva a perder su ejecutividad. Lo que no resuelve la LPAC es si la mera solicitud de justicia cautelar suspende automáticamente la ejecutividad de la sanción hasta en tanto el Juez resuelve sobre ella. Así lo pone de manifiesto REBOLLO PUIG, que se inclina por considerar que sí se produce esa suspensión provisional¹²³.

En cualquier caso, el juez, para decidir si adopta o no la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la sanción, seguirá las reglas generales de la LJCA,

resolución administrativa de reconocimiento de pago que pone fin al procedimiento sancionador agota la vía administrativa-, por lo que puede suceder que después de que el interesado haya pagado voluntariamente la multa, el Juez la anule en sentencia y la Administración tenga que devolvérsela. A este respecto, *vid.* ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, "Derecho Administrativo sancionador: (...)", *cit.*, pp. 239 y 244.

¹²³ REBOLLO PUIG, Manuel, "La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de procedimiento administrativo común", (...), *cit.*, p. 1348.



pues ni legislador ni jurisprudencia han establecido ninguna singularidad en relación con las sanciones. Como vemos, en la vía judicial ya no se produce la suspensión automática de las sanciones que opera en la vía administrativa. Así lo declara la STS de 4 de marzo de 2013 (Ar. 2668) que, acto seguido, afirma que «el órgano judicial debe resolver sobre la procedencia o no de la suspensión, con o sin garantía, con arreglo a los criterios previstos en los arts. 129 y siguientes LJCA».

Esos criterios vienen a exigir la ponderación de los intereses en conflicto. El art. 130 LJCA dispone que la medida cautelar sólo podrá acordarse cuando la ejecución del acto pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima. Pero incluso en ese caso el precepto realiza una salvedad, pues permite denegar la medida cautelar cuando de la misma pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Por tanto, en el caso de las sanciones, únicamente podrán los jueces acordar la suspensión cautelar de su ejecutividad cuando la ejecución de las mismas hiciera perder al recurso su finalidad y si, previamente se han asegurado de que su adopción no conlleva una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Como se puede deducir, no es nada fácil que se adopte la medida cautelar. Pero es que, además, en el caso de acordarse, el art. 133 LJCA impone que, si de la misma se pueden derivar perjuicios de cualquier naturaleza, se acuerden las medidas necesarias y adecuadas para evitarlos o paliarlos, o se exijan las cauciones o garantías suficientes para responder de ellos.

Ante estos criterios tan estrictos, explica REBOLLO PUIG que los jueces ni siquiera moderan su carácter en atención a la naturaleza gravosa de las sanciones. Y que, más bien al contrario, ante las sanciones de multa, que

son las más frecuentes, incluso tienden a no conceder la suspensión por considerar que el pago de las mismas no hace perder al recurso su finalidad legítima. Y ello a pesar de que el Tribunal Constitucional ya rechazó esta tesis en su STC 238/1992 con relación a los daños causados por la ejecutividad de los actos administrativos sobre derechos patrimoniales, donde afirmó que

«La cuestión es más bien, si la valoración económica *a posteriori* del perjuicio puede conseguir, visto el derecho o bien afectado, hacer totalmente reversible su afectación inicial, esto es, restaurar plenamente la situación anterior al acto administrativo».

Conforme a ello, algunos tribunales han adoptado decisiones más justas y razonables, pero lamentablemente, no representan la tónica general. Un ejemplo sería la STSJ de Madrid n.º 445/2016, de 8 junio (JUR 2016, 186513), que estima la suspensión de la ejecutividad de una sanción de multa de 330.002 € porque «dado el concreto importe de la sanción impuesta resulta factible admitir que su pago podría ser capaz de generar a la recurrente-apelada perjuicios materiales que sean de difícil reparación». Aunque como contrapunto, dado el interés general asociado al efectivo pago de la multa, requiere que la recurrente aporte garantía del pago futuro de la sanción ex art. 133 LJCA.

Lo habitual sigue siendo, por tanto, que la ejecutividad de las sanciones no se suspenda en la vía contencioso-administrativa, lo que parece contradecir el espíritu de tolerancia de la LPAC al retraso de la ejecutividad hasta la firmeza en vía administrativa de la sanción y a su posterior suspensión en caso de anuncio de recurso contencioso-administrativo. Habrá que esperar para ver si, como cree REBOLLO PUIG que debería



ocurrir¹²⁴, la LPAC influye sobre los criterios judiciales para decidir sobre la suspensión cautelar de las sanciones.

Sin embargo, lo cierto es que lo que se pretendía, que era la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva de los sancionados, se ha logrado, pues ahora éstos tienen la posibilidad de que un Juez se pronuncie sobre la ejecutividad de las sanciones que se les han impuesto antes de que la Administración pueda ejecutarlas.

IV. LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES EN ÁMBITOS SECTORIALES.

La Disposición Adicional 1ª LPAC, en su segundo apartado, establece:

«Las siguientes actuaciones y procedimientos se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley:

- a) Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa.
- b) Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo.

¹²⁴ REBOLLO PUIG, Manuel, "La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de procedimiento administrativo común", (...), cit., p. 1351.

c) Las actuaciones y *procedimientos sancionadores* en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería.

d) Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo.»

Del apartado c) del mencionado precepto se deriva que el régimen de la ejecutividad de las sanciones establecido en la LPAC sólo es aplicable supletoriamente en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en las leyes reguladoras de estas materias. Y lo mismo habrá que entender respecto a lo dispuesto en la LRJSP, pues, aunque nada diga sobre su aplicación supletoria en esos ámbitos, la mejor doctrina ya se ha pronunciado abogando por esta solución¹²⁵.

A ello habría que añadir dos ámbitos más en el que el régimen de ejecutividad previsto en la LPAC sería supletorio: las sanciones impuestas por las Universidades Públicas y las sanciones impuestas por Corporaciones de Derecho Público. Y ello en virtud de los arts. 2.2 c) y 2.4 LPAC, los cuales establecen que Universidades Públicas y Corporaciones de Derecho Público, respectivamente, se rigen por su normativa específica y sólo supletoriamente por las previsiones de la LPAC. Pero no sólo conforme a esos preceptos, sino también *ex arts.* 2.3 LPAC y 2.3 LRJSP, pues ambos excluyen del concepto de Administración Pública a las

¹²⁵ REBOLLO PUIG, Manuel, "La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de procedimiento administrativo común", (...), cit., p. 1362.



Universidades Públicas y a las Corporaciones de Derecho Público¹²⁶. A pesar de ello, esta exclusión es dudosa, sobre todo con relación a las Universidades Públicas, respecto a las cuales, la doctrina sigue siendo reticente a excluirlas del ámbito de las Leyes 39 y 40/2015 y del concepto de Administración Pública. Algunos autores, como PIZARRO NEVADO, creen que «la indicación de que las Universidades públicas “se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley” no supondrá en la práctica que no se les aplique la LRJSP, porque hay preceptos que expresamente aluden a ellas. Y otros muchos que no se aplicarían inicialmente a las mismas, por dirigirse a las Administraciones Públicas, pero que eventualmente les serán de aplicación con carácter supletorio»¹²⁷. Otros, como SANTAMARÍA PASTOR, van aún más lejos y afirman que por el simple hecho de que las Universidades se rijan por su normativa específica y supletoriamente por los preceptos de la LRJSP no cabe negar su naturaleza de

¹²⁶ Las Corporaciones de Derecho Público, por su parte, no son sólo excluidas del concepto de Administración Pública, sino también del concepto más amplio de Sector Público institucional ex arts. 2.2 LPAC y 2.2 LRJSP. Y, además, sólo se les aplican las Leyes 39 y 40/2015 de forma supletoria en lo atinente al ejercicio de funciones públicas y no a todo lo no previsto por su normativa específica, como ocurría durante la vigencia de la Ley 30/1992. Se ha radicalizado, por tanto, su exclusión del ámbito público, pero ello no ha parecido merecer tanto reproche doctrinal como la exclusión de las Universidades públicas del concepto de Administración Pública.

¹²⁷ PIZARRO NEVADO, Rafael, “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, *El nuevo régimen jurídico del sector público*, dirigida por GONSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, Wolters Kluwer, 2016, Madrid, p. 32.

Administración Pública¹²⁸. A este respecto, ha calado en la doctrina la queja de que la novedad de dejar de considerar a las Universidades públicas como Administraciones públicas no cumple «con la exigencia de fundamentación objetiva de las decisiones de los poderes públicos propia del Estado de Derecho y su consiguiente exteriorización a través de los instrumentos de motivación de tales decisiones»¹²⁹, por lo que no queda claro qué ha pretendido el legislador con la exclusión y es en esa incertidumbre donde se basan los expertos para considerar que en la práctica esa exclusión será mucho más moderada si no nula.

Lo que no es dudoso es la aplicación supletoria de la LPAC en el ámbito de Derecho de defensa de la competencia o *antitrust*, pues el legislador así lo ha previsto expresamente en el art. 45 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia:

¹²⁸ *Apud* PIZARRO NEVADO, Rafael, "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", (...), cit., pp. 31-32. De igual modo, MARTÍN DELGADO, Isaac, "Artículo 2", *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, dirigida por CAMPOS ACUÑA, Concepción, Wolters Kluwer, 2017, Madrid, p. 44: «El que las Universidades puedan tener libertad para configurar su propio procedimiento administrativo con carácter preferente respecto de la regulación común no implica que no sean Administraciones Públicas».

¹²⁹ TARDÍO PATO, José Antonio, "¿Tiene sentido que las Universidades públicas dejen de ser Administraciones Públicas en las nuevas Leyes del Sector Público y de Procedimiento Administrativo Común?", *Documentación Administrativa*, n.º 2, enero-diciembre 2015, p. 2.



«Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley».

Pero lo cierto es que la LDC no regula la ejecutividad de las sanciones, por lo que se entiende aplicable supletoriamente el régimen previsto en la LPAC – además, así lo afirma expresamente el art. 70.1 LDC, aunque con relación a la anterior Ley 30/1992.

Vuelven a surgir dudas, sin embargo, sobre si el régimen general de ejecutividad de las sanciones previsto por la LPAC es aplicable a las sanciones disciplinarias pues, a diferencia de la exclusión que establecía la Ley 30/1992 en su art. 127.3¹³⁰, nada dice la LPAC al respecto. Algunos autores, como REBOLLO PUIG, han encontrado fundamento en la LRJSP, concretamente en su art. 25.3 -que extiende la aplicación de los principios de la potestad sancionadora al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio-, para afirmar que también lo dispuesto en la LPAC es aplicable a las sanciones disciplinarias¹³¹. Sin embargo, esa afirmación

¹³⁰ Art. 127.3 Ley 30/1992: «Las disposiciones de este Título [De la potestad sancionadora] no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual».

¹³¹ REBOLLO PUIG, Manuel, “La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de procedimiento administrativo común”, (...), cit., pp. 1363 y 1464.

no está exenta de problemas, como reconoce el propio autor, precisamente con relación al régimen de ejecutividad de las sanciones, pues algunos funcionarios se encuentran sometidos a un régimen disciplinario singular y severo. Es el caso de los militares, policías nacionales y guardia civiles. El art. 60.1 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece la regla de la inmediata ejecutividad de las sanciones. También el art. 48 de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, establece como regla general la inmediata ejecutividad de las sanciones impuestas a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, pero, además, aclara que la interposición de un recurso administrativo o judicial no suspende la ejecución de la sanción, aunque la autoridad competente podrá suspender, de oficio o a instancia de parte, la ejecución si considera que de la misma se podrían derivar perjuicios de imposible o de difícil reparación. De igual modo, el art. 66.1 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, establece la regla de la inmediata ejecutividad de las sanciones y de la no suspensión de la ejecución de las mismas por la interposición de recurso administrativo o judicial. Y ello es así porque, en el caso del régimen disciplinario militar, el legislador ha considerado que la regla de la inmediata ejecutividad de las sanciones es «indisociable con la preservación de valores castrenses tan esenciales como el mantenimiento de la disciplina o la evitación de perjuicios irreparables al servicio» y así lo ha reconocido en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas¹³². En el ámbito del régimen disciplinario de la

¹³² No se trata de una afirmación exenta de polémica. GONZÁLEZ ALONSO considera que «el mantenimiento de la disciplina no



Guardia Civil, quizás por los mismos motivos –por ser un cuerpo armado de naturaleza militar-, también «se mantiene y se refuerza el carácter ejecutivo de las resoluciones sancionadoras» (Preámbulo de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil). Respecto al ámbito de la Policía Nacional, nada dice la ley reguladora sobre las motivaciones que han llevado a establecer la regla de la inmediata ejecutividad de las sanciones, pero se puede deducir que el legislador así la ha establecido porque ha visto en esa regla una vía para conseguir que el mantenimiento de la disciplina y la evitación de perjuicios irreparables al servicio también sean una realidad en este sector.

Ante esta querida, buscada y justificada ejecutividad inmediata de las sanciones en ciertos ámbitos disciplinarios, la LPAC establece la regla general de que las sanciones son ejecutivas desde que son firmes en vía administrativa y nada dice sobre su exclusión en el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración. Habrá que esperar para saber cuál de las dos reglas

puede justificar la inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias castrenses y que éstas deberían atenerse al régimen general de ejecutividad de las sanciones administrativas, es decir cuando exista firmeza en vía administrativa y siempre que no se encuentre pendiente el pronunciamiento de un juez acerca de dicha ejecución». El autor cree que la salvaguarda de la disciplina militar se vería satisfecha de mejor manera a través de la creación de un adecuado sistema de medidas cautelares, precisando cuáles son, los motivos de su imposición, y su sometimiento al pertinente control judicial. *Vid.* GONZÁLEZ ALONSO, Fernando, "La inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias militares y el derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 36, 2014, p. 35.

termina por prevalecer. Si la específicamente prevista en cada legislación sectorial o la regla que establece la LPAC por considerarse que la misma deroga todas las anteriores vigentes en su ámbito de aplicación. Seguramente los Tribunales realicen una interpretación correctora de la LPAC para que el régimen de ejecutividad que regula no sea aplicable en aquellos sectores en los que el legislador ha diseñado una solución diferente y específica.

Veamos, ahora, el régimen de ejecutividad de las sanciones en los ámbitos en que la LPAC se aplica únicamente de forma supletoria.

4. Ejecutividad de las sanciones en materia tributaria y aduanera.

El art. 212.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece:

«La interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación administrativa contra una sanción producirá los siguientes efectos:

a) La ejecución de las sanciones quedará automáticamente suspendida en periodo voluntario sin necesidad de aportar garantías hasta que sean firmes en vía administrativa...»

Esto aparece desarrollado en el art. 29 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario, que dispone:



«1. La suspensión de la ejecución de las sanciones, pecuniarias y no pecuniarias, como consecuencia de la interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación en vía administrativa se aplicará automáticamente por los órganos competentes, sin necesidad de que el interesado lo solicite.

2. Una vez la sanción sea firme en vía administrativa, los órganos de recaudación no iniciarán las actuaciones del procedimiento de apremio mientras no concluya el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo. Si durante ese plazo el interesado comunica a dichos órganos la interposición del recurso con petición de suspensión, ésta se mantendrá hasta que el órgano judicial adopte la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada...».

De los preceptos anteriores se deduce que en el ámbito tributario, las sanciones pasan por tres fases: una primera fase en que todavía no han alcanzado la ejecutividad, mientras son susceptibles de recurso o reclamación administrativa; una segunda fase de suspensión automática de la ejecutividad ya alcanzada, que se prolonga desde que la sanción es firme en vía administrativa y durante todo el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo; y una tercera fase de suspensión no automática de la ejecutividad, la cual sólo se activa cuando el interesado anuncia su intención de recurrir en vía jurisdiccional contencioso-administrativa y de solicitar la medida cautelar de suspensión, que se prolonga hasta que el Juez se pronuncia sobre la suspensión solicitada.

Por tanto, en el ámbito tributario, la interposición de un recurso o reclamación contra una resolución sancionadora impide la ejecución de la sanción, sin ni

siquiera ser necesaria la prestación de garantía. Una vez que la resolución alcanza firmeza en vía administrativa, la ejecución también se suspende *ex lege* hasta que el interesado decida no interponer recurso en vía judicial, hasta que lo interponga sin solicitar la suspensión de la ejecución de la sanción que se le ha impuesto, o hasta que el Juez se pronuncie negativamente sobre la suspensión en caso de que ésta sea solicitada junto con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo¹³³.

Para que este régimen de suspensiones automáticas funcione correctamente es necesario que el órgano administrativo competente para tramitar y resolver los recursos o reclamaciones administrativas comunique al órgano competente para la ejecución de la sanción que el sujeto sancionado ha interpuesto el recurso. De lo contrario, se podría iniciar una ejecución que se encuentra suspendida. Es por ello por lo que el art. 29.3 del Reglamento del régimen sancionador tributario exige que esa comunicación se produzca en el plazo de 10 días desde la interposición del recurso o reclamación administrativa. Por los mismos motivos, el precepto exige al órgano administrativo competente para resolver el recurso que comunique al órgano competente para la ejecución de la sanción todas las decisiones e incidencias al respecto.

En este sentido, se echa en falta que el Reglamento exija al interesado que pretende recurrir la sanción tributaria que anuncie a la Administración competente para ejecutarla su intención de interponer recurso

¹³³ A este respecto, *vid.* BANACLOCHE PÉREZ-ROLDÁN, Julio, *Guía práctica de sanciones tributarias*, La Ley, 2005, Madrid, pp. 316 y 317.



contencioso-administrativo, tal y como hace en la actualidad el art. 90.3 LPAC.

Independientemente de todo ello, puede afirmarse que en el ámbito tributario es pacífica la doctrina de la no ejecución de las sanciones mientras no sean firmes en vía administrativa¹³⁴, pues así lo establece el art. 212 LGT y lo establecía la anterior Ley 1/1998 en su art. 35¹³⁵. Incluso con anterioridad, los Tribunales impedían la ejecutividad de las sanciones tributarias antes de que fueran firmes por exigencias constitucionales del derecho a la presunción de inocencia. La STSJ de Navarra de 24 de noviembre de 1997 (recurso contencioso-administrativo n.º 927/1993) afirmó: «el juego del principio de presunción de inocencia impide la ejecutividad inmediata de las sanciones hasta su firmeza en vía administrativa». Así lo hicieron otras sentencias como la STSJ de Valencia del 28 de diciembre de 1995 (recurso contencioso-administrativo n.º 3489/1995). Sin embargo, como ya advertí en un epígrafe anterior, la postergación de la ejecutividad de las sanciones no se basa en el derecho a la presunción de inocencia, pues tal presunción se destruye con la resolución administrativa sancionadora, sin necesidad de que sea firme (ni de que ponga fin a la vía administrativa como exigía el art. 138.3 Ley 30/1992), pues la Administración ya ha tenido que destruir tal presunción mediante una prueba de cargo suficiente. Por tanto, es de agradecer que la Ley 1/1998

¹³⁴ BANACLOCHE PÉREZ-ROLDÁN, Julio, *Guía práctica (...)*, cit., pp. 340-342.

¹³⁵ Art. 35 Ley 1/1998: «La ejecución de las sanciones tributarias quedará automáticamente suspendida sin necesidad de aportar garantía, por la presentación en tiempo y forma del recurso o reclamación administrativa que contra aquéllas proceda y sin que puedan ejecutarse hasta que sean firmes en vía administrativa».

y, más tarde, la LGT, vinieran a dar seguridad jurídica a la garantía de la no ejecutividad inmediata de las sanciones, pues la misma no constituye una exigencia constitucional, sino que es simplemente un incremento de garantías que el legislador ha decidido reconocer al presunto responsable de una infracción administrativa. Y más aún es digno de elogio que, desde un principio, ambas leyes establecieran la línea divisoria del comienzo de la ejecutividad de las sanciones en la firmeza en vía administrativa y no en el fin de la vía administrativa como hacía la Ley 39/1992 (evitando así los problemas de inseguridad jurídica que conllevaba esta segunda expresión y que puse de manifiesto en un epígrafe anterior).

5. Ejecutividad de las sanciones en el orden social.

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, nada dice con relación a la ejecutividad de las sanciones. Es el art. 24.1 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social¹³⁶, el que

¹³⁶ El Reglamento de desarrollo de la Ley sigue siendo el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social porque aunque el art. 51.1 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social encargó al Gobierno la competencia para dictar el Reglamento de procedimiento



sienta como regla general que «Las resoluciones sancionadoras firmes en vía administrativa serán inmediatamente ejecutivas».

De nuevo, una ley sectorial establece la ejecutividad de las sanciones desde que éstas alcanzan firmeza en vía administrativa (coincidiendo por tanto con la regulación dada por la actual LPAC). Como consecuencia de ello, el art. 25.1 *in fine* del mencionado Reglamento sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social, prevé que, además del período voluntario de treinta días que se otorga al sancionado desde la fecha de notificación de la resolución sancionadora, se otorgue otro plazo de cumplimiento voluntario de quince días cuando la resolución sea recurrida en vía administrativa. Y ello porque es posible que el sancionado, por estar de acuerdo con la sanción que se le impone, cumpla voluntariamente con su contenido antes incluso de que sea ejecutiva; pero también es posible que decida recurrir en vía administrativa y que, una vez firme la sanción en tal vía, decida acatarla y no seguir recurriendo en vía judicial. En este segundo caso, hay que dar la posibilidad al sancionado de que cumpla con el contenido de la sanción voluntariamente, pues sólo desde que aquella fue ejecutiva puede la Administración exigir su ejecución.

Para finalizar, hay que destacar que en este ámbito resulta de aplicación subsidiaria la Ley 30/1992 *ex art.* 51.2 LISOS. Referencia que actualmente se tiene que

especial para la imposición de sanciones en el orden social, tal mandato no ha sido cumplido. *Vid.* GARCÍA BLASCO, Juan y MONEREO PÉREZ, José Luis, *Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social y normas concordantes*, Comares, 2006, Granada, pp. 681 y 682.

entender realizada a la LPAC y a la LRJSP, por lo que puede concluirse que en el orden social rige el régimen común de ejecutividad de las sanciones.

6. Ejecutividad de las sanciones en materia de tráfico y seguridad vial.

Ya ponía de manifiesto ALARCÓN SOTOMAYOR que uno de los objetivos esenciales de la Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, era que las sanciones de tráfico produjeran efectos y pudieran ejecutarse cuanto antes¹³⁷. Conforme a dicho objetivo, la Ley estableció que las resoluciones sancionadoras ponían fin a la vía administrativa y que se podían ejecutar desde el día siguiente a aquél en que se notificaban, incluso aunque se interpusiera recurso de reposición contra ellas, pues su interposición no suspendía la ejecución de la sanción. Lo mismo establece en la actualidad el art. 96 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 (en adelante, LTSV):

«1. La resolución sancionadora pondrá fin a la vía administrativa y la sanción se podrá ejecutar desde el día siguiente a aquel en que se notifique al interesado, produciendo plenos efectos, o, en su caso, una vez haya transcurrido el plazo indicado en el artículo 95.4.

¹³⁷ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, “La eficacia y la ejecución (...)”, cit., p. 129.



2. Contra las resoluciones sancionadoras, podrá interponerse recurso de reposición, con carácter potestativo, en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su notificación. El recurso se interpondrá ante el órgano que dictó la resolución sancionadora, que será el competente para resolverlo.

3. La interposición del recurso de reposición no suspenderá la ejecución del acto impugnado ni la de la sanción. En el caso de que el recurrente solicite la suspensión de la ejecución, ésta se entenderá denegada transcurrido el plazo de un mes desde la solicitud sin que se haya resuelto...»

Vayamos por partes. Lo primero que interesa destacar del precepto es su comienzo: "*La resolución sancionadora pondrá fin a la vía administrativa*". Las sanciones de tráfico son, por lo tanto, una de esas resoluciones que siempre agotan la vía administrativa, independientemente del órgano que las haya dictado, en virtud del art. 114.1 g) LPAC. Consecuencia inmediata de que estas sanciones causen estado en la vía administrativa es que son recurribles directamente en vía contencioso-administrativa y, sólo potestativamente, en vía administrativa a través del recurso de reposición (art. 123 LPAC). Y así lo reitera el art. 96 LTSV, que recuerda que su interposición debe realizarse en el plazo de un mes desde el día siguiente a la notificación de la resolución sancionadora y ante el órgano que la dictó, que será el competente para resolverlo.

Lo segundo más relevante del precepto, a nuestros efectos, es la afirmación relativa a que «*la sanción se podrá ejecutar desde el día siguiente a aquel en que se notifique al interesado, produciendo plenos efectos*». Como vemos, se trata de un régimen de ejecutividad

totalmente diferente al dispuesto en la LPAC respecto a las sanciones con carácter general. En materia de tráfico, para que la sanción sea ejecutiva, no es necesario esperar a que alcance firmeza en vía administrativa, sino que es suficiente con que ponga fin a tal vía, lo cual – como acabo de explicar-, sucede en el mismo momento en que se dicta la sanción, pues las resoluciones sancionadoras agotan la vía administrativa *ope legis*. Lo que ocurre, por tanto, en este sector, es que respecto a las sanciones rige la regla general de ejecutividad inmediata de los actos administrativos. Sin embargo, el art. 96.1 LTSP establece una salvedad: «*la sanción se podrá ejecutar desde el día siguiente a aquel en que se notifique al interesado...o una vez haya transcurrido el plazo indicado en el artículo 95.4*». Para comprender la remisión al art. 95.4 LTSV hay que conocer primero los dos posibles procedimientos sancionadores y las especialidades que surgen de ellos:

- Procedimiento sancionador abreviado (art. 94 LTSV): el art. 93 LTSV establece que, una vez notificada la denuncia, ya sea en el acto o en un momento posterior, el denunciado dispone de un plazo de veinte días naturales para realizar el pago voluntario con reducción de la sanción de multa, o para formular las alegaciones y proponer o aportar las pruebas que estime oportunas. Pues bien, si el interesado opta por abonar la cuantía de la sanción en el plazo de cumplimiento voluntario, el procedimiento sancionador a tramitar es el abreviado, que concluye en el mismo momento en que se produce el pago, sin necesidad de resolución expresa, y que conlleva la reducción del cincuenta por ciento del importe de la sanción, la renuncia a formular alegaciones y la firmeza de la sanción en vía administrativa. Como vemos, surge aquí una especialidad respecto a lo previsto en el



art. 96 LTSV con carácter general, y es que la denuncia hace las veces de resolución sancionadora y, una vez efectuado el pago, se considera que dicha resolución ha alcanzado firmeza en vía administrativa -que no puesto fin en ella-, por lo que produce plenos efectos desde el día siguiente. Como consecuencia, la sanción es únicamente recurrible en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses ex art. 46 LJCA, a contar desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el pago, y no susceptible de ningún tipo de recurso administrativo ordinario, ni siquiera el de reposición.

- Procedimiento sancionador ordinario (art. 95 LTSV): si, conforme al art. 93 LTSV, el sujeto sancionado opta por formular alegaciones y proponer o aportar pruebas en el plazo de veinte días, entonces procede la tramitación del procedimiento sancionador ordinario. Una vez que se concluya la instrucción del mismo, el órgano instructor elevará propuesta de resolución al órgano con competencia sancionadora para que dicte la resolución procedente –propuesta que únicamente se debe notificar al interesado para que pueda realizar alegaciones en el plazo de quince días, si recoge hechos, alegaciones o pruebas diferentes a las aducidas por el mismo. La resolución sancionadora que se dicte se registrará por lo dispuesto en el art. 96 LTSV, por lo que pondrá fin a la vía administrativa y la sanción se podrá ejecutar desde el día siguiente a aquel en que se notifique al interesado. Contra ésta, como no alcanza firmeza en vía administrativa ope legis, sino que simplemente agota tal vía, procede interponer recurso jurisdiccional contencioso-

administrativo o, potestativamente, recurso de reposición.

Aunque la LTSV aluda a dos tipos de procedimientos sancionadores, lo cierto es que existe una tercera posibilidad, que aparece contemplada en el art. 95.4 LTSV: que el interesado, una vez se le notifica la denuncia, ni pague voluntariamente el importe de la multa ni formule alegaciones en el plazo de veinte días naturales. En este caso, la denuncia vuelve a hacer las veces de acto resolutorio del procedimiento sancionador –nos encontramos, de nuevo, con una resolución sancionadora ficticia- y la sanción se puede ejecutar transcurridos treinta días naturales desde la notificación de la denuncia.

Llegados a este punto, ya se comprende la salvedad del art. 96.1 LTSV en relación con el art. 95.4 LTSV. Y es que el régimen de ejecutividad de las sanciones de tráfico varía según la forma en que éstas se imponen:

- Si la sanción se impone vía procedimiento sancionador abreviado -porque el interesado, tras la notificación de la denuncia, ha abonado la cuantía de la multa en el plazo de veinte días naturales- es ejecutiva desde el día siguiente a aquel en que se produce el pago.
- Si la sanción se impone vía procedimiento sancionador ordinario -porque el interesado, tras la notificación de la denuncia, ha optado por formular alegaciones y proponer prueba en el plazo de veinte días naturales- es ejecutiva desde el día siguiente a la notificación de la resolución sancionadora que haya dictado el órgano competente para resolver tras la instrucción del previo procedimiento.



- Si la sanción se impone a través de la denuncia (resolución sancionadora ficticia) -porque el interesado no ha pagado voluntariamente la multa ni formulado alegaciones ni propuesto prueba en el plazo de veinte días naturales-, es ejecutiva cuando transcurren treinta días naturales desde la notificación de la denuncia.

Todo lo anterior, sin embargo, puede resumirse en que las sanciones de tráfico son inmediatamente ejecutivas desde que se dictan, como ocurre con el resto de actos administrativos *ex art. 98 LPAC*. Lo que ocurre es que según la forma en que se tramita el procedimiento administrativo sancionador, las sanciones se entienden dictadas en un momento u otro y a través de un acto u otro: a través de la propia denuncia, al día siguiente a aquel en que se produce el pago voluntario de la multa o aquel en que transcurre el plazo de treinta días naturales desde su notificación sin que el interesado haya pagado voluntariamente ni formulado alegaciones; o a través de una resolución sancionadora, al día siguiente de su notificación al sujeto sancionado.

Finalmente, del art. 96 LTSV, interesa destacar la siguiente afirmación: «*La interposición del recurso de reposición no suspenderá la ejecución del acto impugnado ni la de la sanción*». Ello, junto con la regla de ejecutividad inmediata, hace que se consiga el objetivo al que aludía ALARCÓN SOTOMAYOR (que las sanciones de tráfico produzcan efectos y puedan ejecutarse cuanto antes). Se aleja de nuevo la LTSV del régimen general de ejecutividad de las sanciones previsto en la LPAC, no sólo por adelantar la barrera de la ejecutividad al día siguiente en que se notifica la resolución sancionadora –con las peculiaridades ya explicadas- y no esperar a que la misma alcance firmeza

en vía administrativa; sino también por no prever la suspensión automática de la sanción por interposición de recurso administrativo –como hace la LPAC en relación al recurso contencioso-administrativo. El interesado, a lo sumo, podrá solicitar la suspensión en el recurso potestativo de reposición –el de alzada, como he explicado, no cabe porque las resoluciones sancionadoras en este sector ponen fin a la vía administrativa- y el órgano competente –que también puede adoptar la medida de oficio- decidirá lo procedente conforme a los criterios generales previstos en la LPAC¹³⁸.

Pero ¿qué ocurre con el recurso contencioso-administrativo? ¿Qué efectos despliega su interposición por parte del sujeto sancionado? La LTSV nada dice al respecto, por lo que son posibles dos interpretaciones:

- 1) Como la LTSV no aclara qué ocurre si el sujeto sancionado interpone un recurso contencioso-administrativo contra la sanción, se considera aplicable supletoriamente la LPAC conforme a lo

¹³⁸ El art. 117.1 LPAC establece como regla general que la interposición de un recurso administrativo no suspende la ejecución del acto impugnado, pero en su apartado segundo establece: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.»



dispuesto en su Disposición Adicional primera. Conforme a esta interpretación, cabría sostener que, si el interesado anuncia la interposición del recurso contencioso-administrativo, la ejecutividad de la sanción impuesta se suspende hasta en tanto el Juez no se pronuncie al respecto sobre dicha medida cautelar *ex art.* 90.3 LPAC. Ocurriría por tanto que la sanción, ejecutiva desde que se dictó, perdería temporalmente esa cualidad hasta que el Juez se pronunciara sobre la misma, garantizándose así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los interesados.

- 2) La LTSV sí regula la institución de la ejecutividad, por lo que si no establece que la interposición del recurso contencioso-administrativo la suspende es porque no quiere que eso ocurra. Si se apostara por esta tesis, la LPAC no se entendería de aplicación supletoria porque se partiría de la base de que la LTSV ya ha regulado la materia y se concluiría que la interposición del recurso contencioso-administrativo, al igual que la del recurso de reposición, no suspende la ejecutividad de las sanciones recurridas.

Yo, personalmente, considero que la interpretación más adecuada es la primera, pues corrige los defectos de la LTSV en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y la jurisprudencia constitucional que aconseja el retraso de la ejecutividad de las sanciones hasta que el Juez pueda pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas en los recursos formulados contra ellas.

En cualquier caso, todo lo anterior choca con el art. 108 LTSV: «Una vez firme la sanción en vía administrativa, se procederá a su ejecución conforme a

lo previsto en esta ley». Parece que, a pesar de lo dispuesto en los artículos anteriores, el criterio que delimita la ejecutividad de las sanciones en materia de tráfico es la firmeza en vía administrativa. La LTSV en un primer momento establece, aunque no directamente, que las sanciones son inmediatamente ejecutivas; pero, acto seguido, rectifica y aclara que sólo se procederá a su ejecución cuando hayan alcanzado firmeza en vía administrativa. Yo creo que la LTSV, más que incurrir en una incoherencia, ha diferenciado dos momentos diferentes: la ejecutividad, que se alcanza en el momento en que la sanción se entiende dictada y agota la vía administrativa (las sanciones son inmediatamente ejecutivas); y la ejecución forzosa, a la que sólo se procede cuando las sanciones son firmes en vía administrativa¹³⁹. Es por ello por lo que creo que los arts. 109 y 110 LTSV otorgan a los sujetos sancionados un plazo adicional de cumplimiento voluntario: «El cumplimiento de la sanción de suspensión prevista en el artículo 80 se iniciará transcurrido un mes desde que haya adquirido firmeza en vía administrativa» y «Una vez firme la sanción, el interesado dispondrá de un plazo final de quince días naturales para el pago de la multa. Finalizado el plazo establecido sin que se haya pagado la multa, se iniciará el procedimiento de apremio». Así, respecto a la sanción de suspensión de autorizaciones a autoescuelas y similares, se prevé que la ejecución forzosa comenzará una vez haya transcurrido un mes

¹³⁹ Así lo consideraba también CANO CAMPOS con relación a la regulación dada por la LTSV 1990, modificada por Ley 18/2009, de 23 de noviembre. En CANO CAMPOS, Tomás, *Las sanciones de tráfico*, (...), cit., pp. 520 y 521, explicaba que, aunque la sanción era ejecutiva conforme a los arts. 81.5 y 82.1, la ejecución no era posible todavía, hasta que transcurrieran los plazos previstos en los arts. 88, 89 o 90. Y ello porque una cosa es la ejecutividad y otra distinta la ejecución forzosa.



desde que la sanción haya alcanzado firmeza en vía administrativa; y, con relación a la sanción de multa, se prevé que la Administración pueda pasar a ejecutarla forzosamente sólo cuando hayan transcurrido quince días naturales desde su firmeza en vía administrativa, aunque dichas sanciones sean ejecutivas desde algún tiempo antes.

Parece, por tanto, que en contra del objetivo perseguido por la actual LTSV y por su predecesora, el legislador ha querido retrasar el momento en que puede exigirse forzosamente el cumplimiento de las sanciones y ha decidido otorgar a los sujetos sancionados, no un plazo de cumplimiento voluntario, sino dos. Uno que comienza cuando se le notifica la sanción y otro cuando la sanción alcanza firmeza en vía administrativa. Así, aunque la ejecutividad de la sanción no se pospone, sí que se posterga la ejecución forzosa por parte de la Administración. Pero ni siquiera de esta forma se termina por solucionar el problema de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los sujetos sancionados. Es cierto que sí se soluciona en vía administrativa, pues la sanción es ejecutiva en tal vía desde que se dicta, pero no se puede ejecutar forzosamente, por lo que sólo es ejecutiva a efectos de cumplimiento voluntario. Es decir, si el sujeto sancionado quiere cumplirla, puede hacerlo, pero si opta por recurrir, no se ve obligado a acatar el contenido de la sanción, ni siquiera la Administración puede ejecutarla forzosamente. Pero, una vez que la sanción alcanza firmeza en vía administrativa y no es susceptible de ningún recurso administrativo ordinario más, el sujeto sancionado vuelve a encontrarse en una situación en la que su derecho a la tutela judicial efectiva no queda garantizado, pues la Administración, una vez que transcurre el plazo de cumplimiento voluntario que se concede por segunda vez al interesado, puede pasar a

ejecutar forzosamente la sanción y no tiene que esperar a que un Juez resuelva si procede ejecutarla o, por el contrario, suspenderla. El problema se solucionaría si la LTSV contemplara en uno de sus preceptos la suspensión automática de la sanción por anuncio de interposición de recurso contencioso-administrativo, tal y como hace el art. 90.3 LPAC; o, más modestamente, si se adoptara la primera de las interpretaciones a que he hecho alusión anteriormente –y por la que me he inclinado– con relación a los efectos de la interposición del recurso contencioso-administrativo en materia de sanciones de tráfico. Si así se hiciera, el mencionado art. 90.3 LPAC sería de aplicación supletoria y la Administración se vería privada de poder ejercer su potestad de ejecución forzosa, para la que estuvo habilitada desde que la sanción devino firme en vía administrativa ex art. 108 LTSV o desde que transcurrieron los periodos de cumplimiento voluntario de los arts. 109 y 110 LTSV, durante todo el tiempo en que la ejecutividad de la sanción se encontrara en suspenso; es decir, hasta que transcurriera el plazo para la interposición del recurso sin que el interesado lo interpusiera, hasta que el interesado recurriera sin solicitar la suspensión de la ejecutividad de la sanción, o hasta que el Juez la denegara explícitamente habiéndola solicitado el interesado.

Vemos, por tanto, cómo el legislador ha ignorado – de nuevo, pues ya lo hizo en la LTSV 1990 y en la Ley 18/2009, de 23 de noviembre¹⁴⁰– por completo la jurisprudencia constitucional a que hice alusión en el segundo epígrafe de este trabajo. Es asombroso, como ya ha puesto de manifiesto parte de la doctrina, cómo una jurisprudencia tan clara y de tal calado, no ha tenido eco en la legislación vigente, ni tampoco en la anterior,

¹⁴⁰ A este respecto, *vid.* ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, “La eficacia y la ejecución (...)”, *cit.*, pp. 146 y 147.



conllevando la declaración de inconstitucionalidad de algunos de los preceptos que anticipaban la ejecutividad de las sanciones –y lo siguen haciendo- a momentos anteriores a su sometimiento a decisión judicial. No obstante, algunos autores han llegado a la conclusión de que quizás esa indiferencia de las leyes hacia la jurisprudencia se deba a que el legislador, en determinados ámbitos, no la haya considerado relevante. Sería el caso del sector del tráfico y otros sectores en los que las sanciones no suelen conllevar efectos irreversibles. ALARCÓN SOTOMAYOR comparte ese criterio de la no relevancia del retraso de la ejecutividad de las sanciones en todos los casos pues, a su juicio, «la jurisprudencia que retrasa la ejecutividad de las sanciones hasta el momento en que el juez contencioso-administrativo pueda pronunciarse sobre su suspensión cautelar puede considerarse correcta para las sanciones de efectos irreversibles... Pero, para otras sanciones y, en especial, para las multas de tráfico esa jurisprudencia no está bien pensada y no tiene sentido aplicarla... Creo, en definitiva, que es conforme con la CE –y con la potestad sancionadora de la Administración que la CE consagra en el art. 25.1- que las multas de tráfico puedan ejecutarse desde que sean o puedan ser confirmadas por la propia Administración»¹⁴¹.

7. Ejecutividad de las sanciones en materia de extranjería.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX en adelante), recoge en su art.

¹⁴¹ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, “La eficacia y la ejecución (...)”, cit., pp. 150 y 151.

55 las sanciones aplicables a los sujetos que realizan las conductas tipificadas como infracción en sus artículos precedentes. Ese artículo establece tres horquillas de sanciones pecuniarias con relación a las infracciones leves (multa de hasta 500 euros), graves (multa desde 501 hasta 10.000 euros) y muy graves (multa desde 10.001 hasta 100.000 euros). Sin embargo, el art. 57 LOEX contempla la posibilidad de sustituir la sanción de multa por la expulsión del territorio cuando así lo aconseje el principio de proporcionalidad. A pesar de los problemas que ello ha conllevado en algunos sectores¹⁴²,

¹⁴² El art. 53.1 a) LOEX tipifica como infracción grave «Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente». El art. 55.1 b) LOEX sanciona dicha infracción con multa de 501 hasta 10.000 euros. No obstante, el art. 57.1 LOEX permite que, en este caso, junto con otros, la multa sea sustituida, en atención al principio de proporcionalidad, por la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.

Muy distinto es el panorama que muestra la normativa europea. La Directiva de retorno (Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular) establece las normas y procedimientos comunes que deben aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y en ningún momento habla de infracción ni de sanción. Más bien, hace referencia a una situación irregular y a una medida de restablecimiento de la legalidad, el retorno, que no tiene carácter punitivo ni represivo. De ahí que en el Derecho de la



UE no se contemple la posibilidad de sustituir la multa por la expulsión, sino que únicamente se considera la expulsión como medida obligatoria a llevar a cabo por los Estados. El art. 6 de la mencionada Directiva establece que «Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio», sin dar pie a nada más. No obstante, se permite a los Estados miembros que, si lo consideran conveniente, concedan a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. Habría, por tanto:

- Una decisión de retorno: un acto administrativo o judicial por el que se declara irregular la situación de un nacional de un tercer país y se impone una obligación de retorno.
- Un plazo de salida voluntaria o cumplimiento voluntario de la decisión de retorno: normalmente su duración oscila entre siete y treinta días.
- La expulsión *stricto sensu*: es el acto por el que se ejecuta la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro del extranjero en situación irregular.
- Y, en su caso, una prohibición de entrada: acto administrativo o judicial, unido a la decisión de retorno, por el que se prohíbe la entrada y la estancia en el territorio de los Estados miembros por un período de tiempo determinado. Según el art. 11 de la Directiva de retorno, su establecimiento será obligatorio cuando no se haya concedido ningún plazo para la salida voluntaria o no se haya cumplido la obligación de retorno; y potestativo en el resto de supuestos.

Esto se debe a que uno de los objetivos que persigue la Directiva, como aclara su sexto considerando, es que «los Estados miembros se aseguren de que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a

puede concluirse que en la LOEX se articulan dos tipos de sanciones: la multa y la expulsión del territorio (que en ocasiones adopta la forma de devolución porque no

cabo mediante un procedimiento justo y transparente». La finalización de la situación irregular sólo se produce cuando se devuelve al extranjero a su país de procedencia, pero nunca si se aplica una multa. La multa no acaba con la situación irregular, sino que, más bien al contrario, la prorroga. El legislador español no ha sido consciente de ello y parece seguir sin diferenciar una sanción administrativa de una medida de restablecimiento de la legalidad, pues sigue sin transponer, del todo y correctamente, la Directiva de retorno. Y ello a pesar de que el TJUE ya se ha pronunciado al respecto afirmando que «La Directiva 2008/115/CE... debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal [la española], que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí» (STJUE, Sala Cuarta, de 23 de abril de 2015, en respuesta a una petición de decisión prejudicial del TSJ del País Vasco sobre la interpretación de los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo).

Desde entonces, los Jueces nacionales vienen inaplicando la ley española y aplicando el Derecho comunitario en virtud de los principios de eficacia directa y primacía del Derecho Comunitario [*vid.*, entre otras, la STSJ de Andalucía/Granada n.º 1545/2016, de 30 mayo (JUR\2016\169255) y la STSJ de Aragón n.º 566/2017, de 22 diciembre (JUR\2018\33438)]. Pero, independientemente de ello, sigue siendo prioritario que nuestro ordenamiento jurídico trasponga correctamente la Directiva y no contemple la posibilidad de sustituir la expulsión del territorio por una sanción pecuniaria para el caso de extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio español.



es necesaria la tramitación de un expediente administrativo ex art. 58.3 LOEX).

En lo atinente a la ejecutividad de las sanciones, el art. 65 LOEX dispone que las resoluciones administrativas sancionadoras son recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes y que el régimen de ejecutividad de las mismas es el previsto con carácter general. Lo mismo establece el art. 224.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, Reglamento LOEX). De ello se deduce que las resoluciones sancionadoras en materia de extranjería sólo son ejecutivas cuando contra ellas ya no procede ningún recurso administrativo ordinario, es decir, cuando son firmes en vía administrativa ex art. 90.3 LPAC.

Ello no plantea ningún problema en relación con las sanciones pecuniarias. Las resoluciones por las que se impone una multa a los sujetos que han cometido una infracción prevista en la LOEX sólo son ejecutivas cuando alcanzan firmeza en vía administrativa, pero no antes. Así lo confirma el art. 252.4 Reglamento LOEX:

«Las resoluciones administrativas de imposición de sanción de multa dictadas en aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, serán inmediatamente ejecutivas una vez que hayan adquirido firmeza en vía administrativa, salvo que el órgano competente acuerde su suspensión.»¹⁴³

¹⁴³ Sí podían surgir problemas, sin embargo, durante la vigencia de la Ley 30/1992, pues situaba la barrera de la ejecutividad de las sanciones en el fin de la vía administrativa,

Ese mismo artículo, en su quinto apartado, indica que las multas se deben hacer efectivas dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su firmeza en vía administrativa. Por tanto, una vez alcanzada la firmeza en vía administrativa de la sanción, y con ella su

no en la firmeza en tal vía, y conforme a ello sí podían producirse discordancias entre el art. 252.4 Reglamento LOEX y el art. 65 LOEX, ya que el primero establece que las sanciones de multa en materia de extranjería son inmediatamente ejecutivas una vez que hayan adquirido firmeza en vía administrativa, mientras que el segundo, al remitir al régimen general de ejecutividad de las sanciones, durante la vigencia de la Ley 30/1992, establecía de forma implícita que las multas eran ejecutivas desde que agotaban la vía administrativa. Criterios, como ya he explicado, diferentes. Sin embargo, esos problemas eran más teóricos que prácticos porque la LOEX atribuía el ejercicio de la potestad sancionadora al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales (art. 55.2), por lo que ninguna resolución sancionadora agotaba la vía administrativa, sino que todas eran susceptibles de recurso de alzada y sólo una vez resuelto éste, causaban estado en tal vía y, a su vez, devenían firmes en la misma porque ya no eran susceptibles de recurso administrativo ordinario. Lo que ocurría era que los criterios a que he aludido como diferentes, acababan produciéndose simultáneamente en la práctica, por lo que a los efectos que nos interesan, eran coincidentes: las sanciones eran ejecutivas cuando agotaban la vía administrativa y cuando alcanzaban firmeza en vía administrativa, es decir, cuando eran confirmadas en alzada. Si, por el contrario, el ejercicio de la potestad sancionadora se hubiera atribuido a alguno de los órganos de la Administración General del Estado que, por carecer de superior jerárquico, sus actos agotan la vía administrativa, entonces sí se habrían producido, efectivamente, esos problemas teóricos, pues desde que la sanción agotara la vía administrativa hasta que alcanzara firmeza en tal vía, transcurriría cierto lapsus temporal durante el cual no se sabría si es o no ejecutiva.



ejecutividad, el sancionado puede abonar voluntariamente el importe de la multa dentro de los quince días siguientes. Si no lo hace, una vez vencido el plazo de ingreso, la Administración puede proceder a la ejecución forzosa llevando a cabo la exacción mediante el procedimiento de apremio.

No ocurre lo mismo respecto a la sanción de expulsión del territorio, con relación a la cual, la LOEX y su Reglamento de desarrollo introducen algunas peculiaridades. Según los arts. 63 y 63 *bis* LOEX, la expulsión del territorio puede imponerse a través de dos procedimientos:

- Procedimiento preferente: se caracteriza porque no se concede al sancionado un período de salida voluntaria. Según el art. 246 del Reglamento LOEX, las resoluciones de expulsión del territorio nacional que se dictan en este tipo de procedimientos se ejecutan de forma inmediata. No es necesario, por tanto, como ocurre en el régimen general, esperar a que la resolución de expulsión sea firme en vía administrativa. Se trata de una excepción al art. 65 LOEX y al art. 224.3 de su Reglamento y, conforme a ella, la resolución sancionadora es inmediatamente ejecutiva. Pero es que, además, en este tipo de procedimiento, el sancionado no puede optar por cumplir voluntariamente con la sanción en un determinado período de tiempo, sino que la Administración, una vez dictada la orden de expulsión del territorio nacional, puede pasar directamente a ejecutarla forzosamente.
- Procedimiento ordinario: en este procedimiento, por el contrario, sí se concede un plazo al interesado, que puede oscilar entre siete y treinta

días a contar desde que se le notifica la resolución, para que cumpla voluntariamente el contenido de la resolución sancionadora, es decir, para que abandone el territorio nacional. Una vez expirado el plazo de cumplimiento voluntario sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, permite el art. 64 LOEX que la Administración proceda a la expropiación forzosa, deteniendo y conduciendo al sujeto sancionado hasta el puesto de salida por el que se debe hacer efectiva la expulsión.

Como vemos, en ninguno de estos procedimientos es relevante que el sujeto sancionado haya recurrido en vía administrativa la resolución de expulsión. Tampoco lo es el hecho de que tenga posibilidad de hacerlo. En estos dos supuestos, para que la sanción sea ejecutiva es indiferente que haya alcanzado o no firmeza en vía administrativa. En el procedimiento preferente, la resolución es inmediatamente ejecutiva; en el ordinario, lo es una vez transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario.

Además, los supuestos en que cabe suspender la ejecutividad de la orden de expulsión del territorio son tasados: cuando se formaliza una petición de protección internacional, hasta que se haya inadmitido o resuelto, conforme al art. 64.5 LOEX; y cuando el sujeto sancionado sea una mujer embarazada y la expulsión suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre, o cuando se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud, ex art. 246.7 Reglamento LOEX.

Como consecuencia de ello, el régimen de ejecutividad de las sanciones de expulsión en materia de extranjería sí que supone una excepción al régimen



general de ejecutividad de las sanciones. No son ejecutivas cuando alcanzan firmeza en vía administrativa. Ni siquiera cuando causan estado en tal vía. Son ejecutivas desde que se dictan (cuando se imponen por el procedimiento preferente) o desde que transcurre el plazo de cumplimiento voluntario y el sujeto sancionado no ha abandonado el territorio español (cuando se imponen por el procedimiento ordinario). A este respecto surgen algunos problemas, derivados precisamente de lo que estudié en el primer epígrafe de este trabajo: la compatibilidad de la ejecutividad inmediata de las sanciones con el derecho a la tutela judicial efectiva. Allí concluí que de la jurisprudencia se extrae la necesidad de prorrogar la ejecutividad de las sanciones hasta que la misma pueda ser decidida por un Tribunal, ya que sólo así se respeta el derecho fundamental de los sancionados a la tutela judicial efectiva. Pues bien, en las sanciones de expulsión esto no se produce. Como acabo de exponer, el sujeto sancionado no tiene posibilidad de que se suspenda la ejecutividad de la medida hasta que un Juez resuelva lo procedente sobre la misma. En el procedimiento preferente, ni siquiera tiene posibilidad de interponer recurso administrativo pues, una vez decretada la orden de expulsión, el sujeto es colocado por la Administración en el puesto de salida por el que tiene que abandonar el Estado español. En el procedimiento ordinario, el sancionado sí que tiene posibilidad de recurrir en vía administrativa la resolución de expulsión, pero lo más probable es que tenga que abandonar el territorio español antes de que se resuelva el recurso y sobre la suspensión que solicite, pues el período de cumplimiento voluntario que se suele otorgar oscila entre los siete y treinta días. O, mejor dicho, en ambos casos el sujeto puede interponer los recursos administrativos y judiciales procedentes, pero no tiene posibilidad de que la sanción de expulsión se suspenda hasta que un Juez

resuelva sobre la misma. El sujeto será materialmente expulsado del territorio con una decisión de la Administración, sin que sea revisada por un Tribunal. Se vulnera, así, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los extranjeros a los que se sanciona con una orden de expulsión. Debería, por tanto, adecuarse la LOEX a las exigencias constitucionales, estableciendo que también las sanciones de expulsión son inmediatamente ejecutivas una vez que han adquirido firmeza en vía administrativa y que procede su suspensión por el anuncio de interposición de recurso contencioso-administrativo. Sólo así se garantizaría el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros.

V. LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES Y SU PRESCRIPCIÓN.

Decía SAVIGNY que la prescripción es una de las instituciones más importantes y beneficiosas para la sociedad¹⁴⁴. Es una institución que alude a las relaciones del hombre con el tiempo y el Derecho, y que pretende dar certeza y previsibilidad al sistema jurídico. Explica CANO CAMPOS que, «en el ámbito sancionador, la prescripción evita que los responsables de los ilícitos estén sometidos de forma indefinida al *ius puniendi* del Estado; en el caso concreto de los ilícitos administrativos, al ejercicio de la potestad sancionadora

¹⁴⁴ *Apud* CANO CAMPOS, Tomás, “La ejecutividad de las sanciones y el inicio de su plazo de prescripción”, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas: Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, coordinado por REBOLLO PUIG, Manuel, LÓPEZ BENÍTEZ, Manuel y CARBONELL PORRAS, Eloísa, Iustel, 2015, Madrid, p. 773.



de la Administración»¹⁴⁵. Parece que el fundamento del instituto de la prescripción es la seguridad jurídica. Así se infiere también de la jurisprudencia constitucional. La STC 63/2005, de 14 de marzo, afirma que «el establecimiento de un plazo temporal para que el Estado pueda proceder a perseguir los delitos persigue... que no se produzca una latencia *sine die* de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos».

La prescripción puede conllevar la extinción de la responsabilidad sancionadora porque haya transcurrido un determinado periodo de tiempo sin que la Administración haya perseguido las infracciones o sin que haya ejecutado las sanciones previamente impuestas. En el primer caso, se habla de que la infracción ha prescrito; y en el segundo, de prescripción de las sanciones. Pero, en realidad, ninguna de ellas prescribe. Lo que realmente prescribe es la potestad de la Administración para sancionar o para ejecutar la sanción impuesta¹⁴⁶. Y esa prescripción se produce *ope legis* cuando transcurren los plazos previstos legalmente. Entonces, la Administración no podrá perseguir y castigar al presunto infractor o, en caso de haber declarado ya su responsabilidad y haberle impuesto una sanción, no podrá ejecutarla. Y no podrá porque ha transcurrido tanto tiempo desde que se cometió la infracción o desde que se impuso la sanción, que ya no tendría sentido ni declarar la responsabilidad y

¹⁴⁵ CANO CAMPOS, Tomás, "Ejecutividad, ejecución y prescripción de las sanciones en el Derecho de la Competencia", (...), cit., pp. 59 y 60.

¹⁴⁶ De igual modo considera DE DIEGO DÍEZ que lo que prescribe es la acción administrativa para perseguir y sancionar las infracciones. A este respecto, *vid.* DE DIEGO DÍEZ, L. Alfredo, *Prescripción y caducidad en el Derecho Administrativo sancionador*, Bosch, 2009, 2ª edición, Barcelona, p. 29.

sancionar, ni ejecutar la resolución sancionadora. La finalidad perseguida por las normas sancionadoras no se alcanzaría, pues su eficacia depende en gran medida de la inmediatez con que se actúe. Explica CANO CAMPOS que «para que puedan cumplirse los fines retributivos y preventivos que se asocian a la imposición de un castigo es preciso que se mantenga en los destinatarios de las normas sancionadoras una “asociación cognitiva” entre la realización del comportamiento contrario a tales normas y la posterior declaración de responsabilidad e imposición efectiva o materialización de la sanción»¹⁴⁷, resultando cada vez más difícil esa asociación conforme más tiempo transcurre desde que el sujeto comete la infracción, hasta que se le declara responsable y se le sanciona, y desde entonces, hasta que la sanción se ejecuta.

Así lo ha declarado también el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2005, de 14 de marzo, aunque con relación a la prescripción de los delitos:

«la prescripción del delito... obedece a la propia esencia de la amenaza penal, que requiere ser actuada en forma seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de prevención especial que se le atribuyen. Para lograr esa inmediatez no basta con la prohibición de dilaciones indebidas en el procedimiento, sino que el legislador penal ha acudido a un instrumento más conminatorio, por el que se constriñe a los órganos judiciales a iniciar el

¹⁴⁷ CANO CAMPOS, Tomás, “Ejecutividad, ejecución y prescripción de las sanciones en el Derecho de la Competencia”, (...), cit., p. 65.



procedimiento dentro de un término previa y legalmente acotado o a olvidarlo para siempre».

Se trata, por tanto, con la prescripción, de incitar la aproximación del momento de la comisión de la infracción al momento de imposición de la sanción legalmente prevista, pues sólo así se satisfacen adecuada y eficazmente las finalidades preventiva y retributiva que caracterizan a todo acto punitivo.

Esta figura aparece regulada en el art. 30 LRJSP – aunque quizás, por su contenido, que se centra en regular los plazos de prescripción de infracciones y sanciones, la forma de realizar el cómputo y su interrupción, más habría encajado en la LPAC por tratarse de una cuestión formal o procedimental-, que establece la regla general que regirá subsidiariamente en caso de que la legislación sectorial nada establezca al respecto. Conforme a ella, las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; y las sanciones impuestas por faltas muy graves prescriben a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

Los mayores problemas surgen, como suele ocurrir con todos los plazos, en el cómputo. Como regla general, el plazo de prescripción de la infracción comienza a contarse desde el día en que se cometió la infracción. Pero hay otros supuestos en los que, o no queda claro qué día se cometió la infracción, o sería injusto comenzar a contar desde entonces. Es lo que ocurre con las infracciones continuadas y permanentes. Por eso, el art. 30 LRJSP ha decidido regularlos de forma específica en su segundo apartado:

«El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora».

Por lo tanto, el día en que se cometió la infracción no comienza a transcurrir el plazo de prescripción. Habrá que esperar a que la conducta infractora cese, a que se elimine la situación ilícita, pues, de lo contrario, podría suceder que la infracción prescribiera a pesar de que todavía se estuviera materializando la infracción. Es decir, habrá que esperar a que, en el supuesto de infracciones permanentes, cese la situación antijurídica, y en el supuesto de infracciones continuadas, al día en que se cometa la última infracción¹⁴⁸.

Por otra parte, el precepto destaca como causa de interrupción de la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora. Es decir, desde que se comete o finaliza la infracción, la Administración dispone de un período de tiempo para ejercer su potestad sancionadora. Mientras no la lleve a cabo, el plazo de prescripción va transcurriendo. El día que la Administración actúe y notifique al interesado el

¹⁴⁸ El legislador ha plasmado, así, los criterios que tanto jurisprudencia como doctrina venían considerando aplicables con relación a las infracciones administrativas permanentes y continuadas. A este respecto, *vid.* DE PALMA DEL TESO, Ángeles, "Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, n.º 112, octubre-diciembre 2001, pp. 553-572.



acuerdo de incoación del procedimiento administrativo sancionador, ese plazo se interrumpirá. Pero no antes. No durante las actuaciones previas, pues, en ese momento, todavía no se ha iniciado el procedimiento. Así lo viene manifestando la jurisprudencia: «el inicio de las informaciones previas o diligencias reservadas que pudieran practicarse previamente, no interrumpe la prescripción de la infracción» (SSTS de 20 de diciembre de 1986 y 26 de mayo de 1987). Hay que esperar, por tanto, a que la Administración notifique el acuerdo de incoación al interesado, para que el plazo se interrumpa. Y sólo volverá a reiniciarse si el expediente sancionador está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable. Entonces, el plazo de prescripción se reiniciará, o lo que es lo mismo, empezará a contar desde cero (característica diferenciadora de la prescripción respecto a la caducidad). Así lo dispone el art. 30.2 LRJSP.

Respecto a las sanciones, el art. 30.3 LRJSP dispone que el cómputo del plazo de prescripción comienza el día siguiente a aquel en que la resolución sancionadora sea ejecutable o haya transcurrido el plazo para recurrirla. El precepto introduce, así, una expresión novedosa: «resolución sancionadora *ejecutable*» y deja de lado las clásicas expresiones «resolución sancionadora *firme en vía administrativa*» o «resolución sancionadora *ejecutiva*»¹⁴⁹. Esa innovación persigue dejar

¹⁴⁹ El art. 132.3 Ley 30/1992 establecía: «El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción». No quedaba claro si el precepto se refería a la firmeza en vía administrativa o a la firmeza en vía judicial. En la actualidad ya no surge este problema, pues como acabo de explicar, el art. 30.3 LRJSP alude, aunque de forma encubierta, a la firmeza en vía administrativa, pues se refiere a que *la resolución sancionadora sea ejecutable*. Y una

resolución sancionadora es ejecutable cuando alcanza firmeza en vía administrativa. A partir de ese momento, cuando la sanción ya no es susceptible de recurso administrativo ordinario, ante la falta de cumplimiento voluntario del sujeto sancionado, la Administración puede proceder a ejecutarla forzosamente, salvo que la ejecutividad de la sanción se vuelva a suspender por el anuncio de interposición de recurso contencioso-administrativo. Por tanto, que la sanción sea ejecutable equivale, por regla general, a que la sanción sea firme en vía administrativa. Sin embargo, esto no estaba tan claro durante la vigencia de la Ley 30/1992. Dada la falta de claridad de su art. 132.3, había resoluciones judiciales que se inclinaban porque el precepto se refería a la firmeza en vía judicial. Fue el caso de la SAN de 2 de marzo de 2009 (recurso n.º 62/2007), que consideraba que el plazo de prescripción de las sanciones sólo comenzaba a computarse cuando la sanción devenía firme en vía judicial, con independencia de que antes fuera ejecutiva y pudiera ser ejecutada por la Administración (pues antes ni siquiera existía la suspensión automática de la sanción por anuncio de interposición de recurso contencioso-administrativo, que en la actualidad establece el art. 90.3 LPAC). Pero buena parte de la doctrina, como CANO CAMPOS, entendía que era necesario llevar a cabo una interpretación correctora y restrictiva del precepto que concluyera en que la firmeza a la que hacía alusión se refería única y exclusivamente a la firmeza en vía administrativa, pues parecía coherente, a su juicio, que el plazo de prescripción de las sanciones comenzara a computar cuando la Administración podía ejecutar forzosamente la sanción; es decir, cuando la sanción alcanzaba firmeza en vía administrativa. Así lo consideró también el Tribunal Supremo que, en su sentencia de 20 de diciembre de 2012, añadió un argumento a favor de la naturaleza administrativa de la firmeza a que hacía alusión el art. 132.3 Ley 30/1992, aclarando que ese precepto sólo regulaba las incidencias propias del procedimiento administrativo hasta su conclusión y no las vicisitudes posteriores derivadas de su impugnación judicial. A este respecto, *vid.* CANO CAMPOS, Tomás, "La ejecutividad de las



meridianamente claro que el *dies a quo* del plazo de prescripción coincide con el día en que la sanción puede ser ejecutada por la Administración -no con la firmeza de la sanción en vía administrativa ni con su ejecutividad-, no pudiéndose comenzar a contar dicho plazo mientras que la sanción sea susceptible de recurso en vía administrativa (alzada o reposición) o se encuentre suspendida cautelarmente por encontrarse en trámites de recurso en vía jurisdiccional contencioso-administrativa (por mucho que ya haya alcanzado firmeza en vía administrativa). Habrá que esperar, por tanto, a que el sancionado deje transcurrir los plazos para interponer el recurso administrativo ordinario procedente o a que, en caso de interponerlo, sea desestimado expresamente por la Administración; y, en este segundo caso, a que deje transcurrir el plazo legalmente previsto para interponer el recurso contencioso-administrativo o a que, interpuesto y solicitada la suspensión de la sanción como medida cautelar, el Juez lo inadmita o lo admita pero desestimando la solicitud de justicia cautelar. Sólo entonces, y no antes, se puede ejecutar la sanción forzosamente por parte de la Administración, ni siquiera cuando la sanción deviene firme en vía administrativa, pues todavía puede volverse a suspender su ejecutividad por la interposición de recurso contencioso-administrativo¹⁵⁰.

sanciones y el inicio de su plazo de prescripción", (...), cit., pp. 779-783.

¹⁵⁰ La LPAC ha seguido la pauta que marcaba, entre otros autores, CANO CAMPOS que en CANO CAMPOS, Tomás, "La ejecutividad de las sanciones y el inicio de su plazo de prescripción", (...), cit., p. 790, ya advertía que la jurisprudencia que postergaba la ejecutividad de las sanciones al momento en que un Juez se pronunciara sobre las mismas,

Igualmente, este plazo de prescripción se interrumpe por la iniciación por parte de la Administración, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución (art. 30.3 LRJSP). Esto suele identificarse en la práctica con la notificación al imputado del acto de incoación. Por lo tanto, toda la actividad administrativa anterior a esa notificación no interrumpe la prescripción (es el caso de las diligencias de inspección, de la información previa, de la presentación de denuncia, etc). En cualquier caso, el plazo de prescripción se reiniciará si se encuentra paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor¹⁵¹.

Como vemos, la prescripción de las sanciones está estrechamente relacionada con la ejecutividad de las mismas, pues la lógica impone que el plazo de prescripción empiece a correr cuando la sanción pueda

debía dar lugar también «a un retraso en el plazo de prescripción de la sanción, el cual debe comenzar a correr no desde que la sanción es firme en vía administrativa, sino desde que la Administración la pueda ejecutar porque se ha podido someter a la decisión de un Tribunal y éste ha podido resolver sobre su suspensión, pues resulta incoherente que comience a correr la prescripción por la inactividad en la ejecución de un acto que la Administración todavía no puede ejecutar» y ello en virtud de la teoría de la *actio nata* (*actio nondum nata non praescribitur*: la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir).

¹⁵¹ IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y REBOLLO PUIG, Manuel, "Derecho Administrativo sancionador: caracteres generales y garantías materiales", *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Tecnos, 2017, 2ª edición, Madrid, p. 221.



ejecutarse¹⁵². Por tanto, resulta razonable que, si se produce la suspensión de la sanción, el plazo de prescripción no corra, pues durante la suspensión la sanción no se puede ejecutar. Así lo manifestó el Tribunal Constitucional en su sentencia 81/2014, de 28 de mayo:

«la concesión del beneficio [de suspensión de la sanción]...impide que el plazo de prescripción de la pena se compute, precisamente porque la suspensión de la ejecución sustituye al cumplimiento de la referida sanción...Los órganos judiciales han sostenido que la suspensión de la ejecución...constituye una modalidad alternativa a la ejecución material, que durante su vigencia impide que se compute la prescripción de la pena [o sanción]».

Quizás por eso el art. 30.3 LRJSP marca el comienzo del plazo de prescripción en el día siguiente a aquel en que la resolución sancionadora sea *ejecutable*, para dar a entender que ni siquiera es suficiente con que una sanción sea ejecutiva para que comience el cómputo del plazo de prescripción, sino que se requiere, además, que la misma no se encuentre suspendida. A pesar de las buenas intenciones del precepto, a mi juicio, ese término no era necesario, y como ya he advertido anteriormente, creo que habría sido mejor optar por el término clásico de *ejecutividad*. Y ello porque durante las suspensiones no puede entenderse que una sanción sea ejecutiva. La ejecutividad se alcanza cuando la sanción es firme en vía administrativa, es decir, cuando no es susceptible de

¹⁵² REBOLLO PUIG, Manuel, "La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de procedimiento administrativo común", (...), cit., p. 1357 y CANO CAMPOS, Tomás, "Ejecutividad, ejecución y prescripción de las sanciones en el Derecho de la Competencia", (...), cit., p. 68.

ningún recurso administrativo ordinario. Pero si se desea recurrir en la vía contencioso-administrativa, la sanción se suspenderá automáticamente al comunicarse tal intención a la Administración, por lo que volverá a perder su ejecutividad, la cual sólo recobrará cuando el interesado decida finalmente no recurrir, cuando recurra pero no pida la suspensión, o cuando recurra y el Juez inadmita el recurso o desestime la solicitud de medidas cautelares. No entiendo yo, por tanto, que durante las suspensiones existan sanciones ejecutivas suspendidas, sino sanciones que, temporalmente, han perdido su ejecutividad. Sin embargo, es posible entender lo contrario, es decir, que durante las suspensiones las sanciones siguen ostentando su carácter de ejecutivas, suspendiéndose únicamente la potestad de la Administración para ejecutarlas forzosamente¹⁵³.

Sin embargo, existe una salvedad a esta regla general de que la prescripción de la sanción no corre hasta que ésta sea ejecutable, y es la que aparece en el tercer párrafo del art. 30.3 LRJSP:

«En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso».

¹⁵³ CANO CAMPOS, Tomás, "Ejecutividad, ejecución y prescripción de las sanciones en el Derecho de la Competencia", (...), cit., p. 76.



Lo que ocurre en estos casos es discutido por la doctrina¹⁵⁴.

Por una parte, REBOLLO PUIG no considera suficiente que la Administración no resuelva el recurso administrativo expresamente y se produzca silencio administrativo negativo para que la sanción alcance firmeza en vía administrativa y sea ejecutiva y ejecutable. Es más, como ya dije en un epígrafe anterior, considera absurdo que fuera suficiente porque ello supondría que el incumplimiento del deber de resolver de la Administración obligaría al recurrente a cumplir la sanción y, en caso de que no cumpliera, habilitaría a la Administración a ejecutar forzosamente su acto. La decisión de llevar o no a cabo la ejecución forzosa quedaría, así, plenamente en poder de la Administración, que podría optar por no resolver los recursos administrativos ordinarios interpuestos contra las sanciones para pasar a ejecutarlas forzosamente. Para evitarlo, REBOLLO entiende que la firmeza en vía administrativa debe concebirse producida únicamente cuando se produzca la resolución expresa del recurso de alzada o de reposición confirmatoria de la sanción. Pero, a su vez, como ya he dicho, el autor admite que la lógica impone que la prescripción empiece a correr únicamente cuando la sanción pueda ejecutarse. Ambas conclusiones (el silencio administrativo negativo no conlleva la ejecutividad de la sanción y el plazo de prescripción sólo comienza a correr cuando la sanción es ejecutiva) conducen a pensar que el tercer párrafo del art. 30.3

¹⁵⁴ A este respecto, *vid* CANO CAMPOS, Tomás, "La ejecutividad de las sanciones y los enredos con la prescripción", *Revista de Administración Pública*, n.º 212, en prensa.

LRJSP establece una excepción: «el plazo de prescripción comienza antes de que la sanción pueda ejecutarse»¹⁵⁵.

Lo que ocurre en estos casos, siguiendo la tesis de REBOLLO PUIG, es que la ficción del silencio administrativo negativo, además de abrir las puertas al interesado para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, permite que se comience a computar el plazo de prescripción de la sanción. A través de esta excepción, el legislador logra evitar que la Administración se beneficie de su propia inactividad y pone fin al escenario confuso a que dio lugar el anterior art. 132 de la Ley 30/1992¹⁵⁶ –que acto seguido explicaré. Encontramos, por tanto, justificado el único supuesto en que el plazo de prescripción comienza antes de que la sanción pueda ejecutarse. Lo dudoso es qué ocurre ante la desestimación presunta del recurso potestativo de reposición, pues el art. 30.3 LRJSP únicamente alude al recurso de alzada. REBOLLO PUIG no entiende esa referencia única al recurso de alzada y considera que debe aplicarse la misma solución al recurso de reposición¹⁵⁷.

De igual modo, CANO CAMPOS considera que con este precepto «se soluciona el problema de la imprescriptibilidad de las sanciones recurridas y la

¹⁵⁵ REBOLLO PUIG, Manuel, “La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de procedimiento administrativo común”, (...), cit., p. 1359.

¹⁵⁶ IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y REBOLLO PUIG, Manuel, “Derecho Administrativo sancionador (...)”, cit., p. 221.

¹⁵⁷ REBOLLO PUIG, Manuel, “La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de procedimiento administrativo común”, (...), cit., pp. 1360-1361.



situación de amenaza permanente del *ius puniendi* de la Administración a que se había llegado»¹⁵⁸ durante la vigencia de la Ley 30/1992 y con la ayuda de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El art. 132 de la Ley 30/1992, regulador de la prescripción, a diferencia de lo que ahora hace el art. 30.3 LRJSP en su tercer párrafo, guardaba silencio con relación al cómputo de la prescripción de las sanciones en los supuestos en que la Administración no resolvía expresamente los recursos interpuestos contra ellas. Y ante ello, el Tribunal Supremo interpretaba:

«la tardanza de la Administración en la resolución del recurso de alzada, aparte de permitir que el interesado formule impugnación en vía jurisdiccional contra la desestimación presunta, podrá tener diversas consecuencias..., pero en ningún caso esa tardanza determinará la firmeza ni, por tanto, la ejecutividad de la resolución sancionadora; y sin ello no podrá iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción» (STS de 22 septiembre de 2008, RJ 2008\4545, recurso de casación en interés de la Ley n.º 69/2005).

Sucedía, así, que el incumplimiento de la Administración de su deber de resolver impedía que el

¹⁵⁸ CANO CAMPOS, Tomás, "El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración", *Revista de Administración Pública*, n.º 201, Madrid, septiembre-diciembre 2016, p. 52. DE DIEGO DíEZ, L. Alfredo, *Prescripción y caducidad en el Derecho Administrativo sancionador*, Bosch, 2009, 2ª edición, Barcelona, p. 189, también pone de manifiesto la situación de inseguridad jurídica en la que se colocaba al administrado durante la tramitación del recurso administrativo (si la Administración no lo resolvía expresamente, la prescripción de la sanción no podía operar por razones técnicas).

plazo de prescripción de las sanciones corriera a favor de los ciudadanos. El Tribunal Supremo era consciente de ello, y por eso en la mencionada sentencia de 22 de septiembre de 2008 (RJ 2008\4545) ya advirtió la posibilidad de que derivasen consecuencias indeseables de su doctrina, 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 la de la sanción. Precisamente por eso, el Tribunal Supremo no descartó volver a abordar la misma cuestión cuando tuviera ocasión para ello. La doctrina fue igualmente consciente de esas posibles consecuencias indeseables, por lo que algunos autores pusieron de manifiesto su disconformidad para con la jurisprudencia del Alto Tribunal alegando que se trataba de una interpretación que vulneraba el principio de seguridad jurídica, desconocía por completo el fundamento material de la prescripción en el ámbito sancionador y contradecía la propia doctrina constitucional sobre el silencio negativo de la Administración¹⁵⁹.

¹⁵⁹ A este respecto, *vid.* DE DIEGO DÍEZ, L. Alfredo, *Prescripción y caducidad en el Derecho Administrativo sancionador*, Bosch, 2009, 2ª edición, Barcelona, p. 186 y CANO CAMPOS, Tomás, "La imprescriptibilidad de las sanciones recurridas o la amenaza permanente del *ius puniendi* de la Administración", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 30, p. 72. También ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, "La prescripción de las infracciones y las sanciones en vía de recurso administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 154, abril-junio 2012, p. 277: «que la fijación del día inicial de la prescripción dependa no de una circunstancia objetiva, sino del mero capricho de la Administración que, en un momento dado, decida resolver el recurso que tiene pendiente no ofrece mucha seguridad al



Sin embargo, el Tribunal Constitucional vino a refrendar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a dar testimonio de su adecuación a las previsiones constitucionales. En la STC 37/2012, de 19 marzo (cuestión de inconstitucionalidad n.º 9689/2009)¹⁶⁰, afirmó:

«de la doctrina constitucional sobre el silencio administrativo no se desprende... que la demora en la resolución expresa de un recurso de alzada en materia sancionadora deba producir necesariamente la prescripción de la sanción».

Pero admitió en el Fundamento Jurídico 12 que, aunque no le correspondía determinar cuál era la interpretación preferible de un precepto cuando –dentro de la Constitución– son posibles varias, no era menos cierto que el art. 132 de la Ley 30/1992 podía interpretarse de forma mucho más respetuosa con el contenido de los derechos fundamentales. Además, cuatro Magistrados emitieron sendos votos particulares que discrepaban de la opinión mayoritaria y que

sancionado que está pendiente de su sanción y de si prescribe o no».

¹⁶⁰ La STC 37/2012, de 19 marzo, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad n.º 9689/2009 planteada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 1 de Elche, en relación con 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, tal como han sido interpretados con carácter vinculante por las Sentencias en interés de Ley de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004 y 22 de septiembre de 2008.

consideraban, al igual que parte de la doctrina, que la interpretación adoptada por el Tribunal Supremo y refrendada por el Pleno del Tribunal Constitucional vulneraba el principio de seguridad jurídica al que sirve el instituto de la prescripción, así como la doctrina constitucional sobre el silencio negativo¹⁶¹.

¹⁶¹ Uno de los Magistrados discrepantes, don Eugeni Gay Montalvo, consideró que los arts. 132 de la Ley 30/1992 y 81 LTSV, en su interpretación dada por el Tribunal Supremo eran «contrarios al principio de seguridad jurídica, al que sirve, precisamente, el instituto de la prescripción y al que salvaguarda el art. 9.3 CE, pues confían la efectividad de aquella –de la prescripción, se entiende– a la mera voluntad de una de las partes en la relación». Además, afirmó que, a su juicio, «el principio constitucional de seguridad jurídica..., cuando se trata de disciplinar el ejercicio del *ius puniendi*, y en este caso la regulación de la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas, impone al legislador que las normas que dicte, además de cumplir con la exigencia de certeza, respeten una serie de principios y valores constitucionales en los que no tiene cabida que una persona respecto de una coyuntura concreta quede sujeta *sine die* a la potestad sancionadora del Estado».

Por otra parte, el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, discrepaba de la opinión mayoritaria porque con ella, a su parecer, se situaba al ciudadano en una situación de indefinición jurídica y de perpetua pendencia al procedimiento sancionador, que además, era «creada a partir del incumplimiento de la obligación legal de la Administración de resolver de forma expresa el recurso de alzada contra una resolución sancionadora, lo que supone consentir un importante elemento de arbitrariedad en la actuación de la Administración». Consideró el Magistrado que los arts. 81 LTSV y 132 Ley 30/1992 deberían haberse declarado inconstitucionales en la interpretación vinculante dada por las Sentencias en interés de ley de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de



Efectivamente, como advierte CANO CAMPOS, la introducción del párrafo tercero del art. 30.3 LRJSP ha

2004 y de 22 de septiembre de 2008, por vulnerar el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE.

De igual modo, la Magistrada discrepante doña Adela Asua Batarrita consideró que «los preceptos cuestionados convierten en inoperativa e ilusoria la propia institución de la prescripción en el ámbito sancionador administrativo cuando la Administración incumple su obligación legal de resolver expresamente el recurso de alzada», por lo que concluyó afirmando que «no resulta constitucionalmente admisible es que, una vez interpuesto el recurso de alzada y no resuelto en plazo por la Administración, por la inacción de la Administración se abra un período indefinido de tiempo que se puede convertir en ilimitado, que no afecta en modo alguno ni a la prescripción de la infracción ni a la prescripción de la sanción impuesta».

El Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez también consideró que debía haberse estimado la cuestión de inconstitucionalidad porque según sus propias palabras, conforme a la interpretación del Tribunal Supremo de los artículos cuestionados, «la prescripción de la sanción queda al albur de la decisión de una de las partes, la Administración Pública, extremo que presenta evidentes conexiones con la doctrina sobre la prescripción penal de la STC 63/2005, pues pocas diferencias hay entre lo que en dicha sentencia se califica como “latencia *sine die* de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos respecto del calendario de exigencia de responsabilidad por hechos cometidos en un pasado más o menos remoto”... y la situación en la que queda el interesado que ha recurrido contra la sanción que le ha sido impuesta». En definitiva, consideró que ello colocaba «en una situación de inseguridad e incertidumbre al administrado y, en contraposición, en una situación de supremacía absoluta a la Administración» que resultaba totalmente contraria a las exigencias constitucionales de seguridad jurídica.

venido a solucionar este problema de la imprescriptibilidad de las sanciones recurridas y de la situación de amenaza permanente del *ius puniendi* de la Administración¹⁶². Lo cual es, indudablemente, de agradecer al legislador pues conlleva unas mayores garantías de seguridad jurídica para los ciudadanos, que dejan de encontrarse en una situación de incertidumbre y de estar sometidos *sine die* a la amenaza sancionadora de la Administración. Aunque el autor considera que, más bien, lo que debería precisar el párrafo tercero del art. 30.3 LRJSP es que «lo que corre, en rigor, es el plazo de prescripción de la infracción, no el de la sanción porque este, como acabamos de ver, comienza cuando la sanción sea ejecutable y la desestimación por silencio de un recurso no hace ejecutable la sanción»¹⁶³. Pero, a los efectos que nos interesan, coincide el autor con la tesis de REBOLLO PUIG consistente en que la resolución de un recurso administrativo mediante silencio negativo no es suficiente para que la sanción recurrida alcance la firmeza en vía administrativa y se convierta en ejecutiva.

CHINCHILLA MARÍN, sin embargo, no comparte que el plazo de prescripción pueda correr antes de que la sanción sea ejecutiva, sino que considera que «siendo la ejecutividad la condición necesaria para que empiece a correr el plazo de la prescripción de la 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

¹⁶² CANO CAMPOS, Tomás, “El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración”, (...), cit., p. 52.

¹⁶³ CANO CAMPOS, Tomás, “El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración”, (...), cit., p. 53.



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»¹⁶⁴. Considera la autora que, como 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, para que una sanción prescriba tiene que darse una condición previa: que la sanción sea susceptible de ser ejecutada. Se centra, por tanto, CHINCHILLA MARÍN en evitar que se destruya el silogismo condicional “si ejecutividad, entonces prescripción”; pero, a cambio, parece descuidar la doctrina del silencio administrativo y admitir que la sanción es, no sólo susceptible de prescripción, sino también *ejecutable* cuando, habiéndose interpuesto el recurso administrativo, este ha sido desestimado presuntamente, es decir, por silencio administrativo.

Lo que queda claro después de exponer las opiniones doctrinales al respecto es que para interpretar el párrafo tercero del art. 30.3 LRJSP conforme a nuestro ordenamiento jurídico, caben dos posibilidades:

- Entender que la desestimación presunta de un recurso administrativo convierte en ejecutiva la sanción recurrida, sacrificando, así, la doctrina del silencio administrativo, conforme a la cual no es equivalente ni producen los mismos efectos un acto expreso que un acto presunto, por ser este segundo una mera ficción legal -y no un acto

¹⁶⁴ 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”, (...), cit., p. 64.

administrativo- que faculta al interesado para recurrir en vía administrativa o judicial la inactividad de la Administración que se considera desestimadora de sus pretensiones.

- Mantener intacta la doctrina del silencio administrativo y considerar necesaria la resolución expresa por parte de la Administración de los recursos administrativos interpuestos contra las sanciones impuestas por ella para entender que las mismas son firmes en vía administrativa y, por tanto, ejecutivas; pero, admitiendo, a cambio, una consecuencia carente de lógica, como es que el plazo de prescripción de las sanciones comienza a correr antes de que las mismas se puedan ejecutar, por lo que es posible que una sanción prescriba antes de que la Administración haya tenido la oportunidad de llevar a cabo su ejecución.

La primera posibilidad conlleva que el silencio administrativo negativo surte los mismos efectos que un acto administrativo expreso en el ámbito de la ejecutividad de las sanciones, de modo que, tanto una resolución de la Administración como su inactividad dan lugar a que las sanciones recurridas en vía administrativa devengan firmes -en tal vía- y ejecutivas. Como consecuencia, conforme a esta posibilidad, la falta de diligencia de la Administración, que está obligada a resolver expresamente todos los procedimientos ex art. 21 LPAC, resulta reforzada por el ordenamiento jurídico, cuando debería ser reprobada. La Administración podría despreocuparse y no resolver los recursos administrativos interpuestos contra sus sanciones, pues el ordenamiento, en lugar de perjudicarla, le beneficiaría reconociendo firmeza y ejecutividad a sus actos sancionadores recurridos, una vez transcurra el plazo



para resolver los recursos administrativos, haya resuelto expresamente o no.

Parece, por tanto, que la primera posibilidad lo único que hace es desincentivar que la Administración resuelva expresamente los recursos administrativos interpuestos por los ciudadanos.

Precisamente para evitar que eso ocurra, la segunda interpretación –defendida por REBOLLO PUIG– se niega a aceptar que un simple silencio administrativo pueda convertir en ejecutiva una sanción. Pero para evitar la consecuencia inmediata de esa negativa, es decir, el gran problema de la imprescriptibilidad de las sanciones y del *ius puniendi* de la Administración –que volvería a tener en su poder la capacidad de decidir qué sanciones prescriben y cuáles no y, por ende, qué sujetos se encuentran sometidos *sine die* a su amenaza punitiva y cuáles no–, acepta que la prescripción de las sanciones comience a computar incluso aunque éstas no hayan devenido ejecutivas, así como la posibilidad de que las sanciones prescriban antes de que la Administración haya podido ejecutarlas.

Por todo lo expuesto, creo que esta segunda opción, defendida por REBOLLO, es la más adecuada y coherente por ser la más respetuosa, por un lado, con la doctrina del silencio administrativo, ya que mantiene la diferente naturaleza jurídica de los actos administrativos expresos y presuntos y, como consecuencia, exige que para que la sanción sea ejecutiva es necesaria una resolución expresa del recurso administrativo por parte de la Administración, no bastando con una mera ficción legal, como es el silencio administrativo; y, por otro lado, con los derechos y garantías de los ciudadanos, ya que los presuntos responsables de infracciones administrativas saben que hasta que la Administración no resuelva

expresamente sus recursos, las sanciones no se pueden ejecutar.

No creo que la tesis contraria sea correcta ni adecuada: primero, porque ignora que el silencio es una técnica concebida al servicio de los ciudadanos y la pone al servicio de la Administración, que ya goza de suficientes privilegios; y segundo, porque conlleva que la Administración obtenga un beneficio de su propio incumplimiento y no creo que las normas estén pensadas para reforzar comportamientos poco diligentes.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, "Derecho Administrativo sancionador: garantías formales y procedimiento sancionador", *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Tecnos, 2017, 2ª edición, Madrid, pp. 225-249.

- *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, 2007, Navarra.
- "La eficacia y la ejecución de las sanciones de tráfico", *Revista de Documentación Administrativa*, nº 284-285, mayo-diciembre 2009, pp. 121-152.
- "La prescripción de las infracciones y las sanciones en vía de recurso administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 154, abril-junio 2012, pp. 263-287.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina y MORENO LINDE, Manuel, "Los recursos administrativos", *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y*



control de la Administración, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Tecnos, 2017, 2ª edición, Madrid, pp. 157-176.

BANACLOCHE PÉREZ-ROLDÁN, Julio, *Guía práctica de sanciones tributarias*, La Ley, 2005, Madrid.

BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, Santander.

BUENO ARMIJO, Antonio y PIZARRO NEVADO, Rafael, "Eficacia y ejecución de los actos administrativos", *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Tecnos, 2017, 2ª edición, Madrid, pp. 123-156.

CANO CAMPOS, Tomás, "Ejecutividad, ejecución y prescripción de las sanciones en el Derecho de la Competencia", *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, dirigida por GUILLÉN CARAMÉS, Javier y CUERDO MIR, Miguel, Aranzadi, 2015, Navarra, pp. 59-82.

- "El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración", *Revista de Administración Pública*, n.º 201, Madrid, septiembre-diciembre 2016, pp. 25-68.
- "La ejecutividad de las sanciones y el inicio de su plazo de prescripción", *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas: Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela, coordinado por REBOLLO PUIG, Manuel, LÓPEZ BENÍTEZ, Manuel y CARBONELL PORRAS, Eloísa*, Iustel, 2015, Madrid, pp. 773-790.
- "La imprescriptibilidad de las sanciones recurridas o la amenaza permanente del *ius puniendi* de la

Administración”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, n.º 30, pp. 70-79.

- *Las sanciones de tráfico, Aranzadi, 2014, Navarra.*
- *“La ejecutividad de las sanciones y los enredos con la prescripción”, Revista de Administración Pública, n.º 212, en prensa.*

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”, *RVAP*, n.º 110-I, enero-abril 2018, pp. 57-95.

DE DIEGO DÍEZ, L. Alfredo, *Prescripción y caducidad en el Derecho Administrativo sancionador*, Bosch, 2009, 2ª edición, Barcelona.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles, “Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, n.º 112, octubre-diciembre 2001, pp. 553-572.

GARCÍA BLASCO, Juan y MONEREO PÉREZ, José Luis, *Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social y normas concordantes*, Comares, 2006, Granada.

GONZÁLEZ ALONSO, Fernando, “La inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias militares y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 36, 2014, pp. 1-36.



HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, 2007, Madrid.

IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y REBOLLO PUIG, Manuel, "Derecho Administrativo sancionador: caracteres generales y garantías materiales", *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Tecnos, 2017, 2ª edición, Madrid, pp. 201-223.

MARTI DEL MORAL, Antonio, "La Jurisdicción Contencioso-Administrativa (II)", *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Tecnos, 2017, 2ª edición, Madrid, pp. 359-404.

MARTÍN DELGADO, Isaac, "Artículo 2", *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, dirigida por CAMPOS ACUÑA, Concepción, Wolters Kluwer, 2017, Madrid, pp. 39-45.

PIZARRO NEVADO, Rafael, "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, dirigida por GONSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, Wolters Kluwer, 2016, Madrid, pp. 15-152.

REBOLLO PUIG, Manuel, "La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de procedimiento administrativo común", *Derecho Administrativo e integración europea: Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, coordinada por LAGUNA DE PAZ, José Carlos, SANZ RUBIALES, Íñigo y DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María, Reus, 2016, Madrid, pp. 1343-1366.

- “La invalidez del acto administrativo”, *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, dirigida por REBOLLO PUIG, Manuel, Tecnos, 2017, 2ª edición, Madrid, pp. 101-121.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo general*, vol. II, Iustel, 2004, Madrid.

TARDÍO PATO, José Antonio, “¿Tiene sentido que las Universidades públicas dejen de ser Administraciones Públicas en las nuevas Leyes del Sector Público y de Procedimiento Administrativo Común?”, *Documentación Administrativa*, n.º 2, enero-diciembre 2015, pp. 1-12.

EL ACCESO DE LA PYME A LA COMPRA PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA

SME'S ACCESS TO PUBLIC PROCUREMENT FROM THE PERSPECTIVE OF THE GUARANTEE OF A PRINCIPLE OF FREE COMPETITION

Roberto Carrodegua Méndez

Funcionario con Habilitación de Carácter Nacional.
Máster en Contratación Pública Local

Resumen: En el marco de la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada "Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", la Directiva 2014/24/UE, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 consagra en su artículo 18 el principio de competencia. El reconocimiento de este principio se ve reforzado en el texto europeo mediante la introducción de un conjunto de medidas orientadas a fomentar una mayor participación de las pymes en la compra pública y evitar la colusión entre empresas, sentando las bases sólidas



de un nuevo modelo de contratación estratégica que encuentra su actual reflejo normativo, en nuestro ordenamiento jurídico interno, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Este artículo pretende efectuar un breve estudio de las diferentes medidas diseñadas a nivel europeo y nacional con el propósito de impulsar el acceso de las pymes al mercado de aprovisionamiento del sector público; focalizando en el análisis de determinadas cuestiones de defensa de la competencia que afectan a poderes adjudicadores y operadores económicos y que persiguen, en último término, favorecer la concurrencia.

Palabras clave: Directivas; contratación pública; competencia; colusión; transparencia.

Abstract: In the framework of the Europe 2020 Strategy, established in the Commission Communication of 3 March 2010 entitled "Europe 2020, a strategy for smart, sustainable and inclusive growth", Directive 2014/24/EU, of the European Parliament and of the Council, of 26 February 2014 establishes in its article 18 the principle of competence. Recognition of this principle is reinforced in the European text by introducing a set of measures aimed at encouraging greater participation of smes in public purchasing and avoiding collusion between companies, laying the solid foundations for a new strategic procurement model that finds its current normative reflex, in our internal legal system, in Law 9/2017, November 8, Public Sector Contracts.

This article aims to carry out a brief study of the different measures designed at European and national level with the purpose of promoting the access of smes to the public sector supply market; focusing on the analysis of certain issues of defense of competition that affect

contracting authorities and economic operators and that ultimately seek to promote competition.

Key words: Directives; public procurement; competition; collusion; transparency.

Sumario:

I. CUESTIONES PREVIAS

II. COMPETENCIA-PYME: UN BINOMIO EN EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

1. Antecedentes jurisprudenciales

2. De la Carta Europa de la Pequeña Empresa a la Directiva 2014/24/UE

III. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA

1. Medidas para favorecer el acceso y promover la concurrencia de las pymes en el ámbito de la contratación pública

2. Medidas para fortalecer la persecución de prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito de la contratación pública

3. Restricciones al principio de competencia en la contratación pública

IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

V. BIBLIOGRAFÍA

I. CUESTIONES PREVIAS.

La política de competencia constituye para el Derecho de la Unión Europea uno de los principales cimientos del mercado interior, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estarán garantizados de acuerdo con las disposiciones de los Tratados. Su origen se remonta al Tratado de la CECA de 1951, que introduce determinados conceptos que



posteriormente serán desarrollados por el Tratado de Roma de 1957, cuyo art. 3g) la define como “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior”.

En la actualidad, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de diciembre de 2009, dedica el Título VII, bajo la rúbrica “Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones”, a regular esta política. Su importancia queda reflejada en el art. 101 TFUE al determinar que serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. No en vano, uno de los principales objetivos de la política de la Unión Europea, desde su origen, ha sido alcanzar un mercado interior único sin fronteras en el que la libre competencia no resulte falseada. Objetivo este último que se mantiene en la Agenda Estratégica de la UE para 2019-2024, en la medida en que una base económica sólida resulta de vital trascendencia para la competitividad, la prosperidad y la creación de empleo, así como para que Europa pueda desempeñar un papel en la escena mundial.

En España, nuestro texto constitucional de 1978 contiene previsiones parecidas –mutatis mutandis cuando reconoce en el art. 38 la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación.

La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad. En este contexto, existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad¹⁶⁵.

Recientemente, en marzo de 2019, la Comisión Europea y la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad adoptaban una Comunicación Conjunta dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo titulada “UE-China: Una perspectiva estratégica” (Comunicación), en la que se enfatizaba la necesidad de la Unión Europea de acoger “un enfoque proactivo para reforzar su competitividad económica y garantizar unas condiciones de competencia equitativas”, destacando que “la creación de un mercado único de contratación pública es uno de los principales logros del mercado interior”.

Y es que, en efecto, la garantía de un mercado competitivo se encuentra estrechamente vinculada con el papel clave y esencial que sigue desempeñando la contratación pública en la economía comunitaria. Constituye una herramienta esencial para el crecimiento económico dado que la adquisición de obras, suministros

¹⁶⁵ Vid. Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (B.O.E. número 159, de 4 de julio de 2007).



y servicios por las autoridades nacionales representa aproximadamente una quinta parte del PIB de la Unión. A lo expuesto, se añade, según datos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), que los Estados dedican más del 30% del presupuesto de gastos a la contratación pública, convirtiéndose en un pilar fundamental de la gobernanza estratégica que debe orientarse a alcanzar objetivos de política de protección ambiental, innovación, creación de empleo y de desarrollo de la pequeña y mediana empresa.

Con acierto, GIMENO FELIU ha puesto en valor el cambio de una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva, evolucionando hacia la idea la contratación pública como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”¹⁶⁶.

Por otro lado, observamos que, con carácter general, la eficiencia en la gestión del aprovisionamiento público está estrechamente vinculada a la competencia. Cabe afirmar con rotundidad que, sin el aumento de esta última, resulta difícil alcanzar las mejores condiciones en términos de precio y calidad para el bienestar de los ciudadanos. Debido a este motivo, las normas de contratación pública están diseñadas para beneficiar tanto a los operadores económicos como a los poderes adjudicadores. La estrategia pasa necesariamente por impulsar oportunidades de mercado para los primeros e

¹⁶⁶ Vid. GIMENO FELIU, J.M. “Compra pública estratégica”, en libro colectivo Contratación pública estratégica, coord. por PERNAS GARCÍA, J., Aranzadi, 2013, Cizur Menor, págs. 45-80.

incrementar simultáneamente la cartera de proveedores de los segundos.

Por esta razón, si los poderes adjudicadores diseñan herramientas que faciliten el acceso a la contratación pública de los potenciales licitadores, probablemente se generen un mayor número de ofertas que respondan a sus necesidades de contratación, redundando el incremento de la competencia en una mayor eficiencia. En otras palabras, se pretende “contratar mejor, gastar menos”¹⁶⁷.

Del examen anterior, se observa que la contratación pública debe estar abierta al mercado, evitando que la competencia resulte falseada. De ahí que resulte conveniente plantear una reflexión acerca de si el sistema de compra pública diseñado por el legislador responde a las necesidades derivadas de un contexto marcado por la globalización.

A decir verdad, hay que poner de relieve que Bruselas ha puesto bajo lupa la contratación pública española en reiteradas ocasiones. A título de ejemplo, en el Informe España 2017, elaborado por la Comisión, se advertía, entre otros extremos, que nuestro marco de contratación pública no fomentaba la eficiencia y la conformidad con la legislación vigente. El documento añadía que se habían tomado algunas medidas para mejorar las prácticas en materia de contratación pública, pero subsistían deficiencias, tales como el bajo nivel de coordinación entre los distintos niveles de las Administraciones Públicas, la insuficiencia de los mecanismos de control, la falta de transparencia y una

¹⁶⁷ Vid. MERINO ESTRADA, V. y RIVERO ORTEGA, R. “Gestionar mejor, gastar menos: una guía para la sostenibilidad municipal”, CEMCI, Granada, 2011.



utilización relativamente baja de las adquisiciones centralizadas¹⁶⁸. A su vez, en el estudio de la Comisión Europea sobre Contratación pública en Europa (EU Single Market Scoreboard on public procurement), realizado sobre datos de 2017 anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos, España aparecía como el país con más indicadores negativos, destacando, de entre los doce indicadores que lo conformaban, la escasa concurrencia y las dificultades burocráticas. Además, el documento revelaba la escasa participación en las licitaciones públicas de las pequeñas y medianas empresas (pymes), demostrando la existencia de barreras y dificultades para acceder a este mercado.

Conviene destacar que existe un consenso generalizado acerca de que la competencia y concurrencia en el mercado benefician a todos. Aunque suponga anticipar conclusiones, podemos afirmar que cualquier iniciativa orientada a alcanzar la plenitud de estos principios no puede ser concebida sin el apoyo y participación activa de las pymes.

Así pues, hagamos hincapié en el papel protagonista de las microempresas y las pymes, ya que conforman la columna vertebral de la economía de los veintiocho países de la Unión, comportándose como fuente clave de puestos de trabajo y semillero de ideas empresariales. Se convierten, de esta manera, en uno de los principales motores en la creación de empleo, de innovación y crecimiento económico, debiendo los poderes públicos promover condiciones que faciliten el acceso a los

¹⁶⁸ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión "Informe sobre España 2017, con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos" (SWD 2017, 74 final, 22 de febrero de 2017).

contratos públicos para liberar plenamente su potencial, generando competitividad.

Tradicionalmente, la significación de las pymes en el tejido productivo no ha guardado proporcionalidad con su intervención en el mercado de la compra pública. Consciente de esta problemática, la UE ha impulsado una política orientada hacia su mayor participación en la contratación sobre la convicción de que la misma generaría una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que ofrecería a los poderes adjudicadores una mejor relación calidad-precio. Por otra parte, la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitiría a las pymes desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía europea.

Desde esta perspectiva, cualquier política orientada a la mejora de la gobernanza y posicionamiento de Europa en el entorno económico global deberá ser diseñada tomándolas en consideración de forma prioritaria, ya que suponen más del 99% de las empresas, representando poco más del 50% del Valor Añadido Bruto y el 67% del empleo empresarial total. Nueve de cada diez empresas son pymes, generando dos de cada tres puestos de trabajo. Sin embargo, a pesar de su importancia, las pymes logran solamente el 45% del valor de los contratos públicos por encima de los umbrales de la UE, claramente por debajo de su peso en la economía.

A tenor de lo anteriormente expuesto y con el ánimo de alcanzar algunas conclusiones que permitan valorar el papel protagonista que las pymes están llamadas a asumir en el marco de la contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva,



abordamos en las próximas páginas, desde la perspectiva del derecho nacional y europeo, el estudio de diferentes medidas jurídicas de fomento orientadas a facilitar su participación en la compra pública; focalizando en determinadas cuestiones de defensa de la competencia que sirven para garantizar una contratación pública más justa y eficiente, tanto desde la perspectiva de los poderes adjudicadores como de los propios operadores económicos activos en el mercado.

II. COMPETENCIA-PYME: UN BINOMIO EN EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS.

1. Antecedentes jurisprudenciales.

Sabido es que el sector de la contratación pública en el ámbito comunitario reviste una importancia capital. A pesar de ello, el denominado derecho originario de la Unión Europea, conformado por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y sus respectivas modificaciones, no contiene una referencia expresa a la contratación pública. No obstante, los Tratados originarios, que se sitúan a la cabeza del ordenamiento jurídico y sirven de parámetro de validez e interpretación del resto de las normas, recogen determinados principios y libertades que posteriormente se consagran como principios generales de la contratación pública. Estos principios se convierten en el fundamento del desarrollo del Derecho europeo de contratos y sirven para justificar los fines perseguidos por las Directivas en cada momento histórico.

Cabe recordar que el establecimiento y funcionamiento del mercado interior se convierte en el

título competencial habilitante para que las instituciones comunitarias puedan intervenir en este ámbito (art. 114 TFUE), justificando la adopción de medidas encaminadas a garantizar la competencia efectiva entre los distintos operadores económicos.

Precisamente por ello resulta imprescindible armonizar la legislación de contratos públicos de los diferentes Estados, impulsando desde la Unión Europea la aprobación de toda una serie de Directivas comunitarias que pretenden asegurar, en última instancia, el respeto en la contratación pública de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. De hecho, podemos afirmar que la legislación europea sobre contratación pública desempeña un destacado papel en el desarrollo del mercado único y en el uso eficiente y eficaz de los fondos públicos.

Paralelamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha confeccionado una consolidada jurisprudencia orientada a garantizar el cumplimiento de estos principios generales con objetivo de alcanzar un mercado único de la contratación pública competitivo, que garantice la igualdad de condiciones de todos los operadores económicos que participan en él. En reiteradas ocasiones, el Alto Tribunal ha recogido en sus sentencias que el objetivo de las Directivas europeas sobre adjudicación de contratos públicos no es otro que fomentar la libre competencia, garantizando aquellos principios esenciales. Estos principios generales se caracterizan por su transversalidad, alcanzando a todas las fases del contrato e inciden directamente en el ámbito interno, en virtud de los principios de aplicabilidad y primacía del Derecho comunitario europeo.



En esta línea, conviene indicar que los principios generales obligan a cumplir fielmente las disposiciones de la normativa europea sobre contratación pública, preservando el efecto útil de las Directivas; no sólo mediante la interpretación conforme del Derecho nacional con el comunitario europeo, sino también a través de la técnica de la inaplicación del Derecho nacional contrario al Derecho comunitario¹⁶⁹, con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea¹⁷⁰.

A modo de resumen, el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado en numerosas sentencias que el Derecho europeo sobre contratación pública no se agota en las Directivas, siendo aplicable a determinados contratos, que por su cuantía no están sujetos a las mismas, las normas fundamentales del Tratado (entre otras, Sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, Teleaustria, Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH y Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-203/08, Sporting Exchange Ltd).

¹⁶⁹ Entre otras, Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, Simmenthal; Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2010, asunto C-188/10 y C-189/10, Melki y Abdeli; Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2010, asunto C-173/09, Elchinov. Y Sentencia del TJCE de 27 de febrero de 2003, asunto C-327/00, Santex.

¹⁷⁰ Entre otras, Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, Internationale Handelsgesellschaft y Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-213/07, Michaniki.

En efecto, el principio de igualdad, que constituye la base de las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores¹⁷¹.

Por su parte, como principio básico de la contratación pública orientado a generar competencia, el principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora¹⁷². Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores respondan a los criterios aplicables al contrato de que se trate¹⁷³.

¹⁷¹ Vid. Sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, apartados 109 y 110.

¹⁷² Vid. Sentencia del TGUE de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, *España contra Comisión Europea*, apartado 48.

¹⁷³ Vid. Sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, apartado 111.



Sentada la necesidad de garantizar el principio de igualdad, y dada la importancia de los intereses empresariales que concurren en la compra pública, defendemos la necesidad de fijar unas reglas de juego con el fin de evitar comportamientos abusivos y prácticas comerciales opacas que puedan distorsionar la competencia en el mercado; superando, de esta manera, patologías asociadas a la contratación pública de nuestros días.

Se trata, en definitiva, de materializar el derecho y el deber una “buena administración”, al garantizar en este campo la ética, la integridad, la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción¹⁷⁴. No en vano, las prácticas anticompetitivas se traducen en pérdida de confianza de las instituciones, ineficiencia en la gestión del gasto público e innecesario desaprovechamiento de los recursos en la prestación de los servicios públicos¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Al respecto, resulta interesante la lectura del estudio divulgado el 19 de noviembre de 2016 por la revista británica *The Economist* («Procurement spending: Rigging the bids»), basado en el análisis de los contratos públicos europeos publicados en el *Tenders Electronic Daily* (TED) en el que se afirma que la contratación gubernamental se está volviendo menos competitiva y, a menudo, más corrupta. La competencia en contratos públicos es baja y está descendiendo en toda la Unión Europea.

¹⁷⁵ Al respecto, puede consultarse el Informe E/CNMC/004/18: Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España. En este documento, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) concluye que los procedimientos abiertos y transparentes producen un ahorro de casi un 10% de media en los importes de adjudicación; la Administración utiliza de forma generalizada procedimientos

Al mismo tiempo, una menor tensión competitiva se traduce en un incremento potencial en el riesgo de colusión; es decir, las actuaciones de manipulación de ofertas o “big rigging” en el derecho anglosajón.

En cualquier caso, interesa dejar aquí apuntado que la jurisprudencia comunitaria ha destacado que las normas de publicidad previstas en la Directiva “tienen por objeto promover el desarrollo, en el ámbito comunitario, de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos”¹⁷⁶. Refiere de manera expresa al principio de “competencia” el Alto Tribunal en la Sentencia de 16 de septiembre de 1999, en el asunto C-27/98, Fracasso y Leitschutz, en el apartado 31 al indicar que “para cumplir el objetivo de lograr el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos...” y en la Sentencia de 27 de noviembre de 2001, en los asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, Lombardini y Mantovani, en el apartado 76 al prever “que todas las exigencias que impone el derecho comunitario deben aplicarse de manera que se garantice el cumplimiento de los principios de libre competencia e igualdad de trato entre los licitadores”.

poco competitivos en los contratos de menor cuantía; un tercio de los contratos analizados solo tienen un participante y en el 65% de los contratos hay 3 o menos participantes y que las Administraciones públicas se habrían ahorrado un mínimo de 1.700 millones entre 2012-2016 si hubieran utilizado procedimientos competitivos.

¹⁷⁶ Vid. Sentencia del TJCE de 26 de septiembre de 2000, asunto C-225/98, Comisión/Francia. apartado 34.



2. De la Carta Europea de la Pequeña Empresa a la Directiva 2014/24/UE.

En este escenario, como se ha anticipado, alentar la participación activa de las pymes en el aprovisionamiento del sector público se convierte en condición sine qua non para garantizar un mercado competitivo, apostando por objetivos sociales, medioambientales y de innovación que imponen un cambio de paradigma en la contratación pública al configurarla como herramienta efectiva de políticas públicas. Asimismo, la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las pymes desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía.

Tomando como referencia estos argumentos, a partir de los logros obtenidos con la aplicación de la Carta Europea de la Pequeña Empresa, también conocida como “Carta de Feira”¹⁷⁷, se pretendió dar un nuevo impulso a la política europea de apoyo a la pyme mediante la creación de un marco político que integrara los instrumentos estratégicos existentes en materia de política de empresa.

Cabe mencionar, que con carácter previo a la aprobación por el Parlamento Europeo del nuevo paquete de contratación pública el 15 de enero de 2014, la Comisión adoptó la Comunicación “Small Business Act”

¹⁷⁷ Consejo Europeo de Santa María da Feira, celebrado los días 19 y 20 de junio de 2000. Anexo III Carta Europea de la Pequeña Empresa.

(SBA)¹⁷⁸. Este documento se configuraba como un instrumento de naturaleza política, no jurídica, que proponía un marco integral de actuación para la Unión Europea y los Estados miembros en todas las políticas que afectaban a la actividad de las pymes a través de diez principios que guiaban la concepción y aplicación de dichas políticas a nivel europeo y nacional. Adicionalmente, y con la finalidad de permitir a los poderes adjudicadores de los Estados miembros aprovechar el potencial de las Directivas de contratación pública para facilitar la participación de los operadores económicos en las licitaciones públicas, la Comisión elaboró un documento de trabajo para facilitar el acceso a las pymes en la contratación pública¹⁷⁹.

Con posterioridad a la Comunicación SBA de 2008, el 23 de febrero de 2011, la Comisión presentó la revisión de la misma con el fin de contribuir a alcanzar los ambiciosos objetivos establecidos en la nueva agenda de reformas de la UE orientada por la “Estrategia Europa 2020”¹⁸⁰. De esta manera, se planteaba la necesidad de que los Estados miembros fijasen como objetivos nacionales la reducción de las cargas administrativas;

¹⁷⁸ Vid. Comunicación de 25 de junio de 2008 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Pensar primero a pequeña escala. “Small Business Act” para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas” SEC (2008) 2102.

¹⁷⁹ Al respecto, puede consultarse el Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos. Documento SEC (2008) 2193. Bruselas, 25.06.2008.

¹⁸⁰ Vid. Comunicación de 23 de febrero de 2011 de la de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Revisión de la “Small Business Act” para Europa”.



tiempos y costes de creación de empresas; la mejora en el acceso a la financiación; la introducción de procedimientos de contratación innovadores y gobierno electrónico; y la facilitación en la participación de las pymes en la contratación pública.

Por otra parte, la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020¹⁸¹, configurándose como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos y facilitando, en particular, la participación de la pyme en la contratación pública. Por esta razón, la apuesta por mejorar el acceso de las pymes a la contratación pública se vio reflejada en el Libro Verde sobre modernización de la contratación pública de la UE¹⁸², con el que se puso en marcha una amplia consulta pública sobre cambios legislativos que culminaría con la publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014 de las Directivas de contratos públicos de “cuarta generación”¹⁸³.

¹⁸¹ Al respecto, puede consultarse Comunicación de la Comisión Europea “EUROPA 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, Bruselas, 03.03.2010. COM (2010) 2020.

¹⁸² Vid. Libro Verde sobre modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente. 27.01.2011. (COM [2011] 15 final).

¹⁸³ Son tres las nuevas Directivas: Directivas 2014/24/UE («Directiva Clásica»), 2014/23/UE («Directiva relativa a las concesiones») y 2014/25/UE («Directiva sobre servicios públicos») del Parlamento Europeo y del Consejo. Sobre el contenido de estas Directivas resulta preciso destacar:

Asimismo, resulta preciso indicar que el esfuerzo europeo para potenciar el papel de las pymes no se agota en las Directivas. A título de ejemplo, en el DOUE de 13 de enero de 2020 se publicaba la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de octubre de 2018, sobre el paquete de medidas de estrategia de contratación pública, en la que se recoge una serie de consideraciones sobre la contratación estratégica y coordinada. Dentro de estas consideraciones, en lo que aquí interesa, destacamos que se insta a los Estados miembros a que utilicen la contratación pública de manera estratégica con el fin de promover un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en el que estén incluidas las pymes. Al mismo tiempo, se señala la importancia de que las condiciones de licitación no supongan una carga excesiva, de tal forma que los contratos públicos sigan resultando accesibles para todas las empresas, incluidas las pymes. Por otra parte, la Comisión también ha iniciado acciones específicas para facilitar el acceso de las pymes a la contratación financiado proyectos con cargo al programa COSME. O, por citar un último ejemplo, el Plan de Acción Europeo de la Defensa ha puesto en marcha acciones para facilitar el acceso de las pymes a los mercados transfronterizos.

Volviendo a las Directivas de 2014, hay que tener en cuenta que se decantan, dado el potencial que tienen las

GIMENO FELIÚ, J. M. El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Aranzadi, Cizur Menor, 2014; MORENO MOLINA, J. A. "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos", en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 115 a 163.



pymes de cara a la creación de empleo, el crecimiento y la innovación, por facilitar y reforzar su participación en la contratación pública; todo ello, mediante la introducción de un conjunto de disposiciones destinadas a alcanzar mejores resultados¹⁸⁴.

Además, hay que poner de relieve que la nueva Directiva de contratación pública alienta a los poderes adjudicadores a que apliquen el Código Europeo de Buenas Prácticas y adapten sus procedimientos de contratación a las necesidades de las pymes.

En todo caso, recordemos que la Directiva 2014/24/UE tiene por finalidad, como se desprende de su considerando 1, asegurar que en la adjudicación de contratos públicos se respeten, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estas, en concreto, la igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia, y garantizar que la contratación pública se abra a la competencia.

Por su parte, el art. 18 de la precitada norma garantiza el principio de competencia al determinar que

¹⁸⁴ Sobre la cuestión de las pymes y la contratación pública puede consultarse: GIMENO FELIU, J.M. "La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las Pymes como estrategia de reactivación económica", en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 59 a 84, y el estudio de G. BARRIO GARCIA, "Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública", en libro colectivo Contratación Pública Estratégica, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 133-160.

“los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considera que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”.

Redunda en interés de la Unión que, en materia de contratos públicos, se refuerce la apertura del procedimiento de licitación a la competencia. Conforme a ello, las nuevas Directivas tienen como objetivo incrementar la eficiencia del gasto público, generando, en particular, una mayor competencia mediante la implementación de condiciones que facilitan la participación de las pymes en la contratación pública; permitiendo que las entidades contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.

Sostenemos que, para cubrir estas necesidades, resulta de vital importancia gozar de una base normativa que permita incentivar la intervención de las pymes en el mercado de la contratación pública. En este sentido, como acertadamente apunta MARTINEZ FERNANDEZ, las tres nuevas Directivas sobre contratación destacan como uno de los objetivos esenciales de la nueva regulación facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos, introduciendo flexibilidad en los procedimientos, reduciendo la carga administrativa en los negocios, y



evitando requisitos desproporcionados en cuanto a la posición financiera de los candidatos¹⁸⁵.

Ciertamente, la dinamización de la competencia se encuentra estrechamente vinculada al acceso de las pymes al mercado, convirtiéndose en eje prioritario de la regulación normativa. De ahí, que la nueva Directiva clásica de contratación pública proyecte sobre su texto un conjunto de medidas destinadas a fomentar la competencia mediante una mayor participación de las pymes. A continuación, analizaremos una serie de medidas incorporadas por la Directiva clásica que afectan directamente a su actividad.

La primera consideración que debemos efectuar es que la norma europea apuesta de manera decidida por una contratación pública electrónica (e-procurement) que beneficia directamente a las pymes que operan en el mercado de la compra pública, al generar ahorro de tiempo y mayor transparencia. Objetivo prioritario que queda reflejado en el art. 90 de la Directiva 2014/24/UE al prever la utilización de medios de información y comunicación electrónicos, y en particular, la puesta a disposición de los operadores económicos, licitadores y candidatos por medios totalmente electrónicos de los pliegos de la contratación y la transmisión electrónica de las comunicaciones. Y que se complementa con la Directiva 2014/55/UE, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

¹⁸⁵ Observatorio de contratación pública. 05/05/2014. MARTINEZ FERNÁNDEZ, J.M. Medidas de fomento del acceso a PYMES a la Contratación Pública. <http://obcp.es/opiniones/medidas-de-fomento-del-acceso-pymes-la-contratacion-publica>

Al mismo tiempo, la Directiva de contratación prevé que los poderes adjudicadores deberán tener en cuenta, para fijar los plazos de recepción de ofertas y solicitudes de participación, la complejidad del contrato y el tiempo necesario para preparar las ofertas, aun cuando ello implique fijar plazos más largos que los plazos mínimos previstos en la norma. No se trata de una cuestión baladí, ya que el establecimiento de plazos que no resultan adecuados sirve para favorecer al incumbente y a las grandes empresas. La configuración de plazos resulta esencial para evitar promover desde el sector público un mercado monopolista u oligopolista, ya que en multitud de ocasiones las empresas de mayor tamaño cuentan con más medios y experiencia en las licitaciones públicas, desanimando la participación de las pymes.

De igual modo, la subcontratación, que puede favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública, contribuye a lograr el objetivo de reforzar la apertura del procedimiento de licitación a la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, apartado 48 y jurisprudencia citada)¹⁸⁶. Si bien, debemos advertir sobre la necesidad de articular mecanismos orientados a evitar distorsiones de la competencia del mercado, minimizando el riesgo de

¹⁸⁶ En este sentido, resulta de interés la lectura de la Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2019, en el asunto C-63/18, Vitali SpA y Autostrade per l'Italia SpA. El Tribunal señala que, en materia de contratos públicos, es objetivo de la Directiva 2014/24 la apertura del procedimiento de licitación a la competencia. De este modo, considera que la subcontratación es una figura que puede favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública. Por tanto, contribuye a la consecución del objetivo establecido en la normativa europea.



incrementar el número de licitadores que prefieran subcontratar en lugar de acudir a la oferta pública.

En ningún caso, la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia. De igual modo, la Directiva de contratación recoge la posibilidad del pago directo a subcontratistas. Se trata de una medida con evidente repercusión en las pymes, ya que participan en un alto porcentaje de contratos públicos a través de esta figura. A esta finalidad responde el art. 71.3 de la Directiva 2014/24/UE al establecer una previsión potestativa para que aquellos Estados miembros que así lo entiendan oportuno puedan disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público.

A su vez, se constata en el articulado de la Directiva de contratación una progresiva reducción de cargas administrativas, aspecto positivo para el mundo empresarial en general, y en particular para las pymes, ya que en multitud de ocasiones se autoexcluyen de la contratación pública por considerarla excesivamente compleja. Con el fin de aportar una simplificación considerable que beneficiase tanto a los poderes adjudicadores como a los operadores económicos, la Directiva ofrece la posibilidad de limitar los requisitos de participación. Así, por ejemplo, se facilita el uso de un documento europeo único de contratación consistente en una declaración actualizada del propio interesado (considerando 84), añadiendo la previsión de un formulario normalizado para las declaraciones del interesado, lo que reduciría los problemas relacionados

con la precisión de la redacción de las declaraciones formales y declaraciones de consentimiento, así como con las cuestiones lingüísticas (considerando 86).

Por otra parte, dado que la exigencia de requisitos de solvencia demasiado elevados constituye también uno de los motivos que pueden dificultar la participación de las pymes en los procedimientos de contratación pública, la Directiva 2014/24/UE, al regular los criterios de selección, introduce un matiz en el art. 58 para garantizar la proporcionalidad en la exigencia de solvencia, al prever que el volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos no excederá del doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros.

Aunque no sea una opción muy utilizada por las pymes, el art. 63 de la Directiva 2014/24/UE recoge la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos –recurso a las capacidades de otras entidades-. Esta opción tiene su origen en la jurisprudencia del TJUE (entre otras, Sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 1997, asunto C-5/97, Ballast Nedam Groep II y Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-314/01, Siemens y ARGE Telecom). De esta manera, se reconoce a los operadores económicos el derecho, para un contrato determinado, a basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren ante la entidad adjudicadora que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de esas entidades necesarios para ejecutar dicho contrato. Este recurso puede facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos, sin que



esta fórmula conduzca necesariamente a la subcontratación.

Añade otra novedad el art. 40 de la Directiva 2014/24/UE al regular, en la fase de preparación del contrato, las consultas preliminares del mercado. Los poderes adjudicadores pueden solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado para utilizarlo en la planificación y ejecución del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no distorsione la competencia y no dé lugar a una vulneración de los principios de no discriminación y transparencia. La Directiva de contratación establece que dichas consultas de mercado se realizan no solo con el objetivo de preparar la contratación, sino también de informar a los operadores económicos de los planes y requisitos de contratación de los poderes adjudicadores.

También destaca la regulación de los sistemas dinámicos de adquisición para compras corrientes y repetitivas con el uso exclusivo de medios electrónicos en el que podrán participar un gran número de pymes, vinculados al posible uso de los catálogos electrónicos (arts. 34 y 36 Directiva 2014/24/UE).

Por último, no podemos concluir este punto sin antes analizar la medida más importante regulada en la Directiva para facilitar el acceso a las pymes a la contratación pública, que no es otra que la regulación de la división de los contratos en lotes (considerando 78 y art. 46 Directiva 2014/24/UE). Esta división podrá realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las pymes, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones

implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las pymes o de acuerdo con las diferentes fases posteriores de los proyectos.

Efectivamente, la utilización de lotes en los contratos se ha convertido en una de las herramientas de los poderes adjudicadores para hacer más factible y posible la participación de las pymes en las licitaciones públicas. Su importancia y uso “estratégico” en la consecución de este objetivo hace que la figura del lote se convierta en clave desde el punto de vista del seguimiento de su uso, control y supervisión¹⁸⁷.

Podemos observar que la Directiva de contratación incentiva a los poderes adjudicadores a dividir sus contratos en lotes, si bien la división en lotes no debe confundirse con el fraccionamiento ilícito del objeto del contrato. Por ello, advertirnos que la propia Directiva de contratación introduce una previsión novedosa al determinar que obligará a los órganos de contratación a calcular el valor estimado de un contrato tomando el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales que se integren en un mismo poder adjudicador, aclarando el concepto de “unidad funcional individual” el considerando 20 de la citada norma¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Así se recoge en el Informe anual de supervisión de la contratación pública en España elaborado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), ejercicio 2019.

¹⁸⁸ Vid. Informe 12/15, de 6 de abril de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. “Tres cuestiones en relación con fraccionamiento del objeto del contrato y división en lotes en contratos de servicios y suministro y una cuestión relacionada con las modificaciones contractuales. (Intervención General de la Seguridad Social).”



Por su parte, todas estas medidas y alguna más han sido incorporadas a nuestro derecho interno a través 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)¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Las novedades que se pueden destacar para favorecer el acceso de la pyme a la contratación pública son, entre otras, la nueva regulación de la división en lotes de los contratos, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes (art. 99.3 LCSP); en materia de solvencia del empresario, los requisitos que se exijan han de estar vinculados al objeto del contrato y han de ser proporcionales al mismo (art. 74.2 LCSP), indicando que el volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros y en los procedimientos no SARA, consistente en la posibilidad de que las empresas de nueva creación, tanto en los contratos de obras, servicios y suministros puedan aportar cualesquiera de los medios de solvencia técnica que establece la normativa para cada tipo de contrato, a excepción del referido a trabajos previos realizados; desaparece el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, medida de fomento de la transparencia en los contratos que favorece a las pymes, en la medida en que antes tenían más complicado acceder a este tipo de contratos; se procede a la reducción de las cargas administrativas y el uso obligatorio de medios electrónicos, aspectos altamente positivos para las empresas en general y para las pymes en particular; se simplifican trámites, creando un nuevo procedimiento abierto simplificado con una modalidad abreviada para los contratos de menor cuantía; y finalmente, se impulsa el papel de perfil de contratante y de la Plataforma de Contratos del Sector Público, apostando por la publicidad y transparencia.

La LCSP, en la línea mencionada, recoge en el Preámbulo, como objetivo explícito “conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las pymes, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”.

Cabe destacar que el nuevo texto legal introduce importantes novedades en beneficio de las pymes, manteniendo y mejorando, en algún caso, las medidas que ya recogía la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹⁹⁰. En esta línea, el art. 1.3 de la LCSP, cabecera de la norma, establece la necesidad de facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como las empresas de economía social, reforzando esta premisa el art. 28.2 de la LCSP al determinar que las entidades del sector público promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información.

Como se ha analizado, la jurisprudencia europea y las nuevas Directivas de contratación del año 2014 inciden directamente en el papel protagonista que deben asumir las pymes en la contratación pública, debiendo adoptar los poderes adjudicadores un comportamiento

¹⁹⁰ Al respecto, puede consultarse la Guía práctica de la contratación pública para las PYME editada por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Edición diciembre de 2019.



proactivo en aras a garantizar su participación mediante la promoción de competencia en el mercado.

A lo indicado, resta añadir que, en nuestro país, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional han recordado que garantizar la máxima concurrencia constituye una obligación en la contratación pública (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004 que cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril). Por otra parte, destacamos el gran énfasis puesto por la LCSP en garantizar la libre concurrencia y la lucha contra las prácticas colusorias. De ahí que se derive una fuerte interacción entre las normas de la contratación y defensa de la competencia, con incidencia directa en las pymes que operan en el mercado. Cuestión esta última que se abordará a continuación, centrándonos en el análisis de determinados aspectos prácticos que deben tener presentes los órganos de contratación cuando acudan al mercado para dar respuesta a sus necesidades de compra.

III. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA.

1. Medidas para favorecer el acceso y promover la concurrencia de las pymes en el ámbito de la contratación pública.

El acceso a la contratación pública en condiciones de igualdad ha sido una preocupación constante en la regulación de los contratos celebrados por el sector público. La LCSP, del mismo modo que lo hacía su

predecesora, recoge, entre los principios reflejados en el art. 1, “la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”, y los vincula, en conexión con “el objetivo de estabilidad presupuestaria y control de gasto” a la eficiente utilización de los fondos públicos.

Comencemos por indicar que el art. 132 de la LCSP recalca que la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios; insistiendo en que los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Además, el precepto confirma en su apartado primero la estrecha vinculación entre el principio de competencia y libre concurrencia y los principios de igualdad de trato y no discriminación, publicidad y transparencia.

Ni que decir tiene que cuando los poderes adjudicadores, en el marco de los fines que tienen encomendados, organizan y configuran sus procedimientos de adjudicación y selección de contratistas, inciden directamente en la oferta y en la propia estructura de los mercados. Por esto motivo, el diseño del aprovisionamiento público no es una decisión neutral en términos de eficiencia y competencia; todo ello, en la medida en que los procedimientos que maximicen el número de ofertas conllevarán productos y servicios de más calidad, mejorando notablemente los precios. En este sentido, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2000 al afirmar que “el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legislación para garantizar un



trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos”.

Desde esta perspectiva, y como punto de partida, cobra especial relevancia que el órgano de contratación conozca, previamente a la licitación, las condiciones del mercado, destacando, en este sentido, la nueva regulación contenida en el art. 115 de la LCSP dedicada a las consultas preliminares. Las consultas preliminares del mercado pueden definirse como “el conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones del mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, principalmente en entornos en los que las prestaciones contratadas son particularmente complejas”. El ejemplo de esta planificación mediante las consultas preliminares del mercado se halla en el art. 2.302 del Proyecto de Código Contractual Privado Europeo, en el Plan de acción sobre un Derecho Europeo de los contratos más coherente hecho por la Comisión Europea en enero de 2003, y en el Draft Common of Reference de 2008.

Determina el Preámbulo de la LCSP que, dentro de la parte correspondiente a la preparación, se incorpora la regulación de estas consultas, con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento. El art. 115 de la LCSP, más restrictivo que su homólogo de

la Directiva 2014/24/UE¹⁹¹, prevé una serie de cautelas orientadas a que no se falsee la competencia y se vulneren los principios de igualdad, no discriminación y transparencia.

A nuestro juicio, no ha sido necesario esperar a que la nueva Directiva de contratación y la LCSP diesen respaldo normativo a este tipo de consultas para que las mismas ya pudieran ser realizadas, siempre y cuando se guardase respecto a los principios enunciados anteriormente. En apoyo de este argumento, podemos citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2004, que afirma que “no basta con participar en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, para quedar excluido de la licitación, es necesario que esa participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado”.

El resultado de las consultas previas se ha de documentar por el órgano de contratación mediante la emisión de un informe en el que se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones formuladas y las respuestas dadas. Este informe ha de formar parte del expediente de contratación, publicándose, en todo caso, en el perfil de contratante del órgano de contratación.

A su vez, desde el enfoque de la perspectiva de la competencia, resulta acertada la garantía prevista en el apartado 3º del artículo precitado, que recoge la tesis defendida en el Dictamen del Consejo de Estado de 10

¹⁹¹ Al respecto, el art. 115 de la LCSP prevé con carácter excepcional que se consulte con operadores económicos activos en el mercado, a diferencia del art. 40 de la Directiva 2014/24/UE que no contiene esta limitación.



de marzo de 2016 emitido con ocasión de la consulta sobre el anteproyecto de la LCSP, al exigir que la Administración no pueda relevar a los participantes en el proceso las soluciones propuestas por los otros intervinientes, de tal suerte que las soluciones aportadas solo puedan ser conocidas íntegramente por aquélla que las pondera y las incorporará, en su caso, a la hora de definir el objeto del contrato.

Si bien la norma indica expresamente que la participación en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación, que en su caso se tramite, debemos tener presente que el órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de empresas que hubieran intervenido en la preparación del contrato no falsee la competencia, pudiendo llegar a excluirlas de la licitación ex art. 70 de la LCSP cuando no haya otro medido de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

Conocidas las condiciones de mercado con el fin de plantear la estrategia de contratación más adecuada, el órgano de contratación deberá justificar adecuadamente en el expediente, entre otros extremos, la elección del procedimiento (arts. 28.1 y 116.4 a) LCSP), siendo ésta una de las cuestiones de mayor importancia para promover la concurrencia entre las pymes. Como resulta obvio, el procedimiento más respetuoso con el principio de concurrencia es el abierto, en que el todo empresario interesado podrá presentar una proposición. Por el contrario, los contratos menores, que podrán adjudicarse a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo las normas establecidas en el art. 118 de la LCSP, conllevarán un mayor número de barreras; si bien, en

este último caso, también resultará aconsejable e incluso obligatorio promover la concurrencia mediante la solicitud de diferentes ofertas¹⁹². Cuando el procedimiento de selección sea distinto del abierto o del restringido, deberá justificarse que concurren los supuestos de hecho que habilitan la utilización de los mismos, sopesándose su impacto sobre la competencia.

Otro aspecto a considerar será la configuración de la duración del contrato y de ejecución de la prestación. Para su fijación, el art. 29 de la LCSP atiende a la naturaleza de las prestaciones, a las características de su financiación y, por último, a la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. El órgano de contratación deberá procurar el equilibrio, ya que un plazo corto podrá desincentivar la participación, si bien uno largo impedirá una nueva licitación. Por último, indicar que el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, práctica a todas luces contraria a la competencia. La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, sin que quepa la prórroga tácita.

Del mismo modo, la delimitación del objeto contractual por el órgano de contratación resulta

¹⁹² Vid. Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (B.O.E. núm. 57, 7 de marzo de 2019). La Instrucción indica que “de acuerdo con el principio de competencia, y como medida anti fraude y de lucha contra la corrupción, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente...”.



esencial, prohibiendo el art. 99.2 de la LCSP su fraccionamiento irregular. Como manifiesta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), a la luz de la jurisprudencia comunitaria –entre otras, la Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, asunto C-16/1998-, “si el objeto del contrato es único y se divide en diversos expedientes habrá fraccionamiento indebido, no existiendo el mismo cuando el objeto de lo contratado por separado tenga una unidad funcional técnica y económica”¹⁹³.

Sin duda alguna, la contratación por lotes se convierte en la medida estrella incorporada por la LCSP para promover la concurrencia, participación y competencia entre las pymes. De este modo, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes. En todo caso, el órgano de contratación debe ser libre de decidir, de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, la magnitud de cada expediente y de cada lote.

La gran diferencia con la anterior normativa radica en el hecho de que cuando se decida no dividir en lotes, debe indicarse en el expediente las principales razones que expliquen la elección; debiendo tener presente que los motivos recogidos en el art. 99.3 de la LCSP, coincidentes con los del considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE, tienen carácter meramente enunciativo, pudiendo existir otros. En el abanico de motivos que justifican la indivisión del objeto contractual, encontramos, en lo que aquí interesa, el riesgo de que los lotes puedan restringir injustificadamente la

¹⁹³ Al respecto, Resolución dictada por el TACRC 571/2016, de 15 de julio.

competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia. Entendemos, que en tanto no se evacue el preceptivo informe, no se podrá continuar con la tramitación del expediente.

Dentro de los términos del precepto, conviene destacar que el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes. Margen que está sujeto a la doctrina de la discrecionalidad técnica, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división; razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto, esto es, la concurrencia de las pymes¹⁹⁴. La división en lotes se configura como la regla general y la no división la excepción, si bien ello debe verse siempre en relación con la naturaleza y objeto del contrato. Sintetizando, la nueva LCSP no impide que la Administración configure el objeto del contrato atendiendo a lo que sea más conveniente para las necesidades públicas que debe satisfacer¹⁹⁵.

Por otra parte, en la regulación legal de los lotes, despierta interés, en la medida que supone una excepción legal al principio general de competencia, la

¹⁹⁴ Al respecto, Resolución dictada por el TACRC nº 408/2017, de 5 de mayo –citada posteriormente en la nº 600/2017, de 30 de junio-.

¹⁹⁵ Al respecto, Resolución dictada por el TACRC nº 646/2019, de 13 de junio.



reserva de lotes por razones de política social, prevista expresamente en el referido art. 99.3, todo ello, de conformidad con la D.A.4ª de la LCSP. Esta última disposición determina la obligación de las entidades que conforman el sector público de fijar un porcentaje mínimo de sus contratos públicos que deberán calificar como reservados para ser adjudicados a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción. La norma, además de fijar un porcentaje mínimo de reserva del 7%, que se incrementará hasta el 10% a los cuatro años de entrada en vigor de la Ley, señala la obligación de fijar las condiciones mínimas para garantizar su cumplimiento. El anuncio de licitación recogerá esta condición de participación y hará referencia a la disposición habilitante.

Se trata de una discriminación positiva que encuentra su justificación en la necesidad de facilitar el acceso al mercado de la compra pública a operadores que cumplen una importante función de integración social pero que, en condiciones normales de competencia, pueden tener dificultades para obtener contratos (considerando 36 Directiva 2014/24/UE). Esta excepción no es absoluta, pues permite una licitación de acceso limitado a cierto tipo de empresas que compiten por el contrato, pero no la adjudicación directa a una de ellas elegida sin concurrencia ni publicidad previa. Además, las condiciones de solvencia técnica y económica, y el resto que se establezcan en los pliegos, deben seguir cumpliéndose como en cualquier otro procedimiento, debiendo procurarse, por todo ello, la salvaguarda de la libre competencia¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Al respecto, Resolución dictada por el TACRC nº 914/2018, de 11 de octubre.

Además, la D.F.14ª de la LCSP precisa el concepto y los requisitos de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social. Por último, indicar que se ha planteado la duda acerca de la correcta transposición del art. 20 de la Directiva 2014/24/UE, en la medida en que restringe la reserva a los Centros Especiales de Empleo de “iniciativa social”, excluyendo así, del ámbito de la misma, los Centros Especiales de empleo de iniciativa empresarial. No obstante, cabe destacar que la doctrina legal ha avalado la transposición efectuada por el legislador¹⁹⁷, si bien resulta preciso indicar que sobre este tema ha sido planteada una cuestión prejudicial por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que a fecha actual, se encuentra pendiente de decisión por el TJUE (Asunto C-598/19. Conacee).

Al mismo tiempo, la D.A.48ª de la LCSP prevé la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y salud que enumera en el Anexo IV a favor de determinadas organizaciones que cumplen una serie de requisitos que especifica la propia disposición. Esta previsión es fruto de la Sentencia del TJUE de 28 de enero de 2016 “Casta y otros”, Asunto C50/14, que abre nuevas perspectivas a la colaboración de entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de prestaciones a personas

¹⁹⁷ En este sentido, las Resoluciones del TACRC nº 860/2018, de 1 de octubre y nº 914/2018, de 11 de octubre, avalan la opción elegida por el Legislador nacional de reputar como beneficiarios de los contratos reservados a los CEE de iniciativa social, al indicar que “no entra en colisión directa con la normativa comunitaria y desde luego, su interpretación laxa acoge el espíritu del artículo 20 de la Directiva y así se ha llevado a la Disposición Adicional Cuarta, en el sentido de redundar en beneficio de la integración y del derecho al trabajo de las personas con discapacidad”.



en los sectores sanitarios y sociales, admitiendo dicha posibilidad el art. 77 de la Directiva 2014/24/UE.

Asimismo, constituye otra novedad importante de la LCSP, la posibilidad ofrecida al órgano de contratación de limitar el número de lotes que puede adjudicar a cada licitador, justificándolo debidamente en el expediente e indicándolo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares. La posibilidad de esta limitación encuentra su origen normativo en el considerando 79 y art. 46 de la Directiva 2014/24/UE. A nuestro entender, cobra especial importancia la justificación que efectuó el órgano de contratación en el expediente, en la medida en que esta limitación afecta al principio de competencia, y además puede generar riesgo de colusión y reparto de mercado¹⁹⁸.

De igual modo, la LCSP obliga al órgano de contratación, cuando define las prescripciones técnicas, a tener presente que las mismas proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al

¹⁹⁸ La CNMC, en el documento INF/DP/0014/14, Informe sobre el contrato de centralización servicios de limpieza, de 10 de julio de 2014, se muestra muy crítica con esta posibilidad, indicando que “debería replantearse esta limitación pues aunque lo que se pretende es sortear el acaparamiento por una o varias entidades del conjunto de lotes ofertados, con esta medida igualmente se evita que la empresa que pudiera presentar la oferta económicamente más ventajosa en cada uno de los lotes se encuentre impedida para resultar adjudicataria, afectando a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, de salvaguarda de la libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa (principios recogidos en el art. 1 del TRLCSP e informadores de toda la contratación pública), aspectos estos que llevan a recomendar su replanteamiento...”.

procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. De esta manera, el art. 126 de la LCSP, inspirado en el art. 42 de la Directiva 2014/23/UE, contiene una serie de limitaciones cuya pretensión última, como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2005, es "garantizar la apertura de la contratación mediante la libre competencia que afianza el principio de igualdad de oportunidades".

Por otra parte, cuando el órgano de contratación diseñe el procedimiento, contará con libertad para fijar de manera justificada las condiciones mínimas de capacidad y solvencia que deberán reunir los licitadores, sin que la discrecionalidad técnica derive en arbitrariedad. En todo caso, los requisitos de solvencia estarán vinculados al objeto del contrato y serán proporcionales al mismo, no pudiendo suponer un obstáculo para la participación de las pymes. Como cuestión a destacar en la nueva regulación, se facilita a las pymes y empresas de nueva creación el acceso a las licitaciones permitiendo la acreditación de la solvencia por recursos y no por experiencia (arts. 88.2, 89.1 h) y 90.4 LCSP). Y también, precisar que se incluye, de forma novedosa, como criterio de solvencia que tendrá que justificar el adjudicatario del contrato, el cumplir con los plazos establecidos por la normativa vigente sobre pago a proveedores (art. 87.1 c) LCSP); medida que pretende contribuir a que las pymes con las que subcontrate el adjudicatario cobren sus servicios en plazo. Por último, recordar que sirve de ayuda a las pymes para competir la previsión del art. 11.5 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2001 al determinar que, salvo que en los pliegos del contrato se establezca de modo expreso su exigencia, los licitadores o candidatos estarán exentos de los requisitos



de acreditación de la solvencia para los contratos de obras cuyo valor estimado no exceda de 80.000 euros y para los contratos de los demás tipos cuyo valor estimado no exceda de 35.000 euros; exención de la acreditación de solvencia que se extiende ahora en la LCSP a los contratos adjudicados por procedimiento abierto simplificado abreviado (art. 159.6 b) LCSP).

También, con la finalidad de favorecer la competencia y evitar “localismos” en los procesos de compra pública, se encuentra vetada cualquier discriminación que pudiera derivarse por razón de nacionalidad, lengua, domicilio o territorio del adjudicatario. Sobre este extremo, es necesario subrayar que son discriminatorias las condiciones de arraigo territorial cuando se configuren como requisitos de solvencia o criterios de adjudicación; admitiéndose, por el contrario, cuando se exijan como compromiso de adscripción de medios del adjudicatario o como condiciones de ejecución, siempre que, en este supuesto, respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato¹⁹⁹.

A su vez, cabe destacar que la LCSP apuesta por reforzar los principios de competencia y libre concurrencia mediante un nuevo régimen de publicidad y transparencia que amplía el ámbito de los potenciales licitadores al garantizar la igualdad de acceso y no discriminación. De entre las nuevas medidas

¹⁹⁹ Son numerosas las resoluciones de los órganos de recursos contractuales que contienen pronunciamientos sobre las denominadas cláusulas de arraigo territorial. Entre otras, podemos citar, a título de ejemplo, las Resoluciones dictadas por el TACRC nº 644/2015, de 10 de julio; nº 328/2018, de 6 de abril; nº 621/2018, de 29 de junio; nº 228/2019, de 8 de marzo; nº 427/2019 y nº 453/2019, de 25 de abril.

incorporadas, merece especial atención la nueva regulación del perfil de contratante, que se configura como un instrumento que permite el acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos. Acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados. Recordemos, en este sentido, que desde la entrada en vigor de la D.A.3ª de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, el perfil de contratante debe alojarse en la Plataforma de Contratación del Sector Público, constituyendo la gran novedad del texto legal de 2017 incluir, entre las causas de nulidad de pleno derecho del contrato, la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma o servicio de información similar de la Comunidad Autónoma (art. 39.2 c) LCSP). Expresamente, se dispone en el apartado 3º del art. 63 de la LCSP el contenido mínimo de la información a publicar. Resulta, a nuestro entender, especialmente importante por su incidencia en el principio de competencia, el anuncio de los modificados, con independencia de su importe; pudiendo ser objeto de recurso especial cuando no concurren los requisitos de los arts. 204 y 205 de la LCSP.

De igual manera, destaca la nueva regulación de la subcontratación prevista en los arts. 215 a 217 de la LCSP, al introducir un conjunto de medidas de apoyo a las pymes que sirven para fomentar la competitividad. Así, la LCSP elimina el límite porcentual de las subcontrataciones y prevé un control más estricto de las mismas, y en particular, de los pagos al subcontratista. También regula un régimen más rigorista respecto de los plazos de pago que debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra



de la morosidad que pesa sobre las Administraciones Públicas; cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Además, la D.A. 51ª de la LCSP, que trae causa en el art. 71.3 de la Directiva 2014/24/UE, abre la posibilidad vía pliego de realizar pagos directos a subcontratistas; posibilidad esta última, que como reconocía la Exposición de Motivos de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, había generado dudas en etapas anteriores, encargándose esta norma de excluir expresamente la acción directa del subcontratista frente al órgano de contratación.

Además, con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia, garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores, los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, definiendo el art. 64 de la LCSP el concepto de "conflicto de intereses". Puntualizar, por lo demás, que el TJUE ha declarado que el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses en un experto del poder adjudicador y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a esos conflictos (Sentencia del TJCE de 12 de marzo de 2015, en el asunto C-538/13, eVigilo, apartado 43).

Por último, añadir que el régimen expuesto será de aplicación no sólo a las Administraciones Públicas sino

también a los poderes adjudicadores no Administración Pública –PANAPS-. Hay que recordar que una de las principales novedades de la LCSP ha sido la supresión de las instrucciones internas de contratación, utilizadas en una etapa anterior para la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada de este tipo de entidades. Con la nueva regulación, se unifica el régimen jurídico de la contratación pública y se facilita el acceso general a las licitaciones, superando las limitaciones que operaban bajo la vigencia de instrucciones internas, caracterizadas por una severa limitación de los principios de igualdad de trato, transparencia y libre concurrencia.

2. Medidas para fortalecer la persecución de prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito de la contratación pública.

En multitud de ocasiones la distorsión de la competencia proviene de los propios operadores económicos que operan en el mercado. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha considerado la colusión entre los licitadores públicos como una de las principales preocupaciones en relación con la contratación pública por parte de las autoridades de competencia²⁰⁰. A su vez, la OCDE ha destacado que la manipulación de licitaciones (o la colusión entre oferentes en licitaciones) se presenta cuando las compañías, que se esperaría que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a

²⁰⁰ INF/CNMC/085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por lo que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.



los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación, siendo especialmente dañina si afecta a las adquisiciones públicas²⁰¹.

A nivel nacional, el Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, modifica diversos apartados de la D.A.4ª de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), incorporando al Derecho español un nuevo concepto de cártel: "Todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia".

La experiencia demuestra, que en no pocas ocasiones, las empresas licitadoras acuerdan pactar precios o repartirse los mercados, pretendiendo protegerse frente a la presión competitiva que les obligaría a crear nuevos productos, mejorar la calidad y mantener precios más bajos. Estas prácticas, que desarrollan tanto grandes empresas como pymes, no sólo causan un perjuicio para el funcionamiento del

²⁰¹ OCDE. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. Febrero 2009.

sector público en cuanto gestor del interés general sino también a los ciudadanos que terminan soportando el sobrecoste y déficit de calidad. A lo indicado, resta añadir que, según distintas estimaciones, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%.

Con la finalidad de dar una respuesta contundente a estas prácticas anticompetitivas, en los últimos años la CNMC ha abierto numerosos expedientes sancionadores que afectan a cárteles que operan en las licitaciones del sector Público²⁰², resultando llamativo el importe de las

²⁰² A título de ejemplo, podemos citar la Resolución de la CNMC de 9 de marzo de 2017, expte. S/DC/0512/14, en el que se sancionó como infracción única y continuada constitutiva el cártel del transporte escolar en las Islas Baleares, desde octubre de 2004 hasta el curso escolar 2016/2017, por el que 36 empresas, con el conocimiento y participación de la FEBT, acordaron la fijación de precios mínimos en traslados de escolares y se repartieron las rutas escolares de las licitaciones públicas convocadas en 2005 y 2013 por el Gobierno Balear, presentando, en la mayoría de los casos, ofertas únicas al precio máximo de licitación en los lotes ofertados por la Consejería de Educación Balear para la prestación de servicios de transporte escolar a centros públicos. Recientemente, cabe destacar la Resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2016, expte. S/DC/0598/2016, en el que se sancionó a 15 empresas y 14 directivos por repartirse de manera ilícita los concursos públicos convocados por ADIF relacionados con infraestructuras ferroviarias (sistemas de electrificación y electromecánica) para las líneas de tren convencional y alta velocidad. Durante catorce años estas empresas crearon varios cárteles en las licitaciones del AVE y del tren convencional. Por esta razón, se les impuso en su conjunto una sanción de 118 millones de euros y a los directivos responsables de tales conductas una sanción en conjunto de 666.000 euros. Además, por primera vez, la CNMC activó el



multas previsto en la LDC para determinadas infracciones -multas de hasta el 10% de la cifra total de negocios de la empresa o de hasta 10 millones de euros-.

A fin de detectar mejor la existencia de los cárteles y poder dismantelarlos, los arts. 65 y 66 de la LDC, desarrollados en los arts. 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, permiten a la CNMC proceder a la exención del pago de la multa o a la reducción de su importe a aquella empresa o persona física que ponga en su conocimiento la existencia de un cártel y su participación o responsabilidad en éste, aportando las pruebas sustantivas que tenga a su disposición o que pueda recabar a través de una investigación interna, siempre y cuando cumpla los requisitos y condiciones establecidos en la Ley y en su normativa de desarrollo. El programa de clemencia se inspira en el modelo comunitario contenido en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (Comunicación de Clemencia de la Comisión Europea), así como en el Modelo de Programa de Clemencia de la Red de Autoridades de Competencia.

A la luz de lo anterior y con el propósito de salvaguardar la libre competencia y garantizar la lucha contra el big rigging, la LCSP incorpora en su articulado una serie de medidas que fortalecen la persecución de prácticas anticompetitivas en la contratación pública.

procedimiento para la prohibición de contratar con la Administración por lo que remitió la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Así, la LCSP establece varios supuestos de prohibición de contratar vinculados a la colusión en ofertas, destacando como medida disuasoria prevista en el art. 71.1 b) de la LCSP la prohibición de contratar con el sector público como consecuencia de haber sido sancionado con carácter firme por infracción grave en “falseamiento de la competencia”²⁰³.

En primer lugar, debemos matizar, que a diferencia del art. 57.4 d) de la Directiva 2014/UE/2014 que limita la exclusión de un operador económico de un procedimiento de adjudicación a los supuestos de colusión horizontal, la prohibición de contratar prevista en la LCSP podría ser aplicada, en principio, a las conductas colusorias, al abuso de posición dominante y al falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Consideramos que esta prohibición de contratar puede derivar no sólo de la resolución del órgano de defensa de la competencia nacional u autonómico, sino también de la sanción que en materia de falseamiento de la competencia se pueda imponer por la autoridad de otro Estado miembro, por la Comisión Europea o por un tercer Estado ajeno a la Unión.

Sorprende asimismo que el precepto omita la referencia a las infracciones muy graves, si bien la doctrina mayoritaria apunta a que parece razonable considerar que la apreciación de la prohibición de contratar cuando se imponga una infracción muy grave no supone una interpretación extensiva de una norma

²⁰³ La mencionada prohibición fue introducida en el ordenamiento jurídico, con el texto hoy vigente, por medio de la D.A.9ª de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que modificó los arts. 60 y 61 del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –TRLCSP-.



restrictiva de derechos, como lo son las prohibiciones para contratar. Las infracciones muy graves tienen un desvalor superior al de las graves, y no parece conciliar con la finalidad de la norma el hecho de que entidades sancionadas por supuestos más graves sí puedan contratar con el sector público, frente a entidades sancionadas por infracciones menos graves²⁰⁴.

El precepto exige la firmeza de la resolución. Firmeza administrativa, no jurisdiccional, habiéndose producido, en este sentido, un cambio de posicionamiento doctrinal de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Expediente 15/18, de 10 de octubre de 2018. Todo ello, con fundamento en el contenido de la Sentencia de Casación del Tribunal Supremo 8644/2006, de 13 de diciembre de 2006 y el principio de ejecutividad de los actos administrativos recogido en el art. 38 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que de por sí ya señala la eficacia plena de los actos administrativos desde el momento en que se dictan. Por otra parte, de conformidad con el art. 73.3 de la LCSP, la prohibición de contratar surte efectos desde su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, sin perjuicio de las medidas provisionales que pudieran adoptarse en el propio procedimiento para declarar la prohibición.

Por lo demás, apuntar que defendemos que no concurre una vulneración del principio non bis in ídem, al establecerse una duplicidad de sanciones por unos mismos hechos en la LDC y la LCSP, en la medida que

²⁰⁴ LAPRESTA BIENZ, R. y SABIOTE ORTIZ, A.M., "La nueva regulación de la prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia", Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 43, 2016.

este tipo de prohibiciones de contratar constituyen actos limitativos de derechos que no tienen naturaleza sancionadora (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2007). En esta misma línea, consideramos viable desde el punto de vista jurídico, aplicar retroactivamente la media a infracciones graves sancionadas por la autoridad de la competencia con anterioridad a la entrada en vigor de la prohibición de contratar.

Al mismo tiempo, de conformidad con el art. 72.2 de la LCSP la prohibición de contratar deberá ser declarada directamente por los órganos de contratación en base a la resolución administrativa sancionadora de la autoridad de la competencia correspondiente, en la que se detalle el alcance y duración de la medida. En caso de que no se pronuncie la autoridad de la competencia correspondiente, podrá hacerlo el Ministro de Hacienda y Función Pública a propuesta de la Junta consultiva de contratación, produciendo los mismos efectos.

No obstante, a pesar de lo expuesto, no ha sido ésta la interpretación compartida por la CNMC. De esta manera, en la resolución del expediente número S/DC/0598/2016, tras determinar que cabía identificar un automatismo en la prohibición de contratar derivada de infracciones en materia de falseamiento de la competencia, que derivaba ope legis o como mero reflejo del dictado de una resolución que declare dicha infracción por así disponerlo el mencionado art. 71.1.b) de la LCSP, concluye que debe ser la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado la responsable de tramitar el expediente para determinar la duración y alcance de la misma. Como puede observarse, la CNMC opta, aunque la normativa vigente no lo prohíba expresamente, por una posición de prudencia y deriva al Ministerio la fijación del alcance y duración de la medida;



reclamando, en este sentido, la modificación del art. 53 de la LDC para incluir esta facultad en el contenido de sus resoluciones.

Por otra parte, conviene destacar que el art. 72.5 de la LCSP incorpora medidas de autocorrección o self-cleaning dirigidas evitar la comisión de futuras infracciones; medidas que entendemos deberán ser presentadas ante la CNMC como órgano competente para imponer la prohibición. En efecto, el precepto hace referencia a que no procederá la declaración de la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa y se comprometa a la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas; entre las que se menciona expresamente, como novedad, el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

La prohibición de contratar podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos anteriormente referidos, siendo el órgano competente para conocer de la citada revisión el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

Igualmente, y desde otro punto de vista, la participación de UTEs puede tener efectos positivos en las licitaciones públicas en la medida que su constitución sirve para facilitar el acceso a la financiación y permite la participación de las pymes mediante la asociación de sus recursos. No obstante, estas agrupaciones de

empresas también pueden facilitar las prácticas anticompetitivas, y por ello la LCSP les presta una especial atención.

Con el objetivo de comunicar posibles indicios fundados de eventuales conductas restrictivas, en el marco de la obligación impuesta por el art. 132 de la LCSP y partiendo de la premisa de que no se permite la exclusión automática del licitador, se pone en marcha en el art. 69.2 de la LCSP -uniones de empresarios- un procedimiento sumarísimo con intervención de la CNMC y respectivas autoridades de defensa de la competencia autonómicas. Procedimiento, que refiere también el art. 150.1 de la LCSP, en el momento de la clasificación de las ofertas por la mesa de contratación, o en su defecto, por el órgano de contratación, encontrándose, a fecha actual, pendiente de desarrollo reglamentario.

El origen normativo de esta previsión se encuentra en el art. 57.4 d) de la Directiva 2014/24/UE, al prever que los poderes adjudicadores pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando “tenga indicios bastante plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”. La participación de las autoridades de competencia se limita a confirmar la existencia de indicios fundados de conductas colusorias para que el órgano de contratación adopte las decisiones que correspondan en el marco de sus competencias. Sin que por tanto se trate, en ningún caso, de un procedimiento que prejuzgue una futura decisión de las autoridades de competencia en el marco del correspondiente procedimiento sancionador. Siendo éste un procedimiento sumarísimo, de lege ferenda, los plazos de tramitación del mismo y de interlocución entre las distintas administraciones habrán de ser breves,



dada la incidencia que la suspensión puede tener en el propio procedimiento de contratación, pero posibilitando al mismo tiempo la realización de las actuaciones que deban llevar a cabo las autoridades de competencia.

Dada la especial trascendencia que puede tener el resultado de este procedimiento sumarisimo, la CNMC ha destacado que es necesario extender el deber de reserva o secreto a los miembros de la mesa de contratación y a los órganos de contratación, sin que los licitadores, incluidas las empresas afectadas por los indicios detectados, puedan tener conocimiento del procedimiento de traslado de los indicios fundados a las autoridades de defensa de la competencia, ni de su eventual contenido; minimizando así el riesgo de destrucción de pruebas por parte de los licitadores afectados²⁰⁵.

Del mismo modo, al igual que sucede con la UTEs, no existe obstáculo legal alguno en que las empresas que formen parte de un mismo grupo empresarial puedan presentarse a una misma licitación, puesto que se trata de entidades con personalidades jurídicas distintas, lo que hace que se consideren empresas diferentes a estos efectos. Pero cuestión distinta es que varias empresas, independientemente de que se trate de un grupo, se hayan concertado previamente para influir en el resultado de esa licitación, efecto que es contrario al principio de libre competencia.

²⁰⁵ INF/CNMC/085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por lo que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.

Con el fin de facilitar la tarea, la CNMC ha recogido en diferentes documentos una serie de “indicadores” de este tipo de prácticas, si bien como ha destacado el TACRC “sobre lo que puede considerarse tales indicios de esas prácticas colusorias, no existe ninguna enumeración legal concreta al respecto, siendo una cuestión que deberá resolverse caso por caso, analizando los aspectos y comportamientos de cada una de esas empresas y procediendo de acuerdo con la doctrina del levantamiento del velo, la cual, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, “(...) exige la existencia de un patrimonio único y global, creación de empresas aparentes sin actividad en la búsqueda conjunta de dispersión y elusión de responsabilidades, con el único fin de defraudar en beneficio de unos intereses conjuntos. Además, a esta figura debe de acompañar la excepcionalidad y aplicación restrictiva lo que, fuera de un contexto de interpretación estricta o literal de las mismas refieren, más bien, la necesaria aplicación prudente y moderada que debe acompañar a esta figura (...)”, llegando el Alto Tribunal a la conclusión de que: “El hecho de compartir mismo objeto social, socios y mismo domicilio no es motivo suficiente para aplicar la teoría del levantamiento del velo, al considerar el TS también necesario el probar la confusión de patrimonios o el carácter instrumental de las empresas filiales a fin de acreditar el abuso de la personalidad de la sociedad”, (STS, Sala 1ª, de 29 septiembre 2016)”²⁰⁶.

Para finalizar, indicar, que a fecha actual, no resulta aplicable la suspensión de la tramitación del procedimiento ante la existencia de indicios de conductas colusorias ex art. 150.1 de la LCSP; y ello toda vez que la D.F. 16ª de la LCSP establece que “el tercer párrafo del

²⁰⁶ Resolución dictada por el TACRC nº 466/2019, de 30 de abril.



apartado 1 del artículo 150 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo”, sin que a la fecha de redacción de este trabajo se haya producido el desarrollo reglamentario referido.

3. Restricciones al principio de competencia en la contratación pública.

Ya se ha hecho referencia en un momento anterior al régimen especial de reserva, que limita el principio de competencia, de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud previstos en la D.A.48ª de la LCSP. En efecto, la configuración de los servicios sociales en Europa, en cuanto presentan interés general, habilitan la flexibilización de las normas del mercado interior, ya que no se consideran actividades económicas, de acuerdo con lo previsto en el art. 106.2 del TFUE.

En esta línea, la Directiva de contratación pública no afecta a la libertad de los Estados para configurar la prestación de los servicios de su competencia de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión Europea, libertad que queda expresamente reconocida por estas normas (art. 1.4 de la Directiva 2014/24/UE). Por esta razón, prevé un régimen especial de servicios dirigidos a la ciudadanía y permite un tratamiento diferenciado de estas actividades, alejado de una perspectiva económica o de mercado, ya que, por su propia naturaleza, tienen una dimensión transfronteriza limitada (Considerandos 6 y 114). Esta posibilidad encuentra amparo jurisprudencial en la Sentencia del TJUE de 17 de junio 1997, en el asunto C-70/95, sobre la base del principio de solidaridad, que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad

social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

Desde esta perspectiva, el Preámbulo de la LCSP permite que los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto, los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Igualmente, otra limitación del principio de competencia, se puede encontrar en los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios. Tanto la CNMC, en el Informe de 19 de junio de 2013, en el que analizaba las implicaciones que para la competencia efectiva se derivan de la utilización por parte de las Administraciones Públicas de encomiendas de gestión a sus entidades instrumentales o medios propios, como el Tribunal de Cuentas, en el Informe número 1003 de 28 de noviembre de 2013, sobre encomiendas de gestión, advertían que en el encargo a entes instrumentales, al estar dotados de personalidad jurídica propia, la frontera con el contrato es más compleja que cuando los medios carecen de personalidad, y existe el riesgo de infringir las reglas de la competencia. Debe conjugarse de una parte la libre competencia y, de otra, la libertad organizativa de las Administraciones nacionales. A pesar de que las encomiendas son, en principio, relaciones



entre entidades públicas pertenecientes a una misma esfera administrativa, su utilización, en particular si es extensiva, puede generar serias implicaciones para la competencia efectiva en los mercados.

Al respecto, la Directiva 2014/24/UE, en relación a la técnica auto-organizativa de "in house providing" viene a positivizar la doctrina de la jurisprudencia europea, recogiendo en el apartado 1º del art. 12 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos de la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999, Teckal (en especial, los considerandos 5, 31 y 34 de la Directiva recuerdan el carácter excepcional de esta opción). Esta técnica auto-organizativa justifica la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa cuando concurren una serie de requisitos de interpretación estricta, correspondiendo la carga de la prueba a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las Sentencias del TJCE de 11 de enero de 2005, en el asunto C-26/03, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, en el asunto C-485/03, Parking Brixen (apartados 63 y 65).

Desde esta perspectiva, la LCSP mantiene y desarrolla los requisitos que, con base en la jurisprudencia comunitaria ya recogía el art. 24.6 del derogado TRLCSP e incorpora una nueva regulación del llamado "medio propio" de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada "in house", que pasa ahora a llamarse "encargos a medios propios". Así, como pone de manifiesto el Preámbulo de la LCSP, nos encontramos los casos de encargos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquel que se hubiera realizado por otra entidad que no

tenga la consideración de poder adjudicador, manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados. En la LCSP, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de "medio propio" disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad.

Y en último lugar, como excepción al principio de competencia, debe hacerse una breve mención a la tramitación de emergencia. Establece, en este sentido, el art. 120 de la LCSP un régimen excepcional de contratación cuando concurren una serie de supuestos taxativamente previstos -acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional- que, en todo caso, deberán ser objeto de una interpretación restrictiva. La necesidad de actuar de manera inmediata permite prescindir de los trámites formales y ordinarios, habilitando la contratación verbal (art. 37 LCSP). Se trata, pues, de situaciones perfectamente identificables que justifican el quebrantamiento de los principios generales de la contratación pública enumerados en el art. 1 de la LCSP, entre otros, libertad de acceso a las



licitaciones o libre concurrencia, publicidad, transparencia y libre competencia²⁰⁷.

IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

A lo largo de este trabajo, se han intentado sistematizar diferentes cuestiones procedimentales dirigidas a mejorar la eficiencia en los procesos de contratación bajo la óptica de la normativa de competencia. Se ha partido de la premisa de que el reconocimiento del principio de libre competencia constituye para el TFUE uno de los pilares del mercado interior, junto con las cuatro libertades económicas. Si bien, como se ha puesto de manifiesto, no es un principio absoluto.

Al mismo tiempo, se ha pretendido reflejar el valor de la participación activa de las pymes en las licitaciones públicas con el fin de garantizar una competencia libre y efectiva en el mercado de la compra pública.

Nuestro propósito ha sido exponer el estado normativo actual, a nivel comunitario y nacional, y a partir de ahí, reflexionar sobre los problemas de afectación del principio de libre competencia.

El análisis efectuado se ha centrado, por un lado, en el comportamiento del sector público, que en ocasiones diseña su aprovisionamiento sin fomentar la apertura de

²⁰⁷ Vid. PINTOS SANTIAGO, J. y PÉREZ BRAVO, J., "Contratación Pública y Covid-19. Normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria", GABILEX: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº extra. 21, 2020, págs.133-184.

la contratación al mercado, al establecer cargas, barreras y obstáculos que de manera injustificada limitan el acceso a las empresas. Y, por otro lado, se ha estudiado el conjunto de medidas incorporadas al ordenamiento jurídico que habilitan a los poderes adjudicadores a combatir las prácticas anticompetitivas de los propios operadores económicos oferentes que participan en un proceso de licitación.

Desde de las ideas expuestas, podemos confirmar que la nueva regulación conlleva, al igual que en otras tantas cuestiones, un notable avance en materia de competencia, al superar barreras de acceso a los contratos públicos que permiten mejorar de manera sustancial la eficiencia y calidad en las adjudicaciones.

Concluimos, a tenor de lo referido, que el conjunto de cambios normativos introducidos han conducido a reforzar el papel de las pymes en la contratación pública, y por ende, el principio de competencia se ha visto reforzado. Cualquier iniciativa orientada a alcanzar la plenitud de este principio no podrá ser concebida sin el apoyo y participación activa de las mismas. Ahora más que nunca, los retos de la contratación pública permanecerán en el contexto actual marcado por una crisis sanitaria global sin precedentes.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

BARRIO GARCIA, G. (2013): "Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública", en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 133-160.



GUILLÉN CARAMÉS, J. (2017): “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar por infracciones en materia de falseamiento de la competencia” en GUILLÉN CARAMÉS, J. y HERNANDO RYDINGS, M. (coord.), Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 127-151.

GIMENO FELIU, J.M. (2012): “La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las Pymes como estrategia de reactivación económica”, en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, págs. 59-84.

GIMENO FELIU, J.M. (2013): “Las nuevas Directivas – cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, en REDA, núm. 159, págs. 25-89.

GIMENO FELIU, J.M. (2013): “Compra pública estratégica”, en libro colectivo Contratación pública estratégica, coord. por PERNAS GARCÍA, J., Aranzadi, Cizur Menor, págs. 45-80

LAPRESTA BIENZ, R. y SABIOTE ORTIZ, A.M. (2016): “La nueva regulación de la prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm. 43.

MARTINEZ FERNANDEZ, J.M. (2018): “Medidas para facilitar a las PYMEs la participación en la contratación pública”, en Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, núm. 153, págs. 94-103.

MERINO ESTRADA, V. y RIVERO ORTEGA, R. (2011): "Gestionar mejor, gastar menos: una guía para la sostenibilidad municipal", CEMCI, Granada.

MORENO MOLINA, J. A. (2012): "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos", en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 115-163.

PINTOS SANTIAGO, J. (2016): "El derecho de la Unión Europea como ordenamiento jurídico global administrativo y de la contratación pública", en Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, núm. 144, págs. 94-103.

PINTOS SANTIAGO, J. y PÉREZ BRAVO, J., "Contratación Pública y Covid-19. Normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria", GABILEX: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº extra. 21, 2020, págs. 133-184.

SAN JOSÉ, M.A. (2017): "Prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia", en GUILLÉN CARAMÉS, J. y HERNANDO RYDINGS, M. (coord.), Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 167-187.

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL PRINCIPIO DE BALANCE EN LA CONTRATACION PÚBLICA²⁰⁸

The Balance Principle in Public Procurement

Cesar Augusto Romero Molina²⁰⁹

Luis Adrian Gómez Monterroza²¹⁰

²⁰⁸ Este artículo es un resultado de investigación perteneciente a la línea de investigación: contratación pública y sus principios generales de la UCLM.

²⁰⁹ Abogado por la Universidad Autónoma de Bucaramanga; Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad San Pablo CEU-Madrid, España; Doctor en Derecho Cum Laude (Fiscalidad Internacional Y Comunitaria) por la Universidad de Castilla La-Mancha -UCLM- de España; Miembro de la Escuela Internacional de Doctorado de la misma universidad, como director de tesis doctorales y jurado de tribunales doctorales internacionales. Actualmente es profesor universitario e investigador Asociado avalado por COLCIENCIAS para el periodo 2019-2020.

²¹⁰ Joven investigador con estudios en Derecho y en buenas prácticas para la contratación pública.



Resumen:

En este artículo se presentan los resultados de una investigación que pretende realizar la reconstrucción teórica y la explicación del principio de balance en la contratación pública, el cual se encuentra asociado a las doctrinas OCDE en materia de contratación pública, específicamente en aquellas concernientes a las temáticas afines a la gobernanza pública, donde los contratos públicos desempeñan un rol fundamental. Así las cosas, este trabajo expone brevemente las doctrinas OCDE en materia de contratación pública a través de sus principios, entre los cuales se encuentra el principio de balance; permitiendo concluir al respecto, sobre el mismo, su concepto y explicación desde la perspectiva multidisciplinar en el campo jurídico y de las políticas públicas.

Abstract:

This article presents the results of an investigation that aims to carry out the theoretical reconstruction and the explanation of the principle of balance in public procurement, which is associated with OECD doctrines in the field of public procurement, specifically in those concerning issues related to public governance, where public contracts play a fundamental role. Thus, this work briefly exposes the OECD doctrines regarding public procurement and the OECD principles that inspire good public procurement, among which is the balance sheet principle; allowing to conclude, on the same, its concept and explanation from the multidisciplinary perspective in the legal and public policies field.

Palabras clave:

OCDE, Principios, contratación pública, principio de balance.

Key words:

OECD, Principles, public procurement, balance principle

Sumario:

Introducción; 1. Las doctrinas OCDE sobre contratación pública; 2. Los principios OCDE sobre contratación pública; 3. El principio de balance en la contratación pública; Conclusiones; Bibliografía

INTRODUCCIÓN.

El contexto internacional de la contratación pública ha concebido los contratos públicos desde una perspectiva multidisciplinar, donde estos ya no solo son catalogados como meras instituciones jurídicas -*pactos de obligaciones con prestaciones recíprocas*- sino, como instrumentos de política pública, económica y social. En este contexto, las doctrinas OCDE sobre contratación pública juegan un importante papel que se enmarca en el paradigma de la *gobernanza pública*.²¹¹ Dicho paradigma se ha materializado en diversos contextos a nivel mundial destacando en este sentido, *el Acuerdo de*

²¹¹ "El mandato del Comité de Gobernanza Pública de la OCDE consiste en brindar asistencia a los países miembros y no miembros a fin de formar y fortalecer la capacidad para diseñar, implantar y evaluar unas políticas, instituciones y servicios públicos adaptables, innovadores, centrados en el ciudadano y con capacidad de anticipación. En particular, la labor del Comité se dirige a asistir a los países en el fortalecimiento de su capacidad de gobernar mejorando los sistemas de formulación de políticas y el desempeño de las instituciones públicas. Para su labor en materia de contratación pública, el Comité recibe la ayuda del personal de la División de Integridad Pública de la Dirección de Gobernanza Pública y Desarrollo Territorial (GOV)."



*Contratación Pública (en adelante, ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y Ley Modelo de Naciones Unidas como las normas en la materia aprobadas por el Banco Mundial y la OCDE.*²¹²

A partir de ello, ha sido posible adentrarse en el estudio de las contrataciones y compras públicas, las cuales, según la OCDE *“representan una parte sustancial del dinero de los contribuyentes, se espera que los gobiernos lo lleven a cabo de manera eficiente y con altos estándares de conducta para garantizar la entrega de servicios de alta calidad y salvaguardar el interés público.”*²¹³ En este orden de ideas, en el seno de la ya referenciada organización de cooperación internacional, se ha inspirado un ideal de lo que representa una buena contratación en el sector público a partir de una serie contentiva de 12 principios,²¹⁴ entre los cuales se destaca, el denominado *balance* el cual se constituye como el objeto de investigación y análisis, cuyos resultados y avances se presentan mediante su reconstrucción teórica y explicación multidisciplinar desde el campo jurídico y de las políticas públicas.

²¹² MORENO MOLINA, José Antonio. Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina. Derecho & Sociedad, 2015, no 44, p. 55-64.

²¹³ OCDE. La contratación pública [trad.] disponible en: <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/> (recuperado en enero 2019).

²¹⁴ Los cuales son: transparencia, integridad, acceso, balance, participación eficiencia, contratación electrónica, capacidad, evaluación, administración de riesgos, responsabilidad e integración. Véase: supra. Nota 5.

1. LAS DOCTRINAS OCDE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Las doctrinas OCDE en materia de contratación pública se enmarcan en el paradigma de la *gobernanza pública*, el cual tiene un origen teórico y conceptual en la denominada *gobernanza corporativa*, como un intento de aplicar en las administraciones públicas aquellas tendencias, comportamientos y estándares de buenas prácticas exitosas en el sector privado, como respuesta a los fenómenos de corrupción gubernamental. En este sentido, la gobernanza pública busca dotar de herramientas que permitan mejorar la administración pública, mediante la identificación de riesgos, la planificación, la reducción de malas prácticas e incidentes o errores asociados al fenómeno de la corrupción. En este sentido, la Organización para la cooperación y desarrollo económico OCDE se ha encargado de realizar un sinnúmero de diagnósticos, estudios de caso, mediciones estadísticas o econométricas y recomendaciones, en materia de contrataciones públicas para sus miembros y miembros en proceso de adhesión.

La OCDE recientemente y con ocasión de los efectos políticos, económicos y sociales que representan los contratos públicos dentro de un país, ha dedicado grandes esfuerzos para lograr una alta cuantificación de los fenómenos asociados a la corrupción en el sector público, así como para alcanzar mayor integridad y eficiencia²¹⁵ dentro de cada una de las etapas

²¹⁵ ROMERO MOLINA CESAR AUGUSTO. El principio de eficiencia en la contratación pública global en: José Antonio Moreno Molina, Francisco Puerta Seguido y Jesús Punzón. Buenas prácticas en la contratación pública (transparencia,



precontractuales, contractuales y post contractuales. En este orden de ideas, la OCDE, en lo que respecta a la contratación en el sector público:

- "Apoya a los gobiernos en la reforma de sus sistemas de contratación pública para garantizar un crecimiento sostenible e inclusivo a largo plazo, así como la confianza en el gobierno"²¹⁶
- "Apoya a los países en la reforma de sus sistemas de adquisiciones al evaluarlos y proporcionar propuestas de mejoras, así como herramientas de apoyo."²¹⁷
- Promueve el dialogo político mediante la conformación de algunas redes de conocimiento especializadas en materia de contratación.²¹⁸

En este sentido, el papel de la OCDE en materia de contratación pública se ha consolidado a nivel global, mediante la exhibición de tendencias y buenas prácticas exitosas materializadas por sus países miembros. Las doctrinas OCDE sobre contrataciones públicas se enmarcan principalmente en la recomendación del

responsabilidad social y lucha contra la corrupción). 1ª edición. Toledo (España) 2019.

²¹⁶ Id.

²¹⁷ Id.

²¹⁸ Tales como la red Profesionales líderes de contratación pública y la Red OCDE-MENA sobre Contratación Pública.

consejo de contratación pública del 2015,²¹⁹ en la cual se realiza todo un marco conceptual sobre los principios principales y rectores de una buena contratación pública.²²⁰ En la referenciada recomendación de 2015 sobre contratación pública se ha concebido a la contratación del sector público como “la piedra angular de la gobernanza estratégica”²²¹ y ello en razón “al gran volumen de gasto que representa, la contratación pública bien gobernada puede y debe desempeñar un papel importante en el fomento de la eficiencia del sector público y el establecimiento de la confianza de los ciudadanos. Los sistemas de contratación pública bien diseñados también contribuyen al logro de objetivos políticos apremiantes, como la protección del medio ambiente, la innovación, la creación de empleo y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.”²²²

²¹⁹ OECD. Recomendación sobre contratación pública. Disponible en <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/recommendation/> (recuperado el 01-07-2018). (traducción libre del autor).

²²⁰ OECD. Recomendación Del Consejo Sobre Contratación Pública. (2015).

²²¹ Id.

²²² “La Recomendación de la OCDE sobre Contratación Pública promueve el uso estratégico y holístico de la contratación pública. Es una referencia para la modernización de los sistemas de adquisición y puede aplicarse en todos los niveles de las empresas gubernamentales y estatales. Aborda todo el ciclo de adquisiciones al tiempo que integra la contratación pública con otros elementos de gobernanza estratégica, como la presupuestación, la gestión financiera y las formas adicionales de prestación de servicios.” Id.



La recomendación OCDE de 2015 sobre contratación pública, adecua una serie de estándares multidisciplinares de un adecuado y debido proceso de compras públicas estableciendo que los adherentes al instrumento en comento (i) tengan niveles adecuados de transparencia a lo largo de todas las fases del ciclo de la contratación pública; (ii) conserven la integridad del sistema de contratación pública mediante normas generales y salvaguardas específicas por procesos de contratación; (iii) hagan accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen; (iv) reconozcan que todo uso del sistema de contratación pública que pretenda conseguir objetivos secundarios de política deberá sopesar estas finalidades frente al logro del objetivo principal de la contratación; (v) fomenten una participación transparente y efectiva de las partes interesadas; desarrollen procedimientos que, satisfaciendo las necesidades de la administración pública y de los ciudadanos, impulsen la eficiencia a lo largo de todo el ciclo de la contratación pública; (vi) mejoren el sistema de contratación pública mediante el aprovechamiento de las tecnologías digitales para dar soporte a la innovación, a través de la contratación electrónica, a lo largo de todo el ciclo de la contratación pública; (vii) dispongan de un personal dedicado a la contratación pública con capacidad de aportar en todo momento, de manera eficaz y eficiente, la debida rentabilidad en este ámbito; (viii) estimulen mejoras en el rendimiento mediante la evaluación de la eficacia del sistema de contratación pública, tanto en procesos concretos como en el sistema en su conjunto, a todos los niveles de la administración pública siempre que resulte factible y adecuado; (ix) integren las estrategias de gestión de riesgos para la definición, detección y atenuación de éstos a lo largo del ciclo de la contratación pública; (x) apliquen mecanismos de supervisión y

control que favorezcan la rendición de cuentas a lo largo del ciclo de la contratación pública, incluidos los oportunos procedimientos de quejas y sanciones; (xi) favorezcan la integración de la contratación pública en la gestión de las finanzas públicas en general, la presupuestación y los procesos de prestación de servicios.²²³

Además de la recomendación OCDE de 2015, es posible destacar la Recomendación de la OCDE sobre la lucha contra la manipulación de ofertas en la contratación pública (2012),²²⁴ la Recomendación de la OCDE sobre la mejora del desempeño ambiental de la contratación pública (2002),²²⁵ la Recomendación de la OCDE del Consejo sobre Integridad Pública (2017)²²⁶ y finalmente, los Principios de alto nivel para la integridad,

²²³ OCDE. Dirección de Gobernanza Pública y Desarrollo Territorial. RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2015) disponible en <https://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-on-Public-Procurement.pdf>

²²⁴ OCDE. *Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement* (2012) available at: <https://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>

²²⁵ OCDE. *Recommendation on Improving the Environmental Performance of Public Procurement* (2002) available at: <https://www.oecd.org/environment/tools-evaluation/greenerpublicpurchasing.htm>

²²⁶ OECD. *RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON PUBLIC INTEGRITY* (2017) available at: <https://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-Public-Integrity.pdf>



la transparencia y el control efectivo de los principales eventos e infraestructuras relacionadas (2016).²²⁷

Por otra parte, las doctrinas OCDE sobre contratación pública también contemplan una serie de herramientas e indicadores empleados para la evaluación de los sistemas de compras públicas y en este sentido, "Estas herramientas se complementan entre sí y cubren todos los Principios de la Recomendación de la OCDE sobre Contratación Pública que insta a los países a desarrollar su marco institucional y medir la eficiencia y eficacia de los sistemas."²²⁸ Así las cosas, dichas herramientas contemplan en primer lugar, una serie de metodologías destinadas a la evaluación de los sistemas de adquisiciones denominadas MAPS²²⁹ los cuales, "proporcionan una herramienta de evaluación común que los países y los socios de desarrollo pueden utilizar para evaluar la calidad y la eficacia de los sistemas de adquisiciones públicas. MAPS se organiza en torno a 4 pilares: (i) Marco Legislativo, Regulatorio y Político; (ii) Marco institucional y capacidad de gestión; (iii) Operaciones de adquisición y prácticas de mercado; (iv)

²²⁷ OECD. *HIGH-LEVEL PRINCIPLES FOR INTEGRITY, TRANSPARENCY AND EFFECTIVE CONTROL OF MAJOR EVENTS AND RELATED INFRASTRUCTURES*. (2016) available at: <https://www.oecd.org/gov/ethics/High-Level-Principles-Integrity-Transparency-Control-Events-Infrastructures.pdf>

²²⁸ OECD. *Public procurement toolbox*. (trad.) Available at: <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/assessment/>

²²⁹ MAPS: Sigla que sintetiza: *Methodology for Assessing Procurement Systems*. (Metodologías destinadas para la evaluación de los sistemas de contratación). (traducción libre del autor).

Rendición de cuentas, integridad y transparencia del sistema de contratación pública. Cada pilar incluye indicadores, subindicadores (cualitativos y cuantitativos) y criterios de evaluación. Los MAP pueden ser utilizados por los países en particular para implementar Principios destinados a desarrollar su marco institucional.”²³⁰

En segundo lugar, las herramientas de evaluación de la contratación pública OCDE contemplan una serie de indicadores clave de rendimiento KPI²³¹ los cuales, “se han desarrollado para apoyar la implementación de varios Principios hacia el rendimiento de los sistemas de contratación pública: (i) *Eficiencia del ciclo de contratación pública*, (ii) *Apertura y transparencia de la contratación pública*, (iii) *Profesionalismo de la fuerza laboral de contratación pública*, (iv) *Gestión del desempeño del contrato*.”²³²

En tercer lugar y, por último, las herramientas de evaluación OCDE contemplan los “denominados informes de gobierno de un vistazo”²³³ los cuales se publican cada dos años, y son un tablero de indicadores clave para

²³⁰ Supra. Nota 223.

²³¹ KPI: Sigla que sintetiza: *Key performance indicators* (*Indicadores clave de rendimiento*). (traducción libre del autor).

²³² La metodología para los KPI se encuentra actualmente en revisión de acuerdo con la Recomendación de la OCDE sobre Contratación Pública (2015). Supra nota 223.

²³³ Supra. Nota 223.



ayudar a analizar las comparaciones internacionales del desempeño del sector público.”²³⁴

Las doctrinas OCEDE en materia de contratación pública, por otro lado, también contemplan una serie de reportes y estudios de caso acerca de la situación de los países miembros y no miembros a través de la comparación y la evaluación estadística y econométrica de factores que influyen directamente en las etapas del ciclo de contrataciones públicas, las cuales se inspiran en los principios rectores de una buena contratación pública esbozados en las recomendaciones OCDE de 2008²³⁵ y 2015.²³⁶ Los reportes y mediciones anteriormente mencionados, han permitido a lo largo de los años evidenciar los avances y retrocesos de los países miembros y no miembros en materia de contratación pública, específicamente en temas relacionados con la integridad, innovación y eficiencia en los diferentes sistemas de compras públicas.

²³⁴ “La edición 2015 de la publicación incluye varios indicadores sobre contratación pública relacionados con: el tamaño de la contratación pública (por ejemplo, la contratación pública general como porcentaje del PIB y como parte del gasto total del gobierno) Contratación pública estratégica (específicamente relacionada con las estrategias / políticas de contratación para apoyar la contratación pública ecológica, las PYME y los bienes y servicios innovadores) Contratación electrónica Organismos centrales de compras.” Id. (trad.)

²³⁵ OECD. Draft Recommendation Of The Council On Enhancing Integrity In Public Procurement [C (2008)105] 25-Sep-2008 disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(2008\)105&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(2008)105&docLanguage=En)

²³⁶ Supra. Nota 223.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta ahora, las anteriores doctrinas cobran fuerza vinculante para los países miembros de la OCDE y los adherentes a las diferentes iniciativas de esta organización de cooperación internacional y en este sentido, ha sido posible identificar una serie de instrumentos jurídicos en cada una de sus áreas de acción, destacando entre estas las relacionadas con los contratos del sector público. En este sentido, *"Desde la creación de la OCDE en 1961, se han desarrollado alrededor de 450 instrumentos jurídicos sustantivos dentro de su marco. Estos incluyen las leyes de la OCDE (es decir, las decisiones y recomendaciones adoptadas por el Consejo de la OCDE de conformidad con el Convenio de la OCDE) y otros instrumentos jurídicos desarrollados en el marco de la OCDE (por ejemplo, declaraciones, acuerdos internacionales)."*²³⁷

Existen cinco categorías de instrumentos jurídicos OCDE, los cuales tienen incidencia en todas las áreas de acción de esta organización de cooperación internacional, las cuales tienen un distinto grado de vinculatoriedad -softlaw-²³⁸ dependiendo de su alcance y

²³⁷ OECD. Legal instruments. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/general-information>

²³⁸ El softlaw OCDE en materia de contratación pública hace parte de los trabajos de estándares y recomendaciones del comité de gobernanza pública de la organización para la cooperación y el desarrollo económico "Dado que la contratación pública representa una parte sustancial del dinero de los contribuyentes, se espera que los gobiernos lo lleven a cabo de manera eficiente y con altos estándares de conducta para garantizar una alta calidad de la prestación de servicios y salvaguardar el interés público." Véase: OCDE. La



número de adherentes. Entre estos instrumentos jurídicos se encuentran en primer lugar, las decisiones, las cuales son *“instrumentos jurídicos de la OCDE que son jurídicamente vinculantes para todos los Miembros, excepto los que se abstienen en el momento de la adopción. Si bien no son tratados internacionales, conllevan el mismo tipo de obligaciones legales. Los adherentes están obligados a implementar Decisiones y deben tomar las medidas necesarias para dicha implementación.”*²³⁹ En segundo lugar, se encuentran las decisiones que son *“instrumentos jurídicos de la OCDE que no son jurídicamente vinculantes pero que la práctica les otorga una gran fuerza moral como representación de la voluntad política de los adherentes. Existe la expectativa de que los adherentes harán todo lo posible para implementar completamente una recomendación. Por lo tanto, los Miembros que no tienen la intención de hacerlo generalmente se abstienen cuando se adopta una Recomendación, aunque esto no es obligatorio en términos legales.”*²⁴⁰ En tercer lugar, se hayan las declaraciones, que son *“instrumentos jurídicos de la OCDE que se preparan dentro de la Organización, generalmente dentro de un órgano subsidiario. Por lo general, establecen principios generales u objetivos a largo plazo, tienen un carácter solemne y generalmente se adoptan en las reuniones ministeriales del Consejo o de los comités de la Organización.”*²⁴¹ En cuarto lugar, se encuentran los acuerdos internacionales, los cuales son *instrumentos jurídicos de la OCDE negociados y*

contratación pública [trad.] disponible en:
<http://www.oecd.org/gov/public-procurement/>.

²³⁹ Id.

²⁴⁰ Id.

²⁴¹ Id.

*concluidos en el marco de la Organización. Son legalmente vinculantes para las Partes.*²⁴² y, por último, se encuentran los denominados acuerdos y entendimientos, los cuales, *"a lo largo del tiempo, han desarrollado varios instrumentos jurídicos sustantivos ad hoc dentro del marco de la OCDE, como el Acuerdo sobre créditos a la exportación con apoyo oficial, el Acuerdo internacional sobre los principios del transporte marítimo y las recomendaciones del Comité de asistencia para el desarrollo (CAD).*²⁴³

Los instrumentos jurídicos de la OCDE enmarcan toda las doctrinas vinculantes y no vinculantes de esta organización internacional y la misma *"a lo largo de su historia ha proferido 249 instrumentos que actualmente tienen plena vigencia, de los cuales hay 25 decisiones, 174 recomendaciones y 27 declaraciones sobre diversas temáticas.*²⁴⁴ En materia de contratación pública, se han identificado de forma dispersa algunos instrumentos jurídicos sustantivos OCDE contentivos de 14 recomendaciones y una declaración, en las cuales se ha proferido todo un estándar de B. P´S en temas afines al entorno de la gobernanza y los contratos del sector público,²⁴⁵ temática en la cual ha sido posible identificar los siguientes instrumentos jurídicos:

²⁴² Id.

²⁴³ Id.

²⁴⁴ Id.

²⁴⁵ Véase: Luis Adrián Gómez Monterroza. B. P´S en la contratación pública: un análisis contrastado Colombia - España basado en estándares OCDE. [material inédito]. (2019)



1. *Recomendación OECD/LEGAL/0435 del consejo de integridad pública del año 2017.*²⁴⁶
2. *Recomendación OECD/LEGAL/0438 del Consejo sobre Gobierno Abierto del año 2017.*²⁴⁷
3. *Declaración OCDE/LEGAL/0421 sobre la lucha contra el soborno en el extranjero: hacia una nueva era de aplicación de la ley del año 2016.*²⁴⁸
4. *Recomendación OCDE/LEGAL/0418 del Consejo sobre Igualdad de Género en la Vida Pública del año 2015.*²⁴⁹

²⁴⁶ OECD. Recommendation of the Council on Public Integrity. OECD/LEGAL/0435. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0435> (2017).

²⁴⁷ OECD, Recommendation of the Council on Open Government, OECD/LEGAL/0438 Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0438> (2017).

²⁴⁸ OECD, Declaration on the Fight Against Foreign Bribery - Towards a New Era of Enforcement, OECD/LEGAL/0421. Traducción libre del autor. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0421> (2016).

²⁴⁹ OECD, Recommendation of the Council on Gender Equality in Public Life, OECD/LEGAL/0418. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0418> (2015).

5. *Recomendación OCDE/LEGAL/0411 sobre contratación pública del año 2015.*²⁵⁰
6. *Recomendación OCDE/LEGAL/0402 del Consejo sobre inversiones públicas efectivas en todos los niveles de gobierno del año 2014.*²⁵¹
7. *Recomendación OCDE/LEGAL/0406 del Consejo de Estrategias de Gobierno Digital del año 2014.*²⁵²
8. *Recomendación OECD/LEGAL/0396 sobre combate a la colusión en la contratación pública del año 2012.*²⁵³

²⁵⁰ OECD, Recommendation of the Council on Public Procurement, OECD/LEGAL/0411. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0411> (2015).

²⁵¹ OECD, Recommendation of the Council on Effective Public Investment Across Levels of Government, OECD/LEGAL/0402. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0402> (2014).

²⁵² OECD, Recommendation of the Council on Digital Government Strategies, OECD/LEGAL/0406 Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0406> (2014).

²⁵³ OECD, Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, OECD/LEGAL/0396. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396> (2012).



9. *Recomendación OECD/LEGAL/0392 del consejo de principios para la gobernanza pública de las asociaciones público privadas del año 2012.*²⁵⁴
10. *Recomendación OECD/LEGAL/0378 del Consejo para una mayor lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales del año 2012.*²⁵⁵
11. *Recomendación OCDE/LEGAL/0380 del Consejo de Tecnologías de la Información, la Comunicación y el Medio Ambiente del año 2010.*²⁵⁶
12. *Recomendación OECD-LEGAL-0345 del Consejo de Buenas Prácticas para la Gestión del Gasto Público Ambiental del 2006.*²⁵⁷

²⁵⁴ OECD, Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships, OECD/LEGAL/0392. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0392> (2012).

²⁵⁵ OECD, Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, OECD/LEGAL/0378. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378> (2012).

²⁵⁶ OECD, Recommendation of the Council on Information and Communication Technologies and the Environment, OECD/LEGAL/0380. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0380> (2010).

²⁵⁷ OECD, Recommendation of the Council on Good Practices for Public Environmental Expenditure Management, OECD/LEGAL/0345. Traducción libre del Autor disponible en:

13. *Recomendación OECD/LEGAL/0316 del Consejo sobre las Directrices de la OCDE para la gestión de conflictos de intereses en la administración pública del año 2003.*²⁵⁸
14. *Recomendación OECD/LEGAL/0311 sobre la mejora del desempeño ambiental de la contratación pública del año 2002.*²⁵⁹
15. *Recomendación OECD-LEGAL-0283 del Consejo para mejorar el desempeño ambiental del gobierno del año 1996.*²⁶⁰

En conclusión, hasta ahora ha sido posible configurar algunos estándares que tienen como punto de partida, las doctrinas de la OCDE en materia de contratación en el sector público, las cuales, se han materializado en los

<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0380> (2006).

²⁵⁸ OECD, Recommendation of the Council on OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service, OECD/LEGAL/0316. Traducción libre del Autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0316> (2003).

²⁵⁹ OECD, Recommendation of the Council on Improving the Environmental Performance of Public Procurement, OECD/LEGAL/0311. Traducción libre del Autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0311> (2002).

²⁶⁰ OECD, Recommendation of the Council on Improving the Environmental Performance of Government, OECD/LEGAL/0283. Traducción libre del Autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0283> (1996).



diferentes instrumentos jurídicos sustantivos OCDE, ostentando distintos grados de vinculatoriedad para los países miembros y adherentes a esta organización de cooperación internacional en donde se han resaltado algunos de los valores que deben inspirar un adecuado sistema de contratación pública a partir de la denominada gobernanza pública donde se han identificado factores esenciales tales como la integridad, la innovación y la eficiencia a lo largo de todas las etapas del ciclo publico contractual.

2. LOS PRINCIPIOS OCDE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Los principios OCDE en materia de contratación pública inspiran una visión que propende por valores de lucha contra la corrupción, preservación del medio ambiente, innovación y eficiencia de los procesos públicos contractuales. *“La contratación pública desde la visión OCDE se encuentra estructurada a partir de 12 principios emanados en las recomendaciones del consejo de contratación pública perteneciente al comité de gobernanza pública del mencionado organismo de cooperación internacional, las cuales pueden identificarse en la recomendación expedidas en el año 2008,²⁶¹ la cual, fue sustituida posteriormente en el año*

²⁶¹ OECD. Draft Recommendation Of The Council On Enhancing Integrity In Public Procurement [C (2008)105] 25-Sep-2008 disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(2008\)105&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(2008)105&docLanguage=En)

2015,²⁶² en las que vale la pena destacar el desarrollo de los siguientes principios integrados²⁶³



Grafica 1. Principios OCDE sobre contratación pública.
Fuente: OCDE public procurement toolbox.²⁶⁴

²⁶² Supra. Nota 220.

²⁶³ Supra. Nota 220. Véase también: OCDE. Dirección de Gobernanza Pública y Desarrollo Territorial. RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2015) disponible en <https://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-on-Public-Procurement.pdf>

²⁶⁴ OECD. Public procurement toolbox. Principles and tools. Traducción libre del autor disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/>



Es importante anotar que los principios rectores de la contratación pública revisten gran importancia dentro de la configuración jurídica de los sistemas de contratación pública y sus mandatos deben acatarse por parte de todos los *stakeholders* que interactúan en la contratación pública. El catálogo de principios es innumerable y varía dependiendo de la configuración jurídica en la que se enmarcan los sistemas de contratación pública imperantes en el mundo, no obstante ha existido un consenso -por lo menos dentro de la visión OCDE- por reconocer una serie de principios que se encuentran en cada una de las etapas del ciclo de la contratación en el sector público que propenden por el fomento de la transparencia, la lucha por la corrupción, la eficiencia, la innovación, y en general, que persiguen patrones constitutivos de buenas prácticas aceptadas internacionalmente en contextos tales como el que se ha dado durante los últimos años en el seno de la OCDE.²⁶⁵

En consonancia con lo anterior, los principios integradores de la contratación pública ostentan una estrecha relación entre sí, ya que los mismos permiten una comprensión integral y multidisciplinar de la contratación en el sector público, teniendo en cuenta que dichos principios deben estar presentes en todas las etapas del ciclo de contratación pública. En este sentido los profesores Moreno Molina y Romero Molina han afirmado que “los principios están basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en

²⁶⁵ Supra. Nota 220.

todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias."²⁶⁶

Así las cosas, la importancia que revisten los principios de la contratación pública, ha sido ampliamente analizada en un contexto internacional, a partir de la denominada contratación pública global. Es por ello que, lo expuesto hasta ahora no escapa del contexto comunitario de la unión europea donde *"en el marco de las Directivas de 2014, los principios generales de la contratación pública son el fundamento de la contratación pública y se caracterizan por su transversalidad en todas las fases del procedimiento de contratación aplicándose además no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas"*²⁶⁷ en igual sentido, todo el catálogo de principios de la contratación pública se ha acogido en un contexto internacional o

²⁶⁶ ROMERO MOLINA CESAR AUGUSTO, MORENO MOLINA JOSÉ ANTONIO (obra colectiva). Los principios de la Contratación Pública en la Jurisprudencia del TJUE y del Consejo de Estado Colombiano [título original]. Primera edición. Bogotá D.C, editorial jurídica Gustavo Ibáñez, 2015. 1-168. Pág. 27. Véase también: MOLINA, José Antonio Moreno. Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, europeo y de América Latina. Derecho & Sociedad, 2015, no 44, p. 55-64. Pág. 2.

²⁶⁷ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Los principios del Derecho global de la contratación pública. *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 2016, no 13, p. 189-217. Véase también: Muñoz, Jaime Rodríguez-Arana. "Los principios del Derecho global de la contratación pública." *Derecho PUCP* 66 (2011): 29-54.



global donde, en palabras de los profesores Moreno Molina y Cancino Gómez:

*"la contratación pública es una figura poliédrica con una serie de aristas de interpretación y por ende de aplicación. Es un tema complejo desde cualquier punto de vista, porque cualquier veredicto que tome una autoridad en cualquier nivel de gobierno representa la aplicación de criterios, métodos de análisis y evaluación de riesgos, que desde cualquier punto de vista resulta controversial para una de las partes que interviene en un concurso o licitación. Además de que presupone que cualquier decisión que se tome, entraña el uso de recursos públicos en favor o en contra del interés nacional que trae consigo los costos políticos de los servidores públicos en la toma de decisiones."*²⁶⁸

Los principios de la contratación pública -entre estos los esbozados por la OCDE- marcan las pautas generales que conforman y direccionan la interpretación de la legislación regulatoria de los contratos públicos y la eventual resolución de controversias contractuales siempre bajo la observancia de los objetivos que inspiran el sistema de contrataciones públicas, en cada una de sus etapas, ya que son estos la razón de ser de una buena gobernanza pública contractual basada en la transparencia, la lucha contra la corrupción, la innovación y la preservación medioambiental.

²⁶⁸ José Antonio Moreno Molina, Rodolfo Cancino Gómez. La Contratación Pública Internacional: Unión Europea-México. Chartridge Books Oxford, 2018.

3. EL PRINCIPIO DE BALANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El principio de balance o equilibrio en la contratación pública hace parte de las doctrinas OCDE sobre una buena contratación pública y su contenido ha servido como instrumento para promover objetivos de política pública de forma coherente con los objetivos propios de la contratación del sector público contemplada en el objeto pactado en el clausulado contractual. El principio de balance en la contratación pública demuestra que los contratos públicos han trascendido de su mera naturaleza como institución jurídica fundamental para la provisión de bienes y servicios a favor del sector público, en razón a que, bajo esta óptica, los contratos públicos también ostentan una marcada influencia por el campo de la economía y las políticas públicas.²⁶⁹

Es por estas razones, que puede describirse el principio de balance en las compras del sector público como un mandato de coherencia entre los objetivos y políticas de gobierno en relación con los objetos contractuales que a diario pacta la administración como sujeto contratante, los cuales, en todo caso siempre deben ser compatibles y coherentes. En este sentido la OCDE ha expresado que el balance o equilibrio en la contratación pública se da cuando los objetivos de la política secundaria de contratación (integridad, eficiencia, desarrollo empresarial, innovación, cuidado medio ambiental, etc.) y los objetivos de política contractual primaria (contrato, objeto y clausulado) tienen correspondencia, coherencia y compatibilidad. Dicho balance no debe desconocerse en ningún caso, incluso tratándose de casos donde medien las

²⁶⁹ Supra. Nota 220.



denominadas asociaciones público-privadas (PPP o también APP) o los denominados convenios interadministrativos.²⁷⁰ Con base en ello, se explica la viabilidad de los contratos públicos ya que no puede suscribirse un contrato, cuyo objeto no sea consecuente con los objetivos de políticas públicas, pues ello se tornaría en una práctica desequilibrada. Dichos supuestos cobran una mayor relevancia cuando el análisis planteado se efectúa en conjunto con el denominado principio de planeación tal como lo señalan los profesores Romero Molina y Moreno Molina.²⁷¹

Desde la visión OCDE el principio de balance en la contratación pública supone que “Además de su importancia económica, la contratación pública es cada vez más reconocida como un instrumento estratégico para lograr objetivos políticos innovadores, sociales y ambientales. Los objetivos secundarios de la política pueden incluir promover el crecimiento verde, el desarrollo de las PYME, la innovación o los estándares para una conducta empresarial responsable.”²⁷² En este

²⁷⁰ OECD, Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships, OECD/LEGAL/0392. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0392> (2012).

²⁷¹ Véase: ROMERO MOLINA Cesar Augusto, MORENO MOLINA José Antonio (obra colectiva). Los principios de la Contratación Pública en la Jurisprudencia del TJUE y del Consejo de Estado Colombiano [título original]. Primera edición. Bogotá D.C, editorial jurídica Gustavo Ibáñez, 2015. 1-168.

²⁷² OECD. Public procurement Toolbox. Balance. Traducción libre del autor disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/access/>

sentir, es posible asociar el referido principio con otros principios integradores OCDE tales como: el principio de acceso, participación, compras públicas, capacidad y evaluación.²⁷³ Así las cosas, una correcta materialización de los mismos dentro de los sistemas de contratación pública debe regirse por los siguientes puntos:

- *Evaluar el uso de la contratación pública como un método para lograr los objetivos de la política secundaria de acuerdo con las prioridades nacionales claras.*²⁷⁴
- *Desarrollar una estrategia adecuada para la integración de los objetivos de la política secundaria en los sistemas de contratación pública.*²⁷⁵

²⁷³ Supra. Nota 220.

²⁷⁴ "Evaluar el uso de la contratación pública como un método para perseguir los objetivos de la política secundaria de acuerdo con las prioridades nacionales claras, equilibrando los beneficios potenciales con la necesidad de lograr una relación calidad-precio. Se debe considerar tanto la capacidad de la fuerza laboral de adquisiciones para respaldar los objetivos de la política secundaria como la carga asociada con el monitoreo del progreso en la promoción de dichos objetivos." OECD. Public procurement Toolbox. Checklist for Supporting the Implementation of OECD Recommendation of the Council on Public Procurement: Balance. Traducción libre del autor disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/Checklist%2004%20Balance.pdf> (2016).

²⁷⁵ "Desarrollar una estrategia adecuada para la integración de los objetivos de la política secundaria en los sistemas de contratación pública. Para los objetivos de la política secundaria que serán respaldados por la contratación pública, se debe establecer una planificación adecuada, un análisis de



- *Emplear una metodología de evaluación de impacto adecuada para medir la efectividad de las adquisiciones para lograr los objetivos de la política secundaria.*²⁷⁶

En materia de balance en la contratación pública múltiples países han coincidido en sus políticas internas en el fomento de la sostenibilidad ambiental y en el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas. Destacando en estos temas específicamente el principio de balance en los casos de Austria, Bélgica, Canadá, China, Holanda, Hungría, India, Corea, Portugal, Estados Unidos, República Eslovaca, Irlanda, España, Italia. Específicamente, lo que respecta al desarrollo sostenible del medio ambiente como política pública de estratégica y de evidente aplicación del principio de balance en la contratación pública el caso de Austria es el más amplio, resaltando dentro de su sistema de compras públicas, la implementación de acciones tendientes a la

línea de base, una evaluación de riesgos y resultados específicos como la base para el desarrollo de planes de acción o directrices para la implementación." Id.

²⁷⁶ "Emplear una metodología de evaluación de impacto adecuada para medir la efectividad de las adquisiciones para lograr los objetivos de la política secundaria. Los resultados de cualquier uso del sistema de contratación pública para respaldar los objetivos de la política secundaria deben medirse de acuerdo con los hitos apropiados para proporcionar a los responsables de las políticas la información necesaria sobre los beneficios y costos de dicho uso." Id.

sensibilización²⁷⁷ en el campo de las políticas públicas,²⁷⁸ la expedición de normativas en materia ambiental,²⁷⁹ profesionalización²⁸⁰ y en general todo un marco legal y político en materia de compras verdes.²⁸¹ En el mismo camino se encuentra Bélgica, donde se ha desarrollado una caracterización de las buenas prácticas en materia de compras públicas tendientes al fomento de una contratación verde mediante la profesionalización de sus *stakeholders*²⁸² lo cual, también fue realizado por

²⁷⁷ OECD. Public procurement Toolbox. Austria - Best practices for green procurement (awareness raising). Traducción libre del autor disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/austria-best-practices-green-public-procurement-gpp-awareness-raising.pdf> (2014).

²⁷⁸ Id.

²⁷⁹ Id.

²⁸⁰ Id.

²⁸¹ Id.

²⁸² OECD. Public procurement Toolbox. Belgium - Best practices for green procurement (professionalisation). Traducción libre del autor disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/belgium-best-practices-green-public-procurement-gpp-professionalisation.pdf> (2014).



Canadá²⁸³ y Holanda.²⁸⁴ En similares vertientes, China y Hungría han desarrollado algunos estándares ambientales²⁸⁵ y medidas de prevención de riesgos medioambientales.²⁸⁶ Por su parte en India existen algunos estudios de capacidad de mercado relacionados

²⁸³ OECD. Public procurement Toolbox. Canada – Best practices for green procurement. Traducción libre del autor disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/gpp-procurement-Canada.pdf> (2014).

²⁸⁴ "Rijkswaterstaat (el Departamento de Obras Públicas del Ministerio de Infraestructura y Medio Ambiente, RWS) desarrolló una metodología para proyectos de infraestructura mediante la cual la especificación funcional de la licitación, junto con la aportación de calidad del cliente, garantiza una solución innovadora y de alta calidad. También se solicita al licitador que responda a criterios de calidad específicos. El RWS utiliza la metodología de licitación económicamente más ventajosa (MEAT), incluidos los criterios de sostenibilidad específicos." OECD. Public procurement Toolbox. Country case: Green public procurement in the Netherlands. Traducción libre del autor disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/green-public-procurement-netherlands.pdf> (2016).

²⁸⁵ OECD. Public procurement Toolbox. China - Best practices for green procurement (environmental standards). Traducción libre del autor disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/china-best-practices-green-public-procurement-gpp-environmental-standards.pdf> (2014).

²⁸⁶ OECD. Public procurement Toolbox. Hungary – Best practices for green procurement (awareness raising). Traducción libre del autor disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/hungary-best-practices-green-public-procurement-gpp-awareness-raising.pdf> (2014).

con la capacidad de mercado y la evaluación de costos y beneficios en materia de balance en la contratación pública en concordancia con sus políticas estatales en materia de sostenibilidad ambiental.²⁸⁷ Por último, es necesario hacer alusión a los riesgos asociados al principio de balance en la contratación pública, los cuales pueden examinarse a partir de los siguientes puntos:

- *Equilibrar los objetivos de la política secundaria con el objetivo principal de adquisición (entregar los bienes y servicios necesarios para cumplir la misión del gobierno de manera oportuna, económica y eficiente).*²⁸⁸
- *La falta de datos o metodologías apropiadas para medir el impacto de las estrategias y políticas de contratación pública para abordar los objetivos de la política secundaria.*²⁸⁹
- *La ausencia de requisitos legales, los incentivos insuficientes y la falta de recursos financieros / humanos para medir los efectos de las estrategias y*

²⁸⁷ OECD. Public procurement Toolbox. India – Best practices for green procurement (market capacity and assessing costs and benefits). Traducción libre del autor disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/india-best-practices-green-public-procurement-gpp-market-capacity-cost-benefit-assessment.pdf> (2014).

²⁸⁸ OECD. Public procurement Toolbox. Risks to public procurement related to balance. Traducción libre del autor disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/balance/>

²⁸⁹ Id.

*políticas para abordar los objetivos de la política secundaria.*²⁹⁰

El Balance o equilibrio en la contratación pública puede explicarse gráficamente de la siguiente manera:



Fuente: elaboración propia del autor.

El principio de balance en la contratación pública expuesto dentro de las doctrinas OCDE, materializa las tesis expuestas por la profesora Arrowsmith, donde *“la contratación pública es ampliamente utilizada para promover objetivos de naturaleza económica, ambiental y social, como el desarrollo económico de grupos sociales*

²⁹⁰ Id.

desfavorecidos."²⁹¹ En la tesis de la precitada profesora, es posible encuadrar su taxonomía de políticas horizontales en la contratación pública para explicar el principio de balance en la contratación pública, clasificando dichas políticas "en tres distinciones clave: 1) *políticas limitadas a asegurar el cumplimiento de la ley, y aquellas que van más allá;* 2) *políticas aplicadas solamente al contrato adjudicado, y aquellas que van más allá;* y 3) *mecanismos diferentes por los cuales las políticas se implementan en el proceso de contratación.*"²⁹²

CONCLUSIONES.

El principio de balance en la contratación pública tiene un origen atribuible a las doctrinas del New Public Management de la gestión pública anglosajona y en los desarrollos de la OCDE en materia de *gobernanza pública* y contratación pregonadas especialmente en la recomendación del consejo de contratación pública del 2015.²⁹³ Sin lugar a dudas una contratación equilibrada y balanceada entre todas las políticas primarias y secundarias conduce a mejores probabilidades de transparencia, integridad y eficiencia durante las etapas del ciclo de contratación pública donde juega un papel fundamental el principio estudiado a partir de su relación con otros principios de igual importancia para lograr una

²⁹¹ Arrowsmith, Sue. "Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía." Rev. Digital de Derecho Admin. 21 (2019): 223.

²⁹² Id.

²⁹³ Supra. Nota 223.



contratación pública efectiva. En este sentido es posible concluir, que existe un dialogo permanente entre gobernanza pública y la institución jurídica del contrato público, la cual, se materializa en las políticas primarias y secundarias que denota el estudiado principio de balance en la contratación Estatal, contribuyendo necesariamente una mejor gestión de los recursos públicos y la obtención de un mayor beneficio social.

De esta manera, es el principio de balance uno de los elementos de la denominada gobernanza pública contractual cuyo contexto se ubica en una esfera globalizada de la contratación pública, donde la implementación de lo afirmado en este artículo reside en la voluntad de los *stakeholders* en esta materia, quienes en todo caso deben propender por que los objetivos primarios del contrato público y los objetivos de política secundaria sean coherentes, consecuentes y compatibles, lo cual permitirá evitar contravenciones al orden jurídico y contractual imperante durante la provisión de bienes y servicios del sector público y mantener altos estándares constitutivos de buenas prácticas transparentes y socialmente responsables.

Se sugiere entonces la necesidad de incluir al principio de balance dentro de la legislación interna de los países -sobre todo en aquellos que pertenecen a la OCDE- donde la normatividad referente a los principios rectores de la contratación no contempla, el balance o equilibrio dentro de sus sistemas de provisión y/o adquisición de bienes y servicios para el sector público.

BIBLIOGRAFÍA.

- ARROWSMITH, Sue. "Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía." *Rev. Digital de Derecho Admin.* 21 (2019): 223.
- MORENO MOLINA José Antonio, Rodolfo Cancino Gómez. *La Contratación Pública Internacional: Unión Europea-México.* Chartridge Books Oxford, 2018.
- GÓMEZ MONTERROZA Luis Adrián. B. *P´S en la contratación pública: un análisis contrastado Colombia - España basado en estándares OCDE.* [material inédito]. (2019)
- MORENO MOLINA, José Antonio. *Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, europeo y de América Latina.* *Derecho & Sociedad*, 2015, no 44, p. 55-64.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. "Los principios del Derecho global de la contratación pública." *Derecho PUCP* 66 (2011): 29-54.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Los principios del Derecho global de la contratación pública.* *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 2016, no 13, p. 189-217.
- OCDE. *Dirección de Gobernanza Pública y Desarrollo Territorial. Recomendación Del Consejo Sobre Contratación Pública (2015) disponible en <https://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-on-Public-Procurement.pdf>*



OCDE. *La contratación pública [trad.]* disponible en:
<http://www.oecd.org/gov/public-procurement/>.

OCDE. *Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement (2012)* available at:
<https://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>

OCDE. *Recommendation on Improving the Environmental Performance of Public Procurement (2002)* available at:
<https://www.oecd.org/environment/tools-evaluation/greenerpublicpurchasing.htm>

OECD, *Declaration on the Fight Against Foreign Bribery - Towards a New Era of Enforcement*, OECD/LEGAL/0421. Traducción libre del autor. Disponible en:
<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0421> (2016).

OECD, *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, OECD/LEGAL/0378. Traducción libre del autor disponible en:
<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378> (2012).

OECD, *Recommendation of the Council on Digital Government Strategies*, OECD/LEGAL/0406 Traducción libre del autor disponible en:
<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0406> (2014).

OECD, *Recommendation of the Council on Effective Public Investment Across Levels of Government*,

OECD/LEGAL/0402. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0402> (2014).

OECD, Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, OECD/LEGAL/0396. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396> (2012).

OECD, Recommendation of the Council on Gender Equality in Public Life, OECD/LEGAL/0418. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0418> (2015).

OECD, Recommendation of the Council on Good Practices for Public Environmental Expenditure Management, OECD/LEGAL/0345. Traducción libre del Autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0380> (2006).

OECD, Recommendation of the Council on Improving the Environmental Performance of Public Procurement, OECD/LEGAL/0311. Traducción libre del Autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0311> (2002).

OECD, Recommendation of the Council on Improving the Environmental Performance of Government, OECD/LEGAL/0283. Traducción libre del Autor disponible en:



<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0283> (1996).

OECD, *Recommendation of the Council on Information and Communication Technologies and the Environment*, OECD/LEGAL/0380. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0380> (2010).

OECD, *Recommendation of the Council on OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*, OECD/LEGAL/0316. Traducción libre del Autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0316> (2003).

OECD, *Recommendation of the Council on Open Government*, OECD/LEGAL/0438 Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0438> (2017).

OECD, *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, OECD/LEGAL/0392. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0392> (2012).

OECD, *Recommendation of the Council on Public Procurement*, OECD/LEGAL/0411. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0411> (2015).

OECD. *Draft Recommendation Of The Council On Enhancing Integrity In Public Procurement [C (2008)105]* 25-Sep-2008 disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(2008\)105&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(2008)105&docLanguage=En)

OECD. *Draft Recommendation Of The Council On Enhancing Integrity In Public Procurement [C (2008)105]* 25-Sep-2008 disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(2008\)105&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(2008)105&docLanguage=En)

OECD. *High-Level Principles For Integrity, Transparency And Effective Control Of Major Events And Related Infrastructures.* (2016) available at: <https://www.oecd.org/gov/ethics/High-Level-Principles-Integrity-Transparency-Control-Events-Infrastructures.pdf>

OECD. *Legal instruments.* Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/general-information>

OECD. *Public procurement toolbox.* (trad.) Available at: <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/assessment/>

OECD. *Public procurement Toolbox. Austria - Best practices for green procurement (awareness raising).* Traducción libre del autor disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/austria-best-practices-green-public-procurement-gpp-awareness-raising.pdf> (2014).



OECD. *Public procurement Toolbox. Balance. Traducción libre del autor disponible en:*
<http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/access/>

OECD. *Public procurement Toolbox. Belgium - Best practices for green procurement (professionalisation). Traducción libre del autor disponible en:*
<http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/belgium-best-practices-green-public-procurement-gpp-professionalisation.pdf>
(2014).

OECD. *Public procurement Toolbox. Canada – Best practices for green procurement. Traducción libre del autor disponible en:*
<http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/gpp-procurement-Canada.pdf>
(2014).

OECD. *Public procurement Toolbox. Checklist for Supporting the Implementation of OECD Recommendation of the Council on Public Procurement: Balance. Traducción libre del autor disponible en:*
<http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/Checklist%2004%20Balance.pdf>
(2016).

OECD. *Public procurement Toolbox. China - Best practices for green procurement (environmental standards). Traducción libre del autor disponible en:*
<http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/china-best-practices-green-public->

[procurement-gpp-environmental-standards.pdf](#)
(2014).

OECD. *Public procurement Toolbox. Country case: Green public procurement in the Netherlands. Traducción libre del autor disponible en:* <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/green-public-procurement-netherlands.pdf> (2016).

OECD. *Public procurement Toolbox. Hungary – Best practices for green procurement (awareness raising). Traducción libre del autor disponible en:* <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/hungary-best-practices-green-public-procurement-gpp-awareness-raising.pdf> (2014).

OECD. *Public procurement Toolbox. India – Best practices for green procurement (market capacity and assessing costs and benefits). Traducción libre del autor disponible en:* <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/india-best-practices-green-public-procurement-gpp-market-capacity-cost-benefit-assessment.pdf> (2014).

OECD. *Public procurement toolbox. Principles and tools. Traducción libre del autor disponible en:* <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/>

OECD. *Public procurement Toolbox. Risks to public procurement related to balance. Traducción libre del autor disponible en:* <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/balance/>



OECD. *Recomendación Del Consejo Sobre Contratación Pública*. (2015).

OECD. *Recomendación sobre contratación pública*. Disponible en <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/recommendation/>

OECD. *Recommendation Of The Council On Public Integrity* (2017) available at: <https://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-Public-Integrity.pdf>

OECD. *Recommendation of the Council on Public Integrity*. OECD/LEGAL/0435. Traducción libre del autor disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0435> (2017).

ROMERO MOLINA Cesar Augusto, MORENO MOLINA José Antonio (obra colectiva). *Los principios de la Contratación Pública en la Jurisprudencia del TJUE y del Consejo de Estado Colombiano* [título original]. Primera edición. Bogotá D.C, editorial jurídica Gustavo Ibáñez, 2015. 1-168. Pág. 27.

ROMERO MOLINA Cesar Augusto. *El principio de eficiencia en la contratación pública global* en: José Antonio Moreno Molina, Francisco Puerta Seguido y Jesús Punzón. *Buenas prácticas en la contratación pública (transparencia, responsabilidad social y lucha contra la corrupción)*. 1ª edición. Toledo (España) 2019.

**A PROPÓSITO DEL COVID-19:
MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO
ARGENTINO EN MATERIA DE EMERGENCIA Y
CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Martín Galli Basualdo⁽²⁹⁴⁾

**I. LA DECLARACIÓN DE EMERGENCIA SANITARIA
Y LAS MEDIDAS, EN UN PRINCIPIO, ADOPTADAS.**

A raíz de los casos de personas afectadas por el COVID-19 en Argentina (el primero de ellos, el 3 de marzo del 2020), y la declaración como nueva pandemia del brote de coronavirus efectuada por la Organización Mundial de la Salud el día 11 del mismo mes, el gobierno nacional declaró la emergencia sanitaria el 12 de marzo de 2020 en virtud del Decreto 260/2020⁽²⁹⁵⁾.

En los objetivos que nos es propio, interesa notar que dicho decreto establece las siguientes medidas:

⁽²⁹⁴⁾ Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires. Socio del Estudio Galli Basualdo & Vazón Abogados.

⁽²⁹⁵⁾ Los actos gubernamentales y administrativos que se indican en esta presentación pueden ser consultados en el sitio web oficial: www.infoleg.gov.ar.



(i) facultar al Ministerio de Salud a la “contratación pública de emergencia”, al determinarse que podrá *“efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, en base a evidencia científica y análisis de información estratégica de salud, sin sujeción al régimen de contrataciones de la administración nacional. En todos los casos deberá procederse a su publicación posterior.”* (art. 2, inc. 6);

(ii) en lo que se refiere al “aislamiento obligatorio”, se ordenó que ciertas personas permanezcan aisladas durante 14 días (plazo que se consignó que podría ser modificado por la autoridad de aplicación según la evolución epidemiológica); tales supuestos son: a) quienes revistan la condición de “casos sospechosos”, definidos como aquellos en los que la persona presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios y que además, en los últimos días, tenga historial de viaje a “zonas afectadas”⁽²⁹⁶⁾ o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19; b) quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID – 19; c) Los “contactos estrechos” de las personas comprendidas en los apartados a) y b) en los términos prescritos por la autoridad de aplicación; y d) quienes arriben al país habiendo transitado por “zonas afectadas” (es decir, personas argentinas y extranjeras) (art. 7, incs. a, b, c y d);

(iii) en relación a “los extranjeros no residentes en el país”, se decidió que no podrán ingresar ni permanecer

⁽²⁹⁶⁾ Las zonas afectadas se estimó que eran: Estados miembros de la Unión Europea, miembros del Espacio Schengen, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América, República de Corea, Estado del Japón, República Popular China y República Islámica de Irán (Decreto 260/20, art. 4).

en el territorio nacional en la medida que no den cumplimiento a la cuarentena obligatoria de 14 días y a las medidas sanitarias vigentes (art. 7, inc. e);

(iv) "Suspensión temporaria de vuelos", que se ordenó en estos términos: *"se dispone la suspensión de los vuelos internacionales de pasajeros provenientes de las "zonas afectadas", durante el plazo de TREINTA (30) días* (art. 9);

(v) "Infracciones a las normas de la emergencia sanitaria": se fijaron poniendo de manifiesto que la infracción a las medidas previstas en el decreto dará lugar a las sanciones que resulten aplicables según la normativa vigente, sin perjuicio de las denuncias penales que corresponda efectuar para determinar la eventual comisión de delitos de acción pública, conforme lo previsto en los artículos 205⁽²⁹⁷⁾, 239⁽²⁹⁸⁾ y concordantes del Código Penal (art. 7, inc. e), segundo párrafo y art. 22).

Tales disposiciones se instrumentaron por medio de un decreto de necesidad y urgencia (cfr. art. 99 inc. 3 de la Constitución y Ley 26.122), razón por la cual cuentan con rango legal, y las mismas entraron a regir a partir

⁽²⁹⁷⁾ El art. 205 del Código Penal dispone: *"será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia."*

⁽²⁹⁸⁾ El art. 239 del cuerpo legal citado en la nota precedente prescribe: *"será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal."*



del día lunes 15 de marzo de 2020. Doy fe de ello, puesto que me encontraba en España, precisamente, al momento del dictado de este acto de naturaleza legislativa y regresé al país justo antes de ello (tras una abreviada estancia de unos pocos días), en cuyo mérito he dado debido cumplimiento a las dos semanas de cuarentena obligatoria previstas en ese ordenamiento normativo.

II. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LIBERTADES AMBULATORIAS, DE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL EFECTIVA⁽²⁹⁹⁾

Con posterioridad, se resolvió adoptar algunas medidas gubernamentales con las cuales se impuso un fuerte régimen de restricción (a ciudadanos nacionales y extranjeros) en relación a: las libertades ambulatorias, de tránsito (entrar, permanecer, circular y salir del territorio de la Nación), de circulación de las personas, de trasladarse libremente a los lugares que se estimen más convenientes y necesarios para satisfacer sus necesidades, de residir en el ámbito físico que ellas decidan y, como así también, al derecho y la garantía a

⁽²⁹⁹⁾ Las afirmaciones jurídicas que tienen lugar en esta publicación, se formulan sin perjuicio de remarcar la importancia que reside en el principio de eficacia sumamente ponderado en esta materia y, en particular, con motivo de la grave crisis global suscitada por el COVID-19. Sin embargo, debe sopesarse también la eficiencia administrativa y el impacto que las medidas gubernamentales tendrán en la economía de cada país, como así también las graves restricciones que se aprecian en las libertades y derechos constitucionales de algunos países en forma singular.

la tutela administrativa y judicial efectiva (consagrados y protegidos por la Constitución Nacional, en sus arts. 11, 12, 14, 18, 20 y 33).

(i) Prohibición de “ingreso al territorio argentino por parte de extranjeros”. Se estableció la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso (por un plazo de 15 días, en un comienzo, a partir del Decreto 274/20⁽³⁰⁰⁾, del 16 de marzo, el cual fue prorrogado, primero, mediante el decreto 331/2020 al 12 de abril y, luego, hasta el 26 de abril en virtud del Decreto 365/2020, art. 1);

(ii) Prohibición de ingreso al territorio nacional de “las personas residentes en el país y a los argentinos con residencia en el exterior”. Así, se dispuso para dichas personas solamente hasta el 31 de marzo (cfr. Decreto 313/20; aunque tal plazo no fue prorrogado, empero, hay aún más de diez mil argentinos en el mundo que a la fecha de esta publicación no han logrado volver al país y el gobierno nacional no está agilizando debidamente el

⁽³⁰⁰⁾ Están exceptuados de la prohibición de ingreso al territorio nacional y de cumplir con el aislamiento obligatorio que correspondiere en virtud de lo dispuesto en el art. 7 del Decreto 260/20: a) las personas que estén afectadas al traslado de mercaderías por operaciones de comercio internacional de transporte de cargas de mercaderías, por medios aéreos, terrestres, marítimos, fluviales y lacustres; b) los transportistas y tripulantes de buques y aeronaves; c) las personas afectadas a la operación de vuelos y traslados sanitarios. Lo dispuesto en el aludido artículo se aplicará siempre que las personas exceptuadas estuvieren asintomáticas, y den cumplimiento, tanto dentro como fuera del país, a las recomendaciones e instrucciones que disponga la autoridad sanitaria nacional. (Decreto 274/20, art. 2).



regreso de estos argentinos);

(iii) Cuarentena obligatoria para todas las personas que habitan el país o que se encuentren en él en forma temporaria (el Decreto 297/20⁽³⁰¹⁾ lo dispuso del 20 al 31 de marzo, el Decreto 325/20 lo prorrogó al 12 de abril y, luego, mediante el Decreto 335/20, se hizo otro tanto hasta el 26 de abril);

(iv) Suspensión de plazos en el procedimiento administrativo (primero, hasta el 31 de marzo mediante el Decreto 298/20, luego, prorrogado hasta el 12 de abril por el decreto 327/20 y hasta el 26 de abril, mediante el Decreto 372/20); y

(v) Suspensión de los plazos judiciales a tenor de lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (primero, hasta el 31 de marzo y ese término, luego, se vio prorrogado hasta el 16 y 26 de abril, por Acordadas 6/20, 8/20 y 10/20⁽³⁰²⁾).

⁽³⁰¹⁾ El Decreto 297/20 prevé, entre otras medidas de gobierno, que: (i) las personas que se encuentren en la cuarentena obligatoria sólo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos (art. 2, *in fine*); (ii) el Ministerio de Seguridad dispondrá los controles permanentes, junto con las autoridades locales, para asegurar su cumplimiento (art. 3); (iii) cuando se constate la existencia de infracción a la cuarentena obligatoria o a otras normas allí dispuestas, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los arts. 205, 239 y ccs. del Código Penal (art. 4); y (iv) cuáles son aquellas actividades que quedan exceptuadas del aislamiento obligatorio (art. 6).

⁽³⁰²⁾ Los actos de sustancia reglamentaria que emite la Corte Suprema de Justicia de la Nación en nuestro país se

III. LA EMERGENCIA SANITARIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

III.1. La contratación pública de emergencia.

En lo que se refiere a la contratación pública, asimismo, se dispuso luego que durante el plazo que dure la emergencia, las jurisdicciones, organismos y entidades que comprenden el Sector Público Nacional, estarán facultados para efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional o a sus regímenes de contrataciones específicos (Decreto de necesidad y urgencia 260/20, art. 15 ter).

A su vez, se ordenó que en todos los casos deberá procederse a su publicación posterior por los medios oficiales legales, y se facultó al Jefe de Gabinete de Ministros a establecer los principios y pautas que regirán el procedimiento de contrataciones de bienes y servicios en el contexto de la emergencia decretada (misma norma antes cit. del DNU 260/20).

A lo dicho anteriormente, hay que sumar entonces la Decisión Administrativa 409/20⁽³⁰³⁾, dictada, luego, por el Jefe de Gabinete de Ministros⁽³⁰⁴⁾, a la luz de la

denominan "Acordadas".

⁽³⁰³⁾ En Argentina, los actos administrativos que dicta el Jefe de Gabinete de Ministros se los conoce como "Decisiones administrativas".

⁽³⁰⁴⁾ El Jefe de Gabinete de Ministros en la Argentina es un funcionario que integra el Poder Ejecutivo y es designado y



delegación efectuada por las disposiciones antes aludidas, por la cual se dispuso limitar la utilización del procedimiento regulado *“exclusivamente a las contrataciones de bienes y servicios requeridos en el marco de la emergencia dispuesta por el Decreto N° 260/20, lo cual deberá ser debidamente fundado en el expediente de la contratación.”* (art. 2).

Tal procedimiento de contratación pública de emergencia, aplicable a la Contratación de Bienes y Servicios que vaya a tener lugar en el marco de la emergencia sanitaria declarada en el Decreto N° 260/20, se preceptuó del siguiente modo:

“a. A los efectos de convocar a los participantes en la compulsa, la Unidad Operativa de Contrataciones consultará la nómina de proveedores del rubro correspondiente a los bienes y servicios a adquirir que se encuentren inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) asociado al Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional (COMPR.AR), al momento de efectuarse las invitaciones.

b. Se deberá invitar como mínimo a TRES (3) proveedores, salvo que en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) asociado al COMPR.AR no obrase la cantidad indicada, situación que deberá acreditarse en

removido por el presidente (arts. 99, inc. 7 y 100 CN). También puede ser separado del cargo por el Congreso de la Nación a través de los mecanismos de juicio político (arts. 53, 59 y 60 CN) y la moción de censura, que se ha preceptuado, por la Convención Constituyente que llevó a cabo la reforma constitucional de 1994, sólo para el caso de este alto funcionario político del gobierno nacional (art. 101 CN).

el respectivo expediente.

c. Cuando el monto estimado del procedimiento sea igual o superior al establecido en la Resolución SIGEN N° 36/17 se deberá requerir a dicho Organismo con carácter de prioritario, mediante el Sistema de Precios Testigo Web de SIGEN, precios testigo o valores de referencia de los bienes y servicios a adquirir, teniendo la información suministrada por el órgano de control interno una vigencia de SESENTA (60) días, pudiendo ser utilizados en otros procedimientos de similar tenor. La SIGEN deberá remitir el informe en forma inmediata. (...)⁽³⁰⁵⁾

El titular de la unidad operativa de contrataciones será depositario de las ofertas que se reciban por correo electrónico y tendrá la responsabilidad de que permanezcan reservadas hasta el día y hora de vencimiento del plazo fijado para su apertura.

En esta oportunidad, todas las ofertas que se hubieren presentado se agregarán al expediente electrónico que se hubiere generado para tramitar el procedimiento. El titular de la unidad operativa de contrataciones y la Unidad de Auditoría Interna suscribirán un acta donde constará lo actuado.

Cuando fuere necesario, se podrá requerir mejora de precios a la oferta más conveniente.

Analizadas las ofertas, se procederá a dictar el acto de adjudicación a la o las ofertas más convenientes y a emitir la o las órdenes de compra correspondientes.

⁽³⁰⁵⁾ En el art. 3 de la Decisión Administrativa 409/20 se prevé también cuál habrá de ser el contenido que deberán incluir de las invitaciones a presentar ofertas a proveedores.



Notificada la Orden de Compra, se dará intervención a la Comisión de Recepción."

Asimismo, se determina en la misma decisión administrativa que *"en los casos en los que el Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia resulte fracasado o desierto, el titular de la Jurisdicción, Entidad u Organismo podrá seleccionar de forma directa al proveedor o a los proveedores a los efectos de satisfacer la necesidad."*

Creemos oportuno añadir que las normas reglamentarias de mayor detalle para la autoridad administrativa se ven especificadas en la Disposición 48/20, de la Oficina Nacional de Contrataciones.

Procede hacer, por último, una observación a este respecto y es que el precitado régimen de contratación pública de emergencia está siendo objeto de revisión en este momento por el Estado Nacional argentino y los privados le han hecho llegar ciertas recomendaciones a aquél en orden a que puedan resultar directamente adjudicatarios los productores de agroalimentos con exclusión de intermediarios, como así también para agilizar los pagos de los organismos administrativos y limitar o eliminar prerrogativas y potestades públicas en este contexto de emergencia (v.gr.: potestas variandi, decisiones ejecutorias unilaterales), etcétera.

III.2. Medidas decretadas para empresas de servicios públicos y otros proveedores de servicios.

En lo que atañe a la prestación de los servicios públicos y otras actividades que llevan a cabo empresas privadas, el decreto de necesidad y urgencia 311/20

estableció: *“las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, no podrán disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios a los usuarios y las usuarias indicados en el artículo 3º, en caso de mora o falta de pago de hasta TRES (3) facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1º de marzo de 2020. Quedan comprendidos los usuarios con aviso de corte en curso. Si se tratare de servicios de telefonía fija o móvil, Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, las empresas prestatarias quedarán obligadas a mantener un servicio reducido, conforme se establezca en la reglamentación. Estas obligaciones se mantendrán por el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días corridos a contar desde la vigencia de la presente medida.”*⁽³⁰⁶⁾

Respecto de los otros usuarios, se establece que las empresas prestadoras de servicios públicos⁽³⁰⁷⁾ individualizadas en esta normativa deberán otorgar a los usuarios planes de facilidades de pago para cancelar las deudas que se generen durante el plazo de vigencia de las medidas allí dispuestas, conforme las pautas que establezcan los entes reguladores o las autoridades de aplicación de los marcos jurídicos relativos a los servicios involucrados, con la conformidad de la Autoridad de

⁽³⁰⁶⁾ El art. 3 del mismo decreto incluye un listado de personas físicas y jurídicas alcanzadas por este régimen de excepción.

⁽³⁰⁷⁾ Erróneamente llamadas empresas de servicios públicos, pues, conviene precisar que, en rigor, algunas de las actividades mencionadas en el decreto en cuestión no asumen el carácter de servicio público con arreglo al ordenamiento jurídico argentino.



Aplicación (el Ministerio de Desarrollo Productivo).

III.3. De nuevo la aplicación de la Ley de Abastecimiento, propia de gobiernos autocráticos.

Hay que hacer, finalmente, una breve mención al Decreto (de ejecución y autónomo⁽³⁰⁸⁾) N° 351/20, por el cual el gobierno ha decidido volver a echar mano a la denostada Ley de Abastecimiento N° 20.2680.

Dicha ley fue dictada en 1974 y aplicada hasta unos años después, pero muy criticada por la jurisprudencia y doctrina en razón de las disposiciones extremadamente intervencionistas que contiene la misma (fijación de precios máximos, establecimiento de márgenes de utilidad en empresas privadas, disponer la continuidad en la producción, industrialización, comercialización, transporte, distribución o prestación de servicios, etcétera). Pocas veces fue puesta en funcionamiento esta normativa en los últimos años por autoridades democráticas⁽³⁰⁹⁾. Esperamos que la misma sea

(308) Los “reglamentos autónomos” y los “reglamentos de ejecución” en Argentina son aquellos que, hace unas décadas, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN (*Curso de Derecho Administrativo*, T° I, Civitas, Madrid, 2001, págs. 209 y ss.), denominaban como “reglamentos independientes” y “reglamentos ejecutivos”, respectivamente.

(309) La última modificación a este cuerpo legal se introdujo durante el gobierno de Cristina Kirchner en septiembre de 2014, con motivo del dictado de la Ley 26.991. A partir de la década de los 90, tal régimen jurídico se estimó que había quedado suspendido por el decreto de necesidad y urgencia 2284/91 (v. art. 4) y la desregulación económica generalizada dispuesta en el mismo. La doctrina *iuspublicista* se ha pronunciado, claro está, en sentido crítico respecto de este dispositivo extremadamente intervencionista a que hemos

derogada a la brevedad posible.

En tal sentido, el citado decreto ha previsto, pues, en el marco del régimen de la ley de abastecimiento:

(i) convocar a los Intendentes del país a realizar, en forma concurrente con la Nación, la fiscalización y el control del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Resolución de la Secretaria de Comercio Interior N° 100/2020 y los supuestos comprendidos en el artículo 15 de la Ley N° 20.680 (para tales cometidos, los intendentes van a aplicar el procedimiento y las acciones de los arts. 10 y 12 de dicha legislación); y

(ii) convocar, además, a los Gobernadores y al Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a realizar el control y juzgamiento de las disposiciones establecidas en la Resolución de la SCI N° 100/20 (que fija precios máximos a productos alimenticios), en los supuestos previstos en los artículos 3° y 18 de la Ley de Abastecimiento N° 20.680. Se encomienda, además, a los Gobernadores a coordinar estas acciones con los intendentes, conforme las normativas provinciales y municipales.

hecho referencia (en nuestro caso, véase en: GALLI BASUALDO, MARTÍN, "Procedimientos administrativos en la industria y en el comercio interior", AAVV, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos: 40 Aniversario*, T° IV, POZO GOWLAND, HÉCTOR, HALPERÍN, DAVID, AGUILAR VALDEZ, OSCAR, JUAN LIMA, FERNANDO y CANOSA, ARMANDO (DIRECTORES), *La Ley*, 2012, págs.. 335 y ss.



IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Cuanto aquí hemos dicho, nos lleva a concluir que hasta el día de la fecha, las medidas que ha adoptado el gobierno argentino han sido eficaces, aunque, para ello, ha debido acudir a un repertorio de restricciones y prohibiciones inusitadamente intensas para las libertades, derechos y garantías constitucionales (v.gr.: de transitar libremente, de ingresar y salir de nuestro país, aperturas de bancos los días sábados y domingos, imposición de cuarentena obligatoria en forma anticipada de acuerdo a la cantidad de personas afectadas y por varias semanas consecutivas) que están siendo cuestionadas por su dudosa constitucionalidad a través de los medios de prensa y en las respectivas instancias judiciales argentinas.

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.



Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.



Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de



estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana³¹⁰. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso

³¹⁰ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.

de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

**IX. CITA DE REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en



mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los

apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación "*op. cit.*," de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura "pág." el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.



XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen: (De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso