



Nº 3
Tercer trimestre 2015

Gabilex

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



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha



Castilla-La Mancha



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

Número 3. Septiembre 2015



Castilla-La Mancha



Gabilex
Nº 3
Septiembre 2015

Revista incluida en Latindex y Dialnet

Editado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. David Larios Risco

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

SUMARIO

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS A LAS CONCESIONES DE SERVICIOS. TÉCNICAS CONTRACTUALES INTERCAMBIABLES: DIFERENCIAS PRÁCTICAS Y DE RÉGIMEN JURÍDICO (I)”10

Jaime Pintos Santiago

“CRÍTICA A LA INMUTABILIDAD RELATIVA DE LA CLAÚSULA PENAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO”45

Cristian Ricardo A. Piris

"LA PRUEBA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: ANÁLISIS DE CUESTIONES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 60 LJCA"73

Roberto Mayor Gómez

"ANÁLISIS DEL RÉGIMEN SANCIONADOR ESTABLECIDO EN LA LEY ÓRGANICA 4/2015, DE 30 DE MARZO, DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA"94

Angel Quereda Tapia

"EL NUEVO MODELO DE RECURSO DE CASACIÓN EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO"131

Roberto Mayor Gómez



RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO A LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 9 DE JULIO DE 2015 (ASUNTO C-177/14) SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE DE CONTRATACIÓN DE DURACIÓN DETERMINADA AL PERSONAL EVENTUAL: TRIENIOS.....153

Roberto Mayor Gómez

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JCCM 168

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

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS A LAS CONCESIONES DE SERVICIOS. TÉCNICAS CONTRACTUALES INTERCAMBIABLES: DIFERENCIAS PRÁCTICAS Y DE RÉGIMEN JURÍDICO (I)

Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Administración de Castilla-La Mancha

Fecha finalización del trabajo: 25-07-2015

ÍNDICE

1. LA FALTA DE REGULACIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA DE LOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS EN LA NUEVA DIRECTIVA RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN
2. ANTECEDENTES Y DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO
3. CRITERIOS DIFERENCIADORES DE CARÁCTER PRÁCTICO
 - 3.1. La superación de los tradicionales elementos diferenciadores referidos al concepto de servicio público y a los destinatarios del servicio
 - 3.2. Otros criterios irrelevantes
 - a) La existencia de retribuciones adicionales a las realizadas por el poder adjudicador
 - b) La duración del contrato y la circunstancia de que su ejecución vaya acompañada de importantes inversiones iniciales
 - c) La autonomía del adjudicatario en la ejecución del contrato
 - d) La realización de obras accesorias
 - e) Que la propia entidad adjudicadora actúe como prestadora de servicios y que, a la vez, se subcontrate una parte de la actividad

- 3.3. La organización del servicio y el riesgo y ventura. La cuestión del riesgo operacional en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión
- 3.4. La retribución del servicio
4. CONCLUSIONES
5. PRINCIPALES SENTENCIAS, RESOLUCIONES E INFORMES ESTUDIADOS
 - 5.1. Jurisprudencia de la Unión Europea
 - 5.2. Jurisprudencia nacional
 - 5.3. Resoluciones y Acuerdos de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales
 - 5.4. Informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa
6. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La aprobación del TRLCSP y más recientemente de la nueva generación de Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública obliga a los juristas y profesionales de la contratación pública a ampliar y actualizar sus conocimientos en esta materia, resultando trascendental, en este sentido, saber diferenciar correctamente los contratos de servicios de los de gestión de servicios públicos, cuya perduración en el tiempo todavía es cuestionada hasta la aprobación definitiva de la nueva Ley de Contratos del Sector Público y, más concretamente, los contratos de servicios de los de concesión de servicios, porque la errónea tipificación contractual del negocio jurídico en cuestión, tiene como consecuencia la no legitimación del régimen jurídico que se haya aplicado al contrato y, por tanto, la invalidez de este, algo de una enorme trascendencia práctica. Es por ello, que en este trabajo partiendo de una primera parte iniciática, que analiza la regulación anterior y actual de los contratos de concesión de servicios en el marco de la Unión Europea, así como las características propias de los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos y que concluye en las diferencias teóricas entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos, todavía vigente, se llega al objetivo postrero, en una segunda parte de este estudio, de encontrar la diferencias de carácter práctico entre los contratos de servicios y los de concesión de servicios, analizando tanto los

elementos decisivos de esta diferenciación como aquéllos otros que carecen de relevancia, con el fin último de delimitar ceñidamente las fronteras que diferencian a estos dos tipos de contratos. En resumen, podemos decir que el presente estudio, en su conjunto, nos proporciona las características diferenciadoras teóricas entre las figuras de los contratos de servicios y los contratos de gestión de servicios públicos, permitiendo, en última instancia, diferenciar con transparencia, no sólo el contrato administrativo de servicios del aun vigente contrato administrativo de gestión de servicios públicos, sino y sobre todo, dentro de estos últimos, del de concesión de servicios, en su concepción actual y futura, tanto en su vertiente teórica como, especialmente, práctica.

1. La falta de regulación en el Derecho de la Unión Europea de los contratos de gestión de servicios públicos y la regulación de las concesiones de servicios en la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión

Tal y como establece el primer Considerando de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión¹, la ausencia hasta ahora de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión (y de contratos de gestión de servicios públicos, entiendo que cabría apuntar para el caso de España) acarrea problemas de inseguridad jurídica, obstaculiza la libre prestación de servicios y falsea el funcionamiento del mercado interior, en vulneración a mi juicio, entre otros, del principio de igualdad. Como resultado de ello, puede que las autoridades públicas no den un uso óptimo a los fondos públicos de forma que no garanticen el auténtico derecho de toda la ciudadanía al correcto uso que se debe hacer de los recursos que son de todos. Y ello además de la posibilidad de que algunos licitadores se vean privados de los

¹ Publicada en el DOUE, serie L, núm. 94, de 28 de marzo de 2014. Sobre la nueva Directiva de contratos de concesiones véase, con carácter generalista, el trabajo de la profesora LAZO VITORIA, X., "Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria", Revista Contratación Administrativa Práctica, Editorial La Ley, núm. 129, ene-feb, 2014 y también la nota informativa núm. 4/2014, marzo 2014, que contiene extensos comentarios a la Directiva 2014/23/UE realizados por Papilio Abogados, disponible en el enlace <http://www.papilioabogados.es/img/COMENTARIOS%20A%20LA%20DIRECTIVA%20DE%20CONCESIONES%20PAPILIO%20ABOGADOS.pdf> [fecha última consulta: 17-mayo- 2014].

derechos que les confiere el mercado interior, más si cabe en el caso de las pequeñas y medianas empresas (PYMES), sobre todo teniendo presente que el espíritu emprendedor se encontraba recogido ya en el año 2008 en el ámbito de la Unión Europea a través de la iniciativa comunitaria denominada “Pensar primero a pequeña escala”², llamada también ley de las pequeñas y medianas empresas (PYMES), al disponerse que las políticas comunitarias y nacionales debían tener más presente el papel de las PYMEs en el crecimiento económico y la creación de empleo³, con el fin de promover la competitividad sostenible de la Unión Europea. Cuestión esta que se ve agravada si pensamos que la contratación pública constituye uno de los ámbitos vertebrales de la actuación administrativa, que tiene además un gran significado económico y social, representando hoy aproximadamente un 19% del PIB de la Unión Europea⁴ y un papel clave en la estrategia Europa 2020⁵.

Era así imprescindible para la Unión Europea instaurar un marco jurídico adecuado en el ámbito de la adjudicación de concesiones que garantizara a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado, cerciorando así la seguridad jurídica necesaria en este ámbito y reflejando adecuadamente la especificidad de las concesiones en relación con los

² Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de junio de 2008 denominada “Pensar primero a pequeña escala” “Small Business Act” para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas” [COM(2008) 394 final - no publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea].

³ En referencia al acceso de las PYMEs a la contratación pública en España y la incidencia que para ello ha tenido la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013), véase MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., “La incidencia de la ley de emprendedores en el Derecho administrativo, en especial en materia de contratación pública”, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 55, julio-2014.

⁴ En el año 2010 los contratos públicos supusieron un 19,7 por ciento del PIB de la Unión Europea según el documento Public procurement indicators 2010, de 4 de noviembre de 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2010_en.pdf (fecha de consulta: 11-junio-2014). Debe tenerse en cuenta que en este dato no están incluidos los datos correspondientes a los contratos de gestión de servicios públicos ya que según las Directivas europeas en ese momento no constituyen una figura jurídica sujeta a las mismas.

⁵ Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

contratos públicos. Ello, porque la adjudicación de concesiones de obras públicas se regía en el ámbito europeo por la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios⁶, cuya transposición en España se refleja en última instancia en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de Sector Público (en adelante, TRLCSP), mientras que la de concesiones de servicios se encontraba sometidas, como ahora veremos, sólo a los principios generalmente aplicables a la contratación pública, ya que si bien la Directiva 2004/18/CE, definía en su artículo 1.4 la concesión de servicios como “un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”, en el artículo 17 excluía a esta figura de su ámbito de aplicación.

Aunque ello no supone que no haya habido intentos por incluir las concesiones de servicios dentro del marco jurídico que regula el Derecho de la contratación pública comunitario⁷. Así lo atestigua claramente la STJUE de 7 de diciembre de 2000, Teleausria y Teelfonadress, C-324/98, Rec. p. I – 10770, que indica:

“46. A este respecto procede recordar que, tanto en su Propuesta de 13 de diciembre de 1990 como en su Propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo, de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (DO C 250, p. 4; en lo sucesivo, «Propuesta de 28 de agosto de 1991»), que desembocaron en la adopción de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios en general, la Comisión había propuesto expresamente incluir las «concesiones de servicios públicos» en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

⁶ DO L 134 de 30.4.2004.

⁷ Véase GALLEGO CÓRCOLES, I., “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I)”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 111, Editorial La Ley, septiembre, 2011, Pág. 3 del documento obtenido de la Web de la Revista.

48. No obstante, en el transcurso del procedimiento legislativo, el Consejo suprimió toda referencia a las concesiones de servicios públicos, principalmente a causa de las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de delegación de la gestión de servicios públicos y en las modalidades de dicha delegación, que podrían crear una situación de enorme desequilibrio en la apertura de los mercados de concesiones de servicios públicos (véase el documento nº 4444/92 ADD 1, de 25 de febrero de 1992, punto 6, titulado «Motivación del Consejo» y adjunto a la Posición Común de la misma fecha).

49. Un destino similar tuvo la postura que la Comisión expresó en su Propuesta modificada de Directiva 89/C 264/02 del Consejo, de 18 de julio de 1989, relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos a entidades que operan en los sectores del agua, energía, servicios de transporte y servicios de telecomunicaciones (DO C 264, p. 22)...

52. Dicha conclusión resulta corroborada igualmente por la evolución del ámbito de aplicación de las Directivas en materia de contratos públicos de obras.

53. En efecto, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 71/305, que fue la primera Directiva en esta materia, excluía expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de concesión.

55. Posteriormente, la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), que sustituyó a la versión modificada de la Directiva 71/305, menciona expresamente la concesión de obras públicas entre los contratos incluidos en su ámbito de aplicación.

56. En cambio, la Directiva 93/38, adoptada el mismo día que la Directiva 93/37, no contiene disposición alguna sobre las concesiones de servicios públicos.

De lo apuntado podemos comprobar que pese a los distintos intentos habidos por incluir a los contratos de concesión de servicios en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, los mismos no han dado sus frutos, ni en los contratos con carácter general, ni en los llamados sectores especiales, de lo que se deduce, por consiguiente, que la intención del legislador comunitario hasta la fecha ha sido no incluirlos expresamente en el ámbito de aplicación de estas.

Todo lo anterior, lo es al margen de que directamente el resto de modalidades de los contratos de gestión de servicios públicos regulados por nuestra normativa

nacional no fueran reconocidos por la normativa europea como contratos administrativos y que ahora, al margen de la regulación del régimen jurídico de las concesiones que se hace en la Directiva 2014/23/UE, siguen sin ser regulados en el Derecho de la Unión Europea, quedando por tanto en el aire una pregunta abierta de qué pasará con estas figuras contractuales una vez que la transposición de la cuarta generación de Directivas comunitarias sobre contratación pública se produzca, es decir, falta saber si el Estado español cuando transponga las nuevas directivas seguirá contemplando estas modalidades de gestión de servicios públicos, concretamente gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, no existentes en el ámbito europeo o hará una regulación verdaderamente adaptada a la normativa comunitaria⁸.

Hay que recordar en este punto que los Estados miembros tienen la obligación de transponer las Directivas 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE⁹, como máximo el 16 de abril de 2016¹⁰ y que el Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 aprobó los informes

⁸ Tenemos que recordar en este punto que España ya ha sido sancionada en anteriores ocasiones, en virtud del procedimiento de recurso por incumplimiento, por incorrecta transposición de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, ejemplo de lo anterior lo son, entre otras, las sentencias de 17 de noviembre de 1993, que condenó al Estado español por mantener en vigor toda una serie de disposiciones tanto de la Ley de Contratos del Estado como de su Reglamento que eran contrarias a la normativa comunitaria sobre contratos o de 13 de enero de 2005, que también condenó a España al excluir del ámbito de aplicación subjetivo del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a determinadas entidades y al excluir del ámbito de aplicación objetivo de este texto refundido los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyeran contratos públicos a efectos de dichas Directivas.

⁹ Las tres Directivas son de fecha 26 de febrero de 2014, igualmente fueron publicadas en el mismo Diario Oficial de la Unión Europea, Serie L 94/46 de 28 de marzo de 2014, entrando en vigor todas a la vez, a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea

¹⁰ Para la transposición de la Directiva 2014/55/UE, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, hay un plazo mayor, que se extiende hasta el 27 de noviembre de 2018. Existen también en la Directiva 2014/24/UE unos plazos transitorios de entrada en vigor para la

del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP) y de Contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Los Anteproyectos ya han pasado el trámite de información pública y han sido informados favorablemente por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo Económico y Social y se someterán a informe del Consejo de Estado antes de su remisión por el Consejo de Ministros a las Cortes Generales para su tramitación como proyecto de Ley.

El ALCSP tiene por objeto la transposición al Derecho español de la Directiva sobre contratación pública y de la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Por otro lado, el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales, incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/25/UE y, en lo que afecta a estos sectores especiales, la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión¹¹.

Entre las muchas novedades que avanza el ALCSP se encuentra el ajuste de los tipos con la supresión de la figura del contrato de gestión de servicios públicos.¹² Ahora bien, hasta que no se vea el texto legislativo definitivo no se puede afirmar que lo dispuesto en el ALCSP al respecto de esta cuestión vaya a ser negro sobre blanco, dado que el anteproyecto tendrá que pasar todavía un arduo trámite parlamentario, punto este último para el actual texto que todavía se encuentra en

contratación pública electrónica, véase al efecto PINTOS SANTIAGO, J., “Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 137, mayo-junio 2015, págs. 20-32.

¹¹ MORENO MOLINA, J.A., “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 20-abril-2015 <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.197/relcategoria.208/relmenu.3/chk.758640b719acd6127a53331dcedc12db> [fecha última consulta: 25-julio-2015].

¹² Véase GIMENO FELIÚ, J.M., “Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público”, *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.196/relcategoria.208/relmenu.3/chk.0191071d304547b70e9318413213c254> [fecha última consulta: 17-julio-2015]. En el punto 17 in fine: “(Ya no hay contrato de gestión de servicios públicos: fuera concierto/gestión interesada)”.

el aire a la vista del complejo procedimiento de elaboración de normas¹³ y de la inminencia de unas elecciones generales que pueden hacer del anteproyecto un texto fallido o dilatado en el tiempo de su tramitación parlamentaria, consecuencia además de un gran número de enmiendas que hagan del actual ALCSP otro muy diferente¹⁴.

¹³ Para tener una visión completa del complejo procedimiento de elaboración de normas hay que tener presente las dificultades que conlleva la elaboración de un texto coherente cuando en la fase prelegislativa el texto pasa por distintos servicios del Ministerio proponente, de todos o algunos de los restantes y del Ministerio con competencias en materia económica, Conferencias Sectoriales en su caso, Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios, eventualmente alguna Comisión delegada del Gobierno, Consejo de Estado, para finalmente llegar a sede parlamentaria. Al respecto puede verse LÓPEZ GUERRA, Luis, "Pluralismo y técnica normativa", Cuadernos de Derecho Público, núm. 29, septiembre-diciembre 2006.

¹⁴ En este punto hay que recordar que el Estado español ha sido sancionado en reiteradas ocasiones por el TJUE a través del recurso por incumplimiento, recurso que permite controlar si los Estados miembros respetan las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión Europea y que es muy común en los casos de falta de transposición en plazo o transposición incorrecta de las Directivas por parte de los Estados miembros.

Algunas de estas condenas han sido consecuencia de la resistencia pertinaz del legislador español a la hora de adaptar el ámbito subjetivo y objetivo de la normativa de contratos públicos a lo obligado por las Directivas, prueba de ello es que hasta ahora nunca se han contemplado los contratos de gestión de servicios en la normativa comunitaria y aquí sí han coexistido con el resto de tipos contractuales, al igual que ha venido ocurriendo con los llamados contratos menores. Por tanto no puede extrañar que esto vuelva a suceder, si bien ahora con menos razonamiento sí tenemos en cuenta la existencia de una Directiva que regula las concesiones, que es uno de los tipos de gestión de servicios públicos.

Así, por destacar una entre muchas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, merece la pena traer a colación la de la Sala Segunda de 13 de enero de 2005, en el asunto C-84/03, en la que el Estado español fue sancionado por que la transposición que había hecho del Derecho de la Unión Europea era contraria al mismo, de forma que parece haber una pretensión por parte del legislador español, en los tres casos objeto de autos, de huir del Derecho de la contratación pública de la Unión Europea y de los principios y procedimientos generalmente aplicables en el mismo, más rigoristas que los contemplados en ese momento por el Estado español. De hecho, en esta sentencia el Estado español fue sancionado por tres causas que suponían en la práctica excluir del ámbito de aplicación de la Ley un gran número de negocios jurídicos:

- al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE nº 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775; en lo sucesivo, «Texto Refundido») y, en concreto, en el artículo 1, apartado 3, del Texto Refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el

No obstante y como avanzaba antes, a estos contratos en todo caso se le aplican los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁵, en particular los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de ellos, tales como la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia.

Por eso, llegados a este punto es necesario, por la importancia trascendental que poseen, hacer un breve inciso referido a estos principios, ya que los principios generales de la contratación pública¹⁶ son en nuestros días el fundamento de la misma y se caracterizan por su transversalidad, puesto que alcanzan a todos los contratos, independientemente de su cuantía, de su naturaleza jurídica de

artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas Directivas;

- al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y
- al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas.

¹⁵ El Tratado de Lisboa o Tratado de Reforma (DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007, Pág. 1.) firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009, modificó los dos textos fundamentales de la Unión Europea hasta este momento, a saber, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, conservando de todos modos ambos textos el mismo rango que tenían y no siendo por tanto sustituidos por el Tratado de Lisboa. De este modo, el Tratado de la Comunidad Europea pasó a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

¹⁶ Sobre esta materia véase MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006.

administrativos o privados, manifestándose asimismo en todas las fases del procedimiento de contratación, esto es, admisión, adjudicación y ejecución.

Así, el TJUE ha destacado que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad y no discriminación¹⁷ en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no solo 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, ya que así lo exigen distintos preceptos del hoy TFUE, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal.

De este modo, los principios han pasado de la jurisprudencia del alto Tribunal europeo a las Directivas de contratación que hoy los recogen en sus primeros artículos y es de esta forma como el Derecho de la Unión Europea ha impuesto una nueva visión desde la que contemplar la normativa sobre la contratación pública. Justamente lo que esa normativa persigue como objetivo básico es asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. Con ello se busca, al elaborar las Directivas sobre contratos, conseguir un marco común apropiado para todos los Estados miembros, dado que éstos partían de situaciones iniciales completamente diversas, situaciones que hoy en día siguen siendo en parte distintas¹⁸. Por ello los valores a defender por la legislación sobre contratos son, entre otros, los de la transparencia, no discriminación y objetividad.

El Derecho español ha recogido esos principios generales como fundamento de su normativa de contratación; ejemplo evidente de ello es el encabezamiento del articulado del actual TRLCSP, donde los principios de libertad de acceso a las

¹⁷ Para el TJUE la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad se podría considerar, sin duda alguna, como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia TJUE de 22 de junio de 1993, asunto C-243/1989).

¹⁸ En algunos países se conoce la figura de los contratos administrativos como España, Francia o Bélgica, pero en muchos de ellos no, los contratos que celebra la Administración tienen el mismo régimen jurídico que los contratos privados, como por ejemplo ocurre en Gran Bretaña o Alemania.

licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y salvaguarda de la libre competencia, constituyen el objeto y finalidad primera de esta norma, como establece el primer párrafo de su artículo 1. Si bien, en realidad, lo que establece el artículo 1 del TRLCSP es una manifestación más de la exigencia del principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución española y, puesto que la contratación constituye como se ha dicho al inicio de este epígrafe un supuesto de actuación administrativa, es también una imposición del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna.

También la jurisprudencia española aplica el principio de igualdad de trato y lo considera como un principio fundamental en el ámbito de los contratos públicos. Hemos de recordar en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa está la igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública y el procedimiento de contratación que tiende a garantizar el interés público mediante la articulación de tres principios cardinales de la licitación: el principio de publicidad, el principio de libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades.

Por consiguiente, el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación son principios fundamentales que deben respetarse en todo caso y a lo largo de todo el proceso de contratación. Pero junto al principio de igualdad y en íntima conexión con él se aplican en este ámbito los principios de publicidad¹⁹, transparencia y concurrencia, notablemente reforzados con la posterior introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de

¹⁹ Como señaló la STS de 17 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), la manifestación más genuina del principio de igualdad de trato es la publicidad en la contratación y su incidencia en los distintos sistemas de selección del contratista. Sin previa publicidad de la contratación no existiría tampoco concurrencia.

licitación²⁰. De este modo, el respeto del principio de igualdad de oportunidades y prohibición de cualquier tipo de discriminación exige que se garanticen los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, principios que sirven al propósito de respetar la igualdad, ampliar el abanico de las posibles opciones y garantizar la competitividad, de forma que la libre competencia sirve para afianzar todavía más el principio de igualdad de oportunidades.

De esta suerte, el TJUE ha resaltado en su jurisprudencia la relación existente entre el principio de transparencia y el de igualdad de trato, ya que el primero garantiza el efecto útil de este último procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia²¹. Asimismo, también ha resaltado que el principio de no discriminación por causa de la nacionalidad conlleva una obligación de transparencia, con el fin de permitir al órgano de contratación asegurarse de que será cumplido²². La transparencia, por tanto, guarda una estrecha relación con los principios de igualdad, publicidad, concurrencia, no discriminación y prohibición de la arbitrariedad de la Administración contratante, fomentando una mayor participación de licitadores y la mejora de sus ofertas.

Por tanto, es necesario que los principios del TFUE se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen las discrepancias de interpretación de dichos principios en toda la Unión Europea y a ello es a lo que, en definitiva, contribuye la nueva Directiva sobre contratos de concesión, que reconoce y reafirma el derecho de los Estados miembros, dentro del respeto a estos principios, a determinar los medios administrativos que consideren más adecuados para la realización de obras y la prestación de servicios y a organizar la prestación de servicios, su ámbito de aplicación y características, ya sea como

²⁰ En este sentido véase AA.VV., (Coord. PUNZÓN MORALED A, J.), *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Madrid, 2005 y también PUNZÓN MORALED A, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.

²¹ Sentencia de 25 de abril de 1996, en el asunto 87/1994, *Bus Wallons*, apartado 54.

²² Sentencia de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-275/1998, *Unitron Scandinavia A/S*, apartado 31.

servicios de interés económico general, como servicios no económicos de interés general, o como una combinación de ambos, pero garantizado en todo caso los principios generales de la contratación pública.

En expresión del propio TJUE, entre muchas otras, en las Sentencias de 15 de octubre de 2009, Acoset, en el asunto C-196/08 o de 6 de abril de 2006, ANAV, asunto C-410/04, donde atina a concretar por ejemplo en esta última que:

“18. Pese a que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, sustituida por la Directiva 2004/18, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60; de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartado 16, y Parking Brixen, antes citada, apartado 46).

19. Entre las disposiciones del Tratado aplicables específicamente a las concesiones de servicios públicos cabe destacar, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 47).

20. Además del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores es también aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de la nacionalidad (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 48).

21. Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Teleaustria y Telefonadress, apartados 61 y 62, y Parking Brixen, apartado 49).

23. Además, del artículo 86 CE, apartado 1, se desprende que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la

adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 52).”

Sentado lo anterior, que aun en ausencia de una regulación específica en la Unión Europea de los contratos de concesión de servicios y del resto de contratos de gestión de servicios públicos (excepción hecha de la concesión de obra pública que sí encontraba cabida en la regulación comunitaria) los principios generales de la contratación pública son permanentemente aplicables, vamos a ver a continuación un pequeño repaso de las principales cuestiones que merece la pena destacar en la nueva regulación que de las concesiones hace la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Como ya he anunciado, bajo la premisa de que la ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión acarrea ciertos problemas de inseguridad jurídica, obstaculizando la libre prestación de servicios y el funcionamiento del mercado interior, es como la Unión Europea ha decidido regular el marco legislativo aplicable a la adjudicación de concesiones en aras de conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y fomentar la utilización más eficiente de los fondos públicos de cara a la estrategia Europa 2020.

La Directiva 2014/23/UE se refiere a las concesiones como contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios. Sin embargo, aclara que la mera financiación de una actividad, en particular por medio de subvenciones, que a menudo va ligada a la obligación de reembolsar las cantidades que no se hubieran destinado a los fines previstos, no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Respecto del ámbito de aplicación objetivo, aclara que no deben considerarse concesiones ciertos actos, como las autorizaciones o licencias, en virtud de los cuales el Estado o una autoridad pública establece las condiciones para el ejercicio de una actividad económica, con inclusión del requisito de llevar a cabo una operación determinada, que por lo general se conceden a petición del operador económico y no por iniciativa del poder adjudicador o entidad adjudicadora, y en los que el operador económico queda libre de renunciar a la prestación de las obras o servicios, cosa que no ocurre en los contratos de concesión. Tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la Directiva los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, o los contratos que no conlleven pagos al contratista y en los que este reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentadas de manera que cubran la totalidad de los costes e inversiones que este haya soportado para prestar el servicio, elemento este importante al que prestaremos a la conclusión de este estudio especial atención. Se excluyen también del ámbito de aplicación de la Directiva las concesiones relativas a la explotación de loterías y determinados servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, como por el ejemplo el de grandes ONG, ya que sería difícil preservar la especial naturaleza de estas organizaciones en el caso de que los prestadores de servicios tuvieran que elegirse con arreglo a los procedimientos establecidos en la nueva Directiva, especificando expresamente que los servicios de transporte de pacientes en ambulancia no deben excluirse de la misma.

Importante exclusión del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva es el sector del agua, debido a la importancia de este recurso natural como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos. La exclusión incluye las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable o a suministrar agua potable a dichas redes. También debe excluirse, en la medida en que los servicios estén vinculados a una de las actividades anteriores, la concesión de servicios para la evacuación o tratamiento de aguas residuales y para proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente

más del 20% del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo cabe puntualizar que los partidos políticos en general no están sujetos a lo dispuesto en la Directiva, al no tratarse para la Directiva de poderes ni entidades adjudicadores²³.

Con relación al ámbito de aplicación espacial debe considerarse que los servicios se prestan en el lugar en el que se ejecutan las prestaciones características; de forma que, por ejemplo, cuando los servicios se presten a distancia, como puede ser el caso de servicios de atención telefónica, debe considerarse que los servicios se prestan en el lugar en el que se realizan dichos servicios, con independencia de los lugares y Estados miembros a los que se dirijan esos servicios.

De otro lado, y pasando a los contratos mixtos, las normas aplicables deben determinarse en función del objeto principal del contrato cuando las distintas partes que constituyen este último no sean objetivamente separables como, por ejemplo, puede ser el caso de la construcción de un único edificio, del que una

²³ Esta exclusión de los partidos políticos del ámbito subjetivo coincide con lo establecido en nuestro TRLCSP y también con lo dispuesto por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013), aunque hay que decir al menos respecto de esta última que hubiera sido deseable y necesario la inclusión de los poderes adjudicadores a los que hace referencia el artículo 3.3 b) del TRLCSP, pero nada comparable con la sujeción también de los partidos políticos y las organizaciones sindicales y empresariales a las obligaciones que marca la Ley de Transparencia en materia del derecho de acceso a la información pública regulada en el Capítulo III del Título I de la norma, obligaciones a las que no se encuentran sujetas. Para comprobar la trascendencia que este punto pueda tener desde todas las perspectivas, pero también desde el enfoque de la contratación pública, basta acudir a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Considerando 29), donde parece incluir a los partidos políticos dentro de su ámbito de aplicación, al contemplar la exclusión únicamente de ciertos contratos de servicios cuando sean celebrados por los partidos en el marco de las campañas electorales. Véase, en este sentido, el comentario realizado por BERNAL BLAY, M.Á., “Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos”, publicado el 21 de enero de 2013 en el sitio Web del *Observatorio de la contratación pública*, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/chk.650d8dc5159971c30fec4d24986e5240> [fecha de consulta: 12-junio-2014].

parte vaya a ser utilizada directamente por el poder adjudicador interesado y otra parte vaya a ser aprovechada sobre la base de una concesión, para ofrecer al público plazas de aparcamiento. Pero dice la nueva Directiva que en el caso de los contratos mixtos que pueden dividirse, el poder adjudicador podrá en todo momento adjudicar contratos independientes para las partes separadas del contrato mixto, en cuyo caso las disposiciones que han de aplicarse a cada parte deben de determinarse exclusivamente teniendo en cuenta las características de ese contrato específico.

La Directiva marca que debe aplicarse solamente a los contratos de concesión cuyo valor sea superior o igual a 5.186.000 €. Por tanto, el cálculo del valor estimado de una concesión, debe referirse al volumen de negocios total de la empresa concesionaria en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, calculado por el poder o la entidad adjudicadora, excluido el IVA, durante la duración del contrato. Para un mayor detalle sobre los cálculos del valor estimado de las concesiones es preciso acudir al artículo 8 de la Directiva denominado “Umbral y métodos de cálculo del valor estimado de las concesiones”.

En cuanto a la duración de una concesión establece la Directiva que deben limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Así, para las concesiones de duración superior a cinco años dicha duración debe estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación.

Respecto de las cláusulas sociales²⁴ y en aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de

²⁴ Respecto de la jurisprudencia del TJUE que admite la utilización de cláusulas sociales y medioambientales en los contratos públicos véanse, por ejemplo, las sentencias del TJUE *Concordia Bus Finland*, de 17.09.2002, asunto C-513/99, Rec. p. I-7213; *Gebroeders Beentjes*, de 21.09.1988, asunto C-31/87, Rec. p. I-4635; *Comisión/Francia Nord-Pas-de-Calais*, de 26.09.2000, asunto C-225/98, Rec. p. I-7445; *SIAC Construction*, de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00, Rec. p. I-7725; o *EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria*, de 4 de diciembre de 2003, Asunto C-

adjudicación de concesiones, establece la Directiva que resulta especialmente importante que los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos de la legislación medioambiental, social y laboral, sin que ello suponga impedir en modo alguno la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores, debiendo ser posible incluir en las concesiones cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos.

Por otra parte, a fin de lograr una mayor integración de las consideraciones sociales y medioambientales en los procedimientos de adjudicación de concesiones, los poderes adjudicadores están autorizados a adoptar criterios de

448/01, Rec. p. I-14527. En ellas, se establece que estos criterios deben estar relacionados con el objeto del contrato y no conferir a la entidad adjudicadora de turno una libertad incondicional de elección del adjudicatario, además de que los criterios que se implanten deben observar todos los principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea y, en particular, el principio de no discriminación; asimismo la aplicación de estos criterios debe tener lugar respetando todas las normas de procedimiento de la Directiva pertinente y, especialmente, las normas sobre publicidad. También cabe destacar la importante Sentencia *Evans Medical y Macfarlan Smith*, de 28 de marzo de 1995, C-324/93, Rec. p. I-596; que en su apartado 42 establece que “con arreglo a la sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes* (31/87, Rec. p. 4635), la elección de la oferta más ventajosa económicamente atribuye a los órganos de contratación la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente” añadiendo en el apartado 44 que “de ello se sigue que la seguridad del abastecimiento puede formar parte de los criterios que deben tenerse en cuenta [...] para determinar la oferta más ventajosa económicamente en el marco de un contrato destinado a suministrar a las autoridades de que se trata un producto como el que es objeto de controversia en el litigio principal”, que no era otro que un lote de diamorfina, producto derivado del opio, que se utiliza en ocasiones como analgésico en tratamientos médicos y particularmente en el Reino Unido (apartado 4 de esta sentencia) o la sentencia *Storebaelt* de 22 de junio de 1992, asunto C-243/89, de la cual se desprende que los poderes adjudicadores están obligados a rechazar las ofertas que no se ajusten al pliego de condiciones, pues de lo contrario violarían el principio de igualdad de trato de los licitadores, en el que se fundamentan las Directivas sobre contratos públicos. También puede consultarse la completa obra al respecto de RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*, Editorial La Ley, 2012 y “Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 119, mayo-2012 y MORENO MOLINA, J.A., “Cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 60, 2007.

adjudicación o condiciones de ejecución de la concesión en lo que se refiere a las obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato de concesión en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida, desde la extracción de materias primas para el producto hasta la fase de la eliminación del producto, como por ejemplo que los servicios objeto de la concesión sean prestados mediante maquinaria eficiente en materia de energía, el suministro o utilización de productos del comercio equitativo durante la ejecución de la concesión o enfocados a la reducción limpia de residuos.

En los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de la concesión relativos a los aspectos sociales, la Directiva reconoce también que pueden estar destinadas a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo²⁵, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar o a contratar un número de personas desfavorecidas superior al que exige la normativa nacional. Más ejemplos podrían ser condiciones de ejecución de la concesión referidas a mejorar el empleo para los parados de larga duración, la aplicación de medidas de formación para los desempleados o los jóvenes o la mejora de la accesibilidad para las personas con discapacidad.

Todas estas especificaciones, en el caso de ser técnicas y funcionales, deben cumplir los principios de igualdad de trato y transparencia de conformidad con lo que ha venido estableciendo al respecto el TJUE²⁶, es decir, tienen que elaborarse de manera que no se restrinja artificialmente la competencia merced a requisitos que favorezcan a determinado operador económico. Así, tales criterios han de hacerse públicos de antemano a todos los posibles licitadores a través del anuncio de licitación o del pliego de cláusulas administrativas particulares, deben estar

²⁵ Respecto a la utilización de la igualdad de género como criterio social en las políticas de contratación pública puede consultarse mi trabajo “La consideración de la igualdad de género como criterio social en la contratación pública: su reflejo en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 535/2009, de 16 de junio), *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 123, Ene-Feb 2013, Págs. 59-67.

²⁶ Véanse las STJUE en la nota al pie número 18.

relacionados con el contenido del contrato y no conferir al poder adjudicador o la entidad adjudicadora una libertad de elección sin restricciones.

Finalmente, para terminar este breve repaso, la nueva Directiva impone como obligatorio un nuevo procedimiento de concesión cuando se introduzcan en la concesión inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial, afirmando que tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicha concesión. Así ocurrirá, en particular, cuando se considere que las condiciones modificadas hubieran influido en el resultado del procedimiento si hubieran formado parte del procedimiento original. Sin embargo, los poderes adjudicadores pueden encontrarse con circunstancias exteriores que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución de la concesión se extiende durante un largo periodo de tiempo. De esta manera, el concepto de circunstancias imprevisibles lo define la Directiva refiriéndose a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible. Ahora bien, lo anterior no puede aplicarse en los casos en que la modificación acarrea una alteración de la naturaleza del conjunto de la concesión, siendo por tanto ésta una frontera que dará lugar a mucha casuística y seguro a muchos y venideros pronunciamientos judiciales.

2. Antecedentes y diferencias de régimen jurídico

Haciendo algo de recapitulación, es oportuno empezar trayendo a colación las definiciones que de los dos contratos que nos ocupan hace tanto la normativa nacional como comunitaria y ello porque, como dice ROSADO SANTURINO, “existe históricamente, en cuanto al concepto de contrato de servicios, una sustancial divergencia entre la acepción comunitaria y la acepción española. Puesto que el

principal motivo de dicha divergencia consiste en la calificación en nuestro Derecho como contratos de gestión de servicios públicos de contratos que, según el Derecho comunitario, son contratos de servicios, hay que abordar por una parte la noción comunitaria de los contratos de servicios y de las concesiones de servicios, y por otra parte la noción española de los contratos de servicios y de los contratos de gestión de servicios públicos”²⁷ .

Así, en el contrato de servicio y por influencia del Derecho de la Unión Europea, la Ley opta por una definición que ha pasado a englobar a los antes denominados contratos de consultoría y asistencia, de forma que el artículo 10 del TRLCSP establece que “son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”. La nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, utiliza unos términos de gran generalidad a la hora de definir el contrato de servicios: “los contratos públicos cuyo objeto sea la prestación de servicios que no sean los mencionados en el punto 6”²⁸ . Esta definición difiere, y mucho, de la que recoge el artículo 1.2.d) de la Directiva 2004/18, que es la seguida por nuestro actual TRLCSP, ya que dispone que “son contratos públicos de servicios los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II”²⁹ . Es necesario, finalmente, a la hora de fijar la definición del tipo contractual del contrato de servicios atender al contenido y límites que para los contratos de servicios establece el propio TRLCSP, para lo cual el artículo 301.1 dispone que no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, algo que por otra parte es propio de un Estado social y democrático de Derecho.

²⁷ ROSADO SANTURINO, A.G., “Discordancias con el Derecho comunitario de la noción española del contrato de servicios y del contrato de gestión de servicios públicos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 96, Editorial La Ley, abril, 2010, Pág. 52.

²⁸ Apartado 6 del artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE.

²⁹ Los Anexos II del TRLCSP y de la Directiva 2004/18/CE son exactamente idénticos.

Respecto del contrato administrativo típico y nominado de gestión de servicios públicos, el artículo 8 del TRLCSP lo define como “aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante”, aunque las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria. A través de este tipo contractual la Administración podrá gestionar indirectamente los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares expresando en el contrato con claridad el ámbito de la gestión, teniendo presente que, en ningún caso, podrán prestarse mediante este contrato los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente y propia de los poderes públicos.

Esta definición que hemos visto permite la contratación de servicios a través de este contrato a particulares y a empresas, sin necesidad de que el servicio público tenga carácter económico, requisito que sí era exigido por la normativa anterior. Este contrato típico administrativo era el único que hasta ahora no había sido objeto de regulación por el Derecho de la Unión Europea, situación que ha cambiado en parte desde la aprobación por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014 de la Directiva de adjudicación de contratos de concesión, lo que debe permitir un mejor uso de las concesiones, que no del resto de modalidades de gestión indirecta que siguen sin regulación europea, por lo que habrá que esperar, como decía anteriormente, a ver qué ocurre con estas figuras a la hora de transponer a nuestro ordenamiento las nuevas directivas. Ya que hay que recordar que la adjudicación de concesiones de obras públicas se regía en el ámbito europeo por la Directiva 2004/18/CE, mientras que la de concesiones de servicios se encontraba sometida sólo a los principios generales aplicables a la contratación pública, dado que si bien la Directiva 2004/18/CE, definía en su artículo 1.4 la concesión de servicios, en el artículo 17 excluía a esta figura de su ámbito de aplicación. Queda, por tanto, como ya he avanzado con anterioridad, la incógnita de la pregunta abierta sobre qué hará nuevamente nuestro legislador nacional, una vez que la obligada transposición de estas Directivas por parte del Estado español se produzca, con el resto de modalidades de los contratos de

gestión de servicios públicos que, diferentes a la concesión, no han estado reguladas antes en el Derecho de la Unión Europea y no lo están ahora en esta cuarta generación de Directivas sobre contratación pública. Si bien, ahora sí, parece fácil predecir, aun a riesgo de equivocarse, que seguirán formando parte de nuestro acervo de contratos públicos, al igual que existen también otras figuras como las del contrato menor o el procedimiento negociado, que sin estar igualmente recogidas por la normativa comunitaria reguladora de la materia forman parte de nuestro régimen jurídico de contratos públicos, sin haber sido por ello hasta la fecha el Estado español sancionado en virtud del recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así, hasta que la transposición de esta norma se efectúe, con la esperanza de que el nuevo texto contenga una mayor concreción sobre este tipo contractual, debemos saber qué entender por servicio público, definición que no encontramos en el TRLCSP, pero sí en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en la que su artículo 85.1 dispone que son servicios públicos locales “los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”, concretando el apartado 2 de dicho precepto que los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. A esta vaga definición se podría añadir lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo 1506/2007, de 5 de marzo de 2007 (Sala de lo Contencioso) que dispone que, con carácter general, una actividad constituye servicio público, en sentido amplio, cuando se trata de la satisfacción de necesidades generales mediante una actividad prestacional que pertenece a la esfera de la competencia de la Administración otorgante. Y son, desde luego, servicios públicos, por antonomasia, los recogidos en la Ley 7/1985, en la que además de definirse como servicios públicos locales, en el artículo 85.1, los que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales, en el artículo 25.2 se concretan determinadas materias constitutivas de servicios obligatorios, entre las que se encuentran, por lo que aquí interesa, los servicios³⁰.

Como añadidura y para una mejor concreción de la definición de servicio público también podemos acudir a lo establecido al respecto por la jurisprudencia

³⁰ Jurisprudencia también compartida con posterioridad por la Sentencia del Tribunal Supremo 3478/2010, de 18 de junio de 2010 (Sala de lo Contencioso), F.J. 5º.2.

nacional, en concreto a las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989, de 22 de septiembre de 1994 y de 23 de mayo de 1997, entre otras de las que podemos deducir los elementos que definen un servicio público³¹ :

- Debe tratarse de una actividad administrativa de prestación.
- El titular de tal actividad debe ser una Administración.
- La prestación debe estar sometida a un régimen de Derecho Público.
- La prestación debe ser ejercitada de una manera regular y continua.

Pero es que en esta definición de servicio público el único dato que aporta el TRLCSP es la prohibición expresa de gestión indirecta de aquellos servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos (artículo 275.1 TRLCSP), concepto jurídico que podríamos calificar de indeterminado o de difícil concreción. La normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas, con carácter general, siempre ha exigido para la prestación mediante gestión indirecta de los servicios públicos el doble requisito de tener un contenido económico³² (requisito que al ser suprimido como hemos visto ha supuesto un aumento de su ámbito de utilización) y que no supongan el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Por ello, para alcanzar el significado del concepto de autoridad inherente a los poderes públicos debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³³ que ha interpretado la noción de empleo público como

³¹ En este sentido, GARCÍA VEGA, J.E., “Diferencias prácticas entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 87, Editorial La Ley, junio 2009.

³² Así lo hacían el artículo 63 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (BOE núm. 97, de 23 de abril de 1965); el artículo 156.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1995) o el artículo 155.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2000).

³³ Hasta el Tratado de Lisboa o Tratado de Reforma (DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007, Pág. 1.) firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009, se denominaba Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

excepción a la libertad de circulación de trabajadores³⁴, prevista en el hoy TFUE, argumentando que se sustraen del ámbito de la libre circulación de trabajadores "un conjunto de empleos que implican la participación, directa o indirecta, en el ejercicio de la potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. Tales empleos presuponen, por parte de sus titulares, efectivamente, la existencia de una relación (...) de solidaridad respecto del Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que contribuyen al fundamento del vínculo de la nacionalidad"³⁵. Sin embargo, lo anterior tampoco nos lleva con exactitud a conocer cuáles son aquéllas actividades que suponen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos y, si bien, esta precisión exacta es prácticamente imposible de realizar, sí que podemos ceñirla lo más posible sin temor a errar acudiendo a la Comunicación de la Comisión C/88 (DOCE Nº C 72, de 18 de marzo de 1988), donde se dispone que la excepción referida al empleo público de la libre circulación de trabajadores se refiere a las funciones específicas del Estado y de las colectividades que pueden ser asimiladas, como por ejemplo son las fuerzas armadas, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado; la magistratura, la Administración fiscal y la diplomacia³⁶.

³⁴ El contenido de esta libertad incluye:

- El derecho para buscar trabajo en otro Estado miembro.
- El derecho a trabajar en otro Estado miembro de la Unión.
- El derecho a residir en otro Estado miembro con este objetivo y el derecho a permanecer allí después de haber ejercido en él un empleo.
- El derecho a la igualdad de condiciones de acceso al empleo, condiciones de trabajo y todas las ventajas que el país de acogida preste a sus propios nacionales.

Se trata de una libertad que no es aplicable a trabajadores por cuenta propia, estudiantes o jubilados, que sí están cubiertos por otras disposiciones de los Tratados de la Unión Europea. Además, existen dos limitaciones esenciales al ejercicio de este derecho: la primera, por razones de seguridad y salud pública de forma que permite a los Estados miembros denegar la entrada o la estancia en su territorio a un nacional comunitario y, la segunda, referida a las limitaciones al acceso a la función pública.

³⁵ Sentencias de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, *Comisión contra Francia*, y de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79, *Comisión contra Bélgica*.

³⁶ En el mismo sentido se expresa el Abogado General MANCINI, en sus conclusiones previas a la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, *Comisión contra Francia*.

Ahora bien, es necesario aclarar que este concepto de autoridad que se ha venido definiendo exige un plus, un añadido, sobre las funciones que corresponden al empleado público conforme se va descendiendo en los distintos Cuerpos o Escalas que corresponde a estos empleados públicos, de forma que realmente para ejercer esta autoridad inherente a los poderes públicos se deberán, en puridad, realizar funciones o trabajos que suponga el ejercicio de potestades públicas o funciones públicas de autoridad, es decir, ese añadido al que se hacía referencia se corresponde en realidad con ser depositario de una autoridad o potestad pública y no con el simple hecho de ser un empleado público perteneciente a alguna de las colectividades aludidas³⁷.

Hemos visto también que la Directiva 2014/23/UE se refiere a las concesiones como contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos; que el objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago; y que estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios.

³⁷ Son destacables en este sentido también los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 55/1996, de 18 de octubre de 1996 que, entre otras cuestiones, trata de dilucidar la calificación de los contratos para la asistencia jurídica a la Tesorería General de la Seguridad Social por abogados en ejercicio, entrando a valorar en estos la existencia o no de autoridad inherente a los poderes públicos en el ejercicio de esa actividad, estableciendo en la Consideración Jurídica tercera que *"aparte de ser dudoso que los servicios jurídicos impliquen tal ejercicio de autoridad, podría ser solventada, ..., mediante las oportunas salvedades en los pliegos"* y del Informe 2/2006, de 24 de marzo de 2006, en el que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, se pronuncia sobre la posibilidad de gestionar indirectamente un contrato de servicio de prevención y extinción de incendios, considerando si se trata o no del ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos concluyendo que *"no parece, en principio, que pueda caracterizarse como tal, al tratarse de un servicio técnico que debe alinearse con otros de la misma naturaleza que mencionan los artículo 25 y 26 de la citada Ley 7/1985, de 2 de abril, tales como suministro de agua y alumbrado público, servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos alcantarillado y tratamiento de aguas residuales"*.

Por tanto, del análisis del régimen jurídico de ambos tipos de contratos se pueden concluir las diferencias teóricas básicas que existen entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos, diferencias de tipo conceptual y de régimen jurídico que podemos concretar principalmente en:

- La distinta duración inicial de estos dos tipos de contratos, que en el caso de los de servicios permite, por ejemplo, una mayor concurrencia de licitadores por su menor duración. Diferencias en la duración que se trasladan también al régimen jurídico aplicable a las prórrogas, de forma que en el caso de las gestiones su duración o duraciones pueden ser superiores al periodo de vigencia inicial del contrato y no así para el caso de los servicios, en donde las prórrogas no pueden superar, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente.

- La posibilidad de utilizar con plenos efectos la clasificación de los contratistas en los contratos de servicios y no así en los contratos de gestión de servicios públicos³⁸.

³⁸ En lo referente a la clasificación de las empresas y tras la modificación operada en el artículo 65.1 del TRLCSP por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público (BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2013), la clasificación de los empresarios como contratistas de servicios de las Administraciones Públicas no será exigible, si bien el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación correspondiente al contrato, que surtirá plenos efectos, o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato, mientras que la clasificación de los empresarios como contratistas de gestión de servicios públicos no será exigible ni aplicable. Ocurre, sin embargo, que de acuerdo con la disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2013, estos cambios que afectan a la clasificación, así como a la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional de los empresarios, entrarán en vigor cuando se aprueben las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley por las que se definen esas cuestiones. Véase ESPINAR MAAT, F., *“A la espera de un nuevo régimen de clasificación empresarial”*, publicado el 7 de julio de 2014 en el sitio Web del Observatorio de la Contratación Pública [fecha última consulta: 16-julio-2014] <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.161/reلمenu.3/chk.c2ece0d0d0c2c ea4909192d5caf4c656>.

- La mayor agilidad en los procedimientos de adjudicación para el caso de las gestiones al tener, por ejemplo, menos exigencias a la hora de la publicidad.

- La existencia de distintas causas para acudir al procedimiento negociado sin publicidad;

- El mayor grado de control en la ejecución en el caso de los servicios y de autonomía en la ejecución para el caso de las gestiones;

- Las distintas causas de resolución del contrato con la clara figura distintiva del rescate para el caso de las gestiones;

- La posible condición de contratos sujetos a regulación armonizada en el caso de los servicios de las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, lo cual también es favorecedor de la concurrencia competitiva, así como del distinto régimen de publicidad en el DOUE o, en definitiva, de sujeción al recurso especial en materia de contratación, más rigoristas y exigentes para el contrato de servicios.

Pero no son estas diferencias teóricas en las fases de admisión, adjudicación y ejecución del contrato a las que sólo se busca llegar como conclusión de este estudio, sino precisamente a las diferencias prácticas entre estos dos tipos de contratos que, consustanciales a los mismos, nos permitan ubicar un determinado servicio en el ámbito de uno de los dos contratos.

Puesto que de la adecuada delimitación que se haga de estos tipos contractuales, que en muchos ocasiones y con carácter recurrente no resulta nada fácil para el gestor público³⁹, dependerá la correcta aplicación del régimen jurídico escogido,

³⁹ Ya se referían a esta dificultad y a la importancia y trascendencia de una correcta delimitación de ambos tipos contractuales RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., *Contratos Públicos y Derecho comunitario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, Págs. 246-254; GIMENO FELIU, J. M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, Págs. 152-161; del mismo autor, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos del sector público*, Thomson Reuters Civitas y Diputación de Huesca, Cizur Menor (Navarra), 2010, Págs. 147-

dado que tal y como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en su informe 5/1998, de 30 de octubre, “esta calificación jurídica no es intrascendente, pues determinará el régimen jurídico del contrato y las obligaciones y derechos específicos del contratista y la Administración pública”. Y es que como nos indica el Informe 10/2007, de 26 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado la calificación de los contratos a efectos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, es una cuestión compleja que requiere como presupuesto inexcusable, un examen completo y detallado de su contenido. Si esta afirmación es predicable, con carácter general, de todo tipo de contratos, se refleja con mayor intensidad en los contratos de gestión de servicios públicos.

Por consiguiente, y con el fin de realizar una correcta calificación-tipificación de un contrato como de servicios o como de gestión de servicios públicos al objeto de que el régimen jurídico aplicable se encuentre posteriormente legitimado, resulta necesario fijar unos criterios diferenciadores de carácter práctico que obtendremos del estudio de la doctrina jurisprudencial y de la casuística consultiva, con el fin de exponerlos en último lugar de forma concisa a modo de conclusiones. Si bien es oportuno hacer antes una serie de importantes matices.

En primer lugar, la diferenciación a la que debemos atender es exactamente la existente entre los contratos de servicios y los contratos de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión de servicios, o lo que es lo mismo, entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios, dado que en puridad en la definición de contratos de gestión de servicios públicos nos encontramos con distintas modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos, las recogidas en el artículo 277 del TRLCSP, y que la Ley agrupa bajo la denominación única de contrato de gestión de los servicios públicos, siendo las que nos interesa al efecto la “concesión de servicios”.

En segundo lugar, es importante conocer también que, aunque no sea objeto de este estudio, ambos contratos, servicios y gestión de servicios públicos, pueden

163; y MIGUEZ MACHO, L., “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, *RAP*, núm. 175, 2008, Págs. 177-182.

ser también en ocasiones fruto de confusión e incorrecta delimitación con los contratos administrativos especiales definidos en el artículo 19.1. b) del TRLCSP y con los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado que define el artículo 11 del TRLCSP⁴⁰.

En tercer y último lugar, las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión de servicios y de contrato público de servicio han generado una inseguridad jurídica continua para los gestores públicos que han dado lugar a numerosas sentencias del TJUE, fundamentalmente porque estos gestores se regían por la normativa interna nacional y la interpretación que ellos hacían de la misma, que difería de la interpretación que posteriormente realizaba el TJUE en cuanto a la incardinación de un contrato como de servicio o de concesión de servicios y todo ello como consecuencia de la falta de una regulación expresa en el Derecho de la Unión Europea que sirviera de guía a los distintos operadores nacionales, porque si bien, como ya se apuntó, la Directiva 2004/18 definía las concesiones de servicios también las excluía de su ámbito de aplicación.

De este modo los análisis y conclusiones que a continuación se exponen se hacen bajo el prisma de que la pertenencia de un Estado a la Unión Europea produce como consecuencia una distribución de competencias entre el Estado miembro y la Unión. El Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía y en ese ámbito rigen las normas nacionales, pero hay otras materias cedidas a la Unión en las que rigen tanto el Derecho de la Unión Europea originario como los actos y normas adoptados por las Instituciones europeas, el Derecho de la Unión Europea derivado. Ahora bien, las normas de los dos ordenamientos jurídicos (comunitario y nacional) coexisten en cada Estado miembro y ocurre que los dos ordenamientos tienen unos mismos destinatarios, las personas físicas y jurídicas de cada país; en base a este hecho existen múltiples relaciones entre las normas comunitarias y las nacionales y esas relaciones están gobernadas por el principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea junto a los principios de efecto

⁴⁰ Véase en este último caso el trabajo de GIMENO FELIU, J.M., "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, oct-dic, 2012, Págs. 17 a 57.

directo y de la primacía del Derecho de la Unión Europea, que deben ser obligatoriamente tenidos en cuenta por los poderes adjudicadores y los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de interpretar la normativa interna.

De este modo, el Derecho de la Unión Europea es autónomo respecto del Derecho interno, aunque se integra en los sistemas jurídicos nacionales, si bien sin perder su calidad de Derecho de la Unión Europea, es decir, el Derecho de la Unión Europea forma parte del Derecho que se aplica en cada Estado, pero no se confunde con el Derecho interno, esto significa que cuando las instituciones comunitarias ejercen las competencias que recogen los Tratados se atienen a los procedimientos de producción normativa establecidos a nivel comunitario, persiguen a su vez los objetivos que establecen los Tratados y normas de la Unión Europea y se rigen por éstos en cuanto a su entrada en vigor, publicación y efectos jurídicos.

Por su parte, el efecto directo significa que todos los destinatarios de las normas europeas, tanto los Estados como los ciudadanos, quedan obligados por esas normas y pueden exigir su observancia ante los Tribunales internos. El principio de efecto directo fue establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Van Gend and Loos. En base a esta idea el Tribunal declaró, por ejemplo, que el Derecho de la Unión Europea independientemente de las legislaciones de los Estados miembros crea obligaciones para los particulares y genera derechos que forman parte de su patrimonio jurídico⁴¹, pero para que una norma comunitaria tenga efecto directo el Tribunal exige como condición que la disposición en concreto aparezca desde el punto de vista de su contenido como incondicional y suficientemente precisa. Así, por ejemplo, de conformidad con la STJUE de 24 de septiembre de 1998, en el asunto Walter Tögel, asunto C-76/97, las disposiciones contenidas en la Directiva 92/50/CEE sobre adjudicación de los contratos públicos de servicios son incondicionales y suficientemente precisas para que un particular pueda

⁴¹ En relación al patrimonio jurídico de los ciudadanos europeos puede consultarse mi trabajo “La defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos europeos en el sistema de Derecho Comunitario y en el sistema judicial compuesto de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 8232, Sección Doctrina, 20 de enero de 2014, Págs. 14-20.

invocarlas frente al Estado y ante los órganos jurisdiccionales nacionales en el supuesto de incorrecta transposición por el Derecho nacional, o lo que es lo mismo, producen efecto directo. Premisas que fueron igualmente aplicables a la Directiva 2004/18 y que lo serán a las nuevas directivas sobre contratos públicos una vez que transcurra el plazo de transposición legalmente previsto para las mismas, por ser en gran medida su contenido similar.

Además, según el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, establecido por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, Costa contra Enel, el Derecho europeo tiene un valor superior a los Derechos nacionales de los Estados miembros de forma que sobre los Estados miembros y los jueces nacionales pesa la obligación de no aplicar una norma nacional contraria a Derecho de la Unión Europea. A su vez, la misión del Tribunal de Justicia consiste en velar por que el Derecho de la Unión Europea se interprete y aplique de la misma manera en todos los países de la Unión Europea, garantizando así que la ley sea igual para todos. Es por tanto el garante de un ordenamiento jurídico propio, el de la Unión Europea, que se ve asistido y aplicado también por los sistemas jurídicos nacionales hasta el punto que corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que deba aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión Europea (véanse, en particular, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Van Munster, de 5 de octubre de 1994, C-165/91, Rec. p. I-4661, apartado 34 y Engelbrecht, de 26 de septiembre de 2000, C-262/97, Rec. p. I-732, apartado 39). Si tal interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho de la Unión Europea y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho de la Unión Europea (véanse, en particular, las sentencias Solred, de 5 de marzo de 1998, asunto C-347/96, Rec. p. I-937, apartado 30, y Engelbrecht, antes citada, apartado 40).

En definitiva, como acierta a resumir la STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, asunto C-382/05, enfatizando claramente lo inmediatamente explicado: “Puesto que el Gobierno italiano ha insistido, en repetidas ocasiones,

en el hecho de que, según la jurisprudencia nacional, cuando los contratos presentan las características de los convenios controvertidos, deben calificarse de concesiones de servicios, debe recordarse, con carácter preliminar, que la definición de un contrato público de servicios es materia del Derecho de la Unión Europea y, por ello, la calificación de los convenios controvertidos en Derecho italiano no es pertinente para dilucidar si estos últimos están o no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C-264/03, Rec. p. I-8831, apartado 36, y de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 40)". Pues bien, es desde esta perspectiva que se exponen los epígrafes y conclusiones que se presentan en la segunda parte de este estudio.

6. Bibliografía

- AA.VV., (Coord. PUNZÓN MORALED A, J.), *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Madrid, 2005.
- ESPINAR MAAT, F., "A la espera de un nuevo régimen de clasificación empresarial", publicado el 7 de julio de 2014 en el sitio Web del Observatorio de la Contratación Pública [fecha última consulta: 16-julio-2014]
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.161/relm enu.3/chk.c2ece0d0d0c2cea4909192d5caf4c656>
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I)", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 111, Editorial La Ley, septiembre, 2011.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (II)", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 112, Editorial La Ley, octubre, 2011.

-
- GARCÍA VEGA, J.E., “Diferencias prácticas entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 87, Editorial La Ley, junio 2009.
 - GIMENO FELIU, J. M., “La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española”, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
 - GIMENO FELIU, J. M., “Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos del sector público”, Thomson Reuters Civitas y Diputación de Huesca, Cizur Menor (Navarra), 2010.
 - GIMENO FELIU, J.M., “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, oct-dic, 2012.
 - GIMENO FELIÚ, J.M., “Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público”, *Observatorio de Contratación Pública* (ObCP). Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.196/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.0191071d304547b70e9318413213c254> [fecha última consulta: 17-julio-2015].

-
- LAZO VITORIA, X., “Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 129, ene-feb, 2014.
 - LÓPEZ GUERRA, Luis, “Pluralismo y técnica normativa”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 29, septiembre-diciembre 2006.
 - MIGUEZ MACHO, L., “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, *RAP*, núm. 175, 2008.
 - MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006.
 - MORENO MOLINA, J.A., “Cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 60, 2007.
 - MORENO MOLINA, J.A., “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 20-abril-2015 <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.197/relca-tegoria.208/re/menu.3/chk.758640b719acd6127a53331dcedc12db> [fecha última consulta: 25-julio-2015].
 - MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., “La incidencia de la ley de emprendedores en el Derecho administrativo, en especial en materia de contratación pública”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 55, julio-2014.
 - MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*, La Ley, Madrid, 2012

-
- PINTOS SANTIAGO, J., “Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 137, mayo-junio 2015.
 - PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.
 - RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*, Editorial La Ley, 2012.
 - RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., “Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 119, mayo-2012.
 - RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., *Contratos Públicos y Derecho comunitario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.
 - RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2012, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.
 - ROSADO SANTURINO, A.G., “Discordancias con el Derecho comunitario de la noción española del contrato de servicios y del contrato de gestión de servicios públicos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 96, Editorial La Ley, abril, 2010.
 - SÁIZ RAMOS, M., “Reflexiones prácticas sobre las diferencias entre los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos”, *Revista*



Castilla-La Mancha



Gabilex
Nº 3
Septiembre 2015

Contratación Administrativa Práctica, núm. 118, Editorial La Ley, abril, 2012.

CRÍTICA A LA INMUTABILIDAD RELATIVA DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

Cristian Ricardo A. Piris

**Abogado – Magister en Derecho Privado – Doctor en Derecho
Profesor por concurso Universidad Nacional de Nordeste (Argentina)**

Fecha de finalización del trabajo: 03/08/2015

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONTEXTO Y CONCEPTO LEGAL
3. CARACTERES
4. OBJETO
5. CATEGORÍAS
6. EVOLUCIÓN HISTÓRICA
7. FUNCIONES DE LA CLAÚSULA PENAL
8. INMUTABILIDAD DE LA CLAÚSULA PENAL
9. CONSIDERACIONES CRÍTICAS
10. LA CLAÚSULA PENAL COMO MEDIO DE COMPULSIÓN
11. LA CLAÚSULA PENAL COMO INDEMNIZACIÓN
12. CONCLUSIONES
13. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

El nuevo Código Civil y Comercial argentino ha optado por mantener la facultad de los jueces para reducir los montos de las cláusulas penales excesivas. Esa solución legal proviene de la Reforma del '68 que fue favorablemente aceptada por la

doctrina nacional, pero no obstante ello descansa sobre fundamentos, que a la luz de la evolución de la ciencia jurídica, no están demostrando ser tan sólidos como hace cuatro décadas atrás

La cláusula penal es una institución compleja, tanto un medio de compulsión como un medio de reparación convencional de daños. En primer lugar, resulta conveniente separar ambas funciones por ser mutuamente excluyentes; un buen medio de compulsión se revela como una indemnización excesiva en caso de producirse el daño y a la inversa, una cuantificación previa de reparación ajustada al daño no cumple función disuasoria efectiva. En este contexto, la prescripción legal de la segunda parte del art. 794, por un lado es demasiado amplia y por otro lado, injustamente restrictiva.

Es muy amplia porque no discrimina a la cláusula penal según sus funciones, no repara en la pena privada como medio compulsivo y pretende asegurar algún grado de equivalencia entre pena y daño. Pero alcanzada esta equivalencia se malogra el fin disuasivo de la cláusula penal.

Es muy restrictiva porque discrimina injustamente a los acreedores de la revisión judicial. Hoy día se ha demostrado que no siempre es el acreedor el sujeto fuerte en la relación jurídica.

1.Introducción

A partir del 1 de agosto de 2015 entró en vigencia en Argentina el nuevo el Código Civil y Comercial unificado (en adelante CCyC), y se derogan los anteriores códigos que rigieron en el país en los últimos 150 años. El *novel corpus iuris* es innovador en algunos aspectos, modernizador en otros, pero excesivamente conservador en muchos tantos, en razón de lo cual ha decidido no constituirse en herramienta de avance sino en cristizador de consensos dejando pasar una excelente oportunidad de progreso en varios institutos.

En el presente trabajo voy a presentar una postura crítica al tratamiento que hace el Código Civil y Comercial argentino a la cláusula penal en referencia a la potestad de los jueces para intervenir alterando lo convenido entre las partes pero de modo desigual, dado que pueden reducir las penas, pero nunca aumentarlas.

En el nuevo CCyC vamos a encontrar estas dos normas:

ARTÍCULO 793.- Relación con la indemnización. La pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente.

ARTÍCULO 794.- Ejecución. Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno. Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

Voy a sostener el disvalor de la norma contenida en la segunda parte del artículo 794, porque vulnera el principio de inmutabilidad, y en consonancia con el artículo 793 afecta el principio de igualdad. Para fundar mi postura y sostendré dos líneas argumentales diferentes. Por un lado afirmaré que reducir penas solo tiene sentido cuando la cláusula penal cumple una función indemnizatoria, pero no cuando cumpla un rol compulsivo, y por otro lado expondré que cuando asuma un rol resarcitorio, también debería poderse requerir a los acreedores a requerir un aumento judicial de las penas a efectos de no generar arbitrarios privilegios para la categoría de los deudores.

Además para agravar el cuadro de situación, la potestad limitada con que cuenta los jueces de reducir penas de conformidad a la segunda parte del artículo 794, se ve incrementada en el artículo 1714, que establece lo siguiente *“Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”*. Es decir, los requisitos del 794, en rigor quedan reducidos solo a uno *“punición irrazonable o excesiva”*.

Con este contexto normativo, voy a argumentar que las prescripciones legales resultan por un lado demasiado amplia y por otro lado injustamente restrictiva.

En la primer parte de este trabajo voy a presentar algunas cuestiones generales referidas al régimen legal de la cláusula penal para contextualizar este estudio, posteriormente me detendré en las funciones que está llamada a cumplir en el derecho, para finalmente abordar críticamente la inmutabilidad relativa de la misma y las consecuencias de este principio desde el análisis económico del derecho.

2.Contexto y concepto legal

El acreedor posee diversos medios para conminar al deudor a cumplir con la obligación y asegurarse así el cumplimiento de lo pactado. Estos son los medios de compulsión.

Podemos decir que los medios de compulsión son instrumentos jurídicos, de origen legal o contractual, con que cuenta el acreedor para asegurar el cumplimiento voluntario por parte del deudor. En este contexto, todo medio destinado a este fin puede ser considerado como medio compulsivo, por lo que el catálogo de éstos es bastante extenso. No obstante ello, típicamente se incluye en esta categoría a la cláusula penal, seña confirmatoria, multa civil, derecho de retención y condenaciones conminatorias (astreintes).

El artículo 790 del CCyC define la cláusula penal como “...*aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación*”.

Para Alterini *et al* se trata de un instituto polivalente que proporciona al deudor un incentivo para la conducta debida y a la vez sirve para fijar de antemano el monto de la indemnización en caso de incumplimiento.¹

¹ Alterini, Atilio A.; Ameal, Oscar E. y López Cabana, Roberto M. DERECHO DE OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES. Abeledo-Perrot. (Buenos Aires, 1995), pág. 293.

Según Pizarro y Vallespinos “se trata de una estipulación de carácter accesorio, que tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la relación principal, mediante la imposición de una pena privada a la que se somete una persona en caso de operar el incumplimiento de aquélla. Presenta, desde ese punto de vista, una indudable función *compulsiva*, ante la amenaza que implica la procedencia de la penalidad en caso de inejecución absoluta o relativa de la prestación adeudada”².

3. Caracteres

La cláusula penal presenta los siguientes caracteres, en el derecho nacional y también en el derecho comparado:

a) *Es voluntaria*: surge solo de la voluntad de las partes, por lo que generalmente está incluida en los contratos.

b) *Es accesoria*: conforme al artículo 802 CCyC, siempre accede a una obligación principal.

c) *Es subsidiaria*: el objeto de la obligación lo constituye la prestación debida, la cláusula penal sólo se aplica para el caso de incumplimiento de ésta última, es decir reemplaza la prestación incumplida.

d) *Es condicional*: dado que es de aplicación solo en caso de producirse el acontecimiento futuro e incierto de incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor. El incumplimiento es el hecho condicionante.

e) *Es relativamente inmutable*: este principio general deriva de los artículos 793 y 794 CCyC. La antigua jurisprudencia de nuestros tribunales entendía que la cláusula penal pactada no podía ser modificada por excesivo que fuera su monto, esto se hallaba en consonancia con el irrestricto respeto a la autonomía de la voluntad que se proponía desde el art. 1197 del Código Civil, que entonces no poseía limitantes como los posteriores artículos 954, 1198 o 1071. Más adelante se abrió camino la doctrina que entendía debía facultarse a los jueces para reducir razonablemente los límites de la cláusula penal exorbitante, sin encuadrarla en la sanción de nulidad prevista por el artículo 953 del Código

² Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO. OBLIGACIONES. T. 3. Hammurabi. (Buenos Aires, 1999), págs. 46 y 47.

Civil y siguiendo a lo dispuesto en los códigos alemán, suizo, italiano y otros. En tal sentido, la reforma introducida mediante la Ley 17.711, de 1968 agregó el segundo párrafo del artículo 656 del Código Civil, en el cual se estipulaba que: " ... *Los jueces podrán..., reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor*". Ese literal fue mantenido en la actual normativa.

4.Objeto

Según lo dispone el artículo 791 la cláusula penal "*...puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero*". Por lo expuesto, queda claro que el objeto de la cláusula penal puede ser cualquier tipo de prestación, sea esta de dar, hacer o no hacer.

En sus orígenes, usualmente la pena consistía en una suma de dinero, de allí la defectuosa redacción normativa que hace hincapié en las prestaciones dinerarias, para luego establecer que cualquier prestación puede ser objeto de clausula penal.

5.Categorías

La cláusula penal puede ser compensatoria o moratoria, según el tipo de incumplimiento que pretendan remediar.

La cláusula penal compensatoria es aquella fijada para reparar las consecuencias del incumplimiento absoluto y definitivo de la prestación debida. Se trata de una liquidación anticipada de los daños y perjuicios derivados de este incumplimiento, por lo que no cabría acumulación entre el importe de la pena y el objeto debido³. En este sentido el CCyC prevé expresamente esta solución en el art. 792 al

³ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 69

establecer que “... *El deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido debe la pena...*”, y el artículo 793 aclara “*la pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización...*”

La cláusula penal moratoria es aquella constituida para subsanar las consecuencias del incumplimiento relativo de la prestación, ya sea por mora, cumplimiento defectuoso o parcial de la prestación, por lo que la pena se acumula a la prestación principal. Así lo dispone el artículo 797 cuando establece que “*el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que se haya estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal*”. Vale decir que en estos casos, la pena sustituye a los daños y perjuicios moratorios.

En ambos casos la indemnización convenida es debida desde la constitución en mora del deudor (artículo 793 CCyC).

En principio el deudor no cuenta con la posibilidad de optar entre cumplir la obligación o pagar la multa, si esa fuera la situación no se trataría propiamente de una cláusula penal sino de una obligación facultativa. No obstante ello, el artículo 796 lo admite cuando así se ha dispuesto expresamente, estipulando que “*el deudor puede eximirse de cumplir la obligación con el pago de la pena únicamente si se reservó expresamente este derecho*”.

Si lo analizamos desde el punto de vista de las funciones, la cláusula penal puede ser punitoria o compulsiva; indemnizatoria o resarcitoria; resolutive; y preventiva o disuasiva⁴.

La cláusula penal en función punitiva o compulsiva tiene por finalidad brindar al deudor incentivos adicionales para el cumplimiento de la obligación, al amenazarlo con consecuencias muy gravosas en caso de incumplimiento. Busca

⁴ Soto Coaguila, Carlos Alberto. “Inmutabilidad de las penas convencionales”, en Oviedo Alban, Jorge. CONTRATOS. TEORÍA GENERAL, PRINCIPIOS Y TENDENCIAS. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011. Pág. 398 y ss.

romper cualquier esquema de costo-beneficios al evaluar la posibilidad de incumplir voluntariamente con lo acordado.

La cláusula penal en función indemnizatoria o resarcitoria constituye una liquidación anticipada de daños, una previsión que asumen las partes en referencias a los costos que conlleva el incumplimiento.

La cláusula penal en función resolutoria supone que reclamar la pena implica la resolución del contrato. En términos generales, ante el incumplimiento del contrato se puede reclamar su cumplimiento o la resolución del mismo, pero ambos caminos son mutuamente excluyentes, según vimos en el artículo 797, el acreedor tiene a su favor una especie de derecho a opción, ya que a “su arbitrio” puede pedir el cumplimiento de la obligación o la pena, pero no ambas, salvo que la pena sea por simple retardo, o que se haya estipulado que el pago de la pena no extingue la obligación principal.

Finalmente, la cláusula penal en función preventiva o disuasiva, es la menos desarrollada por la doctrina, pero la más relevante según explica Soto Coaguila. Según este autor “cuando dos contratantes incorporan una cláusula penal en su contrato, no lo hacen para que uno u otro se beneficie con la penalidad pactada, sino con la finalidad de reforzar el cumplimiento de su contrato y consecuentemente evitar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de ellos, por lo que la inclusión de una cláusula penal al momento de contraer la obligación o en acto posterior a ella, tiene por finalidad desincentivar un posible incumplimiento de las obligaciones”⁴²⁵.

6.Evolución histórica

Antes de entrar de lleno a tratar las funciones de la cláusula penal creo conveniente realizar un breve recorrido histórico, a los efectos de contextualizar esa cuestión.

⁵ Idem, Pág. 402.

Desde el punto de vista histórico, los orígenes de este instituto se remontan al primitivo derecho romano. En esta etapa, los jueces no estaban investidos de poderes suficientes para obligar a los ciudadanos a observar una determinada conducta, ni a determinar el valor de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación por parte del deudor cuando no se tratara de una obligación dineraria, vale decir que muchas veces el acreedor no podía contar con el recurso a los tribunales como un medio apto para constreñir al deudor a cumplir con lo pactado. Por ese motivo se instituyó como una práctica común la *stipulatio poenae*.

La *stipulatio poenae*, facultaba al acreedor a compeler al deudor a cumplir con la obligación cuando ésta no era susceptible de ejecución forzada, mediante el establecimiento de una pena para el caso de incumplimiento y a la vez fijaba el monto indemnizatorio de los perjuicios derivados de esta inejecución. Su función era principalmente penal, dado que pretendía sancionar al infractor pero a la vez también cumplía un importante rol indemnizatorio, función que luego se desarrollaría enormemente.

Desaparecido el contexto en que esta estipulación tuvo su origen, la cláusula penal subsistió básicamente en el ámbito de los contratos como medio de compulsión y como medida de la indemnización.

Pizarro y Vallespinos reconocen en los antecedentes históricos de este instituto la siguiente línea evolutiva: en una primer etapa como pena privada y con una función limitadamente resarcitoria en el derecho romano y en el antiguo derecho hispánico, en un segundo estadio principalmente como cláusula de evaluación convencional anticipada de los daños y con función limitadamente punitiva en el antiguo derecho francés, y finalmente como una institución mixta que participa igualmente de los caracteres punitivos y resarcitorios, en el Código Civil francés y en la mayor parte de las legislaciones de nuestro tiempo⁶.

Es así que la cláusula penal nace en el primitivo derecho romano con una finalidad eminentemente conminatoria, para luego pasar a cumplir una finalidad

⁶ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 49/50.

básicamente indemnizatoria. Esta evolución nos ha legado “un cuerpo con dos espíritus”.

7. Funciones de la cláusula penal

Bajo este título se debaten intensamente cuestiones de la mayor importancia teórica y práctica. Al momento de reseñar la evolución histórica del instituto hemos tenido oportunidad de ver la naturaleza dual de las funciones de la cláusula penal, ahora tendremos oportunidad de adentrarnos en esta controversia.

En la doctrina coexisten teorías unitarias y dualistas en la materia. Para la primera se halla un solo instituto legal llamado a cumplir con varias funciones distintas entre sí, para los otros se tratan en realidad de dos instituciones jurídicas diferentes, en algún grado similares por su origen voluntario, pero diferentes en cuanto a causa-fin y función económico-jurídica.

Veamos en primer lugar a las teorías unitarias, por ser las actualmente predominantes en el derecho nacional y comparado. Para los unitarios la cláusula penal cumple, sin dudas, funciones compulsivas, para algunos también funciones resarcitorias, y para otros funciones polivalentes o mixtas.

Desde el punto de vista de las funciones compulsivas o *estimulativas* como lo denomina Alterini⁷, el instituto bajo estudio constituye una pena privada o civil cuya finalidad es determinar al deudor al cumplimiento de la obligación, al ponerlo bajo amenaza de una sanción en caso de inejecución. La causa-fin es conminar el cumplimiento. Al parecer el adjetivo “penal” que califica a la cláusula, en el nombre mismo de la institución, pone en evidencia su propiedad más caracterizante. La función compulsiva se demuestra con todo rigor cuando la cuantía de la pena es mayor (o mucho mayor) que la prestación debida o bien cuando es contraída para asegurar “una obligación que no puede exigirse judicialmente” (artículo 803 CCyC), por ejemplo las obligaciones naturales. Para

⁷ Alterini..., Ob. Cit., pág. 294.

los sostenedores de esta postura la función resarcitoria sería solo un aspecto accidental, una especie de efecto colateral de menor importancia.

Desde el punto de vista resarcitorio o indemnizatorio, la cláusula penal esta llamada a cumplir una función distinta, cual es establecer convencionalmente y de modo anticipado el monto de la indemnización en caso de incumplimiento absoluto o relativo por parte del deudor. Según los expositores de esta postura existiría esta función aun cuando la norma legal establece que “...el deudor [no] puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno” (artículo 794 CCyC), vale decir que podría darse la paradoja de cumplir una función resarcitoria sin existir daño que indemnizar.

Finalmente, dentro de la teoría unitaria la mayor parte de los autores se inclinan por entender que este instituto cumple funciones polivalentes o mixtas, y es apto para satisfacer una doble finalidad, es decir, servir como medio de compulsión para constreñir al deudor a cumplir voluntariamente con la obligación para evitar la pena y a la vez establecer de manera voluntaria y anticipada lo debido por el deudor en caso de incumplimiento absoluto o relativo de la obligación. La cláusula penal sería a la vez, pena e indemnización. También cumpliría de manera indirecta con una función de garantía.

Claro está que la cláusula penal resulta apta para cumplir con las funciones principales vistas más arriba, aunque no necesariamente deba cumplir con ambas funciones en todos los casos, así una cláusula penal ajustada a la verdadera cuantía del daño producido por la inejecución cumpliría funciones indemnizatorias más no compulsivas y a la inversa, cuando se pacta que la pena sea adicionada a la indemnización por daños.

Para las teorías dualistas, todavía minoritarias, que han empezado a desarrollarse en Europa desde hace algunos años, la cláusula penal sería aquella que posee carácter estrictamente compulsivo, es decir, solo la pena privada. Otro instituto sería la “cláusula de liquidación anticipada de daños y perjuicios, cuya finalidad es estrictamente resarcitoria”⁸. Ambas cláusulas son similares en su origen

⁸ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 55.

voluntario, pero diferentes en cuanto a “causa final, en su función económica y jurídica, y específicamente en los parámetros que deben computarse para su interpretación y para su eventual revisión por resultar excesivas o ínfimas”⁹.

No obstante lo expuesto, queda claro que por cuestiones estrictamente normativas la teoría dualista no tiene cabida en el derecho argentino. Más allá del mérito de esta teoría, la cláusula penal cumple en nuestro país un rol polivalente, a la vez compulsivo e indemnizatorio, y precisamente en este contexto se desarrolla la crítica axiológica del presente trabajo.

8. Inmutabilidad de la cláusula penal

Como hemos visto antes, uno de los caracteres fundamentales de este instituto en el derecho nacional es su inmutabilidad relativa.

En principio, dado su carácter definitivo (y no provisional como las astreintes) una vez fijada no puede ser alterada, ni por el acreedor exigiendo un aumento en consideración a su eventual insuficiencia, ni por el deudor argumentando que excede la cuantía del daño realmente sufrido.

En el derecho comparado se han consagrado normativamente soluciones diferentes en esta cuestión. En el derecho romano clásico lo característico era la inmutabilidad, algunos códigos como el Código Civil francés (antes de las reformas de 1975 y 1985), el de Venezuela, Uruguay, etc. siguieron el criterio de la inmutabilidad absoluta, sin posibilidades de aumentos o disminuciones en ningún caso; otros códigos como el BGB alemán, y el francés reformado (ley 75-597) optaron por la solución opuesta consagrando la mutabilidad absoluta permitiendo su reducción si fuera excesiva o su aumento si fuera insuficiente; en cambio, otros optaron por la inmutabilidad relativa solo aceptando la reducción de penas excesivas. Finalmente algunas legislaciones como el Código Civil Italiano de 1942, el Suizo de las Obligaciones, o el Código Civil peruano (artículo 1346) o mexicano

⁹ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 55.

(1845) consagraron una inmutabilidad relativa solo posibilitando disminuir las penas excesivas.

La inmutabilidad de la cláusula penal está fundada en cuestiones de principios y también en razones prácticas. Desde el punto de vista de los principios se trata de un elemental respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, que si bien ha dejado de ser un dogma en la cultura jurídica actual, aún conserva la entidad moral de los acuerdos consentidos voluntariamente por personas libres y capaces de manejar las riendas de sus propias vidas. Claro está, los límites de estas estipulaciones están dados por “los límites del ejercicio regular de los derechos, la buena fe, el orden público, la moral y las buenas costumbres”¹⁰, y así lo dispone el nuevo CCyC en su artículo 958 cuando consagra que “*las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres*”. Desde el punto de vista práctico, una cláusula penal fácilmente mutable le haría perder gran parte de su valor como herramienta compulsiva, y por otra parte alteraría la estabilidad de las relaciones jurídicas.

Desde el punto de vista histórico, se afirma que en el derecho romano el principio era la inmutabilidad aunque el juez podía intervenir a los efectos de reducir las penas cuando la *stipulatio poenae* encubría un negocio usurario. En el antiguo derecho francés se permitió la intromisión judicial para alterar penas tanto excesivas como ínfimas; no obstante ello, el Código Napoleón retomó las raíces romanistas abrazando la inmutabilidad, y de allí pasó a numerosos códigos de la época, entre ellos el Código de Vélez en Argentina.

Alemania siguió una evolución contraria a la francesa, el antiguo derecho germánico permanecía fiel a las fuentes del derecho romano, hasta la sanción del BGB que consagró el principio de la mutabilidad, permitiendo la reducción de penas desproporcionadas al perjuicio y el aumento de las ínfimas hasta cubrir el daño efectivamente causado.

¹⁰ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 74.

En el derecho nacional se pasó de la inmutabilidad absoluta en el Código de Vélez a la inmutabilidad relativa con la reforma de la ley 17.711. En este sentido el art. 655 establecía que *“... el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente”* y el art. 656 estipulaba que *“... ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno”*, a este artículo la reforma de 1968 le agregó un segundo párrafo en la cual se disponía que *“[!]os jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”*.

El paso dado por la ley 17.711 fue ponderado favorablemente por la doctrina en forma unánime y fue realizado en consonancia con la evolución de la jurisprudencia en la materia, que no obstante las prescripciones legales, consideraban ajustado a derecho que operase la revisión judicial en casos de particular gravedad para proceder a la reducción de las penas excesivas.

Si lo miramos desde un punto de vista conservador, es entendible entonces que las prescripciones de la ley 17.711 se mantuvieran casi sin modificación en el nuevo cuerpo legal.

Normativamente, la revisión judicial de la cláusula penal es viable cuando la multa resulta excesiva (monto desproporcionado) tomando en consideración: la gravedad de la falta, el valor de las prestaciones, las demás circunstancias del caso y ello configure un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor. De los extremos legales exigidos podemos establecer analíticamente que para operar la revisión judicial se deben verificar los siguientes elementos:

Elemento objetivo:

1. La gravedad de la falta, esto es la “ausencia de equilibrio razonable, en términos objetivos, entre la pena y la falta que sanciona”¹¹. En este ámbito, el juez debe ponderar la esta ausencia de equilibrio en el

¹¹ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 78.

comportamiento del deudor. Para Alterini¹², el término falta parece hacer referencia a la *faute* francesa, es decir, la culpa, por lo que debe tenerse en cuenta el grado de reproche que merece la conducta del deudor, mirado desde un punto de vista integral.

2. El valor de las prestaciones también debe ser analizado por el juez, quien debe tomar en consideración el término valor no solo en su acepción económica, sino también en referencia a todo interés legítimo del acreedor tanto patrimonial como extrapatrimonial. En este sentido, no sería revisable una cláusula penal elevada, cuando se trate de la contratación de un *remise* realizado por una pareja de recién casados para que los recoja a la salida de la Iglesia, dado que esta circunstancia extraordinaria justificaría las “precauciones” tomadas por los novios en “asegurar” la prestación del servicio.
3. Con relación a las demás circunstancias del caso, a las que hace referencia la norma, la doctrina es conteste en considerarlas en alusión a la equidad, dando amplias facultades al juez para apreciar de modo integral la cláusula cuestionada y su contexto negocial.

Elemento subjetivo:

1. Los elementos objetivos antes vistos tienen que ser resultantes de un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor. Salta a las claras la similitud con la lesión subjetiva del artículo 332.CCyC. En este sentido, la cláusula penal excesiva se configura al prever una pena desproporcionada y sin justificación, fruto de la explotación por parte del acreedor de una situación de necesidad, ligereza o inexperiencia del deudor. Entonces, deben concurrir dos circunstancias para que se verifique el elemento subjetivo, por un lado la situación de inferioridad del deudor y por otro lado el aprovechamiento de ésta por parte del acreedor para convenir una pena excesiva.

¹² Alterini..., Ob. Cit., pág. 300.

A estas consideraciones hay que agregar que en los fundamentos del CCyC referida a las obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias se expresa que “se presenta una regulación amplia y sistemática de estas obligaciones y sanciones, que se complementan con la función punitiva prevista en el régimen de la responsabilidad civil”, y si bien esa función punitiva fue luego muy acotada por el Poder Ejecutivo Nacional al introducir modificaciones en el proyecto enviado al Congreso, permaneció incólume el artículo 1714, que establece lo siguiente *“Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”*, es decir, se amplía lo dispuesto en la segunda parte de artículo 794, habilitando al juez a reducir la multa cuando exista una *“punición irrazonable o excesiva”* sin establecer otros criterios de referencia para determinarlo.

9. Consideraciones críticas

Queda claro que en el derecho argentino, bajo el rótulo de cláusula penal se encuentra una única figura jurídica con finalidades duales, distintas y ciertamente no complementarias entre sí. Por un lado, un medio de compulsión y por otro, un instrumento de liquidación anticipada de daños.

Esto trae consigo que pueda existir en la práctica, como vimos al tratar funciones, una cláusula penal solo con finalidad compulsiva, por ejemplo la que accede a una obligación natural, y otras solo con finalidad retributiva, por ejemplo aquella ajustada al daño que realmente causa el incumplimiento, y también cláusulas que pretendan lograr ambos fines simultáneamente.

Por un lado se pretende compeler al cumplimiento para evitar el daño, bajo la amenaza de punir, castigar, o sancionar, si es que el incumplimiento se produce. Es razonable, entonces, la existencia de penas privadas elevadas y desproporcionadas con relación a las prestaciones. Es más, lo único razonable es la desproporción.

En cuanto medio compulsivo, la cláusula penal se predispone a determinar la acción de un individuo, ésta es su razón de ser. En este sentido la teoría general de la elección racional nos señala que las personas responden a los incentivos que encuentran en la forma de beneficios (premios) y costos (castigos) y en función de ellos desarrollan su acción¹³. Toda persona racional que comete una acción antijurídica lo hace porque deriva de esa acción algún beneficio, esto así como regla general; a los efectos de evitar equívocos, cabe aclarar que es necesario quitar de este análisis las conductas patológicas así como las originadas en estados de necesidad, dado que no son lo normal. Sobre estas pautas es posible construir un modelo –rudimentario- de previsión de las conductas de los individuos muy útil para proyectar la eficiencia de la cláusula penal en cuanto medio de compulsión. En el siguiente título desarrollaré un poco más esta idea.

Por otro lado se pretende cumplir un rol reparador, la indemnización busca dejar indemne al acreedor, es decir, sin daño, borrar los efectos negativos del incumplimiento. En este sentido se exige equilibrio, proporción, simetría entre la pena y la cuantía de los daños.

Al final, producido el incumplimiento, el monto de la multa no puede ser a la vez pena e indemnización, si así fuere sería una ineficiente penalidad o una excesiva indemnización. Es un dilema de hierro, sin salida satisfactoria con la normativa vigente, aunque hasta ahora haya funcionado razonablemente bien tal como está legislada.

10. La cláusula penal como medio de compulsión

Si aplicamos el análisis económico del derecho¹⁴, podremos ver aspectos interesantes que aparecen ocultos en el análisis jurídico formal.

¹³ Vale la aclaración que no es el único modelo de decisión posible, en este sentido puede consultarse con mucho provecho la obra de: Resnik, Michael D. ELECCIONES. UNA INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA DECISIÓN. Gedisa. (Barcelona, 1998).

¹⁴ Utilizar el AED como herramienta de análisis no necesariamente obliga a quien lo usa a adoptar como propios los principios de esta disciplina, especialmente sus fundamentos últimos que son muy controvertidos.

Expresa Hal Varian que “[e]n los últimos años, el análisis económico se ha convertido en algo habitual en la teoría y práctica del Derecho. Es fácil ver la afinidad natural que existe entre estas dos disciplinas: ambas comparten el objetivo de comprender las instituciones sociales. Ambas tienen, además, un importante componente normativo: tanto el Derecho como la Economía se ocupan no sólo de indagar cómo funcionan las instituciones sociales, sino también de cómo mejorar su funcionamiento”¹⁵.

Según este autor, el análisis económico de los delitos (en general de las acciones antijurídicas) es una de las tres áreas más importantes donde esta nueva disciplina ha incursionado fuertemente.

Según la teoría económica todo individuo que actúa en el mercado toma decisiones a partir de lo que se conoce como el análisis de costo-beneficio, es decir, comparando los beneficios y los costos de cada alternativa posible. Aunque también solemos aplicar el mismo criterio de decisión a otras situaciones de la vida social que no se dan estrictamente en el contexto del mercado.

Entonces, se considera que es posible que este modelo de análisis, creado para poder comprender y racionalizar el comportamiento del individuo en el mercado, pueda extenderse a otros ámbitos de la vida social. Esta afirmación ha llevado a muchos economistas a pensar que la economía puede interpretarse como una teoría general de las elecciones racionales.

Es decir, según ese criterio, el individuo responde a los incentivos y desincentivos que encuentra –los cuales adoptan la forma de beneficios (premios) y costos (castigos)- y en función de ellos desarrolla su acción. Es decir, que el modelo de comportamiento antijurídico creado por el AED para diseñar la sanción óptima es muy simple: una persona comete una acción contraria a Derecho porque los beneficios esperados de este comportamiento para él superan los costos esperados¹⁶.

¹⁵ Varian, Hal R. MICROECONOMÍA INTERMEDIA. Antoni Bosch. (Barcelona, 1998), pág. 601.

¹⁶ Posner, Richard. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. FCE. (México, 2000), pág. 214.

Evidentemente, este análisis sólo resulta válido si se ocupa de decisiones racionales y, en consecuencia, debemos excluir cualquier tipo de comportamiento no-racional, porque sobre ello es más difícil influir con un sistema de incentivos.

Recordemos que una de las hipótesis centrales de la ciencia económica es precisamente lo que se denomina el individualismo metodológico, es decir, que los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces de manera egoísta, y que proceden racionalmente para la consecución de ese objetivo¹⁷.

Un comportamiento no-racional, no quiere decir simplemente conductas antojadizas, caprichosas o absurdas, sino cualquier comportamiento incluso patológico que no se ajuste a la regla de racionalidad. Esta exclusión de lo no-racionalidad implica que existe todo un conjunto de acciones antijurídicas asociadas a comportamientos “insanos” del individuo que requieren procedimientos diferentes y excepcionales, que no puede incluirse dentro de un análisis sistemático general.

Sin embargo, eso no debe preocuparnos en demasía porque el comportamiento irracional es necesariamente minoritario. Esto es así porque el universo de potenciales incumplidores incluye a toda la sociedad y, dentro de ella, los individuos racionales son mayoría.

El incumplidor sopesa los beneficios que derivan de su conducta antijurídica y los costes de la misma. Debiendo incluirse en este último rubro tanto la posibilidad de ser “atrapado” como la pena que pueda aplicársele en ese caso¹⁸.

Quien incumple lo hace porque para él deriva de esa acción algún beneficio y si los beneficios superan a los costos esperados, existen grandes incentivos para que la inexecución se perpetre; en el caso contrario, el cumplimiento será la opción más razonable.

¹⁷ Schäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus. MANUAL DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CIVIL. Tecnos. (Madrid, 1991), págs. 60-61

¹⁸ Varian, Ob. Cit., pág. 602.

Desde el punto de vista de los beneficios esperados por el deudor, es muy difícil de determinarlos porque no son solo de naturaleza patrimonial, pero de todos modos la cuantificación económica de la prestación incumplida es un indicador insoslayable. Como se ve, la comparación de la satisfacción que proporciona la inejecución voluntaria entre distintas personas es imposible. Pero “[e]s evidente que muchos [delitos – acciones antijurídicas] están motivados por consideraciones económicas”¹⁹.

La situación es diferente por el lado de los costos. Los costes tienen dos componentes principales: la probabilidad de “ser atrapado” y condenado por un lado, y la magnitud de la pena por el otro. El costo de cometer una acción antijurídica es más alto cuanto más alto es la probabilidad de ser atrapado y condenado, y cuanto mayor sean las penas. La probabilidad de ser atrapado y condenado depende de la efectividad del sistema judicial y de los instrumentos probatorios con que cuente el acreedor, y con relación a la magnitud de las penas está prevista –en este caso- por la cláusula penal. Vale la aclaración que la probabilidad de “ser atrapado” no tiene mucha importancia en la presente exposición, por lo cual, podemos otorgar un valor estable suponiendo en todos los casos que el sistema judicial funciona razonablemente bien y el acreedor es un sujeto diligente que cuenta con todos los medios probatorios a su favor.

Cuando se toma una decisión, cuando se encara una acción, se sacrifican otras acciones alternativas en las que se hubiesen utilizado los mismos recursos y el mismo tiempo que el requerido para llevar a cabo la acción elegida. El beneficio que se hubiese obtenido si el tiempo y los recursos usados en la acción elegida se hubiesen aplicado a concretar la mejor acción alternativa es el “costo de la oportunidad” de la decisión tomada. Mide los beneficios sacrificados al privilegiar una acción sobre muchas otras posibles y es, entonces, el verdadero costo de hacer algo. El costo de oportunidad depende, por lo tanto, de las alternativas que tiene abiertas quien toma una decisión. Así, los costos de oportunidad son diferentes para distintos individuos.

¹⁹ Ídem, p. 601.

Además de las reservas morales que se anteponen al incumplimiento, hay costos de oportunidad económica derivados del tiempo dedicado a este y del sacrificio de ingresos esperado en caso de ser condenado. Todos estos “costos de oportunidad” se reducen si la pena es baja. El incumplimiento adquiere entidad como alternativa y, finalmente, sólo subsisten las trabas morales como barrera a la inejecución.

En este sentido, cuando menor la pena estipulada, es menor el incentivo para la ejecución de la prestación debida y en consecuencia menor el valor de la cláusula penal como medio de compulsión. Finalmente, si solo quedan subsistentes las trabas morales como barrera de la inejecución, entonces, la cláusula penal habrá sido ineficiente.

Por otra parte, continuando con la línea argumental aquí desarrollada, una pena civil eficiente que realmente predisponga al cumplimiento, no debería ser ponderada solo en relación a la prestación debida, sino también en relación a la fortuna del deudor, a efectos que realmente constituyan un estímulo para ese individuo hacia el cumplimiento.

Con lo expuesto quiero señalar la segunda parte del artículo 794, que habilita a reducir las penas tomando en consideración su desproporción con la gravedad de la falta, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso. Esto no haría más que hacer perder valor a la cláusula penal como medio de compulsión.

11. La cláusula penal como indemnización

Desde el punto de vista de la cláusula penal con función resarcitoria, queda claro que constituye una liquidación anticipada de daños por lo que es razonablemente exigir un equilibrio entre la cuantía del mismo y la pena fijada.

Este es el criterio seguido por el Código Civil mexicano, donde no solo se habilita a reducir penas excesivas, sino que se establece que *“la cláusula penal no puede*

exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal” (artículo 1843). Por ello es claro que el la finalidad en este caso es “que se cumpla cabalmente con la obligación estipulada originalmente, es decir, las partes obtendrán un beneficio equitativo con el cumplimiento, y la cláusula penal es persuasiva para evitar el incumplimiento, por ello es que no sería equitativo y estaría fuera de toda lógica que se beneficie más al acreedor por el incumplimiento de la obligación que por el cumplimiento”²⁰.

La cláusula penal con función resarcitoria constituye uno de los pocos casos –tal vez el único- donde las partes pueden convenir *ex ante* del hecho dañoso, el monto de la indemnización. Esto brinda certeza y tranquilidad, en el sentido que en caso de inejecución se evitarán tal vez largos y costos juicios, con final incierto. Evidentemente, para que ésta sea ajustada a la realidad, las partes deben ser racionales, previsoras y conocer todos los datos relevantes del negocio jurídico que están realizando, a los efectos de evitar una significativa sobrevaloración o infravaloración de la indemnización.

Es perfectamente razonable que en caso de marcado desequilibrio entre daño e indemnización, especialmente si este es producto de aprovechamiento de una necesidad o debilidad, puede operar la revisión judicial. Esta revisión quitaría a la cláusula penal compensatoria sus cualidades de certeza y remedio convencional, pero es un costo legítimo para desenmascarar abusos.

La doctrina²¹ es conteste en considerar que la cláusula penal es ampliable en ciertos casos excepcionales como ser convención expresa de las partes, existencia de pena ínfima porque cumpliría las veces de una cláusula de limitación de responsabilidad, o dolo del deudor porque supondría una dispensa del mismo.

De todos modos, la redacción de la segunda parte del artículo 794 genera un privilegio excesivo para la categoría de los deudores, dado que la pena solo puede ser reducida en su beneficio y nunca aumentada en beneficio del acreedor. En

²⁰ Frías, Yolanda. “Cláusula Penal” en ENCICLOPEDIA JURÍDICA LATINOAMERICANA. Rubinzal-Culzoni y Universidad Autónoma de México (Santa fe, 2006). Tomo II. Pág. 247.

²¹ Alterini..., Ob. Cit., págs. 303 y 304. Pizarro..., Ob. Cit., págs. 81 y 82.

esta norma subyace la idea del deudor como sujeto débil de la relación jurídica, pero no necesariamente esto es así en todos los casos.

Desde la óptica jurídica, “la existencia de principios de interpretación a favor del deudor evolucionó hacia el *favor debilis*, a favor del consumidor, y luego a favor del individuo particular. La generalización hace que se pase de una visión bilateral a una estructural, que toma en cuenta la posición del individuo en el mercado. Esta extensión provoca que el Derecho Privado asuma un carácter defensivo del individuo en general...”²².

Como afirma Lorenzetti²³, en el Derecho primitivo el acreedor tenía un derecho de señorío sobre conducta del deudor, incluso sobre su persona y su familia. Más que una persona obligada, el deudor era casi un objeto, una cosa. A partir de esta concepción tan dura e inhumana se empieza a gestar un proceso de cambio que se inicia con la ley *poetelia papiria* del Derecho Romano y se consolida con el Derecho Canónico. Este proceso de cambio se basó en un criterio de *benignitas* y se plasmó en los principios de *favor libertatis*, *contra stipulatorem* y *favor debitoris*.

Según el principio del *favor libertatis* toda cláusula confusa debe ser interpretada en sentido favorable a la liberación del obligado (el deudor). La regla *contra stipulatorem* afirma que la interpretación de cláusulas oscuras o ambiguas nunca pueden favorecer al sujeto que las haya introducido en los contratos, y finalmente la regla *favor debitoris* establece que en caso de dudas la interpretación debe hacerse en favor del deudor y de su liberación.

En especial el último principio reseñado era a la vez interpretativo e integrador, y funcionaba razonablemente bien en un mundo donde del deudor era el sujeto débil de la relación jurídica. Pero luego empezaron a surgir “anomalías” significativas que invalidaban la regla, en particular la revolución industrial y el aumento del trabajo en relación de dependencia generó la denominada “cuestión

²² Lorenzetti, Luis. LAS NORMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PRIVADO. Rubinzal-Culzoni. (Santa Fe, 1995), pág. 97.

²³ Idem, págs 98 a 103.

social” y en su seno un nuevo fenómeno en torno al salario: los obreros como acreedores débiles y los empleadores como deudores fuertes. Este fue el primero y más significativo caso invalidante de la fundamentación de regla *favor debitoris*, con posterioridad otras situaciones similares vinieron a engrosar la lista.

Esto llevó a redefinir el *favor debitoris* a través del *favor debilis*, es decir, consagrar un principio protectorio del débil en la relación jurídica sin reparar en la circunstancia de su calidad de sujeto activo o pasivo de una relación bilateral (obligacional). Además, desde otro punto de vista se puso en consideración que la calidad de deudor o acreedor eran simples datos coyunturales, cuando lo que realmente importaba era la posición estructural del sujeto en el mercado y de allí la determinación de su debilidad o fortaleza que luego se ve reflejado en todos sus actos.

En este contexto, el Derecho Privado debe propender a igualar desde el punto de vista material, a no generar injustos privilegios, de modo tal que cuando el Derecho decida intervenir debe hacerlo sobre bases sólidas y hoy el *favor debitoris* no constituye un fundamento tan universalmente válido como antaño. Lo cual debería tomar incluso más fuerza en un cuerpo jurídico que en sus fundamentos expresa adscribir valorativamente a principios tales como constituirse en el “código de la igualdad”, o un “código basado en un paradigma no discriminatorio”, etc.

Los aquí reseñados es conteste con los actuales principios de interpretación de los Contratos realizados a través de Condiciones Generales, en que se presupone la debilidad del adherente sea este deudor o acreedor²⁴.

12. Conclusiones

A lo largo de este trabajo he reseñado cuestiones generales referidas a la cláusula penal y a su régimen legal en Argentina. Posteriormente he señalado la

²⁴ Díaz Alabart, Silvia. “REGLAS DE INTERPRETACIÓN”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador), COMENTARIOS A LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. Aranzadi. (Navarra, 1999), págs 193-234.

inconveniencia de poner bajo un mismo rótulo a un instituto jurídico que cumple funciones tan disímiles como ser medio de compulsión y a la vez una liquidación anticipada de daños, y la importancia de diferenciarlos claramente, desde el punto de vista conceptual y normativo

La prescripción legal de la segunda parte del artículo 794 ha quedado demostrada que es, por un lado demasiado amplia y por otro lado injustamente restrictiva, y más aún cuando se la conjuga con el artículo 1714.

Es muy amplia porque no discrimina a la cláusula penal según sus funciones, no repara en la pena privada como medio compulsivo y pretende asegurar algún grado de equivalencia entre pena y daño. Alcanzada esta equivalencia se malogra el fin disuasivo de la cláusula penal.

La lógica de la equivalencia entre pena y daño es dable de ser predicada cuando estamos frente a una cláusula de liquidación anticipada de daños y perjuicios. Pero en ese supuesto debería establecerse mecanismos de adecuación, no solo de reducción.

Pizarro y Vallespinos²⁵ señalan con agudeza que “cuando la cláusula penal tiene función compulsiva, esto es, cuando ha sido fijada con la finalidad de sancionar, de castigar al incumpliente (lo cual supone que se encuentre por encima de los meros valores indemnizatorios), la eventual modificación por los jueces debe necesariamente contemplar ese dato, sin el cual puede quedar totalmente desvirtuada su finalidad”. Pero soluciones como estas no harían más que circunvalar el problema, no lo atacan de frente, no le brindan una respuesta satisfactoria, nos deja el sabor amargo del enmiendo, del recurso *ad hoc*, dado que solo termina poniendo en el “buen sentido” del juez²⁶ lo que debiera estar en el “buen sentido” de la ley.

²⁵ Pizarro..., Ob. Cit., pág. 80.

²⁶ Obsérvese que el buen sentido señalado no se observa en todos los casos: “La cláusula penal no sólo importa una liquidación convencional, por anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación cause al acreedor, sino que también **tiene una función compulsiva, en cuanto agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir la prestación principal para eludir la pena** (conf. J. J. Llambías, op. cit., t. I, p. 387, núm. 316 b); CNCiv., sala D, LA

Es muy restrictiva porque discrimina injustamente a los acreedores de la revisión judicial. Hemos visto que no siempre el acreedor es el sujeto fuerte en la relación jurídica y que si lo que buscamos es preservar ciertos equilibrios indemnizatorios, es tan desequilibrada la pena excesiva como la irrisoria, debiendo preverse para ambos casos iguales remedios.

Hubiese sido positivo aprovechar la reforma para regular dos tipos diferentes de clausula penal, una con función resarcitoria y otra compulsiva que se rijan por reglas diferentes.

En cualquiera de los dos casos debería establecerse la posibilidad de intervención judicial para evitar aprovechamientos, pero suponer que solo puede haber aprovechamiento del acreedor es una cuestión ideológica. Existiendo institutos como la lesión (artículo 332) que habilitan al juez intervenir impidiendo todo aprovechamiento de la necesidad o debilidad de otra parte, o figuras como las cláusulas abusivas (artículo 988) en los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas, el mantenimiento de la inmutabilidad relativa de la cláusula penal en idénticos términos a los establecidos en la reforma de 1968 es difícil de comprender.

Por todo lo señalado considero que resulta necesario introducir modificaciones en nuestra legislación, diferenciando con claridad la cláusula penal según sus funciones a los efectos de dar cabida a las observaciones aquí realizadas.

LEY, 82-198). **Pero tal circunstancia no implica admitir que por esa vía el acreedor pueda pretender un importe mayor del que resulta de aplicar sobre el monto de la obligación principal**, la tasa máxima aceptada como límite lícito del interés, incluido el punitorio (conf. CNCiv., sala D, ED, t. 7, p. 874)", en Sococia, S. A. c. Interieur Forma, S. A. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F (CNCiv)(SalaF). LA LEY, 1991-C, 478. (La negrita es propia)

13. Bibliografía

- Alterini, Atilio A.; Ameal, Oscar E. y López Cabana, Roberto M. DERECHO DE OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995.
- Ameal, Oscar J. (Director) y Tanzi, Silvia Y. (Coordinadora). OBLIGACIONES EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2001.
- Bustamente Alsina, Jorge. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997.
- Casas, Juan A. "CLÁUSULA PENAL", en JA 2000-III-1199.
- Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. COMPENDIO DE DERECHO DE LAS OBLIGACIONES T I y II. Ed. Platense SRL. La Plata, 1986.
- Cooter, Robert y Ulen, Thomas. DERECHO Y ECONOMÍA. FCE. México, 1999.
- Díaz Alabart, Silvia. "REGLAS DE INTERPRETACIÓN", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador), COMENTARIOS A LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. Aranzadi. Navarra, 1999. Págs 193-234.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA LATINOAMERICANA. Rubinzal-Culzoni y Universidad Autónoma de México. Santa fe, 2006.
- Fernandez Cruz, Gastón y Bullard Gonzáles, Alfredo. DERECHO CIVIL PATRIMONIAL. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997.

-
- Lorenzetti, Luis. LAS NORMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PRIVADO. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1995.
 - Pizarro, Ramón D. “PENA PRIVADA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR”, en JA 1997-III-931.
 - Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO. OBLIGACIONES. T. 3. Hammurabi. Buenos Aires, 1999.
 - Posner, Richard. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. FCE. México, 2000.
 - Resnik, Michael D. Elecciones. UNA INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA DECISIÓN. Gedisa. Barcelona, 1998.
 - Schäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus. MANUAL DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CIVIL. Tecnos. Madrid, 1991.
 - Soto Coaguila, Carlos Alberto. “Inmutabilidad de las penas convencionales”, en Oviedo Alban, Jorge. CONTRATOS. TEORÍA GENERAL, PRINCIPIOS Y TENDENCIAS. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011.
 - Soto Coaguila, Carlos Alberto (coordinador). TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO. Tomos I, II y III. Instituto del Derecho Privado Latinoamericano y La Ley. Buenos Aires, 2012.

LA PRUEBA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA: ANÁLISIS DE CUESTIONES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 60 LJCA

ROBERTO MAYOR GÓMEZ

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: 31/08/ 2015

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: REGULACIÓN LEGAL
2. CUESTIONES JURÍDICAS QUE PLANTEA LA NUEVA REGULACIÓN
3. CONCLUSIONES
4. BIBLIOGRAFÍA

1.Introducción: Regulación legal

En la redacción inicial del artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA), la prueba se articulaba a través de dos fases o trámites procesales independientes sucesivos, y así, en un primer momento, el recibimiento del pleito a prueba se instaba por medio de otrosí en los escritos de demanda, contestación y, en su caso, en los de alegaciones complementarias, limitándose cada parte procesal a expresar, en forma ordenada, los puntos de hecho sobre los que habría de versar la prueba de

manera que, en la práctica, en estos escritos procesales únicamente se solicitaba formalmente el recibimiento del pleito a prueba a fin de acreditar los puntos de hecho controvertidos, pero sin indicar propiamente los medios de prueba.

Posteriormente, en el caso de que existiera disconformidad en los hechos y éstos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito, el órgano judicial, mediante auto, recibía el proceso a prueba dando traslado a las parte procesales para que propusieran, en el plazo de quince días, los medios de prueba de los que se pretendiera hacer valer que en el supuesto de ser admitidas se practicarían en el plazo de 30 días.

En definitiva, se trataba de una regulación que, a juicio de distintos operadores jurídicos, ralentizaba y dilataba, en algunas ocasiones en exceso, la tramitación procesal del procedimiento en el ámbito contencioso administrativo que era precisamente una de los problemas esenciales que se detectaban en esta jurisdicción¹.

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, (publicada en boletín oficial del Estado núm. 245, de 11 de Octubre de 2011, con vigencia desde el 31 de Octubre), en su preámbulo dispone que «El objeto de la Ley es incorporar determinadas medidas de agilización procesal en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo que obedecen al propósito común de suministrar a nuestros tribunales instrumentos procesales óptimos para la gestión procesal...», indicando en concreto, y en lo que se refiere al objeto del presente artículo, que “En el orden contencioso-administrativo se modifican determinados preceptos relativos a la prueba para reducir trámites y dotar de mayor agilidad a esta fase del proceso....».

¹ En los datos estadísticos del CGPJ (La justicia dato a dato 2010), en el año 2010 la duración media de un procedimiento judicial en el ámbito contencioso administrativo era la siguiente: Juzgado de lo Contencioso Administrativo (12 meses); Sala de lo Contencioso Administrativo TSJ (25,7 meses); Juzgado Central Contencioso (16 meses); Sala Contencioso AN (17,1 meses); Tribunal Supremo, Sala Tercera (17,2 meses).

Tras la modificación operada en el artículo 60.1 LJCA por la citada Ley 37/2011, de 10 de octubre, de agilización procesal, la redacción del precepto señala ahora que «Solamente se podrá pedir el recibimiento del proceso a prueba por medio de otrosí, en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias. En dichos escritos deberán expresarse en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba y los medios de prueba». Por tanto, a partir de esta reforma legal se unifica en un mismo trámite procesal la solicitud del recibimiento del pleito a prueba y la identificación de los medios de prueba.

2. Cuestiones jurídicas que plantea la nueva regulación

En la tramitación legislativa del artículo 60.1 LJCA por la citada Ley 37/2011, de 10 de octubre, de agilización procesal, ya se plantearon diversas enmiendas parlamentarias (enmienda nº 186 del Grupo catalán) que pretendían mantener el sistema procesal probatorio de la redacción original, justificándolo en la necesidad de que en la fase de proposición de prueba se precisa conocer la posición procesal adoptada por la demandada en el escrito de contestación a la demanda; asimismo, otras enmiendas presentadas pretendían que se permitiese al recurrente poder solicitar nuevos medios de prueba después de formalizar el trámite de demanda.

El planteamiento lógico y jurídico que se manifestaba en dichas enmiendas era que si la parte demandante en su demanda debía proceder a la solicitud del recibimiento del pleito a prueba y la identificación de los medios de prueba, sin conocer y poder contrarrestar los hechos, fundamentos de derecho y prueba invocados por la parte demandada, ello podría afectar a su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española), generándole indefensión.

Finalmente, esta última cuestión queda solventada expresamente, para la parte demandante, en el apartado segundo del artículo 60 LJCA, al permitir que si de la contestación a la demanda resultaran nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito, el recurrente pueda pedir el recibimiento a prueba y

expresar los medios de prueba que se propongan dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya dado traslado de la misma, por lo que a través de esta fórmula incorporada por el legislador se garantiza que a la parte demandante no se le genere indefensión.

No obstante, en el articulado de la LJCA no se da respuesta a lo que acontecería si, en base al apartado segundo del artículo 60 LJCA, el demandante vuelve a solicitar el recibimiento del pleito a prueba y articula nuevos medios de prueba, y la parte demandada considera que, a la vista de esa nueva solicitud probatoria, resultaría necesario instar nuevos medios probatorios.

Pues bien, en el planteamiento jurídico anterior se considera que, a pesar de su falta de previsión expresa en la normativa de aplicación, el órgano judicial debería admitir, de estar debidamente justificado conforme a los mismo términos expresados en el apartado segundo del artículo 60 LJCA para la parte demandante, la prueba solicitada por la parte demandada en aras del principio de contradicción e igualdad de armas para tratar de evitar así la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, que se podría producir si una de las partes procesales, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo, en los términos en los que ya se ha pronunciado en numerosas resoluciones judiciales el Tribunal Constitucional², especialmente en el ámbito del procedimiento penal.

Por tanto, con las debidas cautelas, la necesidad de admitir dicho trámite procesal para la parte demandada por el órgano judicial, a pesar de su falta de regulación expresa, se derivaría de las garantías constitucionales impuestas por el art. 24 de la Constitución Española de donde se deduce la necesidad de dar traslado a todas las partes procesales a fin de que puedan contradecir y rebatir los argumentos

² SSTC 176/1988, de 4 de octubre, F. 2; SSTC 66/1989, de 17 de abril, F. 12; 186/1990, de 15 de noviembre, F. 5; 162/1997, de 3 de octubre, F. 4; 102/1998, de 18 de mayo, F. 2; 56/1999, de 12 de abril, F. 4; 79/2000, de 27 de marzo, F. 3; 154/2000, de 12 de junio, F. 2; SSTC 178/2001, de 17 de septiembre, 179/2002, de 14 de octubre, 8/2003, de 20 de enero, y 143/2004, de 13 de septiembre...

expuestos por la parte contraria y formular cuantas alegaciones tuvieran por conveniente en defensa de sus derechos.

Otra de las cuestiones jurídicas problemáticas que se plantean en relación con el artículo 60 LJCA, especialmente para la parte demandada, son aquellos supuestos en los que la parte demandante, invocando la aplicación supletoria de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), no presenta con la demanda ningún informe pericial limitándose a indicar que se tenga por anunciada la aportación en cuanto se disponga del mismo.

El artículo 337 LEC prevé un supuesto excepcional de anuncio de dictámenes, para su aportación posterior, cuando no se puedan aportar con la demanda o con la contestación, y así se dispone que cuando a las partes procesales no les sea posible aportar con la demanda o contestación los dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, expresarán los dictámenes que, en su caso, pretendan hacer valer que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso, en lo que se refiere específicamente en el proceso civil, cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal⁴³³.

En primer término, en cuanto al significado y alcance general de la cláusula de supletoriedad prevista en la disposición final primera de la LJCA, que señala que en lo no previsto por esta Ley regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil (en igual sentido que lo que fija el artículo 4 LEC), la doctrina científica, entre otros autores se puede citar a Chamorro González o Zapata Hijar⁴, consideran que sólo cabe recurrir a la supletoriedad de LEC cuando se hayan agotado todas las posibilidades de rellenar las posibles lagunas acudiendo al propio ordenamiento e interpretando sistemáticamente sus preceptos, o cuando para despejar la incógnita normativa este sistema se haya revelado insuficiente.

³ Número 1 del artículo 337 de la LEC redactado por el apartado ciento cincuenta y nueve del artículo decimoquinto de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial («B.O.E.» 4 noviembre), con vigencia desde 4 de mayo de 2010

⁴ Chamorro González J.M y Zapata Hijar, J.C. La incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Proceso Contencioso Administrativo, ed.Aranzadi, Pamplona.2003

Este planteamiento ha sido avalado por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y así, entre otras, en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2004 (recurso de casación 7296/2001) se declara que “si bien la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ex Disposición Final Primera, establece que: “En lo no previsto en esta Ley, regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ello sólo supone, como han puesto de relieve tanto la propiedad jurisprudencia como la doctrina científica, que la supletoriedad procesal civil ha de jugar precisamente en ese ámbito propio, esto es, en aquellos casos en que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no regule una cuestión pero tácitamente tampoco se oponga a ella por resultar la regla supletoria incompatible con el régimen diseñado por la Ley Jurisdiccional”.

Ahora bien, respecto del concreto supuesto de la aplicación supletoria del artículo 337 LEC en el proceso contencioso administrativo, el Tribunal Supremo se ha manifestado de forma positiva, y así en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 25 de mayo de 2009 (recurso de casación 10088/2004) se concluye que “Partiendo de la base de que la Ley reguladora de nuestra Jurisdicción no contiene normas específicas sobre la práctica de la prueba pericial (a salvo la mínima del artículo 60.6), no cabe duda de la aplicación supletoria de los artículos 336 y 337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que habrán de interpretarse teniendo en cuenta la especial estructura del proceso contencioso administrativo, desde el plazo para formalizar demanda es de sólo veinte días, periodo donde se tiene a disposición el expediente administrativo; por estas razones debe concluirse que la parte actora (y la demandada en igual trámite) habrá de expresar las razones por las cuales no presenta su dictamen pericial con la demanda en aquellos casos (que serán los más) en que el dictamen sólo puede encargarse a la vista del expediente administrativo”.

No obstante, admitida la aplicación supletoria del artículo 337 LEC en el proceso contencioso administrativo se considera que los órganos judiciales debieran ser rigurosos en cuanto a la admisión de esta previsión normativa para no desnaturalizar y desvirtuar el carácter excepcional del mismo, y evitar el

“tacticismo procesal” de las partes procesales para lograr una posición ventajosa en el procedimiento judicial.

En efecto, si bien la propia LEC reconoce que la parte que no haya propuesto el dictamen pueda manifestar al órgano judicial, y posteriormente intervenir en el acto de la vista, si considera oportuno que los peritos autores de los dictámenes aportados con posterioridad a la demanda comparezcan en juicio para exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación, o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito, ello no impide que se pueda estar generando una situación de desequilibrio probatorio entre las partes.

Con carácter general, la jurisprudencia ha considerado que teniendo en cuenta la citada previsión del apartado segundo del artículo 337 LEC, esto es, al disponer las partes procesales de la mencionada posibilidad de solicitar el trámite de aclaraciones contemplado en aquel apartado a fin de clarificar las cuestiones en él expuestas, y al poder igualmente hacer uso a tal efecto del trámite de conclusiones, no se generaría una indefensión material, real y efectiva a la otra parte procesal.

No obstante, resulta que lo que ampara dicho precepto es únicamente poder realizar aclaraciones sobre un informe pericial de parte cuyo contenido y resultado ha sido conocido por la parte demandada con posterioridad al trámite de contestación a la demanda, limitando por tanto sus opciones probatorias ya que es evidente que de haberlo conocido con anterioridad a dicho trámite se podría valorar jurídicamente su alcance, importancia y trascendencia, y haber articulado, en su caso, otros medios probatorios, y todo ello sin perjuicio de que dicha prueba pericial pudiera estar introduciendo nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito.

Además, no se puede obviar que por las características propias de la prueba pericial, realizada por personas especialmente cualificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, en la mayoría de los casos si, realmente y en la práctica, una vez conocido el contenido del mismo se quiere contrarrestar o cuestionar dicho medio probatorio, el trámite de aclaraciones que prevé la

normativa no cumpliría completamente la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte demandada, resultando necesario permitir la posibilidad de poder proponer y aportar prueba pericial o cualesquiera otro medio de prueba.

En definitiva, por los motivos anteriormente indicados sería conveniente que por los órganos judiciales se hiciera una interpretación limitada y rigurosa de la aplicación supletoria del artículo 337 LEC en el proceso contencioso administrativo, admitiendo únicamente la presentación tardía del informe pericial solamente en aquellos supuesto en los que realmente quedase, fehacientemente, acreditada la imposibilidad de aportación con la demanda del referido documento y/o que resultase razonable considerar que la complejidad técnica de las cuestiones planteadas en el informe pericial exigirían para su elaboración de un plazo mayor que el concedido, con carácter general, para formular la demanda.

En todo caso, teniendo en cuenta las características y especialidades propias de la prueba pericial en el ámbito contencioso administrativo debiera ser objeto de estudio por parte del legislador la posibilidad de introducir alguna modificación legislativa en el artículo 60 LJCA, fijando reglas propias respecto de la posibilidad de presentación de prueba pericial con posterioridad a la demanda, que no deja ser una situación procesal anómala y excepcional. Así, por ejemplo, estableciendo que para estos supuestos se suspenda el plazo para contestar a la demanda, fijando un plazo máximo para la presentación de la prueba pericial por la parte demandante que pudiera ser prorrogado justificadamente, de modo que de esta forma la parte demandada tendría pleno conocimiento del objeto y resultado de la pericia, y con pleno respeto de sus garantías constitucionales en materia probatoria podría articular los medios probatorios que considerase pertinentes en defensa de su posición procesal.

Finalmente, otra de las cuestiones procesales que, sin duda, mayor debate jurídico genera en relación con el artículo 60 LJCA son las consecuencias que genera su incumplimiento formal por alguna de las partes en sus escritos procesales, y la posibilidad o no de subsanación de los requisitos exigidos en aquel precepto, una vez detectados los mismos.

Hay que recordar que en el citado precepto se exige que en el escrito de demanda o contestación a la demanda se expresen de forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba, y los medios de prueba, no siendo infrecuente en la práctica los supuestos en los que se utiliza una fórmula genérica y abstracta (“que esta parte solicita el recibimiento del pleito a prueba a fin de acreditar los puntos de hecho consignados en el precedente relato fáctico” o fórmulas similares), o incluso se omite cualquier referencia a los hechos sobre los que debe versar la prueba y/o los medios de prueba que propone.

Un elemento de análisis previo esencial, probablemente la cuestión nuclear, para poder fundamentar adecuadamente sobre su carácter subsanable o no es la determinación de la naturaleza jurídica de los presupuestos exigidos en el artículo 60 LJCA, esto es, si nos encontramos ante un requisito exclusivamente formal o ante un requisito con naturaleza mixta, formal y material, ya que según la calificación que sea otorgada las consecuencias jurídicas que se derivarían son diferentes en caso de incumplimiento.

Como veremos a continuación, no es una cuestión pacífica ni desde un punto de vista doctrinal ni jurisprudencial, habiendo generado interesantes debates jurídicos entre los propios magistrados del orden contencioso administrativo, que son los operadores jurídicos finales encargados de la interpretación y aplicación del artículo 60 LJCA⁵.

Así, por una parte, se pueden encontrar argumentos jurídicos sólidos para alegar el carácter insubsanable de los requisitos exigidos en el artículo 60 LJCA en el supuesto que no sean cumplidos “ab initio” por una de las partes procesales. En estos supuestos se suele alegar por la parte en la que no concurre el defecto procesal, ya sea inmediata o directamente o tras el trámite otorgado por el órgano judicial, según se aprecie inicialmente por el órgano judicial o por la otra parte procesal, con fundamento en pronunciamientos judiciales, varias líneas jurídicas argumentales:

⁵ Córdoba Castroverde, Diego. “Sobre la subsanación de la omisión del requisito procesal de la indicación de los medios de prueba (art. 60.1 LJCA)” (EDB 2014/174241). El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia. El Derecho, nº 2 (1 de octubre de 2014)

1º.- Que el precepto en cuestión no contempla en su articulado la posibilidad de subsanación y sin que sea aplicable, por analogía, tal posibilidad, admitida expresamente por la LJCA para determinados defectos o requisitos formales, teniendo en cuenta la distinta naturaleza de los supuestos contemplados, ya que, precisamente, una interpretación sistemática diferente sería opuesta, además, a una de las finalidades de simplificación y agilización del proceso buscada por la Ley 37/11, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, como se comprueba de la lectura de su preámbulo, que introdujo esta concreta modificación legislativa.

2º.- Que hay que tener en cuenta la literalidad de los términos en los que se expresa el mencionado artículo 60 LJCA que hace referencia a que “solamente” podrá solicitarse el recibimiento del pleito a prueba por medio de otrosí en los escritos de demanda y de contestación, y en los de alegaciones complementarias, en los cuales “deberán” expresarse en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba y los medios de prueba que se propongan. El carácter preceptivo del requisito unido al contenido taxativo del adverbio “solamente”, implicarían desde una interpretación literal del precepto que la posibilidad de subsanar quedare vedado a las partes procesales.

3º.- Que la necesidad de expresar de forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba y los medios de prueba que se impone a las partes procesales, es un requisito con una naturaleza jurídica mixta, formal y material, ya que además de tratarse de una carga procesal (que corresponde a cada parte, de solicitar, en tiempo y forma, el recibimiento del pleito a prueba y proponer las pruebas de las que intente valerse) implica también una visión jurídica general de cómo afrontar el objeto del debate para tratar de lograr la convicción del órgano judicial, por lo que de no hacerlo el incumplimiento debería suponer las correspondientes consecuencias desfavorables para la propia parte causante de su omisión, sin que, por tanto, el órgano judicial deba admitir la subsanación o suplir la omisión al ser una carga, no solamente formal, que correspondía exclusivamente a una de las partes.

4º.- Igualmente frente al argumento generalista y abstracto que pudiera invocarse en relación a que debiera primar el derecho a la tutela judicial efectiva, a través

del derecho a la utilización de todos los medios de prueba, habría que matizar y tener en cuenta que, conforme a la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional⁶, el derecho a la utilización de los medios de prueba no es un derecho absoluto e ilimitado, sino que se constituye en un derecho de configuración legal que únicamente puede ser invocado cuando la prueba haya sido solicitado en tiempo y forma, conforme a las leyes procesales aplicables, y, en todo caso, para que finalmente se aprecie la infracción de aquel derecho fundamental, ésta debe ser imputable al órgano judicial, cuando en este tipo de supuestos es la parte procesal la que no articula en tiempo y forma la práctica de la prueba correctamente y, por tanto, solo a ella cabría imputar su actuación.

En este sentido, la doctrina constitucional sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa se resume, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 165/2004, de 4 de octubre, fundamento jurídico tercero, en donde se declara que: "a) Este derecho es un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que, para entenderlo lesionado, será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de las normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda...

...c) Es también doctrina reiterada de este Tribunal la de que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. Y es que, en efecto, el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos

⁶ STC 74/2004, STC 164/2004, STC 3/2005, STC 244/2005...

en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, puesto que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental. En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: a) la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial... “

5º.- Que no se puede obviar la posición de neutralidad e imparcialidad que es exigible del órgano judicial y que condicionaría la posibilidad de subsanar los defectos en los que incurran los actos procesales de las partes, en supuestos como los que son objeto de análisis, cuando ello puede estar generando un desequilibrio entre las partes procesales, para evitar además con ello alterar el principio de igualdad de las partes que debe regir el proceso contencioso administrativo.

Desde un punto de vista jurisprudencial hay que destacar que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha analizado esta cuestión jurídica en diversos pronunciamientos judiciales y, así se encuentran resoluciones judiciales del alto Tribunal que, con un criterio riguroso y formalista, en los términos anteriormente expuestos, no admiten la subsanación de la ausencia u omisión en el escrito de demanda o contestación a la demanda de los requisitos exigidos en el artículo 60 LJCA (puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba, y los medios de prueba) y así, entre otras:

En el auto, sección séptima, de fecha 19 de febrero de 2013 (recurso 380/2012) se declara que “...la demanda no cumple el requisito exigido imperativamente por el artículo 60.1 de la Ley de la Jurisdicción, en la redacción que le ha dado la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, ya vigente desde varios meses antes de la interposición del recurso. No lo cumple porque ese precepto exige que en la demanda «se expresen los medios de prueba que se propongan”

En el auto, sección séptima, de fecha 5 de junio de 2013 (recurso 288/2012) también se deniega la prueba, sin que se admita la posibilidad de subsanación, ya

que "...no solicitó en su escrito de contestación a la demanda el recibimiento a prueba, ni expresó los puntos de hecho, ni los medios de prueba propuestos, tal como exige el artículo 60.1 de la LRJCA, en la redacción otorgada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, aplicable al presente recurso contencioso-administrativo, sino en un posterior escrito presentado el 3 de diciembre de 2012»

En el auto, sección primera, de fecha 11 de octubre de 2013 (recurso 32/2013) se desestima el recurso de reposición contra el auto denegatorio de prueba, declarándose que "...Nuestra Ley Jurisdiccional condiciona el recibimiento a prueba a una serie de requisitos de orden formal y material. Entre los primeros se exige que en el escrito de demanda se fijen los puntos de hecho sobre los que ha de versar la prueba y los medios de prueba que se propongan (artículo 60.1). Y entre los segundos, se establece que únicamente se recibirá el pleito a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y estos sean de trascendencia para la resolución del pleito (artículo 60.3)...En lo relativo a los requisitos de orden formal, aunque se señalan los puntos de hecho sobre los que versará la prueba, lo cierto es que los medios de prueba que se proponen, en el segundo otrosí, tienen una formulación confusa... Nos referimos,...,a la documental pública propuesta, pues no se indica en qué consiste, simplemente se alude a un "certificado", ni a quien ha de dirigirse "otras Administraciones", añadiendo "en especial al Consejo de Consumidores y Usuarios", y precisando que es para "el caso de negativa de los hechos consignados en la demanda. Además, respecto de la "memoria de análisis de impacto normativo" se aprecia una falta de correspondencia entre los puntos de hecho y la proposición de la prueba. En efecto, aunque la indicada memoria resulta aludida en los puntos de hecho, sin embargo luego se omite toda referencia a la misma en la proposición de la prueba."

Sin embargo, no se puede obviar que también se encuentran pronunciamientos del Tribunal Supremo en sentido contrario, esto es, que la ausencia o falta de los requisitos procesales previstos en el artículo 60 LJCA en cuanto a la fijación de los hechos sobre los que haya de versar la prueba y los medios de prueba resultan subsanables, apreciándose todavía la ausencia de un criterio jurídico uniforme y consolidado sobre esta cuestión (al igual que ha sucedido durante mucho tiempo en otros asuntos ciertamente semejantes y así, por ejemplo, el relativo a la

exigencia establecida en el artículo 45.2.b) LJCA para el recurso contencioso-administrativo que interpongan las personas jurídicas, aportación del acuerdo de ejercicio de acciones, en donde la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷ estuvo con numerosos vaivenes que generaron incertidumbre).

En este sentido, autores como José Francisco Navarro Sanchís, magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ya apuntaban una interpretación jurídica más flexible de los órganos judiciales señalando que «Quien interese la prueba tiene la carga de expresar de forma ordenada los puntos de hecho (art. 60.1 LJCA). No es un requisito formal, sino sustantivo y su infracción no es subsanable, en principio, aunque en la práctica se acepta su expresión en el recurso de reposición»⁴⁴⁸, lo que, efectivamente, ha cristalizado en diversos pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo, y así, entre otros:

En el auto, sección primera, de fecha 2 de mayo de 2013 (recurso 159/2012) se concluye que “Primero.- Mediante el auto de 1 de abril de 2013 fue denegado el recibimiento a prueba en este proceso porque la parte que lo solicitaba no se atenía a la "nueva" exigencia procesal introducida en el artículo 60.1 de la Ley Jurisdiccional por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, a tenor de la cual es preceptivo que las partes expresen, en los escritos de demanda y contestación, no sólo los hechos sujetos a prueba sino también los específicos medios de prueba de que intenten valerse. Como quiera que en el otrosí del escrito de demanda no se cumplía esta segunda exigencia, no procedía recibir el proceso a prueba, sin perjuicio de tener por aportados los documentos acompañados por las partes. Segundo.- El recurso de reposición planteado frente al auto de 1 de abril de 2013 implícitamente reconoce que la petición de recibimiento a prueba no respetaba lo dispuesto en el artículo 60.1 de la Ley Jurisdiccional pues la impugnación se apoya

⁷ Véase para mayor información sobre esta cuestión, el artículo “Del acuerdo previo del órgano societario para litigar: un trámite que mata el pleito”, entrada del 28 de marzo de 2011 del blog jurídico www.contencioso.es; Chaves García, José Ramón.

⁸ Navarro Sanchís, Francisco José. “Carácter revisor de la jurisdicción contencioso- administrativa: algunas precisiones” (EDB 2012/31689). Editorial El Derecho Editores/ Revista de Jurisprudencia. El Derecho, nº 1 (1 de septiembre de 2012)

en la doctrina de esta Sala sobre la posibilidad de "subsanción en súplica del defecto formal advertido". Añade, por lo demás, que en el epígrafe 31 de la demanda "desarrollamos los medios de prueba sobre los que debería versar". En aquel escrito y apartado se afirmaba, sin embargo, que "(...) cuando llegue el momento procesal oportuno, se solicitará como prueba que se requiera a las empresas distribuidoras para que informen (...)". En otras palabras, posponía a un momento ulterior algo que -conforme a la nueva regulación legal- correspondía ya precisar en la propia demanda.

En todo caso, habida cuenta de que la propia demanda, aun cuando de modo procesalmente inadecuado, concreta en cierta medida el medio de prueba, documental, que se había de practicar, es procedente estimar el recurso de reposición y acceder al recibimiento a prueba en los términos precisados en el suplico de dicho recurso."

En el auto, sección primera, de fecha 22 de mayo de 2013 (recurso 1613/2012) se señala que "...A) Ciertamente, el artículo 138 de la Ley jurisdiccional comienza a estos efectos distinguiendo dos supuestos, con vistas a determinar cuándo se requiere el ofrecimiento del trámite de subsanción, que en efecto se contempla específicamente para el supuesto en que el defecto es advertido de oficio (apartado segundo); y que en principio no está previsto en cambio en el supuesto en que el defecto se observara por alguna de las partes (apartado primero), como ha sido el caso en el supuesto de autos.

Consiguientemente, nuestra jurisprudencia, partiendo de la base de esta distinción, ha venido a indicar que el artículo 138 no impone en todo caso a los órganos jurisdiccionales, en el supuesto previsto en el apartado primero, que proceda al otorgamiento del indicado trámite: por todas, nuestra Sentencia de 5 de noviembre de 2008 dictada por el Pleno de la Sala Tercera.

Ahora bien, asimismo hemos tenido ocasión de precisar el alcance de esta declaración, porque en el caso del apartado primero también deben distinguirse dos supuestos:

Uno primero, en que el recurrente, una vez que se ha alegado el defecto, nada hace por subsanarlo, hipótesis en la que no puede después esgrimir su pretendido derecho al citado trámite de subsanción y, por tanto, resultan plenamente aplicables las consecuencias de nuestra Sentencia antes mencionada.

Distinto a éste, sin embargo, es el caso que la parte recurrente haya reaccionado en efecto ante la denuncia del defecto y haya actuado en consecuencia aportando la documentación que considera adecuada: en esta segunda hipótesis, de considerar los órganos jurisdiccionales que aquella resulta insuficiente o inadecuada, deben proceder al otorgamiento de un trámite ulterior de subsanación a fin de preservar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24 de la Constitución”.

En el auto, sección tercera, de fecha 17 de septiembre de 2013 (recurso 417/2012) se indica que “En el asunto de referencia la entidad recurrente solicitó el recibimiento a prueba, que fue denegado por Auto de 12 de junio de 2.013 por no haber indicado los medios de prueba de que pretendía valerse, según establece el artículo 60.1 de la Ley de la Jurisdicción en su vigente redacción. La parte interpone recurso de reposición contra la indicada resolución en el que justifica la pertinencia de su solicitud de recibimiento a prueba y enumera los medios de prueba que considera oportunos. La circunstancia de que hasta la reforma operada en el citado precepto por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, no era preciso enumerar los medios de prueba al tiempo que se solicitaba el recibimiento a prueba del recurso, ha llevado a esta Sala a admitir en una etapa inicial la posibilidad de subsanar la omisión de dicha exigencia cuando ello se hace tan pronto como la parte es advertida de la deficiente cumplimentación de la solicitud de recibimiento a prueba. La indicación por la Asociación recurrente en el propio recurso de reposición de los medios de prueba solicitados nos conduce, en atención a evitar toda indefensión, a estimar el recurso y admitir el recibimiento a prueba.”

En el ámbito judicial de Castilla-La Mancha se ha planteado la cuestión que está siendo objeto de análisis en el presente artículo, al menos, en el procedimiento ordinario 523/2013, ante la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal de Justicia de Castilla-La Mancha, sección primera, en donde se dictó por la Sala auto donde se acordaba denegar el recibimiento del procedimiento a prueba a la parte demandante por no cumplirse los requisitos del artículo 60 de la LJCA, en concreto no señalaba los medios de prueba en su escrito de demanda, únicamente identificaba los hechos sobre los que versará. En el posterior recurso de reposición la parte consideraba y alegaba que se había incurrido en un error

de apreciación por la Sala pero sin que tampoco en este escrito procesal se procediese a identificar los medios de prueba aunque, a pesar de ello, se acuerda finalmente por la Sala admitir el recibimiento el pleito a prueba por auto de fecha 4 de marzo de 2015 que reproducimos parcialmente:

“TERCERO.- Pues bien, como se desprende del texto transcrito, no existe en el mismo medio de prueba alguno propuesto, que pueda admitir la Sala, razón por la que se le denegó.

No obstante ello y siendo que nuevamente el actor al interponer el recurso de reposición no propone medios de prueba concretos, entiende la Sala, que resultando que en el citado recurso hace referencia a unos recibos del IBI, debemos, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, estimar el recurso y admitir la práctica de prueba documental.

Por lo expuesto el recurso de reposición debe ser estimado, revocando el auto de fecha 14 de enero de 2015 admitiendo el recibimiento del procedimiento a prueba...LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por la actora contra el auto de 14 de enero de 2015, el cual revocamos admitiendo el recibimiento del pleito a prueba. Sin costas.”

Finalmente, hay que hacer referencia a un reciente auto del Tribunal Supremo, de fecha 28 de julio de 2015⁹, en el que ante un incumplimiento total de una de las partes procesales al no haber expresado de forma ordenada los puntos de hecho sobre lo que aquella había de versar ni los medios de prueba que propone, se declara que: “Este complemento o subsanación, de la omisión contenida en el escrito de demanda, en vía de recurso de reposición, no puede ser subsanada. Así es, la recurrente no solo no ha fijado, en el momento procesal oportuno, los puntos de hechos, sino que además no ha enunciado los medios de prueba de que pensaba servirse.

⁹ Esta sentencia judicial está comentada en la entrada del blog www.contencioso.es, del miércoles 16 de septiembre de 2015

Esta actitud procesal supone una alteración de las normas del proceso, de la posición de la partes, y de la finalidad y garantías que cumple esa anticipación al momento de la presentación de la demanda.

En este sentido, hemos declarado, mediante Auto de 6 de mayo de 2015 (recurso contencioso administrativo nº 590/2014), que la solución contraria que postula la recurrente coloca a la parte recurrida en una situación de verse obligada a contestar a la demanda sin dato alguno de los que legalmente es exigible que tuviera conocimiento al redactar su contestación, en torno a los hechos, los documentos y los medios de prueba sobre los que la actora pretende justificar el éxito de su pretensión, lo que hace inviable, por tanto, una subsanación que consolidaría la parcial indefensión que ya ha sido consumada en contra de la parte demandada.”

En definitiva, la mayoría de los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que han sido objeto de cita en el presente artículo favorables a la subsanación tienen como común denominador que se fundamentan en la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva frente a lo que podría interpretarse como un excesivo rigorismo de la normativa procesal, aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los requisitos procesales y el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁵¹⁰.

3. Conclusiones

En relación con el supuesto que el demandante vuelve a solicitar el recibimiento del pleito a prueba y articule nuevos medios de prueba, y la parte demandada considere que, a la vista de esa nueva solicitud probatoria, resultaría necesario instar nuevos medios probatorio, hemos expuesto el criterio favorable a que, a pesar de su falta de previsión expresa en la normativa de aplicación, el órgano judicial admita, siempre que estuviera debidamente justificado en los mismo

¹⁰ Entre otras: SSTC 9372/2000, de 16 de marzo; 3973/2000, de 21 de marzo; 3974/2000, 3975 y 3976, de 23 de marzo; 3977, 3978 y 3980/2000, de 28 de marzo; 4053, 4054 y 4055/2000, de 4 de abril; 4192, 4193 y 4194/2000, de 11 de abril; 4197, 4198 y 4200/2000, de 27 de abril; 11/2001, de 29 de enero...

términos expresados en apartado segundo del artículo 60 LJCA para la parte demandante, la prueba solicitada por la parte demandada en aras del principio de contradicción e igualdad de armas, para tratar de evitar así la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, que se podría producir si una de las partes procesales, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo.

Respecto de la posibilidad de presentar prueba pericial con posterioridad a la demanda, se ha expuesto el criterio favorable a que por parte del legislador se estudie la posibilidad de introducir alguna modificación legislativa en el artículo 60 LJCA, teniendo en cuenta las características y especialidades propias del ámbito contencioso administrativo. Asimismo, admitida por la jurisprudencia la aplicación supletoria del artículo 337 LEC en el proceso contencioso administrativo, se considera, por los motivos y razonamientos que han sido expuestos, que los órganos judiciales debieran ser rigurosos y estrictos en cuanto a la admisión de esta previsión normativa en la jurisdicción contenciosa administrativa para no desnaturalizar y desvirtuar el carácter excepcional del mismo, y evitar lo que coloquialmente hemos denominado “tacticismo procesal” de las partes procesales para lograr una posición ventajosa en el procedimiento judicial, afectando al principio de igualdad de armas que debiera presidir el proceso contencioso administrativo.

En cuanto el carácter subsanable o insubsanable de los requisitos exigidos en el artículo 60 de la LJCA se impone un análisis reflexivo y profundo sobre esta cuestión por parte de los órganos judiciales, particularmente sobre un aspecto que podría parecer dogmático pero que se configura como esencial para dar una respuesta jurídica adecuada, y es el relativo a la naturaleza jurídica de dicho trámite, es decir si nos encontramos ante un requisito exclusivamente formal, o ante un requisito con naturaleza mixta, formal y material, ya que precisamente la calificación que sea otorgada atribuye e implicaría consecuencias jurídicas diferentes en caso de incumplimiento por las partes procesales.

Como hemos comprobado, no existe una posición uniforme por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo que habrá que analizar cada supuesto

específico para dar la respuesta jurídica adecuada, si bien, a mi modo de ver, la invocación genérica del derecho a la tutela efectiva no debiera servir para validar, en todo caso, cualquier actuación procesal de las partes, ya que habría que diferenciar aquellos casos en los que existe una formulación confusa o equívoca, de la que al menos se pueda inferir la voluntad de cumplir los requisitos procesales, de aquellos casos en los que la omisión inicial es total y absoluta, en cuyo supuesto admitir la subsanación podría afectar a la posición de neutralidad e imparcialidad que es exigible del órgano judicial, quebrantando así el principio de igualdad de las partes que debe regir en el proceso contencioso administrativo, ya que, de facto, supondría que el órgano judicial estaría supliendo la inactividad procesal de una de las partes.

4. Bibliografía

- Córdoba Castroverde, Diego. “Sobre la subsanación de la omisión del requisito procesal de la indicación de los medios de prueba (art. 60.1 LJCA)” (EDB 2014/174241). El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia. El Derecho, nº 2 (1 de octubre de 2014)
- González Salina, Pedro. “Nuevas sentencias del Tribunal Constitucional que corrigen decisiones judiciales impeditivas del acceso a la jurisdicción contencioso administrativo” (Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 64/2005, de 14 de marzo; 79/2005, de 4 de abril; 132/2005, de 23 de mayo; y 133/2005, de 23 de mayo) Revista jurídica de Navarra, ISSN 0213-5795, Nº 39, 2005, págs. 193-204
- López Candela, Javier Eugenio. “Las reformas procesales operadas por las Leyes 12/2009, de 3 noviembre, de implantación de la nueva oficina judicial y 37/2011, de 10 octubre, de agilización procesal en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa” (EDB 2012/2). El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia. El Derecho, nº 3 (1 de enero de 2012)
- Memento procesal contencioso administrativo 2015. Francis Lefebvre/El Derecho. ISBN: 978-84-16268-31-3
- Navarro Sanchís, Francisco José. “Carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa: algunas precisiones” (EDB 2012/31689). Editorial El

Derecho Editores/ Revista de Jurisprudencia. El Derecho, nº 1 (1 de septiembre de 2012)

- Página institucional del Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es). Sección de estadística judicial. La Justicia dato a dato: año 2010

- Rodríguez Márquez, Jesús. “STC 169/2005, de 20 de junio de 2005: los principios de igualdad de medios de defensa y contradicción en el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública”. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Instituto de Estudios Fiscales

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN SANCIONADOR ESTABLECIDO EN LA LEY ÓRGANICA 4/2015, DE 30 DE MARZO, DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

ANGEL QUEREDA TAPIA

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: 15/09/ 2015

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ABREVIATURAS
3. RÉGIMEN SUSTANTIVO
 - 2.1 Sujetos responsables y reglas de imputación
 - 2.2 Reglas para la determinación del hecho infractor susceptible de sanción
 - 2.3 Órganos competentes
 - 2.4 Graduación de las sanciones
 - 2.5 Infracciones y sanciones
 - 2.6 Prescripción
 - 2.7 Reparación del daño
 - 2.8 Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana
3. PROCEDIMIENTO
 - 3.1 Régimen jurídico aplicable
 - 3.2 Aplicación del principio *non bis in idem*
 - 3.3 Acceso a datos de otras Administraciones Públicas
 - 3.4 Medidas provisionales
 - 3.5 Caducidad del procedimiento
 - 3.6 Efectos de la resolución
 - 3.7 Valor probatorio de los agentes de la autoridad
 - 3.8 Ejecución de la sanción
 - 3.9 Procedimiento abreviado
4. BIBLIOGRAFÍA

-
5. SELECCIÓN TEXTO LEY ORGÁNICA 4/2015, DE 30 DE MARZO, DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA
 6. ABREVIATURAS

1.Introducción

El 1 de julio de 2015 entró en vigor la ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, derogando la ley orgánica 1/1992, que venía, hasta esa fecha, regulando la referida materia. Lo hizo de forma paralela a la entrada en vigor de la última reforma del Código Penal, llevada a cabo mediante ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

La seguridad ciudadana debe garantizar el libre ejercicio por las personas de los derechos y libertades reconocidos y amparados por la CE. Por tanto, se trata de una ley de capital importancia en el ámbito administrativo, que tiene por esencial objeto, según establece su preámbulo “la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad ciudadana”.

Para garantizar su objetivo utiliza como principal medio o instrumento, como es habitual en cualquier disposición legal de corte administrativo, la potestad sancionadora de la Administración, implantando en la norma un régimen sancionador como prevención para evitar su incumplimiento.

Con este fin, el capítulo V de la referida norma legal regula el régimen sancionador, introduciendo novedades relevantes con respecto a la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero. Además, eleva a rango legal alguna disposición reglamentaria, incorpora criterios jurisprudenciales, y en consonancia con el CP viene a configurar un marco legal sectorial minucioso que, indudablemente, facilitará la labor que de la aplicación de la ley tengan que llevar a cabo los distintos operadores jurídicos.

Tiene muy presentes, como dice su exposición de motivos “los principios que rigen la potestad sancionadora administrativa, singularmente los de responsabilidad, proporcionalidad y legalidad, en sus dos vertientes, de

legalidad formal o reserva de Ley y legalidad material o tipicidad, sin perjuicio de la admisión de la colaboración reglamentaria para la especificación de conductas y sanciones en relación con las infracciones tipificadas por la Ley”

2. Régimen sustantivo

2.1 Sujetos responsables y reglas de imputación

El artículo 30.1 LPSC no reconoce más sujeto susceptible de imputación de las infracciones tipificadas que al autor del hecho, descartando cualquier otro tipo de responsabilidad por otra forma de participación distinta en el mismo⁴⁶, tal como suele ser regla habitual en el régimen sancionador administrativo.

Sin embargo, en el artículo 30.2 LPSC, contrariamente al silencio que guarda la LRJPA y prácticamente toda la normativa sectorial⁴⁷, con respecto a la determinación de la edad en la imputación del hecho infractor, dispone, de forma rotunda, la exención de la responsabilidad de los menores de 14 años.

La exposición de motivos LPSC justifica esta decisión con el objeto de guardar consonancia con la ley penal del menor⁴⁸. No obstante, esta exención de responsabilidad administrativa, el órgano competente queda obligado a poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, se supone que con objeto de que éste se valoren las circunstancias, a efectos de si procede ponerlo en conocimiento de la entidad pública de protección de menores⁴⁹.

No olvida la LPSC la dificultad que se presenta, en determinados tipos infractores, para determinar la autoría del hecho susceptible de sanción. Por ello, en el artículo 30.3, realiza un encomiable esfuerzo para salvar este

⁴⁶ El Código Penal, en el artículo 27, considera responsable penal no sólo al autor sino también al cómplice

⁴⁷ De forma novedosa había recogido esta exención la ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las administraciones públicas del país Vasco(LPSPV) que dispone en su art. 6.3 que no serán responsables los menores de 14 años.

⁴⁸ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

⁴⁹ En el ámbito penal, el artículo 4 (en relación con el artículo 2) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de la responsabilidad penal de los menores, así lo dispone expresamente.

escollo, y otorgar a los operadores jurídicos una serie de reglas que disminuyan todo lo posible una decisión discrecional al respecto, necesitada de justificación.

Determina el indicado precepto que los responsables de las infracciones cometidas como consecuencia de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones son los organizadores, promotores, o directores de las mismas, ya se trate de personas físicas o jurídicas; considerando como tales tanto a los que hubieran suscrito la preceptiva comunicación (se refiere a la comunicación de la reunión a la autoridad competente) como los organizadores y promotores que, de hecho, la presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes; así como a los que se consideren directores porque hayan realizado la publicación o declaración de la convocatoria, o porque razonablemente se derive tal dirección de la realización de cualesquiera otros hechos.

2.2 Reglas para la determinación del hecho infractor susceptible de sanción.

Con objeto de evitar una doble sanción por los hechos susceptibles de infracción, bajo el nombre de “normas concursales”, el artículo 31 LPSC ofrece una serie de reglas que vienen a solventar las serias dudas jurídicas que en otros sectores se plantean ante su ausencia.

Si bien es novedosa esta regulación como tal, no lo es en su aplicación práctica, dado que ya la jurisprudencia se ha venido adelantando a lo que ahora, en este sector, es disposición legal⁵⁰.

Este precepto acoge, aunque lo haga con distinta dicción, el contenido de tres de las cuatro reglas fijadas en el artículo 8 CP.

La primera de ellas es que el tipo infractor especial excluye al general, de tal

⁵⁰ STS de 1 de junio de 2000, que sostiene que “la aparente antinomia debe ser resuelta conforme a los principios establecidos en el orden punitivo general para los concursos de normas, esto es, aplicando el precepto especial con preferencia sobre el general”.

forma que ante la comisión de unos hechos tipificados como infracción en un precepto general y en otro específico, debe excluirse de sanción el primero de ellos.

Con idéntica dinámica la infracción compleja que a su vez contemple otra u otras más simples, absorbe a éstas en sus tipos. Se supone, aunque el precepto no lo dice expresamente, siempre que las infracciones simples sean necesarias para la consumación de la compleja⁵¹.

Subsidiariamente a las dos reglas anteriores, el precepto más grave excluye de sanción a las infracciones más leves.

2.3 Órganos competentes

En el ámbito de la Administración General del Estado, se distribuye la competencia para sancionar, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, entre el Ministro de Interior, El Secretario de Estado de Seguridad y los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en las ciudades de Ceuta y Melilla.

Curiosamente, el artículo 32 LPSC no distingue entre órgano competente para incoar el procedimiento y órgano competente para imponer la sanción, debiendo entenderse que el competente para sancionar lo es también para acordar la iniciación del procedimiento.

Pero esto obliga a aventurar la sanción a imponer con anterioridad a la instrucción del procedimiento, con la dificultad añadida de que la asignación de la competencia a cada órgano no viene determinada precisamente por la clase de infracción, o por la cuantía, sino por el grado.

⁵¹ El artículo 4.4 REPEPOS dispone que “En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida”.

En el ámbito autonómico, como no puede ser de otra forma, para respetar el principio de autoorganización, no concreta los órganos competentes para sancionar residenciando la competencia en las “autoridades correspondientes de la Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias en materia de seguridad ciudadana”. Se refiere a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias para la creación de policías propias. No obstante, sí parece que para algún tipo infractor podría ser competentes para incoar y sancionar las Comunidades Autónomas para el pleno ejercicio de otras competencias distintas a la de seguridad ciudadana.⁵²

En el ámbito local otorga competencia para sancionar y adoptar las medidas previstas en la LPSC a los alcaldes “cuando las infracciones se cometieran en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local, siempre que ostenten competencia sobre la materia de acuerdo con la legislación específica”.

Además, permite que, en los términos del art. 41 LPSC, las ordenanzas municipales puedan introducir especificaciones o graduaciones a las infracciones y sanciones establecidas en la LPSC.

2.4 Graduación de las sanciones

Novedosa en el régimen sancionador es la determinación de acercar lo más posible la decisión administrativa de concreción de la sanción a una serie de reglas legales, que van a permitir una indudablemente mayor justificación de la cuantía o duración de la sanción a imponer.

Quizá por primera vez en el ámbito administrativo sancionador, la ley realiza una abierta división de las sanciones consistentes en multa en tres tramos, al igual que hace el CP para los delitos, cuantificando cada uno de ellos.

⁵² Tal podría ser el caso de la infracción tipificada en el artículo 36.13: “La negativa de acceso o la obstrucción deliberada de las inspecciones o controles reglamentarios, establecidos conforme a lo dispuesto en esta Ley, en fábricas, locales, establecimientos, embarcaciones y aeronaves.”

Esta división en tramos de la multa solo la observa la LPSC en el caso de las infracciones muy graves y graves, obviándolo en las leves. En éstas se determinará directamente, teniendo en cuenta las circunstancias y los criterios establecidos para la graduación de las primeras.

Cuando no concorra ningún tipo de circunstancia legalmente susceptible de agravar la sanción ésta se impondrá en su grado mínimo, lo que, de entrada, impide legalmente, en estos caso, la superación del límite mínimo de cuantía de la multa para las infracciones muy graves y graves.

La imposición de la sanción en su grado medio, al igual que ocurre en el mínimo es también reglada, impidiendo una decisión discrecional, pues el artículo 33.2 LPSC deja enumeradas una serie de circunstancias, en lista cerrada, que obligan al órgano competente para imponer la sanción a superar el grado mínimo, siempre y cuando concorra al menos una de ellas.

Para imponer la sanción en su grado máximo la decisión del órgano competente ya no es reglada. La decisión para superar el grado medio debe estar justificada en la existencia de una especial gravedad del hecho infractor, y siempre teniendo en cuenta las circunstancias de la lista prevista para el grado medio.

Según puede interpretarse de todo el contexto normativo de la graduación de las infracciones muy graves y graves, nada impide imponer una sanción en grado medio aún cuando concorra más de una circunstancia agravante, siempre y cuando los hechos no revistan especial gravedad.

También esta interpretación puede llegar a la conclusión de que aún cuando concurriendo una sola circunstancia agravante pueda imponerse la sanción en su grado máximo siempre y cuando los hechos revistan una especial gravedad. Lo que sí parece descartarse, aunque con ciertas dudas, es que pueda imponerse la sanción en grado máximo si no concurre ninguna de las circunstancias agravantes, aunque los hechos revistan una especial gravedad.

Luego, en cada grado, la cuantía de la multa se determinará de forma discrecional, justificándola con el juego de los criterios legalmente establecidos: la entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública, cuantía del perjuicio, beneficio económico obtenido, capacidad económica del infractor...

_Para sancionar las infracciones leves, como se ha dicho, no opera la división en grados de las muy graves y graves, debiendo imponerse la multa discrecionalmente, atendiendo las circunstancias concurrentes previstas para aquellas.

Curiosamente, para las sanciones accesorias no establece la LPSC el juego de la división de la sanción en grados, lo que a priori parece permitir al órgano sancionador una total discrecionalidad, siempre justificada

2.5 Infracciones y sanciones

Conforme a lo dispuesto en la LRJPAC el artículo 34 LPSC clasifica las infracciones en muy graves, graves y leves.

En consonancia con el artículo 129.3 LRJPAC y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵³, la LPSC deja abierta la posibilidad de que disposiciones reglamentarias de desarrollo puedan introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta Ley que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar su naturaleza y límites, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

Los artículos 35, 36 y 37 LPSC, enmarcan, respectivamente, el cuadro de infracciones muy graves, graves y leves.

La LPSC esencialmente añade a las infracciones que ya estaban tipificadas en la Ley Orgánica 1/1992, conductas que atentan gravemente contra la

⁵³ STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2

seguridad ciudadana, y no están recogidas en el CP como constitutivas de delito.

Son, en gran parte, el resultado de la reforma de CP, en la que se ha llevado a cabo una revisión de los tipos penales de esta naturaleza, que ha dado lugar a la despenalización de determinados hechos; que, para que no queden impunes, han sido incorporados al ámbito administrativo sancionador.

2.6 Prescripción

Con respecto al plazo de prescripción de las infracciones el artículo 38 LPSC establece una regulación especial, distinta a la establecida con carácter subsidiario por la LRJPAC⁵⁴. Las infracciones administrativas tipificadas en la LPSC prescriben a los seis meses, al año o a los dos años de haberse cometido, según sean leves, graves o muy graves, respectivamente.

En lo que se refiere al inicio del cómputo del plazo de prescripción, el artículo 38.2 LPSC reproduce el artículo 132.2 LRJPAC, disponiendo que el día a quo del cómputo del plazo de prescripción se inicia el mismo día de la comisión de la infracción. No obstante, acoge legalmente la jurisprudencia consolidada con respecto al inicio del cómputo en las infracciones continuadas y en las que producen efectos permanentes⁵⁵. Dice el referido precepto, en una redacción similar a la contenida en el CP para la prescripción de los delitos, que en las infracciones continuadas el día inicial del cómputo del plazo de prescripción será el día en que se cometió la última infracción, y en las permanentes se computará desde que se eliminó la situación ilícita⁵⁶.

Añade este artículo que la prescripción se interrumpirá no solo por la

⁵⁴ La LRJPAC, en su artículo 132.1, establece tres años para las muy graves, 2 años para las graves y seis meses para las leves.

⁵⁵ SSTs de 27 de mayo de 1999 y de 5 de junio de 1986

⁵⁶ El artículo 132.1 CP establece que “En los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.”

notificación del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sino que también por cualquier actuación administrativa de la que tenga conocimiento formal el interesado, y siempre y cuando esté dirigida a la sanción de la infracción, reanudándose el cómputo del plazo de prescripción si el procedimiento estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

Contiene este precepto una singularidad importante. La interrupción de la prescripción no está condicionada de forma exclusiva a la notificación de la iniciación del procedimiento, tal como dispone la LRJPAC⁵⁷, sino que se hace extensiva a cualquier actuación administrativa, siempre y cuando sea notificada al interesado y esté encaminada a sancionar la infracción. Indudablemente se refiere a actuaciones previas a la iniciación del procedimiento sancionador con objeto de determinar si existen indicios suficientes para iniciar el procedimiento, tal como establece el artículo 48 LPSC; o a la adopción de medidas cautelares acordadas antes de la iniciación del procedimiento sancionador.

En principio se trata de un plazo de prescripción, en el que la regla jurídica es que una vez interrumpido el cómputo del plazo deja sin efecto el tiempo transcurrido y, en caso de un nuevo cómputo, habría que hacerlo nuevamente de forma íntegra. Pero el uso del término “reanudándose”⁵⁸ siembra una seria duda de si el tiempo ya transcurrido queda o no sin efecto.

De su interpretación literal, incluso de su contexto, parece como si el legislador quisiera evitar la actuación administrativa con el simple objeto de dejar viva la acción durante el mayor tiempo posible, otorgando a esa interrupción un mero efecto suspensivo, de tal forma que el tiempo ya transcurrido no queda sin efecto, y transcurrido el mes de paralización aquel continúa en el día en que se

⁵⁷ El artículo 132.2, segundo párrafo de la LRJPAC dispone que “Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador...”

⁵⁸ Según el diccionario de la RAE “reanudar” es renovar o continuar el trato, estudio, trabajo, conferencia, etc.

hubiere quedado.

Apoya esta tesis la distinta literalidad de la LPSC referida a la prescripción de las sanciones, que en el artículo 40.2, lejos de utilizar el término “se reanudará”, emplea el de “volviendo a transcurrir el plazo”, dejando claro que el plazo de prescripción volverá a computarse de forma íntegra.

La apertura de un procedimiento judicial penal también interrumpe la prescripción, que queda efectivamente interrumpida hasta que la autoridad judicial comunique al órgano administrativo su finalización. Se entiende que el procedimiento penal se considerará finalizado cuando exista resolución judicial firme que lo archive o sentencia, ya sea absolutoria o de condena. No parece que pueda ser otra la conclusión que la de que la apertura del procedimiento judicial opera ope legis con respecto a la interrupción de la prescripción de la infracción administrativa, aún cuando la Administración no haya llevado a cabo actuación administrativa alguna encaminada a sancionar los hechos.

Por lo que a las sanciones se refiere, establece la LPSC que las impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por infracciones graves, a los dos años, y las impuestas por infracciones leves al año. El cómputo se iniciará al día siguiente a aquel en que adquiera firmeza en vía administrativa la resolución por la que se impone la sanción.

2.7 Reparación del daño

La sanción deberá ir, en su caso, acompañada, necesariamente, de la responsabilidad de resarcir los daños o perjuicios causados a la Administración Pública, debiendo la resolución finalizadora del procedimiento contener un pronunciamiento expreso al respecto.

El referido resarcimiento de daños y perjuicios consistirá, si ello fuera posible, en la reposición a su estado original del bien o elemento perjudicado; o, en otro caso, en la indemnización de los daños y perjuicios causados.

En cualquier caso, en consonancia con los principios que rigen la prueba en el

procedimiento sancionador, la responsabilidad por daños y perjuicios tiene que quedar decidida de forma contradictoria en el procedimiento sancionador, con fijación, o no, de la cuantía de la indemnización en caso de proceder ésta. Si no hubiera sido posible fijar la cuantía en el curso del procedimiento sancionador podrá determinarse en un procedimiento complementario, existiendo la posibilidad de terminación convencional. Lo que no parece posible es iniciar un procedimiento complementario de responsabilidad civil, así la denomina la ley, si esta no ha sido impuesta en el procedimiento sancionador.

El artículo 42.2 LPSC dispone que “la responsabilidad civil derivada de una infracción será siempre solidaria entre todos los causantes del daño”. Lo que puede llevar a afirmar que la reposición o indemnización derivada de la infracción administrativa corresponde, solidariamente, a todos los causantes del daño hayan sido o no sancionados. Es decir, puede darse el supuesto de que algún causante del daño, por ser menor de 14 años, haya participado en el hecho infractor y quedado exento responsabilidad sancionadora, pero deba responder de la denominada en la LPSC “responsabilidad civil” solidariamente con los sancionados. Esta circunstancia obligaría a la Administración seguir considerando al menor de 14 años interesado en el procedimiento sancionador a efectos de que haga valer sus derechos ante la eventual condena de reposición o indemnización.

Por otro lado, el artículo 42.3 exige responsabilidad solidaria a los padres, tutores, curadores, acogedores o guardadores legales cuando sea declarado autor de los hechos cometidos un menor de dieciocho años no emancipado o una persona con la capacidad modificada judicialmente. Luego, en estos supuestos, tienen que ser interesados en el procedimientos sancionadores los padres, tutores, curadores, acogedores o guardadores legales.

2.8 Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana

El artículo 43.1 LPSC crea un Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana, dependiente del Ministerio del Interior, y con el exclusivo efecto de apreciar la reincidencia en la comisión de infracciones

tipificadas en esta la LPSC.

Este precepto habilita a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, y cuenten con un cuerpo de policía propio, crear sus propios registros de infracciones contra la seguridad ciudadana.

Aunque con remisión reglamentaria a la organización y funcionamiento del Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana, el artículo 43.2 LPSC limita el número de asientos que puede incorporar el referido registro. El artículo 43.3 LPSC obliga a las administraciones públicas a informar a las personas a las que se haya impuesto una sanción, firme en vía administrativa, de que se procederá a la práctica de los correspondientes asientos en el Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana.

Y el artículo 43.4 a las autoridades y órganos de las distintas administraciones públicas con competencia sancionadora en materia de seguridad ciudadana, a comunicar al Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana las resoluciones sancionadoras dictadas, una vez firmes en vía administrativa; otorgando, a estos efectos, a dichas administraciones públicas el derecho a acceder a los datos obrantes en ese Registro Central.

3.Procedimiento

3.1 Régimen jurídico aplicable

El artículo 44 LPSC residencia el régimen jurídico de la potestad sancionadora en lo dispuesto al respecto en el título IX de la LRJPAC y sus disposiciones de desarrollo, como no puede ser de otra forma, por tratarse de legislación básica⁵⁹. No obstante, lo hace sin perjuicio de las especialidades que se regulan en este capítulo.

⁵⁹ La LRJPAC establece los principios que han de regir la potestad sancionadora y el procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de lo dispuesto en normas sectoriales, que en todo caso deberán respetar aquéllos.

3.2 Aplicación del principio non bis in idem

Al principio establecido en el artículo 133 LRJPAC que prohíbe la concurrencia de sanciones, penales o administrativas, cuando existen identidad de sujeto, hecho y fundamento, añade el artículo 45 LPSC una serie de matizaciones o especialidades, dando virtualidad legal a disposiciones reglamentarias aplicables⁶⁰ o a doctrina jurisprudencial⁶¹.

El segundo punto del referido artículo 45 LPSC, dispone que ante conductas que pudieran ser constitutivas de delito, queda obligado el órgano administrativo a comunicarlo a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal; y a abstenerse de seguir el procedimiento sancionador hasta que no exista resolución judicial firme poniendo, de cualquier forma, fin al procedimiento penal⁶²; o el Ministerio Fiscal no considere procedente iniciar o proseguir las actuaciones en vía penal.

Añade el precepto indicado que hasta entonces queda interrumpido el plazo de prescripción; y que la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal también quedan obligados a comunicar al órgano administrativo la resolución o acuerdo que hubieran adoptado.

Quiere decir esto que el plazo de prescripción de la infracción no podrá empezar a computarse en tanto en cuanto el órgano administrativo competente para iniciar, o proseguir, el procedimiento sancionador no haya tenido conocimiento formal de la finalización del mismo, bien porque se le haya notificado la resolución judicial bien porque se lo haya hecho saber el órgano judicial o el Ministerio Fiscal.

⁶⁰ El REPEPOS desarrolla reglamentariamente el principio non bis in idem establecido en la LRJPAC

⁶¹ STC 2/1981, de 30 de enero

⁶² Se entiende que siempre y cuando no se trate de una sentencia condenatoria como aclara el artículo 45.3 LPSC.

Dictada la resolución judicial finalizadora del procedimiento, y si en ella no se contempla la existencia de ilícito penal, el punto tercero del precitado artículo 45 LPSC habilita al órgano administrativo competente a iniciar o proseguir el procedimiento sancionador, tal como ya se ha dicho. Pero con la advertencia de que éste queda vinculado por los hechos declarados probados en vía judicial⁶³.

Finaliza este precepto estableciendo en su punto cuarto, que pueden ser mantenidas las medidas cautelares adoptadas en vía administrativa durante la tramitación del procedimiento penal, siempre y cuando la autoridad judicial no establezca otra cosa.

3.3 Acceso a datos de otras Administraciones Públicas

El artículo 46 LPSC, en su primer punto, habilita expresamente a las autoridades y órganos de las distintas administraciones públicas competentes para sancionar a, sin el consentimiento previo del inculcado, acceder a los datos de carácter personal que obren en poder de otros organismos, con las garantías de seguridad, integridad y disponibilidad, de conformidad con lo establecido en la LOPD⁶⁴.

El segundo punto del citado artículo 46 LOPSC obliga a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a la Tesorería General de la Seguridad Social y al Instituto Nacional de Estadística a facilitar el acceso a sus ficheros. Pero siempre y cuando se trate de órganos administrativos sancionadores de la Administración General del Estado.

3.4 Actuaciones previas

⁶³ Así lo establece también el artículo 7 del REPEPOS.

⁶⁴ El artículo 6 LOPD establece que para el tratamiento de datos de carácter personal no es preciso el consentimiento del titular cuando estos datos se recojan para el ejercicio de funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias.

El artículo 48 LPSC establece un eventual trámite de actuaciones previas en regulación similar al contenido en el artículo 12 REPEPOS, pero al que añade alguna especialidad.

En el primer punto de este precepto dispone que las actuaciones previas se incorporarán al procedimiento sancionador. Pero esto no quiere decir que las mismas tengan valor probatorio⁶⁵, salvo que vuelvan a reproducirse presididas por el principio de contradicción.

El punto segundo de este precepto contempla otra singularidad. Establece la posibilidad de llevar a cabo las actuaciones previas sin la intervención del presunto responsable; siempre y cuando su ausencia fuera indispensable para garantizar el buen fin de la investigación, y se deje constancia en las propias diligencias de las razones que llevaron a esa decisión.

Y finalmente en el punto tercero aclara que “la práctica de actuaciones previas no interrumpirá la prescripción de las infracciones”.

3.4 Medidas provisionales

En los artículos 47 y 49 LPSC regula la eventual adopción de medidas provisionales, ya se adopten con anterioridad o posterioridad a la incoación del procedimiento sancionador.

En el artículo 47.1 se establece la obligación a los agentes de la autoridad para que intervengan y aprehendan cautelarmente los instrumentos utilizados para la comisión de la infracción, así como el dinero, los frutos o los productos directamente obtenidos. Además dispone que todos estos objetos se mantendrán en depósitos establecidos al efecto, o bajo la custodia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, mientras se tramita el procedimiento sancionador o hasta que, en su caso, se resuelva la devolución o se decrete el

⁶⁵ ÁNGEL QUEREDA TAPIA (DIRECTOR), ANTONIA GÓMEZ DÍAZ-ROMO, BELÉN LÓPEZ DONAIRE Y ROBERTO MAYOR GÓMEZ, *“Manual práctico del instructor de procedimientos sancionadores administrativos y disciplinarios”*, pág. 92, Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2013

comiso.

No obstante, obliga este precepto a destruirlos o darles el destino adecuado si el coste del depósito superase su valor venal. Todo ello de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente.

Además, el segundo punto del artículo 47 LPSC también habilita, excepcionalmente, a los agentes de la autoridad a adoptar, con carácter previo a la iniciación del procedimiento, las medidas provisionales previstas en el artículo 49.1. Esta habilitación excepcional solo está permitida para supuestos de grave riesgo o peligro inminente para personas o bienes; quedando prohibida, en todo caso, para la prevista en el párrafo f) del citado precepto: “La suspensión de la actividad objeto de autorizaciones, permisos, licencias y otros documentos expedidos por las autoridades administrativas, en el marco de la normativa que le sea de aplicación”.

No obstante, estas medidas provisionales deberán ser ratificadas, modificadas o revocadas en el acuerdo de incoación en el plazo máximo de quince días; quedando sin efecto si, transcurrido dicho plazo, no se incoa el procedimiento; o si el acuerdo de incoación no contiene un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

Una vez incoado el procedimiento sancionador, según lo dispuesto en el art. 49.1 LPSC podrán adoptarse, en cualquier momento, medidas de carácter provisional. Para ello es necesario acuerdo motivado, que justifique que son necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción o preservar la seguridad ciudadana. Añade que estas medidas no tienen carácter sancionador, y deben ser proporcionadas a la naturaleza y gravedad de la infracción.

Este precepto contiene un listado de medidas que no tiene carácter de *numerus clausus*, pudiendo adoptarse cualesquiera otras dentro del marco jurídico del artículo que las regula.

Completa su regulación este precepto, en sus siguientes puntos, estableciendo, en el segundo, que “los gastos ocasionados por la adopción de las medidas provisionales correrán a cargo del causante de los hechos objeto del expediente sancionador”, se entiende siempre y cuando la resolución finalizadora del procedimiento hubiera sido sancionadora.

En el punto tercero se establece una limitación temporal a estas medidas, disponiendo que su duración “no podrá exceder de la mitad del plazo previsto en esta Ley para la sanción que pudiera corresponder a la infracción cometida, salvo acuerdo debidamente motivado adoptado por el órgano competente”. Indudablemente se está refiriendo solamente a sanciones consistentes en suspensiones temporales de licencias, autorizaciones, permisos o clausuras.

El punto cuarto exige la preceptiva notificación de las medidas a los interesados con todos los requisitos que garanticen su defensa, con posibilidad de acordar que “sea objeto de conocimiento general cuando ello sea necesario para garantizar la seguridad ciudadana, con sujeción a lo dispuesto en la legislación en materia de protección de datos de carácter personal”.

Según dispone el punto quinto las medidas adoptadas serán inmediatamente ejecutivas, “sin perjuicio de que los interesados puedan solicitar su suspensión justificando la apariencia de buen derecho y la existencia de daños de difícil o imposible reparación, prestando, en su caso, caución suficiente para asegurar el perjuicio que se pudiera derivar para la seguridad ciudadana”.

No deja de ser curiosa esta regulación de que los inculpados puedan solicitar una medida cautelar de suspensión sobre la medida cautelar adoptada por la Administración. Lo procedente es que el órgano competente tome su decisión de adoptar o no la medida provisional teniendo ya en cuenta estas circunstancias de apariencia de buen derecho y/o existencia de daños de difícil reparación, aún cuando exija para su no adopción caución suficiente, que no deja de ser una medida cautelar. Todo ello sin perjuicio de la impugnación de la medida que pueda llevar a cabo el inculpadado.

Finalmente, el punto sexto establece la posibilidad modificar o levantar, en

cualquier momento, las medidas provisionales acordadas, cuando varíen las circunstancias que motivaron su adopción. Finaliza este precepto diciendo que las medidas provisionales se extinguirán con la resolución que ponga fin al procedimiento.

3.5 Caducidad del procedimiento

El artículo 50 hace referencia a la caducidad del procedimiento que salvo, superar el plazo máximo legal establecido reglamentariamente⁶⁶, que lo establece en un año, ninguna otra especialidad reseñable contiene.

Sí puede puntualizarse que al hacer referencia a la suspensión por la existencia de un procedimiento judicial penal, utiliza la frase "...la suspensión que debiera acordarse...", de lo que ha de extraerse la conclusión de que la apertura de un procedimiento judicial, o la puesta en conocimiento de los hechos a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, no determina la suspensión del procedimiento administrativo de forma automática, siendo absolutamente necesario adoptar el correspondiente acuerdo a tal fin.

3.6 Efectos de la resolución

Tampoco con respecto a la resolución finalizadora del procedimiento, que regula en el artículo 51 LPSC, va más allá de lo establecido en el procedimiento común. Si quizá merece mención el que obligue al órgano administrativo a informar al sancionado de que puede interponer el recurso contencioso-administrativo utilizando, en su caso, el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

⁶⁶ Establece el artículo 20.6 REPEPOS que "Si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento a que se refieren los artículos 5 y 7, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el [artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas](#) y del Procedimiento Administrativo Común".

3.7 Valor probatorio de los agentes de la autoridad

En el artículo 52 LPSC, referido al valor probatorio de los agentes de la autoridad, recoge, en esencia, la dicción de lo dispuesto en el artículo 137.3 LRJPAC⁶⁷, pero restringe de alguna forma sus efectos, exigiendo, en el caso de haber sido negados por los denunciados, la ratificación de los hechos por el agente de la autoridad denunciante.

Sin embargo esta especialidad sectorial no es novedosa pues ya estaba recogida en la derogada ley de 1992⁶⁸.

3.8 Ejecución de la sanción

El artículo 53 regula los pormenores de la ejecución de la sanción impuesta, no pudiendo ser exigido el cumplimiento del contenido de la resolución hasta que no haya transcurrido un mes desde que ésta haya adquirido firmeza si se trata de licencias autorizaciones o permisos; o hasta que no hayan transcurrido quince días en el caso de que las sanciones sean de carácter pecuniario.

Si la resolución sancionadora acordó la devolución de los instrumentos aprehendidos cautelarmente a los que se refiere el apartado 1 del art. 47 LPSC, “transcurrido un mes desde la notificación de la misma sin que el titular haya recuperado el objeto aprehendido, se procederá a su destrucción o se le dará el destino adecuado en el marco de esta Ley”.

⁶⁷ El artículo 137.3 LRJPAC dispone que “Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados”.

⁶⁸ Disponía la derogada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, que “En los procedimientos sancionadores que se instruyan en las materias objeto de la presente Ley, las informaciones aportadas por los agentes de la autoridad que hubieren presenciado los hechos, previa ratificación en el caso de haber sido negados por los inculpados, constituirán base suficiente para adoptar la resolución que proceda, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de que aquéllos deban aportar al expediente todos los elementos probatorios disponibles”.

3.9 Procedimiento abreviado

El artículo 54 LPSC establece un procedimiento abreviado que solo es de aplicación para las sanciones pecuniarias impuestas por infracciones leves y graves, estando excluidas del mismo las muy graves.

En este procedimiento, el inculpado una vez que ha tenido conocimiento formal del acuerdo de incoación del procedimiento podrá, voluntariamente, proceder al pago de la multa, siguiéndose en este caso el procedimiento abreviado, que se tendrá por concluido con los efectos siguientes:

- a) La reducción del 50 por ciento del importe de la sanción de multa.
- b) La renuncia a formular alegaciones. En el caso de que fuesen formuladas se tendrán por no presentadas.
- c) La terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago, siendo recurrible la sanción únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En el caso de que el inculpado no abonase la multa en el plazo de quince días anteriormente referido, el procedimiento abreviado se convertirá en ordinario, siguiéndose todos los trámites establecidos para éste.

BIBLIOGRAFÍA

- COMENTARIOS A LA LEY DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN (LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE). Jesús González Pérez/ Francisco González Navarro. Civitas, Madrid, 1997.
- MANUAL PRÁCTICO DEL INSTRUCTOR DE PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES ADMINISTRATIVOS Y DISCIPLINARIOS. Ángel Querada Tapia (director), Antonia Gómez Díaz-Romo, Belén López Donaire y Roberto Mayor Gómez. Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2013.

- DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Alejandro Nieto. Segunda Edición. Tecnos, 2012
- EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Lucía Alarcón Sotomayor. Thomson/civitas 2007
- SANCIONES ADMINISTRATIVAS, GARANTÍAS, DERECHOS Y RECURSOS DEL PRESUNTO RESPONSABLE. Francisco García Gómez de Mercado. Editorial Comars, S.L., Granada 2004.

LEY ORGÁNICA 4/2015, DE 30 DE MARZO, DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

CAPÍTULO V

Régimen sancionador

Sección 1.ª Sujetos responsables, órganos competentes y reglas generales sobre las infracciones y la aplicación de las sanciones

Artículo 30. Sujetos responsables.

1. La responsabilidad por las infracciones cometidas recaerá directamente en el autor del hecho en que consista la infracción.
2. Estarán exentos de responsabilidad por las infracciones cometidas los menores de catorce años.

En caso de que la infracción sea cometida por un menor de catorce años, la autoridad competente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, en su caso, las actuaciones oportunas.

3. A los efectos de esta Ley se considerarán organizadores o promotores de las reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones las personas físicas o jurídicas que hayan suscrito la preceptiva comunicación. Asimismo, aun no habiendo suscrito o presentado la comunicación, también se considerarán organizadores o promotores quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes, o quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difundan, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son directores de aquellas.

Artículo 31. Normas concursales.

1. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de esta u otra Ley se sancionarán observando las siguientes reglas:

- a) El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
- b) El precepto más amplio o complejo absorberá el que sancione las infracciones consumidas en aquel.
- c) En defecto de los criterios anteriores, el precepto más grave excluirá los que sancionen el hecho con una sanción menor.

2. En el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra, la conducta será sancionada por aquella infracción que aplique una mayor sanción.

3. Cuando una acción u omisión deba tomarse en consideración como criterio de graduación de la sanción o como circunstancia que determine la calificación de la infracción no podrá ser sancionada como infracción independiente.

Artículo 32. Órganos competentes.

1. Son órganos competentes en el ámbito de la Administración General del Estado:

- a) El Ministro del Interior, para la sanción de las infracciones muy graves en grado máximo.
- b) El Secretario de Estado de Seguridad, para la sanción de infracciones muy graves en grado medio y en grado mínimo.
- c) Los Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas y en las Ciudades de Ceuta y Melilla, para la sanción de las infracciones graves y leves.

2. Serán competentes para imponer las sanciones tipificadas en esta Ley las autoridades correspondientes de la Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias en materia de seguridad ciudadana.

3. Los alcaldes podrán imponer las sanciones y adoptar las medidas previstas en esta Ley cuando las infracciones se cometieran en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local, siempre que ostenten competencia sobre la materia de acuerdo con la legislación específica.

En los términos del artículo 41, las ordenanzas municipales podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta Ley.

Artículo 33. Graduación de las sanciones.

1. En la imposición de las sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en esta Ley se observará el principio de proporcionalidad, de

acuerdo con lo dispuesto en los apartados siguientes.

2. Dentro de los límites previstos para las infracciones muy graves y graves, las multas se dividirán en tres tramos de igual extensión, correspondientes a los grados mínimo, medio y máximo, en los términos del apartado 1 del artículo 39.

La comisión de una infracción determinará la imposición de la multa correspondiente en grado mínimo.

La infracción se sancionará con multa en grado medio cuando se acredite la concurrencia, al menos, de una de las siguientes circunstancias:

- a) La reincidencia, por la comisión en el término de dos años de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.
- b) La realización de los hechos interviniendo violencia, amenaza o intimidación.
- c) La ejecución de los hechos usando cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación.
- d) Que en la comisión de la infracción se utilice a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o en situación de vulnerabilidad.

En cada grado, para la individualización de la multa se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública.
- b) La cuantía del perjuicio causado.
- c) La trascendencia del perjuicio para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana.
- d) La alteración ocasionada en el funcionamiento de los servicios públicos o en el abastecimiento a la población de bienes y servicios.
- e) El grado de culpabilidad.
- f) El beneficio económico obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción.
- g) La capacidad económica del infractor.

Las infracciones sólo se sancionarán con multa en grado máximo cuando los hechos revistan especial gravedad y así se justifique teniendo en cuenta el número y la entidad de las circunstancias concurrentes y los criterios previstos en este apartado.

3. La multa por la comisión de infracciones leves se determinará directamente atendiendo a las circunstancias y los criterios del apartado anterior.

Sección 2.ª Infracciones y sanciones

Artículo 34. Clasificación de las infracciones.

Las infracciones tipificadas en esta Ley se clasifican en muy graves, graves y leves.

Artículo 35. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

1. Las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de éstas, incluido su sobrevuelo, cuando, en cualquiera de estos supuestos, se haya generado un riesgo para la vida o la integridad física de las personas.

En el caso de las reuniones y manifestaciones serán responsables los organizadores o promotores.

2. La fabricación, reparación, almacenamiento, circulación, comercio, transporte, distribución, adquisición, certificación, enajenación o utilización de armas reglamentarias, explosivos catalogados, cartuchería o artículos pirotécnicos, incumpliendo la normativa de aplicación, careciendo de la documentación o autorización requeridas o excediendo los límites autorizados cuando tales conductas no sean constitutivas de delito así como la omisión, insuficiencia, o falta de eficacia de las medidas de seguridad o precauciones que resulten obligatorias, siempre que en tales actuaciones se causen perjuicios muy graves.

3. La celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas quebrantando la prohibición o suspensión ordenada por la autoridad correspondiente por razones de seguridad pública.

4. La proyección de haces de luz, mediante cualquier tipo de dispositivo, sobre los pilotos o conductores de medios de transporte que puedan deslumbrarles o distraer su atención y provocar accidentes.

Artículo 36. Infracciones graves.

Son infracciones graves:

1. La perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos u otras reuniones a las que asistan numerosas personas, cuando no sean constitutivas de

infracción penal.

2. La perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya infracción penal.

3. Causar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana.

4. Los actos de obstrucción que pretendan impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones, el cumplimiento o la ejecución de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, siempre que se produzcan al margen de los procedimientos legalmente establecidos y no sean constitutivos de delito.

5. Las acciones y omisiones que impidan u obstaculicen el funcionamiento de los servicios de emergencia, provocando o incrementando un riesgo para la vida o integridad de las personas o de daños en los bienes, o agravando las consecuencias del suceso que motive la actuación de aquéllos.

6. La desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación.

7. La negativa a la disolución de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente cuando concurren los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio.

8. La perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita, cuando no constituya infracción penal.

9. La intrusión en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad, incluyendo su sobrevuelo, cuando se haya producido una interferencia grave en su funcionamiento.

10. Portar, exhibir o usar armas prohibidas, así como portar, exhibir o usar armas de modo negligente, temerario o intimidatorio, o fuera de los lugares habilitados para su uso, aún cuando en este último caso se tuviera licencia, siempre que dichas conductas no constituyan infracción penal.

11. La solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad, o cuando estas conductas, por el lugar en que se realicen, puedan generar un riesgo para la seguridad vial.

Los agentes de la autoridad requerirán a las personas que ofrezcan estos servicios para que se abstengan de hacerlo en dichos lugares, informándoles de que la inobservancia de dicho requerimiento podría constituir una infracción del párrafo 6 de este artículo.

12. La fabricación, reparación, almacenamiento, circulación, comercio, transporte, distribución, adquisición, certificación, enajenación o utilización de armas reglamentarias, explosivos catalogados, cartuchería o artículos pirotécnicos, incumpliendo la normativa de aplicación, careciendo de la documentación o autorización requeridas o excediendo los límites autorizados cuando tales conductas no sean constitutivas de delito, así como la omisión, insuficiencia, o falta de eficacia de las medidas de seguridad o precauciones que resulten obligatorias.

13. La negativa de acceso o la obstrucción deliberada de las inspecciones o controles reglamentarios, establecidos conforme a lo dispuesto en esta Ley, en fábricas, locales, establecimientos, embarcaciones y aeronaves.

14. El uso público e indebido de uniformes, insignias o condecoraciones oficiales, o réplicas de los mismos, así como otros elementos del equipamiento de los cuerpos policiales o de los servicios de emergencia que puedan generar engaño acerca de la condición de quien los use, cuando no sea constitutivo de infracción penal.

15. La falta de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la averiguación de delitos o en la prevención de acciones que puedan poner en riesgo la seguridad ciudadana en los supuestos previstos en el artículo 7.

16. El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares.

17. El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con el objeto de

facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya delito.

18. La ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal.

19. La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos.

20. La carencia de los registros previstos en esta Ley para las actividades con trascendencia para la seguridad ciudadana o la omisión de comunicaciones obligatorias.

21. La alegación de datos o circunstancias falsos para la obtención de las documentaciones previstas en esta Ley, siempre que no constituya infracción penal.

22. El incumplimiento de las restricciones a la navegación reglamentariamente impuestas a las embarcaciones de alta velocidad y aeronaves ligeras.

23. El uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información.

Artículo 37. Infracciones leves.

Son infracciones leves:

1. La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, cuya responsabilidad corresponderá a los organizadores o promotores.

2. La exhibición de objetos peligrosos para la vida e integridad física de las personas con ánimo intimidatorio, siempre que no constituya delito o infracción grave.

3. El incumplimiento de las restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público, reunión o manifestación, cuando provoquen alteraciones menores en el normal desarrollo de los mismos.

4. Las faltas de respeto y consideración cuyo destinatario sea un miembro de

las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad, cuando estas conductas no sean constitutivas de infracción penal.

5. La realización o incitación a la realización de actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, o ejecutar actos de exhibición obscena, cuando no constituya infracción penal.

6. La proyección de haces de luz, mediante cualquier tipo de dispositivo, sobre miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para impedir o dificultar el ejercicio de sus funciones.

7. La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal.

Asimismo la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada.

8. La omisión o la insuficiencia de medidas para garantizar la conservación de la documentación de armas y explosivos, así como la falta de denuncia de la pérdida o sustracción de la misma.

9. Las irregularidades en la cumplimentación de los registros previstos en esta Ley con trascendencia para la seguridad ciudadana, incluyendo la alegación de datos o circunstancias falsos o la omisión de comunicaciones obligatorias dentro de los plazos establecidos, siempre que no constituya infracción penal.

10. El incumplimiento de la obligación de obtener la documentación personal legalmente exigida, así como la omisión negligente de la denuncia de su sustracción o extravío.

11. La negligencia en la custodia y conservación de la documentación personal legalmente exigida, considerándose como tal la tercera y posteriores pérdidas o extravíos en el plazo de un año.

12. La negativa a entregar la documentación personal legalmente exigida cuando se hubiese acordado su retirada o retención.

13. Los daños o el deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, cuando no constituyan infracción penal.

14. El escalamiento de edificios o monumentos sin autorización cuando exista un riesgo cierto de que se ocasionen daños a las personas o a los bienes.

15. La remoción de vallas, encintados u otros elementos fijos o móviles colocados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para delimitar perímetros de seguridad, aun con carácter preventivo, cuando no constituya infracción grave.

16. Dejar sueltos o en condiciones de causar daños animales feroces o dañinos, así como abandonar animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida.

17. El consumo de bebidas alcohólicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos cuando perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana.

Artículo 38. Prescripción de las infracciones.

1. Las infracciones administrativas tipificadas en esta Ley prescribirán a los seis meses, al año o a los dos años de haberse cometido, según sean leves, graves o muy graves, respectivamente.

2. Los plazos señalados en esta Ley se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción. No obstante, en los casos de infracciones continuadas y de infracciones de efectos permanentes, los plazos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita.

3. La prescripción se interrumpirá por cualquier actuación administrativa de la que tenga conocimiento formal el interesado dirigida a la sanción de la infracción, reanudándose el cómputo del plazo de prescripción si el procedimiento estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

4. Se interrumpirá igualmente la prescripción como consecuencia de la apertura de un procedimiento judicial penal, hasta que la autoridad judicial comunique al órgano administrativo su finalización en los términos del apartado 2 del artículo 45.

Artículo 39. Sanciones.

1. Las infracciones muy graves se sancionarán con multa de 30.001 a 600.000 euros; las graves, con multa de 601 a 30.000 euros, y las leves, con multa de 100 a 600 euros.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.2, los tramos correspondientes a los grados máximo, medio y mínimo de las multas previstas por la comisión de infracciones graves y muy graves serán los siguientes:

a) Para las infracciones muy graves, el grado mínimo comprenderá la multa de 30.001 a 220.000 euros; el grado medio, de 220.001 a 410.000 euros, y el grado máximo, de 410.001 a 600.000 euros.

b) Para las infracciones graves, el grado mínimo comprenderá la multa de 601 a 10.400; el grado medio, de 10.401 a 20.200 euros, y el grado máximo, de 20.201 a 30.000 euros.

2. La multa podrá llevar aparejada alguna o algunas de las siguientes sanciones accesorias, atendiendo a la naturaleza de los hechos constitutivos de la infracción:

a) La retirada de las armas y de las licencias o permisos correspondientes a las mismas.

b) El comiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción y, en su caso, de los efectos procedentes de ésta, salvo que unos u otros pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable de dicha infracción que los haya adquirido legalmente. Cuando los instrumentos o efectos sean de lícito comercio y su valor no guarde relación con la naturaleza o gravedad de la infracción, el órgano competente para imponer la sanción que proceda podrá no acordar el comiso o acordarlo parcialmente.

c) La suspensión temporal de las licencias, autorizaciones o permisos desde seis meses y un día a dos años por infracciones muy graves y hasta seis meses para las infracciones graves, en el ámbito de las materias reguladas en el capítulo IV de esta Ley. En caso de reincidencia, la sanción podrá ser de dos años y un día hasta seis años por infracciones muy graves y hasta dos años por infracciones graves.

d) La clausura de las fábricas, locales o establecimientos, desde seis meses y un día a dos años por infracciones muy graves y hasta seis meses por infracciones graves, en el ámbito de las materias reguladas en el capítulo IV de esta Ley. En caso de reincidencia, la sanción podrá ser de dos años y un día hasta seis años por infracciones muy graves y hasta dos años por infracciones graves.

Artículo 40. Prescripción de las sanciones.

1. Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por infracciones graves, a los dos años, y las impuestas por infracciones leves al año, computados desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza en vía administrativa la resolución por la que se impone la

sanción.

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

Artículo 41. Habilitación reglamentaria.

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta Ley que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar su naturaleza y límites, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

Artículo 42. Reparación del daño e indemnización.

1. Si las conductas sancionadas hubieran ocasionado daños o perjuicios a la administración pública, la resolución del procedimiento contendrá un pronunciamiento expreso acerca de los siguientes extremos:

a) La exigencia al infractor de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción.

b) Cuando ello no fuera posible, la indemnización por los daños y perjuicios causados, si éstos hubiesen quedado determinados durante el procedimiento. Si el importe de los daños y perjuicios no hubiese quedado establecido, se determinará en un procedimiento complementario, susceptible de terminación convencional, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa.

2. La responsabilidad civil derivada de una infracción será siempre solidaria entre todos los causantes del daño.

3. Cuando sea declarado autor de los hechos cometidos un menor de dieciocho años no emancipado o una persona con la capacidad modificada judicialmente, responderán, solidariamente con él, de los daños y perjuicios ocasionados sus padres, tutores, curadores, acogedores o guardadores legales o de hecho, según proceda.

Artículo 43. Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana.

1. A efectos exclusivamente de apreciar la reincidencia en la comisión de infracciones tipificadas en esta Ley, se crea en el Ministerio del Interior un Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana.

Las comunidades autónomas que hayan asumido competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad

ciudadana y cuenten con un cuerpo de policía propio, podrán crear sus propios registros de infracciones contra la seguridad ciudadana.

2. Reglamentariamente se regulará la organización y funcionamiento del Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana, en el que únicamente se practicarán los siguientes asientos:

a) Datos personales del infractor.

b) Infracción cometida.

c) Sanción o sanciones firmes en vía administrativa impuestas, con indicación de su alcance temporal, cuando proceda.

d) Lugar y fecha de la comisión de la infracción.

e) Órgano que haya impuesto la sanción.

3. Las personas a las que se haya impuesto una sanción que haya adquirido firmeza en vía administrativa serán informadas de que se procederá a la práctica de los correspondientes asientos en el Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana. Podrán solicitar el acceso, cancelación o rectificación de sus datos de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo. Los asientos se cancelarán de oficio transcurridos tres años cuando se trate de infracciones muy graves, dos años en el caso de infracciones graves y uno en el de infracciones leves, a contar desde la firmeza de la sanción.

4. Las autoridades y órganos de las distintas administraciones públicas con competencia sancionadora en materia de seguridad ciudadana, de acuerdo con esta Ley, comunicarán al Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana las resoluciones sancionadoras dictadas, una vez firmes en vía administrativa. Asimismo, a estos efectos, dichas administraciones públicas tendrán acceso a los datos obrantes en ese Registro Central.

Sección 3.ª Procedimiento sancionador

Artículo 44. Régimen jurídico.

El ejercicio de la potestad sancionadora en materia de protección de la seguridad ciudadana se regirá por el título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y sus disposiciones de desarrollo, sin perjuicio de las especialidades que se regulan en este capítulo.

Artículo 45. Carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal.

1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.

2. En los supuestos en que las conductas pudieran ser constitutivas de delito, el órgano administrativo pasará el tanto de culpa a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que de otro modo ponga fin al procedimiento penal, o el Ministerio Fiscal no acuerde la improcedencia de iniciar o proseguir las actuaciones en vía penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción.

La autoridad judicial y el Ministerio Fiscal comunicarán al órgano administrativo la resolución o acuerdo que hubieran adoptado.

3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, podrá iniciarse o proseguir el procedimiento sancionador. En todo caso, el órgano administrativo quedará vinculado por los hechos declarados probados en vía judicial.

4. Las medidas cautelares adoptadas antes de la intervención judicial podrán mantenerse mientras la autoridad judicial no resuelva otra cosa.

Artículo 46. Acceso a los datos de otras administraciones públicas.

1. Las autoridades y órganos de las distintas administraciones públicas competentes para imponer sanciones de acuerdo con esta Ley podrán acceder a los datos relativos a los sujetos infractores que estén directamente relacionados con la investigación de los hechos constitutivos de infracción, sin necesidad de consentimiento previo del titular de los datos, con las garantías de seguridad, integridad y disponibilidad, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

2. A los exclusivos efectos de cumplimentar las actuaciones que los órganos de la Administración General del Estado competentes en los procedimientos regulados en esta Ley y sus normas de desarrollo tienen encomendadas, la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, en los términos establecidos en la normativa tributaria o de la seguridad social, así como el Instituto Nacional de Estadística, en lo relativo al Padrón Municipal de Habitantes, facilitarán a aquéllos el acceso a los ficheros en los que obren datos que hayan de constar en dichos

procedimientos, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados.

Artículo 47. Medidas provisionales anteriores al procedimiento.

1. Los agentes de la autoridad intervendrán y aprehenderán cautelarmente los instrumentos utilizados para la comisión de la infracción, así como el dinero, los frutos o los productos directamente obtenidos, que se mantendrán en los depósitos establecidos al efecto o bajo la custodia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad mientras se tramita el procedimiento sancionador o hasta que, en su caso, se resuelva la devolución o se decrete el comiso.

Sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3 del artículo 49, si la aprehensión fuera de bienes fungibles y el coste del depósito superase el valor venal, éstos se destruirán o se les dará el destino adecuado, de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente.

2. Excepcionalmente, en los supuestos de grave riesgo o peligro inminente para personas o bienes, las medidas provisionales previstas en el apartado 1 del artículo 49, salvo la del párrafo f), podrán ser adoptadas directamente por los agentes de la autoridad con carácter previo a la iniciación del procedimiento, debiendo ser ratificadas, modificadas o revocadas en el acuerdo de incoación en el plazo máximo de quince días. En todo caso, estas medidas quedarán sin efecto si, transcurrido dicho plazo, no se incoa el procedimiento o el acuerdo de incoación no contiene un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

Artículo 48. Actuaciones previas.

1. Con anterioridad a la incoación del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar si concurren circunstancias que las justifiquen. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros.

Las actuaciones previas se incorporarán al procedimiento sancionador.

2. Las actuaciones previas podrán desarrollarse sin intervención del presunto responsable, si fuera indispensable para garantizar el buen fin de la investigación, dejando constancia escrita en las diligencias instruidas al efecto de las razones que justifican su no intervención.

3. La práctica de actuaciones previas no interrumpirá la prescripción de las

infracciones.

Artículo 49. Medidas de carácter provisional.

1. Incoado el expediente, el órgano competente para resolver podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción o preservar la seguridad ciudadana, sin que en ningún caso puedan tener carácter sancionador. Dichas medidas serán proporcionadas a la naturaleza y gravedad de la infracción y podrán consistir especialmente en:

a) El depósito en lugar seguro de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de las infracciones y, en particular, de las armas, explosivos, aerosoles, objetos o materias potencialmente peligrosos para la tranquilidad ciudadana, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

b) La adopción de medidas de seguridad de las personas, bienes, establecimientos o instalaciones que se encuentren en situación de peligro, a cargo de sus titulares.

c) La suspensión o clausura preventiva de fábricas, locales o establecimientos susceptibles de afectar a la seguridad ciudadana.

d) La suspensión parcial o total de las actividades en los establecimientos que sean notoriamente vulnerables y no tengan en funcionamiento las medidas de seguridad necesarias.

e) La adopción de medidas de seguridad de las personas y los bienes en infraestructuras e instalaciones en las que se presten servicios básicos para la comunidad.

f) La suspensión de la actividad objeto de autorizaciones, permisos, licencias y otros documentos expedidos por las autoridades administrativas, en el marco de la normativa que le sea de aplicación.

g) La suspensión en la venta, reventa o venta ambulante de las entradas del espectáculo o actividad recreativa cuya celebración o desarrollo pudiera implicar un riesgo para la seguridad ciudadana.

2. Los gastos ocasionados por la adopción de las medidas provisionales correrán a cargo del causante de los hechos objeto del expediente sancionador.

3. La duración de las medidas de carácter provisional no podrá exceder de la

mitad del plazo previsto en esta Ley para la sanción que pudiera corresponder a la infracción cometida, salvo acuerdo debidamente motivado adoptado por el órgano competente.

4. El acuerdo de adopción de medidas provisionales se notificará a los interesados en el domicilio del que tenga constancia por cualquier medio la administración o, en su caso, por medios electrónicos, con indicación de los recursos procedentes contra el mismo, órgano ante el que deban presentarse y plazos para interponerlos. La autoridad competente para su adopción podrá acordar que sea objeto de conocimiento general cuando ello sea necesario para garantizar la seguridad ciudadana, con sujeción a lo dispuesto en la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.

5. Las medidas adoptadas serán inmediatamente ejecutivas, sin perjuicio de que los interesados puedan solicitar su suspensión justificando la apariencia de buen derecho y la existencia de daños de difícil o imposible reparación, prestando, en su caso, caución suficiente para asegurar el perjuicio que se pudiera derivar para la seguridad ciudadana.

6. Las medidas provisionales acordadas podrán ser modificadas o levantadas cuando varíen las circunstancias que motivaron su adopción y, en todo caso, se extinguirán con la resolución que ponga fin al procedimiento.

Artículo 50. Caducidad del procedimiento.

1. El procedimiento caducará transcurrido un año desde su incoación sin que se haya notificado la resolución, debiendo, no obstante, tenerse en cuenta en el cómputo las posibles paralizaciones por causas imputables al interesado o la suspensión que debiera acordarse por la existencia de un procedimiento judicial penal, cuando concurra identidad de sujeto, hecho y fundamento, hasta la finalización de éste.

2. La resolución que declare la caducidad se notificará al interesado y pondrá fin al procedimiento, sin perjuicio de que la administración pueda acordar la incoación de un nuevo procedimiento en tanto no haya prescrito la infracción. Los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

Artículo 51. Efectos de la resolución.

En el ámbito de la Administración General del Estado, la resolución del procedimiento sancionador será recurrible de conformidad con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Contra la resolución que ponga fin a la vía administrativa podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, en su caso, por el

procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, en los términos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Artículo 52. Valor probatorio de las declaraciones de los agentes de la autoridad.

En los procedimientos sancionadores que se instruyan en las materias objeto de esta Ley, las denuncias, atestados o actas formulados por los agentes de la autoridad en ejercicio de sus funciones que hubiesen presenciado los hechos, previa ratificación en el caso de haber sido negados por los denunciados, constituirán base suficiente para adoptar la resolución que proceda, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de que aquéllos deban aportar al expediente todos los elementos probatorios disponibles.

Artículo 53. Ejecución de la sanción.

1. Una vez firme en vía administrativa, se procederá a la ejecución de la sanción conforme a lo previsto en esta Ley.

2. El cumplimiento de la sanción de suspensión de las licencias, autorizaciones o permisos se iniciará transcurrido un mes desde que la sanción haya adquirido firmeza en vía administrativa.

3. Las sanciones pecuniarias que no hayan sido abonadas previamente deberán hacerse efectivas dentro de los quince días siguientes a la fecha de la firmeza de la sanción. Una vez vencido el plazo de ingreso sin que se hubiese satisfecho la sanción, su exacción se llevará a cabo por el procedimiento de apremio. A tal efecto, será título ejecutivo la providencia de apremio notificada al deudor, expedida por el órgano competente de la administración.

4. Cuando las sanciones hayan sido impuestas por la Administración General del Estado, los órganos y procedimientos de la recaudación ejecutiva serán los establecidos en el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

5. En caso de que la resolución acuerde la devolución de los instrumentos aprehendidos cautelarmente a los que se refiere el apartado 1 del artículo 47, transcurrido un mes desde la notificación de la misma sin que el titular haya recuperado el objeto aprehendido, se procederá a su destrucción o se le dará el destino adecuado en el marco de esta Ley.

Artículo 54. Procedimiento abreviado.

1. Una vez notificado el acuerdo de incoación del procedimiento para la

sanción de infracciones graves o leves, el interesado dispondrá de un plazo de quince días 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.

Si efectúa el pago de la multa en las condiciones indicadas en el párrafo anterior, se seguirá el procedimiento sancionador abreviado, y, en caso de no hacerlo, el procedimiento sancionador ordinario.

2. El procedimiento sancionador abreviado no será de aplicación a las infracciones muy graves.

3. Una vez realizado el pago voluntario de la multa dentro del plazo de quince días contados desde el día siguiente al de su notificación, se tendrá por concluido el procedimiento sancionador con las siguientes consecuencias:

- a) La reducción del 50 por ciento del importe de la sanción de multa.
- b) La renuncia a formular alegaciones. En el caso de que fuesen formuladas se tendrán por no presentadas.
- c) La terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago, siendo recurrible la sanción únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Abreviaturas

- CE** Constitución Española 1978
- CP** Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- LOPD** Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
- LPSC** Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana
- LRJPAC** Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- REPEPOS** Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

EL NUEVO MODELO DE RECURSO DE CASACIÓN EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Roberto Mayor Gómez

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: 31/08/2015

ÍNDICE

- 1. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES Y REGULACIÓN LEGAL**
- 2. NOVEDADES**
- 3. CONCLUSIONES**
- 4. BIBLIOGRAFÍA**

1.Introducción: Antecedentes y regulación legal

En el ordenamiento jurídico español el recurso de casación, en el orden contencioso administrativo, tiene su origen en la Ley 10/1992, de 30 abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (BOE núm.108 de 5 de mayo de 1992) que lo introdujo mediante la modificación del articulado de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956.

Posteriormente, la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa pasó a regular el recurso de casación introduciendo

ligeros cambios pero manteniendo la esencia del modelo ya instaurado, que ha sufrido diversas modificaciones legislativas puntuales, fundamentalmente para aumentar la cuantía económica de acceso al mencionado recurso¹, que tenían como principal objetivo controlar y limitar el número de asuntos que accedían al Tribunal Supremo para tratar de adaptarlo a su capacidad organizativa ya que se encontraba en una situación límite, con un retraso endémico en la resolución de asuntos, teniendo en cuenta el número acumulado de recursos pendientes de resolución y los magistrados en la plantilla orgánica del Tribunal Supremo.

La apuesta por un nuevo modelo casacional que reformara el sistema vigente instaurando el “interés casacional” como elemento esencial del recurso de casación fue puesto de manifiesto, de forma recurrente, por amplios sectores doctrinales y operadores jurídicos, incluidos los propios magistrados de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, a través de diversas propuestas² en donde se gestó este nuevo modelo casacional, hasta que por Orden Ministerial, de 11 julio 2012, para la reforma de la Ley 29/1998, de 13 julio, se constituyó una Comisión General de Codificación, que, entre otras funciones, tenía por objeto abordar un nuevo modelo de recurso de casación.

Finalmente, la reciente Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 174, de 22 de Julio de 2015), ha introducido notables e importantes modificaciones en el recurso de casación contencioso administrativo, las cuales entrarán en vigor el 22

¹ La Ley 10/92, de 30 abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal estableció inicialmente la cuantía que daba acceso al recurso de casación en 6 millones de pesetas (unos 36.000 euros); la Ley 29/1998, de 13 julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa elevó el umbral a 25 millones de pesetas (unos 150.000 euros); y finalmente la Ley 37/2011, de 10 octubre, de medidas de agilización procesal, aumentó a 600.000 euros.

² El 31 de octubre de 2006, 21 magistrados del Tribunal Supremo de la Sala Tercera, firmaron una propuesta con el título “Exposición razonada, relativa al proyecto de ley orgánica que modifica la ley reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa y reforma del recurso de casación”

de julio del 2016, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición final décima de aquella norma³.

Hay que indicar que en el propio preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se identifica cual es el espíritu y finalidad que guía al legislador con esta reforma, al tener por objeto *“intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho”*, si bien ya se advierte, igualmente, que no se trata de convertir el recurso de casación en una tercera instancia que pueda desnaturalizar la esencia del recurso de casación en el cumplimiento de su *“función nomofiláctica”*.

Como tendremos ocasión de comprobar analizando las innovaciones introducidas por el legislador en el recurso de casación, se puede concluir que nos encontramos no ante una mera reforma de este recurso sino que se ha configurado un nuevo modelo o sistema casacional en el ordenamiento jurídico español basado en el *“interés casacional objetivo”*, con precedentes en el derecho comparado (Reino Unido, EEUU...)

2. Novedades

En virtud de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, se modifica la sección 3ª del capítulo III del Título IV de Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA), que queda integrada por los artículos 86 a 93, suprimiendo los artículos 94 y 95.

Las novedades más importantes que se introducen en el nuevo modelo casacional español, en el orden contencioso administrativo, son las siguientes:

³ Disposición final décima. Entrada en vigor: *“La presente Ley entrará en vigor el día 1 de octubre de 2015, excepto los apartados uno, dos y cinco de la disposición final tercera, que lo harán al año de su publicación.”*

Ampliación de los supuestos y sentencias judiciales susceptible del recurso de casación (artículo 86.1 LJCA)

En el diseño del nuevo recurso de casación se amplían los supuestos (al incluirse las resoluciones judiciales dictadas en segunda instancia por los órganos colegiados), y las resoluciones judiciales (al comprender las sentencia judiciales, en única instancia, de los Juzgados de lo contencioso administrativo), susceptibles de ser objeto de interposición de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo:

- a) Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo que contengan doctrina que se repute gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos
- b) Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional
- c) Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación

Eliminación de la regla de la cuantía como criterio limitativo de acceso al recurso de casación, y reducción de los supuestos excepcionales (artículo 86.2 LJCA)

La cuantía del asunto judicial, que en el modelo casacional que se deroga se configuraba como un límite o excepción cuantitativo⁴, desaparece completamente en la nueva redacción como criterio de acceso al recurso de casación ante el Tribunal Supremo siendo, a estos efectos, por tanto indiferente.

⁴ El artículo 86.2 b) de la LJCA, en su actual redacción, señala que “Las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 600.000 euros, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso”

Igualmente, los diversos supuestos que se excepcionaban para recurrir las sentencias judiciales susceptibles de recurso de casación⁵, quedan reducidos únicamente a dos:

- a) Las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión
- b) Las sentencias dictadas en los procesos contencioso-electorales

Posibilidad de publicación por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de acuerdos sobre pautas formales a seguir en los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación (artículo 87 bis)

Se prevé que la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo pueda fijar, a través de acuerdo publicado en el Boletín Oficial del Estado, criterios formales, “condiciones extrínsecas” en la denominación de la norma, relativos a los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación (extensión máxima, presentación por medios telemáticos...).

Desaparición de los motivos casacionales y la introducción del “interés casacional objetivo” (artículo 88 LJCA)

Frente a la necesidad de fundar el recurso de casación en motivos tasados, que en la normativa que se deroga se identificaban en el artículo 88 LJCA⁶, en el nuevo modelo de casación se introduce el concepto de “intereses casacional objetivo”, de manera que el recurso de casación podrá ser admitido a trámite, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, cuando la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

⁵ En el artículo 86.2 de la LJCA, en su actual redacción, se incluían, además del supuesto previsto en la nota 4, “Las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera”

⁶ a) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de jurisdicción, b) Incompetencia o inadecuación del procedimiento...

Supremo estime que el recurso presenta “interés casacional objetivo” para la formación de jurisprudencia.

En el nuevo sistema casacional se enumeran una serie de supuestos en los que el Tribunal Supremo podrá apreciar la existencia de “interés casacional objetivo”, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:

- a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.
- b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.
- c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.
- d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.
- e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.
- f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.
- g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.
- h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas.
- i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

En todo caso, se prevén una serie de supuestos tasados en los que se presumirá que existe “interés casacional objetivo”, que son los siguientes:

- a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.
- b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.
- c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.
- d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.
- e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas

En todo caso, en los supuestos previstos en los apartados de las letras a), d) y e) anteriormente enunciados, se reconoce la posibilidad de que pueda decretarse su inadmisión, por auto motivado, cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Ampliación del plazo para su presentación y nueva formulación del escrito de preparación del recurso de casación (artículo 89.1 y 2 LJCA)

El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia, aumentando el plazo a 30 días⁷, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido.

⁷ El artículo 89.1 de la LJCA, en su actual redacción, señala que “El recurso de casación se preparará ante la Sala que hubiere dictado la resolución recurrida en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de la notificación de aquélla, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos.”

En el escrito de preparación se exige ahora que se cumplan una serie de formalidades, debiendo contener, en párrafos separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de lo que traten, los siguientes apartados:

- a) Acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución que se impugna.
- b) Identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la Sala de instancia, o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas.
- c) Acreditar, si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello.
- d) Justificar que la o las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir.
- e) Justificar, en el caso de que ésta hubiera sido dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, que la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea.
- f) Especialmente, fundamentar con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Necesidad de que la Sala de instancia motive mediante auto aquellos supuestos en los que tenga por preparado el recurso de casación (artículo 89.5 LJCA)

En el diseño del nuevo recurso de casación, no solamente se exige que la Sala de instancia resuelva con auto motivado en aquellos supuestos en los que el escrito de preparación del recurso de casación presentado por las partes procesales no cumpla los requisitos exigidos⁸, sino que también corresponderá a la Sala de instancia motivar suficientemente su concurrencia cuando tenga por preparado el recurso de casación, y además, si lo entiende oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que unirá al oficio de remisión que se enviará al Tribunal Supremo⁶⁹⁹.

El mecanismo interno de admisión se reforma profundamente en cuanto a la forma y el fondo (artículo 90 LJCA)

A partir de ahora, cuando se reciban en el Tribunal Supremo los autos originales y el expediente administrativo, el trámite de admisión o inadmisión del recurso será decidido inmediata y directamente por una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que estará integrada por el Presidente de la Sala y por al menos un Magistrado de cada una de sus restantes Secciones, cuya composición será publicada en la página web del Poder Judicial¹⁰, sin que se

⁸ El artículo 90.1 de la LJCA, en su actual redacción, dispone que “Si el escrito de preparación cumple los requisitos previstos en el artículo anterior, y se refiere a una resolución susceptible de casación, el Secretario judicial tendrá por preparado el recurso. En otro caso, dará cuenta a la Sala para que resuelva lo que proceda.”

⁹ Ello tiene importancia ya que en este supuesto si además se hubiese emitido criterio favorable a la admisión, en el trámite de admisión ante el Tribunal Supremo exigirá entonces que la inadmisión sea resuelta por auto, y no por providencia, que sería la forma habitual, de conformidad con el artículo 90. 3 a) de la LJCA.

¹⁰ El artículo 93.1 de la LJCA, en su actual redacción, dispone que “Interpuesto el recurso de casación, el Secretario judicial pasará las actuaciones al Magistrado ponente para que se instruya y

pasen previamente las actuaciones al magistrado ponente como se tramitaba actualmente. Se prevé que esta Sección podrá acordar, excepcionalmente, y sólo si las características del asunto lo aconsejan, oír a las partes personadas por plazo común de treinta días acerca de si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

En cuanto a la forma que adopta la admisión o inadmisión del recurso de casación, se distingue:

a) En los supuestos del apartado 2 del artículo 88, en los que ha de apreciarse la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la resolución adoptará la forma de providencia, si decide la inadmisión, y de auto, si acuerda la admisión a trámite. No obstante, si el órgano que dictó la resolución recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé el artículo 89.5 opinión que, además de fundada, sea favorable a la admisión del recurso, la inadmisión se acordará por auto motivado.

b) En los supuestos del apartado 3 del artículo 88, en los que se presume la existencia de interés casacional objetivo, la inadmisión se acordará por auto motivado en el que se justificará que concurren las salvedades que en aquél se establecen.

En los autos de admisión se exige que precisen la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo, y que identifiquen la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio ello de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

En cuanto a las providencias de inadmisión, únicamente indicarán si en el recurso de casación concurre una de estas circunstancias:

someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto”.

- a) ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o recurribilidad de la resolución impugnada;
- b) incumplimiento de cualquiera de las exigencias que el artículo 89.2 impone para el escrito de preparación;
- c) no ser relevante y determinante del fallo ninguna de las infracciones denunciadas; o
- d) carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Publicidad de los autos de admisión del recurso de casación en la página web del Tribunal Supremo y en el BOE (artículo 90.7 LJCA)

Se contempla que los autos de admisión del recurso de casación se publiquen en la página web del Tribunal Supremo, y que con una periodicidad semestral, su Sala de lo Contencioso-administrativo haga público, en dicha página web y en el Boletín Oficial del Estado, el listado de recursos de casación admitidos a trámite, con mención sucinta de la norma o normas que serán objeto de interpretación y de la programación para su resolución.

Reformulación y delimitación de las costas procesales en el trámite de inadmisión (artículo 90.8 LJCA)

En el diseño del nuevo recurso de casación la inadmisión a trámite del recurso de casación comportará la imposición de las costas a la parte recurrente, reconociéndose ahora expresamente que tal imposición pueda ser limitada por el Tribunal Supremo a una parte de ellas o hasta una cifra máxima¹¹.

¹¹ El artículo 93.5 de la LJCA, en su actual redacción, en cuanto a las costas, dispone que la inadmisión del recurso, cuando sea total, comportará la imposición de las costas al recurrente, salvo si lo es exclusivamente por la siguiente causa: “En los asuntos de cuantía indeterminada que no se refieran a la impugnación directa o indirecta de una disposición general, si el recurso estuviese fundado en el motivo del artículo 88.1. d) y se apreciase que el asunto carece de interés casacional por no afectar a un gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad.”

Los nuevos requisitos del escrito de interposición del recurso de casación (artículo 92.3 LJCA)

En el escrito de interposición del recurso de casación, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan, habrá de especificarse:

- a) Exponer razonadamente por qué han sido infringidas las normas o la jurisprudencia que como tales se identificaron en el escrito de preparación, sin poder extenderse a otra u otras no consideradas entonces, debiendo analizar, y no sólo citar, las sentencias del Tribunal Supremo que a juicio de la parte son expresivas de aquella jurisprudencia, para justificar su aplicabilidad al caso.
- b) Precisar el sentido de las pretensiones que la parte deduce y de los pronunciamientos que solicita

La reforma de los trámites en la fase de interposición del recurso de casación (artículo 92.4 y 5 LJCA)

En el caso de que el escrito de interposición no cumpliera lo exigido en el apartado anterior, la Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo competente para la resolución del recurso acordará oír a la parte recurrente, sin que la normativa procesal fije un plazo procesal para ello¹², sobre el incumplimiento detectado y, sin más trámites, dictará sentencia¹³ inadmitiéndolo si entendiera tras la audiencia que el incumplimiento fue cierto, con imposición a dicha parte de las costas causadas aunque puede ser limitada por el Tribunal Supremo a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.

¹² El artículo 93.3 de la LJCA, en su actual redacción, fija un plazo de 10 días

¹³ El artículo 93.4 de la LJCA, en su redacción actual, hace referencia a la forma de auto

En el supuesto que el escrito de interposición cumpliera los requisitos exigidos, la Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo competente para la resolución del recurso acordará dar traslado del escrito de interposición a la parte o partes recurridas y personadas para que puedan oponerse al recurso en el plazo común de treinta días estando de manifiesto las actuaciones procesales y el expediente administrativo en la Oficina judicial, durante este plazo, y sin que en el escrito de oposición pueda pretenderse la inadmisión del recurso.

Celebración de vista pública (artículo 92.6 LJCA)

Con la nueva redacción, la Sección competente para la decisión del recurso, de oficio o a petición de cualquiera de las partes¹⁴, formulada por otrosí en los escritos de interposición u oposición, acordará la celebración de vista pública salvo que entendiera que la índole del asunto la hace innecesaria, en cuyo caso declarará que el recurso queda concluso y pendiente de votación y fallo. Además se especifica que el señalamiento del día en que haya de celebrarse la vista o en que haya de tener lugar el acto de votación y fallo respetará la programación que, atendiendo prioritariamente al criterio de mayor antigüedad del recurso, se haya podido establecer, y que cuando la índole del asunto lo aconsejara, el Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de oficio o a petición de la mayoría de los Magistrados de la Sección antes indicada, podrá acordar que los actos de vista pública o de votación y fallo tengan lugar ante el Pleno de la Sala.

Sentencias interpretativas del Tribunal Supremo sobre normas (artículo 93.1 LJCA)

La sentencia fijará la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de

¹⁴ El artículo 94.3 de la LJCA, en su actual redacción, dispone que habrá lugar a la celebración de vista cuando lo pidan todas las partes (o la Sala lo estime necesario, atendida la índole del asunto).

admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Costas procesales (artículo 93.4 LJCA)

La sentencia finalizadora del procedimiento ante el Tribunal Supremo, que sea dictada en el momento procesal a que se refiere el artículo 92.8 LJCA, distingue en cuanto a las costas, las generadas en la instancia, que se resolverán conforme a lo establecido en el artículo 139.1 LJCA, y las costas generadas en el recurso de casación, en donde cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad, aunque se prevé que podrá imponer las del recurso de casación a una sola de ellas cuando la sentencia aprecie, y así lo motive, que ha actuado con mala fe o temeridad (imposición que podrá limitar a una parte de ellas o hasta una cifra máxima).

3. Conclusiones

El nuevo modelo casacional aprobado en el orden contencioso administrativo, que introduce notables e importantes novedades como hemos podido comprobar, contiene aspectos sumamente positivos en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y para la configuración del Tribunal Supremo como verdadero y superior órgano unificador de doctrina jurisprudencial.

No cabe duda que con el sistema casacional que se va a sustituir las elevadas cuantías que se fijaban para que pudiera ser admitido el recurso de casación (600.000 euros)¹⁵, junto con los exigentes y rigurosos requisitos de admisión que fueron configurados e interpretados por el propio Tribunal Supremo, dejaban fuera del enjuiciamiento del Tribunal Supremo, a los efectos de poder fijar doctrina jurisprudencial uniforme, un gran número de materias y asuntos relevantes y trascendentes desde el punto de vista jurídico, respectos de los

¹⁵ La justificación utilizada en la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, para aumentar la cuantía volvió a ser la misma: el aumento de litigiosidad entonces detectado y el gran número de asuntos impedía asumir el volumen de recursos por parte del Tribunal Supremo.

cuales era, sin duda, necesaria la función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que quedaban huérfanas de pronunciamiento de nuestro alto Tribunal, por lo que la ampliación de los supuestos y sentencias judiciales susceptible del recurso de casación permitirá que el Tribunal Supremo pueda extender su ámbito de actuación sobre la práctica totalidad de las resoluciones judiciales, y por tanto dotar de uniformidad interpretativa a todo el ordenamiento jurídico administrativo, permitiendo con su jurisprudencia garantizar en el ámbito judicial los principios y derechos constitucionales de seguridad jurídica e igualdad, respectivamente.

Sin duda el mayor cambio que se incorpora en la reforma del recurso de casación es la introducción del interés casacional como criterio de acceso al Tribunal Supremo, lo que no estuvo exento de amplios debates jurídicos y posiciones contrarias¹⁶. No obstante, aunque pueda resultar prematuro su análisis hasta su efectiva puesta en funcionamiento, se considera que es clara y manifiesta la intención del legislador cuando añade al término interés casacional el concepto de “objetivo”, lo que además se ve acompañado del establecimiento de una enumeración detallada y tasada de supuestos que si bien, no cabe duda, no estarán exentos de cierto margen de apreciación por parte del Tribunal Supremo no parece que pueda llegar a implicar libre discrecionalidad o arbitrariedad.

Una novedad que se introduce expresamente en el texto del articulado, y que resulta de una indudable importancia práctica, es el relativo a la posibilidad de publicación por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de acuerdos sobre pautas formales a seguir en los escritos de interposición y de oposición de los

¹⁶ En la propia exposición de motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, de fecha 3 de abril de 2014, incluso se cuestionaba abiertamente el sistema finalmente adoptado al señalar que *“Limitar el papel del Tribunal Supremo al conocimiento de asuntos admitidos discrecionalmente debilitaría enormemente su capacidad de influir en el resto de los órganos judiciales, sencillamente porque la verdadera jurisprudencia no se construye mediante sentencias aisladas y puntuales, sino recordando y afinando constantemente el criterio a seguir ante cada problema relevante; y ello, como es obvio, sólo puede llevarse a cabo si determinada clase de asuntos tienen, en todo caso, legalmente garantizado el acceso a la casación. La admisión puramente discrecional de los recursos de casación en todos los casos no sólo tropezaría con pautas muy arraigadas en nuestra cultura jurídica, sino que podría prestarse a abusos”*.

recursos de casación, lo que ya se hacía en otras Salas del Tribunal Supremo¹⁷. Esta medida es muy acertada y contribuirá, sin duda, a esclarecer y fomentar el conocimiento de los criterios de admisión evitando que el recurso de casación se convierta en una “trampa” para abogados por desconocimiento de las formalidades exigidas en los escritos procesales por el Tribunal Supremo, lo que unido a la previsión de la publicidad de los autos de admisión del recurso de casación en la página web del Tribunal Supremo y en el BOE suponen una apuesta clara por la transparencia y publicidad.

En todo caso, es previsible que esta pública puesta a disposición de los criterios formales de admisión y de los autos admitidos del recurso de casación, con mención sucinta de la norma o normas que serán objeto de interpretación, pudiera terminar conllevando como contrapartida un aumento de las costas procesales en el Tribunal Supremo en determinados supuestos de inadmisión a trámite. A mi modo de ver, sería lógico y estaría justificado que si por parte del Tribunal Supremo se ponen todos los medios posibles para que los abogados puedan conocer los criterios de admisión y las normas que serán objeto de interpretación, se pueda llegar a ser menos tolerantes con recursos de casación, que, por ejemplo, sean inadmitidos por considerar que concurren los presupuestos previstos en los apartados a) o b) del artículo 90 LJCA, o sobre una cuestión jurídica respecto de la cual ya se haya pronunciado el Tribunal Supremo con anterioridad, todo ello sin que, en todo caso, el aumento de la cuantía de las costas procesales impuestas pueda llegar a implicar una merma del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes procesales.

También resulta positivo el papel activo que a partir de ahora se va a atribuir a los órganos de instancia no solamente filtrando y depurando los escritos procesales, al requerirse motivar suficientemente mediante auto la concurrencia de los requisitos exigidos, sino también adjuntando informe u opinión fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, lo que contribuirá a enriquecer el debate jurídico en la formación de jurisprudencia en el Tribunal Supremo.

¹⁷ La Sala Civil del Tribunal Supremo publicó el 30 de diciembre de 2011 el Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

Por otra parte, surgen del articulado del texto aprobado algunas dudas que, muy probablemente, sean erratas o defectos formales consecuencia de una reforma acelerada, y ciertamente cuestionable procedimentalmente en cuanto a su tramitación legislativa¹⁸, y así, por ejemplo, en el artículo 86 de la LJCA se enumeran las resoluciones susceptibles del mismo, y se refiere a "las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo", pero ¿qué sucedería entonces con las resoluciones de los Juzgados Centrales de lo contencioso administrativo dictadas en única instancia?. El espíritu y finalidad de la reforma, expresada en el propio preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, es que el Tribunal Supremo pueda llegar a la práctica totalidad de las resoluciones judiciales por lo que carecería de sentido y de justificación que el legislador de forma voluntaria y consciente haya excluido del acceso al recurso de casación a las resoluciones de los Juzgados Centrales de lo contencioso administrativo dictadas en única instancia, y sin que, a mi juicio, pueda entenderse que los Juzgados Centrales de lo contencioso administrativo estén incluidos y comprendidos en el concepto de "Juzgados de lo Contencioso-administrativo" del artículo 86.1 LJCA, a tenor de la clasificación literal de los órganos jurisdiccionales prevista en el artículo 6 LJCA.

Igualmente, al regular la preparación del escrito del recurso de casación en el artículo 89 LJCA, y en gran parte del resto del articulado, se aprecia que únicamente parece referirse a las sentencias dictadas por los órganos colegiados, al referirse a la "Sala de instancia", sin que conste ninguna referencia al modo de preparar el escrito del recurso de casación en los casos en que sean susceptibles de recurso de casación las sentencias dictadas por los órganos unipersonales, lo

¹⁸ Véase que tanto el informe que elaboró el CGPJ en las reuniones celebradas los días 26 y 27 de junio de 2014, como el informe que emitió la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de fecha 3 de junio de 2014, están referidos al texto de un anteproyecto de 4 de abril de 2014 de la LOPJ que no se corresponde con el que ha sido finalmente aprobado (si bien recoge mayoritariamente las indicaciones que se apuntaban en este último informe del Tribunal Supremo y en la propuesta con el título "Exposición razonada, relativa al proyecto de ley orgánica que modifica la ley reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa y reforma del recurso de casación", que 21 magistrados del Tribunal Supremo, Sala Tercera, elaboraron el 31 de octubre de 2006).

que puede generar una notable confusión sobre la forma de actuar para los operadores jurídicos, principalmente abogados, aunque también para órganos judiciales unipersonales, ya que, por ejemplo, les puede surgir la duda razonable de si, teniendo en cuenta la inexistencia de cualquier referencia a ellos en este precepto, les resultaría aplicable la exigencia contenida en el apartado e) del artículo 89.2 LJCA.

Tampoco se contempla en el artículo 92.4 LJCA la fijación de un plazo procesal concreto para que las partes puedan alegar sobre el incumplimiento detectado en el escrito de interposición del recurso de casación.

Sería por tanto deseable que, antes de su entrada en vigor, por parte del legislador se procediera a corregir y depurar el texto normativo aprobado aclarando y complementando los defectos u omisiones advertidos, todo ello para no dificultar la implantación y desarrollo del nuevo modelo casacional.

Una de las cuestiones que, sin duda, debiera generar cierta preocupación en los artífices e impulsores de la reforma es si, a pesar de la amplia *vacatio legis* que se prevé en la norma, el Tribunal Supremo va a estar preparado para la previsible avalancha de recursos de casación que se producirán desde el inicio, y que podrían llevar al colapso o parálisis de este nuevo modelo casacional a los pocos meses de su entrada en vigor, por lo que se torna imprescindible una planificación estratégica que analice, de forma realista, las necesidades de medios materiales y personales de los que será necesario disponer en el Tribunal Supremo para poder afrontar este nuevo modelo casacional, y que sea implementado lo antes posible con el objeto de que pueda ser efectuada una adecuada organización interna con la que afrontar esta nueva etapa en el recurso de casación.

Precisamente uno de los grandes retos a los que se enfrentará el Tribunal Supremo es el importante aumento de los recursos de casación que tendrán acceso por lo que, a mi modo de ver, se deberían haber arbitrado mecanismos formales de control, y así, por ejemplo, se podría haber optado por un sistema como el francés en el que se limite el número de abogados con capacitación profesional para interponer recurso de casación ante el equivalente a nuestro Tribunal Supremo, la *“Cour de Cassation”*, lo que estaría justificado en el hecho

cierto de que un número excesivo de recursos de casación puede poner en peligro el desenvolvimiento y correcto funcionamiento del nuevo modelo casacional, y que además podría estar fundamentado, entre otras, por los siguientes motivos:

1º) En el nuevo modelo casacional queda determinado y definido que su objeto no es resolver la controversia judicial concreta planteada, la satisfacción de pretensiones individuales, a modo de segunda o tercera instancia, sino que cumple una función nomofiláctica, como expresamente se expone en el propio preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, esto es, tiene por finalidad definir el derecho objetivo a efectos de crear jurisprudencia y que sea útil para la comunidad jurídica.

2º) El recurso de casación ostenta una naturaleza extraordinaria y en la formulación que se introduce, además de continuar siendo un recurso muy técnico para los abogados, requerirá un profundo y específico conocimiento del estado de la jurisprudencia en el orden contencioso administrativo, por lo que, para no hacer un uso indiscriminado y erróneo del mismo, asociarlo a determinados perfiles profesionales cualificados que cumplan una serie de requisitos (abogados con un número determinado años de ejercicio, especialización, superación de pruebas...) parece idóneo como mecanismo natural y activo para depurar el acceso al recurso de casación.

3º) Dentro de las opciones que se pueden plantear para reducir el número de recursos de casación que podrán resolver los magistrados del Tribunal Supremo se enuncia como una alternativa menos gravosas que otras (aumento de las costas procesales, criterios excesivamente restrictivos...)

En definitiva, la reforma recientemente aprobada supondrá un nuevo modelo casacional en el orden contencioso administrativo respecto del que cabe apreciar novedades sumamente positivas y algunos aspectos, principalmente la introducción del interés casacional objetivo, que si bien inicialmente pueden generar dudas o recelos en algunos sectores doctrinales, esperemos que pronto queden disipados con el criterio técnico, independiente y nomofiláctico que debe guiar siempre la actuación de nuestro Tribunal Supremo.

4. Bibliografía

- Alonso Mas, María José. *“El acceso al recurso de casación en el orden contencioso-administrativo: una oportunidad perdida”*. Revista de Administración Pública nº 197 (mayo/agosto 2015). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2015
- Bouazza Omar, Ariño. *“El recurso de casación contencioso-administrativo común: estudio de legislación y de jurisprudencia y propuestas para su reforma”*. Editorial Civitas. 2013
- Cancio Fernández, Raúl Cesar. *“La nueva casación contenciosa administrativa”*. Post en el blog: www.queaprendemoshoy.com (entrada de 4 de septiembre de 2015)
- Castroverde Córdoba, Diego. *“Por un nuevo modelo del recurso de casación en materia contencioso-administrativo”*. Revista de Jurisprudencia núm. 1, de fecha 1 de diciembre de 2013. Editorial Lefebvre-El Derecho. 2013
- Sieira Míguez, José Manuel (Director), y Quintana Carretero, Juan Pedro (Coordinador). *“El recurso de casación en la jurisdicción contenciosa administrativa. Doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo”*. Editorial Thompson-Aranzadi. 2012

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

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA
TERCERA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
DE 9 DE JULIO DE 2015 (ASUNTO C-177/14) SOBRE LA
APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE DE
CONTRATACIÓN DE DURACIÓN DETERMINADA AL PERSONAL
EVENTUAL: TRIENIOS**

Roberto Mayor Gómez

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización de trabajo: 30/08/2015

I. ANTECEDENTES

El supuesto de hecho sobre el que se pronuncia la sentencia judicial objeto del presente comentario, tiene por objeto una empleada pública española que no ostentaba la condición de funcionaria pública, Sra. Regojo Dans, la cual había prestados servicios como personal eventual en distintos órganos estatales (Consejo de Estado y Tribunal Constitucional), y durante unos meses como contratada laboral (Consejo Económico y Social).

En enero de 2012 la Sra. Regojo Dans solicitó al Consejo de Estado que se reconociese su derecho a percibir los trienios por el período en que había prestado servicios como empleada pública, en total 31 años y medio, reclamando que se le abonase el importe correspondiente a los últimos cuatro años.

Por resolución del Presidente del Consejo de Estado, de 24 de julio de 2012, se desestimó su solicitud y la actora interpuso recurso contencioso administrativo

ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, proceso número 526/2012 (Sección Séptima), en la que básicamente alegaba que la negativa a reconocerle el derecho a los trienios constituía una diferencia de trato discriminatoria frente al resto de los empleados públicos, contraria al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre trabajo de duración determinada, incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, e invocó igualmente diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹ para fundamentar su pretensión.

Por auto de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 31 de enero de 2014 (EDJ 2014/31820), se plantea una duda principal que le hace plantear una cuestión prejudicial, y así en el antecedente de hecho primero del mencionado auto se delimita, de forma precisa, el objeto de la misma al indicar que *“Se trata de determinar si la omisión del concepto retributivo “trienios” que la legislación española dispone en la retribución de quienes prestan servicios como “personal eventual”, sin ser funcionario de carrera, en las distintas Administraciones Públicas, es o no contraria al principio de no discriminación proclamado en la cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre trabajo de duración determinada, incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio (en lo sucesivo “el Acuerdo Marco”).*

La duda se suscita porque ese concepto retributivo “trienios” sí lo perciben los funcionarios de carrera y también este otro personal público que desempeña sus servicios con carácter temporal: (I) los funcionarios interinos y (II) los funcionarios de carrera que temporalmente ocupan puestos de trabajo reservados para personal eventual.

Y se suscita porque ese diferente trato podría no ser compatible con el principio de no discriminación contenido en esa cláusula 4 que acaba de mencionarse.”

En concreto, al amparo de lo establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las siguientes cuestiones prejudiciales:

¹ Sentencia de 13 de septiembre de 2007, C- 307/05, caso Del Cerro Alonso; Sentencia de 22 de abril de 2010, caso Zentralbetriebsrat del Landeskrankenhaus Tuirols, C- 486/08; Sentencia de 8 de septiembre de 2011, caso Rosado Santana, C-177/10.

"1) ¿Están comprendidos dentro de la definición de "trabajador con contrato de duración determinada", contenida en el punto 1 de la cláusula 3 del Acuerdo marco² de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, el "personal eventual" regulado actualmente en el artículo 12 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público EDL 2007/17612 , y el "personal eventual" regulado con anterioridad en el artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública EDL 1984/9077 ?.

2) ¿Es aplicable a ese "personal eventual" el principio de no discriminación de la cláusula 4 4 del mencionado Acuerdo marco³ de la CES, la UNICE y el CEEP, a los efectos de que le sean reconocidas y pagadas las percepciones retributivas que por el concepto de antigüedad son abonadas a funcionarios de carrera, personal laboral indefinido, funcionarios interinos y personal laboral con contratos de duración temporal?.

3) ¿Resulta encuadrable, dentro de las razones objetivas que invoca esa cláusula 4 para justificar un trato diferente, el régimen de nombramiento y cese libre, fundado en razones de confianza, aplicable a ese "personal laboral"⁴ en las dos leyes españolas que antes se han mencionado?."

² La cláusula 3, apartado 1, define al «trabajador con contrato de duración determinada» como «el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado»

³ La cláusula 4, apartado 4 señala que "Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas".

⁴ Por Auto de aclaración del mismo Tribunal, de fecha 19 de mayo de 2014, se rectifica el error material advertido en la tercera pregunta que se hace en la parte dispositiva del Auto de fecha 31 de enero de 2014 al indicar "personal laboral" en vez de "personal eventual" tal y como se hace en las dos preguntas anteriores, y cuya redacción correcta sería la siguiente:"3) ¿Resulta encuadrable, dentro de las razones objetivas que invoca esa cláusula 4 para justificar un trato diferente, el régimen de nombramiento y cese libre, fundado en razones de confianza, aplicable a ese "personal

Esta petición prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal Supremo, mediante este auto de 31 de enero de 2014, es recepcionado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 10 de abril de 2014 (asunto C-177/14).

II. OBJETO DE DEBATE

Frente a la invocación del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre trabajo de duración determinada, incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵ que alegaba la representación procesal de la Sra. Regojo Dans, los argumentos jurídicos invocados por la Abogacía del Estado para defender la no vulneración de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, tenían su fundamento en la especial naturaleza diferenciada del personal eventual respecto del resto de empleados públicos que se deriva de la normativa española que resultaría de aplicación⁶, considerando además que este tipo de personal no realiza propiamente trabajos profesionales y por tanto no puede ser asimilado a los trabajadores relacionados en la cláusula 4 del Acuerdo Marco. Igualmente se enumeraban y describían las especificidades del personal eventual en cuanto su contenido (funciones de confianza y asesoramiento especial distintas de las que desempeñan los funcionarios de carrera o interinos), nombramiento y cese (que es libre y no regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad), lo que justificaría el trato diferente, y por tanto la inexistencia de trato discriminatorio. Se concluía, en definitiva, que la finalidad perseguida por los trienios es retribuir la

eventual" en las dos leyes españolas que antes se han mencionado?".

⁵ Sentencia de 13 de septiembre de 2007, C- 307/05, caso Del Cerro Alonso; Sentencia de 22 de abril de 2010, caso Zentralbetriebsrat del Landeskrankenhaus Tuirols, C- 486/08; Sentencia de 8 de septiembre de 2011, caso Rosado Santana, C-177/10.

⁶ Artículos 8, 9, 10, 12,22.1, 23, y 25 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP); Artículo 1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de Reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública (en adelante LRSPAP); El apartado 4 del artículo 26 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE nº 156, de 30 de junio de 2012).

permanencia continuada en un determinado puesto de trabajo, y esta necesidad no se constata en puestos que necesariamente son precarios, añadiendo que además, en el concreto caso objeto de litis, no se había acreditado la identidad o similitud de funciones con la propia de la categoría de funcionario público con la que se pretendía asimilar, y sin que el haber desempeñado durante tanto tiempo puestos de personal eventual desvirtuase el carácter de confianza de estos puestos de trabajo.

III. SENTENCIA JUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14) da respuesta a cada una de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo, y así, respecto a si el concepto de «trabajador con contrato de duración determinada», de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO L 175, p. 43), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a un trabajador como la demandante en el litigio principal, se pronuncia de forma positiva a su inclusión.

En este sentido, considera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con fundamento en su propios pronunciamientos judiciales, que la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno⁷; que el ámbito de aplicación subjetiva del Acuerdo se ha definido con amplitud por su jurisprudencia⁸; que los principios de igualdad de trato y de no discriminación que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión Europea, alcanzan y deben proyectarse sobre el citado Acuerdo⁹; y que el mero hecho de que se califique a un trabajador de eventual en virtud del Derecho nacional o de que su contrato de trabajo presente algunos aspectos particulares,

⁷ Sentencia Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU: C 2014:2044, apartado 28.

⁸ Sentencias Adeneler y otros, C-212/04, EU: C: 2006:443, apartado 56.

⁹ Sentencia Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 27

como, por ejemplo en el presente asunto, su carácter temporal, su nombramiento o cese libres o el que se considere que dicho trabajador desempeña funciones de confianza y de asesoramiento especial, carecerían de relevancia a este respecto, para no desvirtuar la eficacia de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y su aplicación uniforme en los Estados miembros, al reservar a éstos la posibilidad de excluir a su arbitrio a determinadas categorías de personas del beneficio de la protección requerida por estos instrumentos de la Unión.

Por todo ello, concluye el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la Directiva 1999/79 y el Acuerdo marco se aplican a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador, y por tanto, respecto de la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo responde que el concepto de «trabajador con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a un trabajador como la demandante en el litigio principal.

En todo caso, la cuestión jurídica central que se aborda por la sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14), al tratar de dar respuesta a las preguntas prejudiciales segunda y tercera planteadas por el Tribunal Supremo que analiza de forma conjunta, es si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que excluye, sin justificación alguna por razones objetivas, al personal eventual del derecho a percibir los trienios reconocidos, en particular, a los funcionarios de carrera.

Pues bien, en primer lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que los “trienios”, como complementos salariales de antigüedad que se reconocen en la legislación española, están incluidos dentro del concepto de “condiciones de trabajo”¹⁰ que se contiene en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, como

¹⁰ La cláusula 4, apartado 4 señala que “Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

ha reconocido en otros supuestos similares (caso del reconocimiento de los trienios del personal estatutario y funcionarios interinos)¹¹.

En segundo lugar, cita los principios o criterios jurisprudenciales del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ampliamente reconocidos en numerosos pronunciamientos judiciales¹², en el sentido de considerar que los trabajadores con contrato de duración determinada no pueden, sin que exista justificación objetiva alguna, ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable.

En el apartado segundo de la cláusula 3 del Acuerdo marco, el concepto de trabajador con contrato de duración indefinida comparable es definido como «un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña

Finalmente, una vez sentada la anterior premisa, lo relevante para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a los efectos de determinar si el personal eventual tiene derecho a la percepción de trienios es si, en la práctica, ejercen un trabajo profesional similar e idéntico con el de los funcionarios de carrera, lo que en la terminología comunitaria se denomina “situación comparable”¹³, sin que sea determinante el sistema de nombramiento o cese, sino que debe tenerse en cuenta y valorarse un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación, las condiciones laborales...

¹¹ Sentencias Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartados 47 y 48, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58, y los autos Montoya Medina, C-273/10, EU:C:2011:167, apartados 32 a 34, y Lorenzo Martínez, C-556/11, EU:C:2012:67, apartado 37.

¹² Sentencias Del Cerro Alonso, C-307/05, EU: C: 2007:509, apartados 42 y 47; Impact, C-268/06, EU: C: 2008:223, apartado 126, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, 444/09 y C-456/09, EU: C: 2010:819, apartado 53.

¹³ Sentencia Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 66, y los autos Montoya Medina, C-273/10, EU:C:2011:167, apartado 37, y Lorenzo Martínez, C-556/11, EU:C:2012:67, apartado 43).

Por ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al no ser el órgano competente para el enjuiciamiento de ese aspecto fáctico, fija los parámetros básicos y generales que habrán de ser analizados por el Tribunal Supremo en este tipo de litigios:

1º) Si aprecia que los cometidos profesionales en su condición de personal eventual no son idénticos o análogos a los de un funcionario de carrera en el órgano donde prestó servicios, de ello se presumiría que no se encuentran en una situación comparable a la de un funcionario de carrera y no tendría derecho a los trienios.

2º) En el supuesto que los cometidos profesionales en su condición de personal eventual sean idénticos o análogos a los desempeñados por un funcionario de carrera, si el único elemento que diferencia su situación de la de un funcionario de carrera es la naturaleza temporal de la relación de servicio, ello haría aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que impide un trato discriminatorio por esa circunstancia, al encontrarse en una “situación comparable” a la de ese funcionario de carrera, y procedería por tanto el abono de los trienios, salvo si existiera una razón objetiva que justificara la diferencia de trato entre ambos trabajadores.

3º) En cuanto a la razón objetiva que pueda justificar una diferencia de trato entre trabajadores, requiere elementos precisos y concretos, constituido por todos aquellos elementos que caracterizan y definen la condición de trabajo de que se trate, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, con el objetivo de comprobar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto, sin que pueda justificarse dicha diferencia de trato por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo¹⁴, o por la referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración

¹⁴ Sentencias Del Cerro Alonso, C-307/05, EU: C: 2007:509, apartado 57, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU: C: 2010:819, apartado 54, y autos Montoya Medina, C-273/10, EU: C: 2011:167, apartado 40, y Lorenzo Martínez, C-556/11, EU: C: 2012:67, apartado 47.

Pública¹⁵. En relación al litigio concreto que se plantea, añade igualmente que del análisis de la normativa española (artículo 26, apartado 4, párrafo segundo, de la Ley 2/2012) el hecho que los funcionarios de carrera que ocupen puestos de trabajo reservados a personal eventual perciban trienios desvirtuaría la alegación, entre otras, de la Abogacía del Estado que señalaba que es la naturaleza particular de las funciones de confianza o de asesoramiento especial que desempeña el personal eventual lo que justificaría el trato diferenciado.

Aclara que para que pueda apreciarse la razón objetiva que pueda justificar una diferencia de trato entre trabajadores, en definitiva, habrá de atenderse a la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada, en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro¹⁶.

Por todo lo anterior, en respuesta a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera planteadas por el Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que “La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye, sin justificación alguna por razones objetivas, al personal eventual del derecho a percibir los trienios concedidos, en particular, a los funcionarios de carrera, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento salarial, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables, lo que corresponde verificar al tribunal remitente”.

¹⁵ Sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU: C: 2010:819, apartado 56, y autos Montoya Medina, C-273/10, EU: C: 2011:167, apartado 42, y Lorenzo Martínez, C-556/11, EU:C:2012:67, apartado 49.

¹⁶ Sentencias Del Cerro Alonso, C-307/05, EU: C: 2007:509, apartados 53 y 58, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU: C: 2010:819, apartado 55, y los autos Montoya Medina, C-273/10, EU: C: 2011:167, apartado 41, y Lorenzo Martínez, C-556/11, EU: C: 2012:67, apartado 48.

IV. CONCLUSIONES

La Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 9 de julio de 2015 (María José Regojo Dans contra Consejo de Estado, Asunto C-177/2014), resulta sin duda jurídicamente relevante y puede tener en el ámbito nacional importantes consecuencias para las Administraciones Públicas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea continúa en la sentencia judicial analizada una línea doctrinal y jurisprudencial ya avanzada en otros supuestos precedentes asimilables, por ejemplo en el reconocimiento del derecho a los trienios del personal interino en las Administraciones Públicas¹⁷, determinando y fijando los criterios que servirán de base para que sean valorados por los órganos judiciales nacionales para pronunciarse, en cada caso concreto, si el personal eventual de las Administraciones Públicas que no ostente la condición de funcionario público tiene derecho a cobrar trienios.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo relevante es analizar, de forma concreta y casuística, los cometidos profesionales en su condición de personal eventual, y comprobar si son o no idénticos o análogos a los de un funcionario de carrera para verificar si se encuentran en una situación comparable, e igualmente para determinar si concurre o no alguna razón objetiva que justificara un trato diferenciador en cuanto al cobro de los trienios, sin que la forma de nombramiento o cese, el carácter de confianza, la naturaleza temporal del cargo...impliquen, por ser en sí mismo un aspecto formal, una justificación objetiva. Por ello, habrá que hacer una tarea de comprobación y comparación para analizar, entre otros aspectos: la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada, las características inherentes a las mismas, funciones desempeñadas...

Teniendo en cuenta esta resolución judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sería recomendable que por las Administraciones Públicas se pusieran en

¹⁷ Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 22 de diciembre de 2010, Rosa María Gavieiro Gavieiro (asunto C-444/09 y Ana María Iglesias Torres (asunto C-456/09)

marcha una serie de mecanismos y procedimientos para evitar ser condenadas en vía judicial al pago de trienios del personal eventual que no ostente la condición de funcionario público:

19) Se haga el nombramiento del personal eventual para desempeñar las concretas y específicas funciones, “confianza y asesoramiento especial”, que definen y caracterizan al personal eventual en la normativa española.

En este sentido, resultan muy útiles los elementos o criterios que fija ya el propio Tribunal Supremo en el auto que plantea la cuestión prejudicial¹⁸ para definir las funciones del personal eventual y delimitarlas con las del personal funcionario de carrera:

- “se trata de tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la "confianza" ”
- “los puestos reservados a personal eventual son excepcionales y su validez está condicionada a que sus cometidos se circunscriban a esas funciones de "confianza y asesoramiento especial" que legalmente delimitan esta específica clase de personal público.”
- “deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa. Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad.”

¹⁸ Auto de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 31 de enero de 2014, (EDJ 2014/31820).

- “las funciones del puesto litigioso que la sentencia recurrida describe rebasan el límite legal de "asesoramiento y confianza especial", ya que expresan cometidos profesionales de colaboración en típicas actividades administrativas.”

2º) Se efectúe ya una labor preventiva mediante la publicación de unas instrucciones o circulares para evitar la condena al pago de los trienios del personal eventual que no ostente la condición de funcionario público, y se instauren mecanismos de control y verificación.

Se trata de un asunto con muchas similitudes, desde un punto de vista judicial, con el supuesto de la cesión ilegal de trabajadores en la Administraciones Públicas, en el que, por parte del Tribunal de Cuentas se elaboró una Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración contratante en virtud de sentencias judiciales, que motivó la aprobación de la Resolución de 27 de octubre de 2010 (BOE de 18 de enero de 2011), que posteriormente fue complementada con las instrucciones de buenas prácticas para evitar cesión ilegal de trabajadores en contratos de servicios, elaboradas por la Secretaría de Estado de Administraciones públicas, en fecha 2 de febrero de 2013.

Por ello, resultaría necesario elaborar unas instrucciones o circulares, a la vista de los criterios judiciales objeto de cita en el presente comentario, con unas pautas que evitaran la condena al pago de los trienios del personal eventual que no ostentara la condición de funcionario público, ya que si se definen correctamente las funciones o tareas a desempeñar por el personal eventual, no nos encontraríamos ante una situación comparable a la de los funcionarios públicos, y podría estar por tanto justificado el trato diferenciado.

Estas medidas que se proponen tendrían por objeto evitar el coste económico que puede resultar de la condena en vía judicial en este tipo de litigios, que, en todo

caso, están limitados temporalmente por el plazo de prescripción de 4 años que prevé el artículo 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.



Castilla-La Mancha



Gabilex
Nº 3
Septiembre 2015

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

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JCCM

Para la publicación de **artículos doctrinales** y **reseñas de legislación o jurisprudencia** en la Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se someterá a las siguientes **BASES**:

1. Los trabajos que se presenten para publicación deberán ser originales e inéditos.
2. 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.
3. 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.
4. Tanto los ARTICULOS como las RESEÑAS deberá remitirse por correo electrónico a la dirección de la revista (revistagabinetejuridico@jccm.es) en formato *word* o compatible.
5. En todo caso se utilizará letra tipo *arial* tamaño 12 para el texto principal, y *arial* tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados. El interlineado será a 1,5 espacios.
6. La primera página del ARTICULO o RESEÑA debe de incluir, por este orden:

-
- a. Título.
 - b. Nombre y apellidos del autor/res, dirección postal y de correo-e.
 - c. Profesión, título académico y centro de trabajo del autor/res.
 - d. Índice o sumario
 - e. Fecha de finalización del trabajo

7. Los trabajos deben incluir al final la bibliografía.

8. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

a) En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecomillado seguido del título del libro en cursiva, ciudad de edición, editorial, año, página/s.

b) En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y páginas.

c) Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos irán entrecomilladas.

9. Los autores cuyos trabajos sean publicados ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación.

10. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

Finalmente cualquier jurista que desee remitir una sentencia interesante o enviar un link sobre cualquier asunto jurídico puede hacerlo enviando un email a revistagabinetejuridico@jccm.es