

Nº 9
Primer trimestre 2017

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

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

Número 9. Marzo 2017

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Próximamente disponible en SMARTECA y VLEX

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

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

DIRECCIÓN

D^a 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-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

D. Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*"

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM

D. Jorge Fondevila Antolín

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

SUMARIO

CELEBRACIÓN DE LA I JORNADA REVISTA GABILEX..... 10

EDITORIAL..... 12
El Consejo de Redacción

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

“LA DEFENSA PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”..... 18
D. Jordi Gimeno Bevia

“EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FACTURA ELECTRÓNICA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA..... 46

D^a Matilde Castellanos Garijo

“REFLEXIONES CRÍTICAS A LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA NUEVA TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO..... 94
D. Carlos M^a Rodríguez Sánchez

“ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN A LA HACIENDA PÚBLICA” 130
D^a Mónica de la Cuerda Martín

SECCIÓN INTERNACIONAL

“MERCADOS PÚBLICOS: EVALUAR O NO EVALUAR EL RENDIMIENTO DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS, ESA ES LA

CUESTIÓN”	188
D. Luís Valadares Tavares	
“EL PRINCIPIO O CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD: UN BREVE ESTUDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO ESPAÑA/BRASIL”	206
D. Paulo S. Bugarin	

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE FECHA 16 DE FEBRERO DE 2017 (CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2544-2016): NULIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 36.2.A, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA DE CASTILLA-LA MANCHA, APROBADO POR DECRETO LEGISLATIVO 112004, DE 28 DE DICIEMBRE.....	244
D. Roberto Mayor Gómez	
COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SALA QUINTA, DE 16 DE FEBRERO DE 2017 (ASUNTO C-555/14): PLAN DE PAGO A PROVEEDORES.....	254
D. Roberto Mayor Gómez	
COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (SECCIÓN SEGUNDA) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA, DE 31 DE ENERO DE 2017: IMPUGNACIÓN DEL PROCESO SELECTIVO DEL CUERPO DE LETRADOS DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.....	264
D. Roberto Mayor Gómez	
BASES PARA LA PUBLICACIÓN.....	271

CELEBRACIÓN DE LA I JORNADA REVISTA GABILEX

La Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, GABILEX, ha celebrado su primera JORNADA en Toledo, los **pasados días 2 y 3 de marzo de 2017** en colaboración con WOLTERS KLUWER.

La Jornada ha contado excelentes ponentes, todos ellos juristas de reconocido prestigio que han abordado importantes temas de actualidad, como el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, principales novedades de las Leyes 39/2015 y 40/2015, Administración electrónica, así como el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y la inserción de cláusulas sociales y ambientales en la contratación.

Desde el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y desde la Dirección de la Revista, damos las gracias a todos los ponentes por la calidad de sus intervenciones y a los más de 150 asistentes que nos han acompañado, muchos de ellos, de otras Comunidades de Comunidades Autónomas.

En el enlace <http://jornadsgabilex.castillalamancha.es/> se puede consultar toda la información de la celebración de la Jornada así como las fotos realizadas.

■

EDITORIAL

En estos algo poco más de dos años de existencia de la Revista GABILEX, para ser exactos dos años y un trimestre, son muchos los hitos y logros alcanzados por esta todavía novel publicación científica y práctica.

A groso modo y de una manera muy resumida, destacamos sólo algunos de estos hechos que son importantes para cualquier publicación: la Revista ha sido objeto de inclusión en importantes bases de datos, lo que supone un reconocimiento consecuencia también de la incorporación de unas exigentes bases de publicación y de un también exigente procedimiento de aceptación de los trabajos (revisión a ciegas por pares); sus suscriptores fijos ya se cuentan por centenares, incluyendo suscripciones de países diferentes al nuestro, de forma que la Revista llega ya por defecto a un número considerable de países de habla hispana; se ha creado un Comité Científico; se ha incorporado la editorial que ahora ustedes están leyendo a todos los números de la Revista, abordando siempre cuestiones de actualidad jurídica u otros aspectos como los que ahora tratamos; la Revista está ya presente en la redes sociales y en foros especializados de carácter jurídico, en la que es objeto de difusión de manera autónoma por el propio público; en la Revista han participado ya un elevado número de autores, muchos de ellos exponentes y referentes de la materia objeto de estudio y publicación; se han celebrado las primeras jornadas de la Revista



GABILEX de las que podemos afirmar con satisfacción que han sido todo un éxito, con un aforo de 150 asistentes y de las que en este número de la Revista incorporamos una breve crónica.

También con orgullo, ponemos de relieve y en valor algunas cuestiones que hablan del espíritu de la Revista y de los miembros que la forman, así por ejemplo ser una de las Revistas (no podemos afirmar ser la única por la imposibilidad de conocer absolutamente todas las publicaciones existentes) en la que deliberadamente se utiliza tipografía "Verdana", al ser la que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar por ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo su uso como sinónimo de accesibilidad. Del mismo modo, nos parece también muy destacable la iniciativa recogida en las propias bases de publicación y cuya reproducción a continuación habla por sí sola:

*"Asimismo, para que el esfuerzo y el mérito tengan el reconocimiento social y profesional que merecen, podrán publicarse Trabajos Final de Grado (TFG) o Final de Máster (TFM) si han obtenido una calificación mínima de sobresaliente, **en cuyo caso la propia publicación pondrá de manifiesto que se trata de un TFG o un TFM.** Todo ello sin perjuicio de la obligatoriedad de cumplir el resto de requisitos exigidos en estas bases. Esta modesta iniciativa, pretende el reconocimiento al mérito de haber obtenido unas calificaciones que son fruto de un rendimiento académico digno de elogio."*

Hemos de decir que esta iniciativa está teniendo su reflejo en la práctica, de modo que ya en un anterior número hemos publicado algún trabajo con esta consideración, al igual que lo hacemos en el presente número.

Todo lo anterior y muchas otras cuestiones que no han sido destacadas, como por ejemplo lo referido a maquetación, impresión y difusión de la Revista, se ha realizado en tan sólo ocho números de carácter periódico, uno por trimestre, así como en dos números extraordinarios, uno por año.

Son muchos los retos aún pendientes para la Revista, aunque haber conseguido ya en este breve periodo de tiempo situarse como una de las Revistas a tener en cuenta en el plano nacional ya supone de por sí todo un reconocimiento.

Por citar sólo algunos de estos retos pendientes podemos referirnos a: la creación de una página Web que dé soporte de manera idónea a la Revista; la inclusión en otras bases de datos científicas; la consolidación con carácter anual de las Jornadas GABILEX; la incorporación de criterios de calidad a la Revista, como por ejemplo ha sido la realización de encuestas de satisfacción a los asistentes a las I Jornadas GABILEX; alcanzar el millar de suscriptores fijos (recordamos aquí que la suscripción a la revista en su formato on line es gratuita); la creación de un Consejo Consultivo Internacional, etc. Si bien cabe poner de relieve nuevamente que muchos de estos nuevos retos ya están avanzados y en distintas fases de evolución.

Dicho todo lo anterior, es el momento de destacar ahora otros avances que incorporamos en este número de la Revista. Son dos, ambos muy destacables:

1. Se crea y se incorpora a la Revista un Consejo Evaluador Externo con funciones específicas que vienen atribuidas en las bases de publicación. Formado por juristas de reconocido prestigio nacional, que, de manera intencionada, se conforma con un carácter multidisciplinar y multiterritorial, con miembros que pertenecen de este modo a distintos tipos de administraciones públicas, con el



fin de que el conocimiento práctico y científico que atesore la Revista en sus miembros sea lo más enriquecedor posible para el conjunto de los lectores.

2. Se crea y se incorpora por primera vez una sección denominada ARTÍCULOS DOCTRINALES INTERNACIONALES, dado que tras su expansión la Revista ya recibe la participación asidua de autores de otros países. Si bien la Revista ya ha contado con la participación de autores y publicaciones de otros países, es objetivo a partir de ahora consolidar esta sección de manera permanente.

Por todo ello, cabe ver el reconocimiento y prestigio que ha adquirido la Revista en estos poco más de dos años, tanto en el plano nacional como en el internacional, de lo que tras el trabajo desinteresado que sus distintos miembros realizan no cabe sino sentirse agradecido y satisfecho.

El Consejo de Redacción

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

SECCION NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

■

“LA DEFENSA PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

D. Jordi Gimeno Bevia

Prof. Dr. Derecho Procesal Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Las Administraciones Públicas son parte en multitud de procesos judiciales pero dada la especialidad de sus letrados en Derecho Administrativo, en ocasiones contratan abogados externos para su asesoramiento y defensa en procesos, principalmente, de carácter civil o penal. Ello, de un lado, implica el pago de altos honorarios con cargo al erario público pero, de otro, puede suponer un importante ahorro si el pleito finalmente se resuelve favorablemente para la Administración. No obstante lo anterior, la contratación del abogado externo debe realizarse siguiendo el procedimiento legalmente establecido, lo cual no ha sido de fácil interpretación en la doctrina del Tribunal Supremo. Tampoco resulta sencilla la prueba en el delito de prevaricación administrativa.

ABSTRACT

Public administrations are part in a multitude of lawsuits but given the specialty of their lawyers in administrative law, sometimes it



is needed to hire outside lawyers for their advice and defense mainly in civil or criminal procedures. This, on one hand, implies the payment of high fees charged to the public economy, but another, may be a significant saving if litigation finally resolved favourably for the administration. However the above, the hiring of the external lawyer must be done according to legally established procedure which has not been easy interpreted by the doctrine of the Supreme Court. Also it is not easy find evidence in the administrative prevarication crime.

PALABRAS CLAVE

Administraciones Públicas, Defensa, Abogados, Externo, Prevaricación

KEYWORDS

Publica Administratios, Legal Defense, Lawyers, Outsourcing, Prevarication

SUMARIO:

I. Representación y defensa de las administraciones públicas
II. La necesidad de acudir a la asistencia letrada externa
III. Naturaleza jurídica del contrato: dos posibles interpretaciones.
1. Contrato administrativo 2. Contrato civil 3. Discrepancias acerca de la naturaleza contractual en la reciente jurisprudencia del TS (Imbroda vs Minutas)
IV. Problemas que plantea la prueba en la prevaricación administrativa
V. Conclusiones y propuestas

I. LA REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Tal y como es sabido, las Administraciones Públicas actúan con estatus de parte en procesos de los distintos órdenes jurisdiccionales. Así, pues, a excepción de su actuación como parte pasiva en el proceso penal –sin perjuicio de que los miembros de la administración pública puedan estar inmersos en causas penales por el ejercicio de sus funciones- las AAPP se enfrentan a contenciosos, no sólo de carácter meramente administrativo, sino también civil o laboral.

En lo referente a la postulación procesal de las AAPP, a tenor de lo dispuesto en el art.551 LOPJ, la representación y defensa difiere en función del tipo de Administración. Con carácter general, la Abogacía del Estado es la encargada de la representación y defensa de la AE, sus organismos autónomos y los órganos constitucionales. Las Comunidades Autónomas, asimismo, están representadas y defendidas por los Letrados de las distintas CCAA, mientras que los Entes Locales son representados por sus servicios jurídicos, sin perjuicio de que los Abogados del Estado también puedan representar a las CCAA y los Entes Locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo.

No obstante lo anterior, el artículo citado también recoge la posibilidad de que cualquiera de las tres Administraciones pueda encomendar las tareas de representación y defensa a otro Abogado colegiado. Ello supone, en una primera lectura del art. 551, que la Ley permite la externalización u *outsourcing* de la defensa de las AAPP. Dicha cláusula se encuentra matizada por el art. 24 de la LJCA pues, además de la LOPJ, para la representación

y defensa de las CCAA, también deberán observarse *"las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las Comunidades Autónomas"*.

El problema principal radica en que, cada vez con mayor frecuencia, las Administraciones Públicas, principalmente las Entidades Locales, prescinden de sus servicios jurídicos propios y contratan a Abogados externos teóricamente más especializados. Ello implica no sólo una infrutilización de los Letrados de las Administraciones, sino también el pago de las minutas del Abogado externo con cargo al erario público que, en determinados casos, puede considerarse excesivo e innecesario. Cabe señalar, por el contrario, que en asuntos de especial complejidad o en los que la Administración puede perder una gran cantidad de dinero, la externalización de la representación y defensa en un Abogado especializado quizá suponga, de ganar el pleito, un importante ahorro para las arcas públicas.

A lo largo del presente trabajo, mediante un análisis tanto casuístico como jurídico, se pretenden exponer las razones por las que, en ocasiones, se acude a la asistencia letrada externa, el procedimiento que debe observarse en la contratación del Letrado, así como las discrepancias existentes en la jurisprudencia reciente del TS sobre la materia y la problemática que plantea la prueba en el supuesto de que la contratación irregular derive en un delito de prevaricación administrativa. Por último, se sugieren algunas posibles soluciones.

II. LA NECESIDAD DE ACUDIR A LA ASISTENCIA LETRADA EXTERNA

Uno de los principales motivos que suelen aducir los representantes públicos a la hora de externalizar determinados servicios de asesoramiento jurídico radica en la ausencia de especialización de los Letrados internos frente a determinadas

materias. A modo de ejemplo, en el caso conocido como “Madrid Arena”, el vicealcalde de Madrid sostuvo, ante un proceso penal frente a algunos miembros del consistorio, que la especialidad de los servicios jurídicos internos es básicamente el contencioso administrativo¹.

La falta de conocimiento específico ante una determinada materia sí que podría considerarse como un motivo válido para externalizar servicios. Pero la realidad nos demuestra como la formación teórica de los servicios jurídicos de las Administraciones central, autonómica y local es, con carácter general –y con distinta intensidad, según la administración-, completa, tal y como se puede comprobar mediante el análisis de los respectivos temarios de acceso.

a) Abogacía del Estado: civil 94 temas, hipotecario 27 temas, procesal 69 temas, mercantil 40 temas, laboral 18 temas, constitucional 33 temas, administrativo 73 temas, financiero 48 temas, internacional 22 temas y penal 31 temas².

b) Letrado de CCAA (ej. Castilla la-Mancha): civil 69 temas, hipotecario y mercantil 34 temas, procesal 58 temas, laboral 18 temas, constitucional y comunitario 31 temas, administrativo 53 temas, financiero 34 temas y penal 27 temas³.

¹ Las declaraciones del Vicealcalde de Madrid en dicho momento se encuentran disponibles, entre otros muchos, en el siguiente enlace: <http://www.lavozlibre.com/noticias/ampliar/673961/botella-se-gasta-20000-euros-en-abogados-externos-para-defenderse-en-el-madrid-arena>

² El temario de acceso al cuerpo de abogados del Estado puede consultarse siguiendo este enlace http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292343261270?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDescargar_el_temario.PDF

³ El proceso selectivo para acceder al cuerpo de Letrados de la Junta de Comunidades de Castilla-la Mancha está disponible pulsando el siguiente link



c) Abogado ayuntamiento (ej. Madrid): civil 53 temas, hipotecario 13 temas, mercantil 13 temas, procesal 52 temas, constitucional y comunitario 20 temas, administrativo 20 temas, hacienda local 22 temas, urbanismo 17 temas y penal 22 temas⁴.

Aunque la formación teórica resulta bastante completa, sin embargo, sí puede inferirse un déficit en materias como el laboral⁵ y el penal⁶, además de que, en la práctica forense, la mayoría de procedimientos que siguen los Letrados de las tres administraciones referidas son de índole contencioso administrativo o civil.

Asimismo, en procesos que se desarrollan en el extranjero, resulta lógico y procedente la contratación de abogados especialistas en las respectivas jurisdicciones⁷. Por tanto, la

http://docm.jccm.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=2013/08/13/pdf/2013_10004.pdf&tipo=rutaDocm

⁴ La última convocatoria disponible en el siguiente enlace: http://www.madrid.es/UnidadWeb/Contenidos/Oposiciones/Letrado/fic_heros/doc.4508857.pdf

⁵ Por ejemplo la contratación por parte del Ayuntamiento de Gijón de los servicios de asesoramiento del bufete Uriá Menéndez para evitar el cierre de la fábrica multinacional Tenneco. STSJ Asturias, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia 5/2014 14 de febrero. O también la contratación por parte de la ciudad autónoma de Melilla del abogado externo Juan José Olivares para llevar asuntos ante la jurisdicción social, por ejemplo TS Sala de lo Social, Sección 1ª, Auto de 12 septiembre 2007.

⁶ Además del caso "Madrid Arena", aún en curso, puede servir como ejemplo la contratación de abogados externos por Compañía Española de Seguros de Crédito para la Exportación (CESCE), empresa pública dependiente del Ministerio de Hacienda, para interponer una querrela contra un periodista o la contratación de abogados externos por el alcalde de Almonte acerca de la compra de un campo de golf.

⁷ Tales como el caso "Odyssey", disponible la sentencia en el siguiente enlace <http://www.goni-abogados.com/pdfs/TRAD%20Y%20NOTAS%20JLG%20ODYSSEY.pdf> ,

ausencia de especialización sí podría considerarse un motivo lógico para externalizar servicios jurídicos.

Al motivo de la especialización también se le suma un segundo, estrechamente relacionado, cual es la importancia del asunto concreto, generalmente medida en criterios económicos. Muy ilustrativamente, el portavoz del ayuntamiento de Almería declaró que la contratación de defensa externa "*sería para los casos gordos*"⁸. Es cierto que las Administraciones cuentan con una plantilla de abogados internos en nómina y que, "*a priori*", puede resultar un gasto innecesario la externalización de dichos servicios profesionales. Pero aunque el pago de los abogados internos, así como los externos que pudiera contratar el Ayuntamiento provengan del erario público, no es menos cierto que las reclamaciones económicas a las que tenga que hacer frente la Administración, también⁹. Por consiguiente, la elección de un abogado externo en aras a una mejor defensa ante asuntos de especial trascendencia económica y/o complejidad no debe ser siempre entendida como un dispendio inútil; es más, puede suponer un importante ahorro para las arcas públicas.

el caso "Carromero", por el que las autoridades españolas contrataron a un abogado externo ante la justicia cubana o la personación del Estado español ante la justicia francesa por el doble asesinato en Capbreton a manos de ETA a través de la contratación del prestigioso abogado y exsenador del UMP Henri Richemont.

⁸ Las declaraciones del portavoz así como su apuesta por la defensa externalizada pueden encontrarse en el siguiente enlace <http://www.elalmeria.es/article/almeria/1749663/ayuntamiento/quiere/abogados/externos/para/los/juicios/millonarios.html>

⁹ Por ejemplo, siguiendo con el ayuntamiento de Almería, en un contencioso-administrativo representado por abogado interno el TSJA confirmó sentencia condenatoria de 7 millones de euros. Vid STSJA Granada núm 2691/2013 de 26 septiembre 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª)

Por último, un tercer motivo que se ha llegado a aducir para la externalización de servicios jurídicos estriba en la sobrecarga de trabajo de los abogados internos de la Administración¹⁰. La externalización quizá pueda resolver alguna situación puntual de exceso de trabajo pero, del mismo modo, la ampliación de la oferta de empleo público, que se ha visto afectada durante los últimos años –lo que a buen seguro habrá influido en la referida sobrecarga- puede solucionar el problema planteado. Por tanto, no debiera considerarse un motivo suficiente para la contratación de abogados externos.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO: DOS POSIBLES INTERPRETACIONES

El procedimiento de contratación se hará depender del tipo de contrato, bien sea administrativo, bien de naturaleza civil. Habida cuenta de que la parte contratante es la Administración, lo lógico es que la contratación del abogado derive de un contrato administrativo de servicios mediante un proceso previo de adjudicación; sin embargo, tradicionalmente se ha utilizado también la vía civil, puesto que la contratación directa –p.ej. mediante poder notarial- resulta más rápida que aquella basada en un procedimiento previo de adjudicación.

1. CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como regla general, el contrato Administración-Abogado (o despacho de abogados) está basado en un contrato de adhesión

¹⁰ Así, a modo de ejemplo, la contratación de un abogado externo en el municipio de Sant Josep <http://www.noudiari.es/2014/11/sant-josep-contratara-un-abogado-externo-para-recurrir-la-multa-de-95-000-euros-que-le-impuso-el-consell/>

a lo dispuesto por la Administración y se rige por las cláusulas del Pliego concreto, así como por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RD 3/2011, de 14 de noviembre) (de ahora en adelante TRLCSP). En lo referente a la contratación de abogados externos, dentro de los contratos de servicios, en el Anexo II, categoría 21, se encuentra contemplado expresamente el contrato de servicios jurídicos.

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de los elementos que conforman el contrato administrativo de servicios, es necesario detenerse en algunas cuestiones que pudieran resultar relevantes con respecto a la externalización de los servicios jurídicos.

En primer lugar, el órgano de contratación se hace depender del tipo de Administración que suscriba el contrato.

a) Administración central: a tenor de lo dispuesto en el art. 316 TRLCSP actúan como órganos de contratación los Ministros, Secretarios de Estado, Presidentes o Directores de organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales, organismos y entidades de la Seguridad Social, la Junta de Contratación Centralizada y la Dirección General de Relaciones y Cooperación¹¹.

b) CCAA: sin perjuicio de que la legislación autonómica precise en determinados supuestos la autorización del Consejo de Gobierno, la competencia, por regla general, se atribuye al Consejero.

c) Entidades locales: la contratación de las entidades locales se encuentra regulada en la DA 2ª del TRLCSP que, en función de la cuantía –y en lo que respecta al contrato de servicios- otorga competencia a los Alcaldes o Presidentes de las Diputaciones cuando el importe del contrato no supere el 10% de los recursos

¹¹ Será necesaria la autorización del Consejo de Ministros cuando el contrato supere los doce millones de euros, se modifiquen las anualidades del art. 47 o se trate de un arrendamiento financiero. Cabe señalar que las facultades de contratación pueden ser delegadas mediante Real Decreto (art.317 y 318 TRLCSP)



ordinarios ni 6 millones de euros. No obstante lo anterior, en municipios de gran población¹², con independencia de la cuantía o duración del contrato, la competencia recaerá en la Junta de Gobierno local

Resulta habitual, sin embargo, tal y como disponen los arts. 203 y ss que dicha competencia recaiga en favor de las centrales o juntas de contratación. La Dirección General del Patrimonio del Estado asume dicha función en favor de la Administración central, pero las propias CCAA, así como las Diputaciones pueden –y en la práctica suelen- crear juntas o centrales de contratación previo acuerdo del Pleno.

Por su parte, el contratista tiene el deber de cumplir con lo establecido en el art.54, por lo que la contratación de un despacho de abogados o de un abogado particular, deberá estar supeditada a que ostente plena capacidad de obrar, no se encuentre incurso en alguna prohibición de contratar y se encuentre habilitado profesionalmente, es decir, esté colegiado en un Colegio de Abogados (excepto que únicamente se pretenda el asesoramiento jurídico). Asimismo, tal y como acontece con cualquier contrato de servicios, podrá exigirse tanto al despacho de abogados-persona jurídica como al propio letrado que aporten su titulación académica y su *Curriculum Vitae* para la acreditación de la solvencia profesional. En la práctica es frecuente que se exija un mínimo de antigüedad en el ejercicio del asesoramiento jurídico, así como de experiencia en la materia específica objeto del contrato, lo cual puede acreditarse mediante la aportación de

¹² Se entiende por municipios de gran población aquellos que superen los 250.000 habitantes, capitales de provincia que superen los 175.000 habitantes, capitales de provincia, autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas y municipios que superen los 75.000 habitantes pero ostenten circunstancias económicas, históricas, sociales o culturales especiales (art. 121 Ley 7/1985 reguladora de las Bases del Régimen Local).

otros contratos de servicios anteriores, sentencias sobre procedimientos en los que ha sido parte el despacho solicitante, etc.¹³.

En cuanto a la elección del procedimiento de adjudicación en el ámbito local, aun cuando el objeto del contrato sea el mismo, esto es, la externalización del servicio jurídico, el procedimiento de adjudicación por el que optan las distintas Corporaciones Locales es diferente¹⁴.

A tenor de lo dispuesto en el art. 138.2, con carácter ordinario, la contratación administrativa debe realizarse mediante un procedimiento abierto o restringido, en los que los principios generales de la contratación –principio de igualdad de

¹³ Una exhaustiva solicitud de la acreditación de solvencia profesional para la contratación de servicios jurídicos puede encontrarse en el Contrato de Servicios de Representación y Defensa del Ayuntamiento de Segovia del año 2012, disponible en el siguiente enlace http://www.segovia.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fic_hero.documentos_Pliego_administrativo_42ead8a0%232E%23pdf

¹⁴ Para la comparación de los procedimientos de contratación se han analizado diversos contratos de servicios jurídicos accesibles desde la red, concretamente los suscritos por el Ayuntamiento de Segovia http://www.segovia.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fic_hero.documentos_Pliego_administrativo_42ead8a0%232E%23pdf, Peñíscola <http://www.peniscola.org/bd/archivos/archivo218.pdf>, Totana <http://datos.totana.es/descargas/Pliego%20servicios%20juridicos.pdf>, Caravaca de la Cruz http://www.caravaca.org/images/stories/files/perfilDelContratante/ContratoAsesoramientoJuridicoYDireccionLetrada/pliegoclausulasadmtvasa_sesjuridica.pdf, Basauri http://www.basauri.net/sites/www.basauri.net/files/pliegos_administrativos_31_14.pdf y Utrera http://www.utrera.org/opencms/export/sites/default/utrera/galeria/download/tcont.2.01260_2012_servicio_de_asistencia_juridica_y_laboral_60_2012_pcap_servicio_asistencia_juridica_y_judicial1364285771332.pdf.



oportunidades, igualdad de trato, confidencialidad, proporcionalidad, etc.- concurren en toda su intensidad. Cabe la contratación directa, sin embargo, en los contratos menores que, con respecto al contrato de servicios, no pueden superar los 18.000€.

Aunque posea un carácter excepcional¹⁵, el procedimiento negociado –especialmente ágil y flexible cuando se realiza sin publicidad- se encuentra específicamente contemplado en el art. 174 para contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual y que se encuentren comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, tal y como acontece con el contrato de servicios jurídicos. Se trata de un método de adjudicación que, como sostiene parte de la doctrina, no supone una licitación *stricto sensu*, en tanto que no es necesaria la inclusión de criterios de adjudicación en los pliegos¹⁶. En todo caso, no podrá adjudicarse la contratación por el procedimiento negociado cuando la cuantía exceda de 100.000€.

¹⁵ Únicamente puede aplicarse el procedimiento negociado cuando concurren los presupuestos contemplados en los arts. 170-175 TRLSP (art.138.2).

¹⁶ "Precisamente el procedimiento negociado se diferencia del procedimiento abierto y del restringido en que la adjudicación se efectúa previa consulta y negociación de los términos del contrato; en consecuencia no se trata de que la Administración determine un marco innegociable mediante los pliegos, limitándose el licitador a formular su oferta con mejora de precio o condiciones, posibilidad común en todos los procedimientos, sino de que se fijen en el pliego los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación y se negocien de modo efectivo con los candidatos, evaluando además posibles soluciones técnicas avanzadas o innovadoras y la situación real del mercado; lo contrario significaría una desviación respecto a la finalidad pretendida por la ley" ESCRIBANA MORALES, J. en *La contratación del sector público. Los contratos de suministros y de servicios.*, La Ley, 2ªEd. 2009, pág.920

Resulta paradójico que el art.174 disponga que se podrán contratar servicios mediante este procedimiento –incluido obviamente los jurídicos- “...cuando no sea posible establecer sus condiciones con la precisión necesaria para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido.” Pero, en la práctica, algunos ayuntamientos demuestran que es perfectamente posible la externalización de servicios jurídicos mediante procedimientos abiertos y con unos requisitos perfectamente concretados¹⁷.

No obstante lo anterior, en no pocas ocasiones, se opta sistemáticamente por el procedimiento negociado con la finalidad de adjudicar más fácilmente el contrato a un determinado abogado o despacho de abogados, habida cuenta de que los principios de contratación se encuentran más atenuados que en el resto de procedimientos –concretamente el de publicidad- y su justificación no resulta especialmente compleja¹⁸.

2. CONTRATO CIVIL

La práctica forense más reciente nos muestra, sin embargo, cómo los adjudicadores justifican la desviación del procedimiento administrativo, porque entienden que el contrato de asesoramiento jurídico es de naturaleza civil, concretamente de arrendamiento de servicios¹⁹.

¹⁷ Tal y como acontece en el contrato de servicios jurídicos suscrito por el Ayuntamiento de Segovia, así como el de Basauri u Hoyo de Manzanares, a los que se puede acceder pinchando en los enlaces arriba citados.

¹⁸ Si a los supuestos de aplicación generales del procedimiento negociado del art.170 le sumamos los específicos del contrato de servicios del 174 encontramos un total de doce motivos que justifican la opción por dicho procedimiento.

¹⁹ Concretamente dos casos que tuvieron bastante repercusión mediática: la STS 841/2013 conocida como “Caso Minutas” y el ATS 20632/2014 el “caso Imbroda”.

Así, pues, en opinión de algunos adjudicadores, el contrato de arrendamiento de servicios no requiere procedimiento previo y basta con la mera ratificación del Consejo de Gobierno. Por ello, si se interpreta que la naturaleza del contrato es de carácter civil, en detrimento de la administrativa, sí cabe la adjudicación directa²⁰.

Como regla general, el contrato de arrendamiento o prestación de servicios se suscribe entre la parte contratante (el cliente) -en este caso, la Administración, ya sea ayuntamiento, diputación, etc.- y la parte contratada (el abogado) a quién se le encomienda un determinado servicio jurídico. El contrato suele contener, al menos, las cláusulas que a continuación se relacionan²¹.

a) Determinación de la prestación o encargo: la primera cláusula suele consistir en la delimitación del objeto contractual. En ella se establece pormenorizadamente el listado de tareas que el cliente encomienda al letrado, desde el asesoramiento inicial hasta la defensa y asistencia a juicio si fuere necesario.

b) Pacto de los honorarios: además de la correspondiente provisión de fondos, las partes acuerdan el porcentaje a percibir en caso de la obtención de una sentencia estimatoria para el cliente. Asimismo, también suele establecerse en favor del abogado las costas procesales cuando la contraparte haya sido condenada a su abono.

²⁰ En el ATS 20632/2014 el adjudicador alega que "la contratación de letrados externos no requiere procedimientos al tratarse de una prestación de servicios, lo que requiere es la ratificación del Consejo de Gobierno y así se ha hecho siempre..."

²¹ Un ejemplo de contrato de arrendamiento de servicios jurídicos puede encontrarse en el siguiente enlace: http://www.policlinicalacibis.es/archivos/asistencia/contrato_accidente_s.pdf. Asimismo, puede encontrarse jurisprudencia interesante sobre este contrato en ERVITI ORQUIN, E. y LÓPEZ GOÑI, M. *Arrendamientos de obra y de servicios*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2ª Edición, Cizur Menor, 2009, págs. 609 y ss.

c) Autorización para transigir con la parte contraria: en muchos casos el cliente suele conferir al letrado una autorización para que pueda alcanzar acuerdos extrajudiciales –o intraprocesales, ante una conciliación, por ejemplo- en su favor.

d) Régimen jurídico del contrato: las partes establecen el régimen jurídico al que se encuentra sometido el contrato, principalmente al Código Civil y a los Códigos deontológicos correspondientes – generalmente el Estatuto General de la Abogacía, el Código Deontológico de la Abogacía y el Código del Colegio de Abogados en el que se encuentre colegiado el letrado-, así como determinan qué tribunales ostentarán competencia en caso de producirse algún tipo de conflicto entre las partes.

El contrato civil de arrendamiento de servicios finaliza por la expiración del término –en caso de que se pacte por un periodo de tiempo determinado-, por realización del encargo –este supuesto será más frecuente-, por mutuo disenso o por cualquier otra causa recogida en el art. 1732 CC²². Ello no obstante, tal y como suele acontecer en la práctica, puede ser renovado y/o prorrogado a fin de que el letrado continúe prestando sus servicios profesionales.

3. DISCREPANCIAS ACERCA DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TS (IMBRODA VS MINUTAS)

Resulta interesante observar cómo, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, existen discrepancias a la hora de determinar la naturaleza administrativa o civil del contrato entre

²² No obstante lo anterior, la doctrina considera que el listado contemplado en el art. citado es ejemplificativo y no constituye en ningún caso un *numerus clausus*. CERVILLA GARZÓN, M.D. *La prestación de servicios profesionales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, págs. 187 y ss.

la administración pública y el abogado. Para ello, seguidamente se expondrá la respuesta que el TS ha otorgado a la problemática referida en dos asuntos que, además, han tenido amplia repercusión mediática: el caso "Imbroda" y el caso "Minutas".

a) Caso "Imbroda"

En una breve remisión a los hechos, el asunto conocido como "Caso Imbroda", versa sobre la imputación del presidente de Melilla, Francisco José Imbroda por la comisión de un presunto delito de prevaricación administrativa, malversación de caudales públicos y de fraude a la administración. Concretamente se le imputaba la contratación de un abogado externo por la Ciudad Autónoma de Melilla para la dirección letrada de procedimientos judiciales sin mediar procedimiento de contratación alguno, sino únicamente mediante la otorgación de un poder notarial. La defensa del acusado sostenía, sin embargo, que la designación de abogado externo se venía haciendo desde 1970 mediante un contrato de arrendamiento de servicios de naturaleza civil y, en consecuencia, no a través de un contrato administrativo.

El *iter* procesal del asunto fue el siguiente: dado el aforamiento del Sr. Imbroda, el TS en un primer auto asumió la competencia y acordó la apertura del procedimiento penal²³. Dos meses después, el Magistrado instructor, entrando en el fondo del asunto, acordó el sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de infracción penal y archivó las actuaciones²⁴. El M.F. y la acusación popular interpusieron recurso de reforma ante el Magistrado instructor, que se ratificó en su anterior auto²⁵. Por último, tanto el M.F. como la acusación popular recurrieron en apelación ante la Sala que, sorprendentemente –porque ninguna de las partes reparó en ello en el transcurso del proceso- archivó

²³ ATS 597/2015 de 2 de febrero

²⁴ ATS 2132/2015 de 6 de abril

²⁵ ATS 3362/2015 de 28 de abril

definitivamente el asunto sin necesidad de entrar en el fondo ya que se el delito de prevaricación había prescrito²⁶.

Cabe prestar especial atención al ATS 2132/2015 porque es el que entra en el fondo material del asunto.

Del citado auto se desprende que, para el Tribunal, el mero hecho de que la defensa interpretase que la naturaleza contractual era civil supuso que existieran dudas acerca del procedimiento de contratación y no cabía hablar de ilegalidad "*...por cuanto era discutido qué normas jurídicas se debían aplicar al citado contrato*" ²⁷, por lo que se descartó cualquier atisbo de prevaricación administrativa –ello se analizará más profundamente en el epígrafe posterior-. Pero, además, la Sala no asumió que la contratación de abogado externo por las AAPP deba realizarse siempre siguiendo los trámites establecidos en el TRLCSP sino que, acogiéndose a la posición de la defensa, determinó que, en la actualidad, no queda clara la naturaleza del contrato abogado-AAPP. Así, pues, finalmente incidió en que "*No corresponde a esta sala determinar cuál es la naturaleza del contrato y el procedimiento que debió seguirse, ya que no es la jurisdicción competente...*". Por tanto, el TS en este supuesto asume que aun existiendo una regulación administrativa concreta para que las AAPP externalicen su asesoramiento jurídico, no se puede confirmar la prevalencia de la naturaleza contractual administrativa frente a la civil.

b) Caso "Minutas"

En la STS 841/2013, conocida como caso "Minutas", el TS, sin embargo, falló de forma totalmente diferente.

El presente caso, relacionado estrechamente con el caso Malaya, tiene su origen en la contratación del abogado D. José María del Nido por parte del Ayuntamiento de Marbella, durante el mandato de D. Julián Muñoz. La Sala de lo Penal del TS confirmó casi en su totalidad la sentencia de la AP de Málaga y condenó tanto al citado

²⁶ ATS 5576/2015 de 10 de julio

²⁷ Vid. FJ 2º del citado Auto.



abogado como al ex alcalde marbellí por los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos de dicho ayuntamiento. Así, pues, quedó probado que *“la mecánica del desvío de dinero público consistió en que el Ayuntamiento de Marbella pagaba minutas al abogado del Nido –de ahí el nombre del caso- por trabajos jurídicos innecesarios. Del Nido cobró entre 1999 y 2003 un total de 2,86 millones por este procedimiento, a través de 79 minutas de las cuales sólo dos resultaron reales”*²⁸. En una minuciosa y, a su vez, larga sentencia -244 páginas-, queda reflejado cómo desde el Ayuntamiento de Marbella se encomendaron directamente y sin seguir ningún tipo de procedimiento previo de adjudicación al abogado José María Del Nido distintas tareas de asesoramiento jurídico que, bien no se realizaron, bien suponían unos honorarios desorbitados –vid. los supuestos del FJ 7º desde la letra A) a la M)-. En palabras del propio Tribunal *“En esta vasta reseña de actuaciones documentadas del recurrente se evidencia la ausencia de expedientes de contratación, en los que imperativamente se deberían hacer constar la necesidad de una contratación externa que deberá estar justificada si la administración no quiere incurrir en arbitrariedad (art. 9.3º C.E.)”*²⁹.

El TS confirma que concurrieron no pocas irregularidades administrativas en la contratación del abogado externo, tales como el incumplimiento del requisito de determinación del precio o el tratamiento a los distintos contratos suscritos de “contratos menores” cuando no lo eran.

En lo referente a la naturaleza de la contratación, del mismo modo que en el caso Imbroda, la defensa de Julián Muñoz afirmó que

²⁸ Información extraída del resumen de la sentencia recogida en la propia página del CGPJ. Disponible en el siguiente enlace http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Tribunal_Supremo_condena_a_Del_Nido_y_a_Munoz_a_siete_anos_de_prision_por_malversacion_y_prevaricacion_en_el_caso_Minutas

²⁹ Vid. FJ 7º 3. de la referida sentencia.

"es un hecho notorio y conocido que nunca ha existido expediente de contratación para utilizar los servicios de otros abogados y tampoco es la regla general en el país, además que la ausencia de expediente nunca podía constituir un ilícito penal, reseñando contrataciones de letrados y otros profesionales por ese informal procedimiento, esto es, prescindiendo de expediente administrativo". Del citado razonamiento se infiere que la defensa considera que no es necesario que la contratación del abogado deba realizarse vía administrativa, sino que la en la práctica generalmente se opta por contratos de naturaleza civil.

Pero, a diferencia del asunto "Imbroda", en el que el Tribunal no quiso entrometerse acerca de la naturaleza que debe ostentar el contrato abogado-AAPP, en este caso sí determina la necesidad de establecer un procedimiento administrativo de contratación cuando las cuantías son importantes. Por tanto, el propio TS determina literalmente que *"Es factible incluso que, con determinados límites, un Ayuntamiento puede contratar un servicio externo de asistencia jurídica, pero no es menos cierto que excediendo de dos millones de pesetas debía hacerse con expediente administrativo o por escrito, lo que permitiría calibrar su necesidad, en tanto el nombramiento, debía estar al margen de toda arbitrariedad (art. 9.3 C.E.)."*

Asimismo, ante los argumentos expuestos por la defensa de José María Del Nido para justificar su designación como abogado del Ayuntamiento de Marbella³⁰, el TS concluyó que los acusados habían vulnerado flagrantemente las antiguas Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas y el RDL 2/2000 de TRLCAP por la innecesaridad de los encargos, la indeterminación del precio y por la comisión de ilegalidades administrativas³¹. Consecuentemente, la Sala de lo Penal, en el presente caso, sí

³⁰ Vid. F.J. 15º, concretamente en la pág.157 de la STS 841/2013

³¹ Las vulneraciones se encuentran minuciosamente expuestas en el F.J 15º, punto 3º págs. 159, 160 y 169 de la citada sentencia.

analiza la legislación administrativa aplicable para valorar la existencia de la prevaricación, a diferencia del supuesto anteriormente analizado y, por tanto, cabe la interpretación por la que el TS presupone la prevalencia de la naturaleza administrativa frente a la civil del contrato abogado externo-AAPP.

En conclusión, ante dos supuestos -con notables diferencias- en los que se ha procedido a la designación de abogado externo por parte de las AAPP sin seguir ningún procedimiento, en el asunto "Imbroda" no se accedió a valorar la naturaleza del contrato, mientras que en el caso "Minutas" el TS dejó claro que, ante determinadas cuantías -que no diferían tanto de las devengadas en el caso Imbroda- debía seguirse un procedimiento administrativo.

Sería oportuno que el TS mantuviera una única línea jurisprudencial en la materia, a ser posible la establecida en el caso Minutas, para así proteger la necesidad de establecer un procedimiento administrativo de adjudicación, al menos cuando el asesoramiento se prevea que pueda resultar elevado. De este modo, se produciría un control en la designación que, mediante una designación directa -vía poder notarial, por ejemplo- no existiría.

IV. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA PRUEBA EN LA PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

La contratación irregular del abogado externo puede, asimismo, merecer un reproche penal. Y ello porque el legislador introdujo en el CP de 1995 el delito de prevaricación administrativa que, sin

embargo, todavía en la actualidad plantea distintos problemas en sede probatoria³².

El referido tipo penal se encuentra contemplado en el art. 404 CP, el cual dispone que *"A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años"*.

Se trata de un delito cuya finalidad consiste en asegurar el correcto funcionamiento de la Administración pública a través del respeto a los principios de actuación constitucionalmente reconocidos, concretamente en su art. 103. El carácter penal y no meramente administrativo de la conducta reside en su gravedad y en el desvalor de una actuación contraria al interés general y que afecta al conjunto de la sociedad. Los elementos del citado tipo penal se relacionan a continuación.

a) Tipo objetivo: desviación (grave) del procedimiento legal

En la mayoría de ocasiones las AAPP se encuentran sometidas en su actuación a una determinada regulación (ley, reglamento, ordenanza, etc.). Resulta normal –e incluso habitual- que, ante la disparidad de regulaciones –local, provincial, autonómica,...- se haya adoptado un acto administrativo conforme a un procedimiento legal incorrecto pero ello no merezca un reproche penal. Es más, es frecuente que, en un proceso penal, las defensas aleguen que la actuación imputada no reviste carácter delictivo sino que, únicamente, podría constituir una irregularidad administrativa.

³² Para un análisis más detallado de la prevaricación administrativa puede consultarse GARCIA PAZ, D. y JIMÉNEZ VACAS J.J "Sobre el delito de prevaricación administrativa en el Código Penal español" *Diario La Ley* nº 8279, 26 de marzo de 2014.



Por consiguiente, *para la enervación de la presunción de inocencia con respecto al referido tipo penal no basta con que concurra una desviación del procedimiento legal, sino que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es necesario "que la resolución implique un "torcimiento del Derecho" o una contradicción con el Ordenamiento Jurídico, ya se trate de normas sustantivas o procesales, que por ser de tal manera patente o grosera pueda ser perfectamente apreciable por cualquiera, no bastando pues la mera ilegalidad que puede ser producto de una interpretación erróneo o equivocada o discutible, como en tantas ocasiones ocurre en Derecho"*³³. Por tanto, el concepto de "arbitrariedad" o "injusticia" queda *"limitado a aquellas resoluciones que, de modo flagrante y clamoroso, desbordan la legalidad vigente"*³⁴.

Para que la flagrancia, clamor, contradicción patente o grosera de la resolución con la legalidad vigente sea considerada delictiva es necesario, además, que haya sido dictada por autoridad o funcionario público de forma consciente y deliberada lo que, tal y como se examina infra, no siempre resulta fácil probar.

b) Tipo subjetivo: de forma consciente y deliberada ("*A sabiendas de su injusticia*")

La autoridad que dicta el acto o resolución administrativa –en este caso, el Alcalde o Presidente de Diputación, CCAA, etc.- debe ser consciente de que la resolución por él dictada vulnera el procedimiento legalmente establecido. Ello no obstante, la prueba de la intencionalidad resulta hartamente compleja, habida cuenta de que, tal y como se relaciona a continuación, la autoridad (1) bien alega desconocimiento del procedimiento existente, (2) bien traslada la culpa a otros funcionarios o técnicos o (3) bien la

³³ STS 1095/1993 de 10 de mayo

³⁴ STS 772/1992 de 17 de mayo. En un mismo sentido cabe citar las STS 171/1996 de 1 de abril, la 2282/1985 de 20 de abril.

comparte cuando la resolución ha sido aprobada por el Pleno, Mesa de Contratación, etc.³⁵.

(1) Así, pues, tanto en el caso “Imbroda”, como en el caso “Minutas” las defensas alegaban que sus clientes no siguieron el procedimiento administrativo, porque, tal y como se ha apuntado en el epígrafe anterior, tradicionalmente la designación del abogado externo se ha realizado vía contrato de arrendamiento de servicios. En primer lugar, es necesario señalar que la justificación basada en el “*se venía haciendo así*” o “*así se ha hecho siempre*” no puede devenir válida. Y ello, porque, si se entendiera que la designación vía contrato civil proviene de la costumbre, aunque es cierto que se trata de una fuente del Derecho reconocida en el art. 1 del Código Civil, no lo es menos que existe una ley administrativa que regula el procedimiento de contratación de abogados externos por las AAPP y, de acuerdo con el art. 1.3 del Código Civil, “*La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable...*” Por consiguiente, resulta sencillo para la defensa alegar el desconocimiento de la ley aplicable e incluso para la autoridad pública simular dicho desconocimiento optando desde el principio por otras vías de contratación, por ello no debiera el TS aceptar la tesis del desconocimiento del procedimiento legalmente establecido –esto es, lisa y llanamente, el desconocimiento del Derecho- como elemento que pueda eximir de responsabilidad penal³⁶.

³⁵ Muy interesante e ilustrativo resulta el análisis que realiza J. R. Chaves sobre la STS 729/2014 de 24 de noviembre en su blog. Vid. la entrada “El delito de prevaricación reverdece jurisprudencialmente”, disponible siguiendo este enlace <http://contencioso.es/2015/02/10/el-delito-de-prevaricacion-reverdece-jurisprudencialmente/>

³⁶ Tal y como acontece en el caso Imbroda “*En el presente supuesto no cabe apreciar una contradicción patente y grosera con el Derecho, basada en una contradicción palmaria de los trámites procedimentales referidos a un contrato específico; en la medida en que se discute y existen discrepancias interpretativas sobre cuál era la naturaleza del contrato que se suscribió. Esto es, si existen discrepancias sobre cuál era la naturaleza del contrato, también existirán sobre cuáles eran los*



(2) Otro argumento que esgrimen las defensas de los imputados radica en la transferencia de responsabilidad al Secretario-Interventor. El hecho de que el Interventor no haya informado acerca de la contratación –el clásico “*nadie me informó*”- no debe ser óbice para eximir de responsabilidad a quien finalmente tiene la última palabra y, para más inri, utiliza sistemas de contratación directa mediante los cuales, precisamente, pretende evitar los controles que el procedimiento administrativo contiene³⁷. Pero además, si se demostrase que el técnico actuó negligentemente o, incluso, falseó el informe, deberá ser declarado penalmente responsable por la comisión de un delito de falsedad documental³⁸.

(3) Asimismo, tampoco debe acogerse el motivo basado en que la resolución ha sido refrendada por el Pleno. La aprobación por parte del Pleno o por algún otro “filtro”³⁹ –p.ej. mesas de contratación- únicamente pretende otorgar apariencia de

trámites procedimentales que se debían seguir, lo que impide hablar de una ilegalidad evidente y flagrante y clamorosa o de una desviación o torcimiento del Derecho, por cuanto era discutido qué normas jurídicas se debían aplicar al citado contrato(...) Allí donde hay duda sobre el Derecho aplicable no puede entenderse presente una desviación del Derecho que deba considerarse delictiva, porque precisamente falte en la que sustentarla”

³⁷ También se da el caso, en no pocas ocasiones, que la autoridad directamente ignora los informes de los técnicos. Vid., p.ej., STS 729/2014 de 24 de noviembre

³⁸ Así ocurrió en el caso Minutas (pág.109 y ss.) en la que, eludiendo el procedimiento administrativo pertinente, finalmente el Secretario-Interventor redacta un escrito titulado “constancia de hechos” y es condenado por un delito de falsedad en documento oficial.

³⁹ En el referido caso Minutas, la defensa alegó que “*no se ha tenido en cuenta que el control por parte del Alcalde, la Comisión de Gobierno, el Secretario Municipal y el Interventor Municipal era suficiente filtro para garantizar la necesidad del servicio...*” No se trata, sin embargo, de que se establezcan filtros, sino que se utilicen los existentes, que están establecidos legalmente.

legalidad a un acto que vulnera el procedimiento legalmente establecido, cual es el recogido en el TRLCSP. No se puede pretender que un delito deje de serlo por la mera aprobación del pleno⁴⁰.

Por lo anteriormente expuesto, el juez o tribunal debe ser especialmente cauteloso ante la facilidad que supone para la defensa del imputado alegar, aparentar e incluso crear estrategias defensivas que demuestren el desconocimiento acerca de la actuación delictiva llevada a cabo en la designación del abogado externo.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1) Si bien es cierto que el art. 551.3 LOPJ plantea la posibilidad de que las CCAA y los entes locales puedan designar abogados distintos a aquellos pertenecientes a sus servicios jurídicos (tal y como dispone la cláusula "*salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda*"), no lo es menos que dicha designación debe estar sometida a un procedimiento de adjudicación. Y ello, porque la parte contratante es la Administración, sometida al TRLSOP que, a mayor abundamiento, contiene un contrato específico de prestación de servicios jurídicos. Por tanto, sí es posible contratar asesoramiento jurídico externo, pero la contratación, como acontece en otro tipo de contratos de la Administración, debe realizarse bajo un procedimiento de adjudicación.

2) Ante la citada problemática, el juez debe entrar a valorar la naturaleza contractual abogado-AAPP, especialmente cuando la cuantía sea elevada, partiendo de la base de que se trata de un contrato de naturaleza administrativa y no civil, favoreciendo la necesidad de establecer procedimientos administrativos de adjudicación en detrimento de la contratación civil directa. Lo

⁴⁰ En este sentido se pronuncia la STS 729/2014 de 24 de noviembre.



contrario seguirá dando lugar a la ausencia de controles, lo cual se traduce en irregularidades y en el pago de honorarios desorbitados que, desgraciadamente, tiene que soportar el contribuyente.

3) En caso de que el juez o magistrado penal decline entrar a valorar la naturaleza contractual –tal y como ha acontecido en el caso Imbroda- podría interponer una cuestión prejudicial ante un tribunal administrativo (art. 4 LECrim) o incluso hacer uso de la nueva disposición adicional vigésimo primera de la LOPJ que, a petición del titular, permite la adscripción de otros jueces o magistrados sin funciones jurisdiccionales en el asunto para la realización exclusivamente de labores de colaboración, asistencia y asesoramiento. De este modo, ante la complejidad de la causa por la existencia de cuestiones técnicas que trascienden el ámbito meramente penal, podría solicitar la opinión de especialistas en Derecho administrativo o civil para determinar la vulneración del procedimiento de contratación legalmente establecido.

4) Cuando no existan indicios suficientes que permitan la obtención de una condena por prevaricación administrativa, nada obsta para la impugnación de la resolución en vía administrativa. Máximas como el *in dubio pro reo*, que imperan en el proceso penal, dificultan la enervación de la presunción de inocencia, pues se exige una elevada suficiencia probatoria que impide la condena penal del funcionario. Por ello, la vía administrativa, en la que no es necesario probar el dolo sino que basta con demostrar la vulneración del procedimiento, puede resultar más eficaz en la lucha contra este tipo de corrupción que la vía penal.

5) Por último, más allá de los mecanismos punitivos, sería necesario aumentar los controles y mejorar los instrumentos preventivos a fin de dificultar al funcionario la elusión del procedimiento de adjudicación establecido. En primer lugar, reforzando la independencia de los Secretarios e Interventores frente a los Alcaldes o Corporaciones. Aunque el sueldo base suele estar fijado por el Estado, no pocos complementos dependen del

poder municipal por lo que, si el político electo tiene la capacidad de influir económicamente en el funcionario técnico, es razonable pensar que actuará en su favor para obtener dichos complementos y retribuciones. Por consiguiente, sería necesario que el total de las retribuciones –esto es, el salario base más todos los complementos- sean fijados por el Estado central, estableciendo topes máximos que impidan un enriquecimiento desorbitado y difícilmente justificable –un ejemplo paradigmático de ello es el caso Malaya y el patrimonio del Sr. Roca-.

En segundo lugar, mediante la adopción de programas de cumplimiento legal en las administraciones públicas, el denominado "*public compliance*". De la misma forma que, desde el año 2010 y tras la introducción en nuestro país de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las empresas están adoptando los programas de cumplimiento o "*compliance*", las AAPP debieran, tras analizar sus riesgos específicos, establecer controles preventivos para combatir prácticas corruptas y fomentar la cultura del cumplimiento legal. Se trata de trasladar aquello que se está realizando en el ámbito privado al público, tal y como ha hecho, por ejemplo, el legislador italiano en la Legge Anticorruzione 190/12.

"EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FACTURA ELECTRÓNICA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA"

D^a Matilde Castellanos Garijo

Viceinterventora General de la Junta de Comunidades de
Castilla- La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: 5 de marzo de 2017

RESUMEN: La aprobación de 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 ha tenido un profundo impacto en los procedimientos económico financieros de las Administraciones Públicas. Se efectuará una valoración sobre esta Ley, así como las razones que fundamentaron su prematura modificación, y las normas aprobadas para el desarrollo de la misma. Nos centraremos de forma más pormenorizada en la normativa de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha que tuvo que adaptar el servicio que se venía prestando desde el año 2009 a las nuevas condiciones impuestas por la legislación básica. Se abordarán y propondrán soluciones en aquellas cuestiones aún no resueltas por la legislación que han de ser afrontadas en un futuro inmediato.



ABSTRACT: The adoption of Law 25/2013, of 27 December, the promotion of electronic invoicing and creation of accounting records of invoices in the Public Sector has had a profound impact on the financial and economic procedures of Public Administrations. An assessment was made of the standard, as well as the reasons for its premature modification, and the approved standards for its development. We will focus more in detail on the regulations of the Region of Castilla-La Mancha that had to adapt the service that started since 2009 to the new conditions imposed by the basic legislation. Solutions will be addressed and proposed on issues that have not yet been resolved by legislation to be addressed in the immediate future.

PALABRAS CLAVE: Factura electrónica, Administración Pública, Castilla la Mancha, registro contable facturas, puntos generales de entrada de facturas electrónicas, ley de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.

KEYWORDS: Electronic invoice, Castilla-La Mancha, accounting record invoices, general points of entry of electronic invoices, law to boost electronic invoice and creation of accounting record of invoices in the Public Sector

SUMARIO:

I.LA FACTURA ELECTRÓNICA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 1. Antecedentes normativos. 2. Primeras regulaciones autonómicas. 3. Regulación normativa en Castilla-La Mancha.

II. UN NUEVO MARCO JURÍDICO, 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(LFERC)

1. Aprobación, desarrollo y modificaciones de la LFERC. 2. Disposiciones generales. Ámbito subjetivo y objetivo de la Ley. 3. Formato y firma de las facturas electrónicas. 4. Los puntos generales de entrada de facturas electrónicas (PGE). 5. El Registro contable de facturas, procedimiento de tramitación y efectos de su recepción.

III. DESARROLLO NORMATIVO EN CASTILLA LA MANCHA DE LA LEY 25/2013. LA ORDEN DE 4 DE FEBRERO DE 2015, DE LA CONSEJERÍA DE HACIENDA, POR LA QUE SE CREA EL PUNTO GENERAL DE ENTRADA DE FACTURAS ELECTRÓNICAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA Y SE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA SU TRAMITACIÓN

IV. CONCLUSIONES. PRÓXIMAS CUESTIONES A ABORDAR

V BIBLIOGRAFÍA

I. LA FACTURA ELECTRÓNICA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La factura electrónica tiene un amplio recorrido en el sistema fiscal español; así, como antecedente remoto podríamos citar el ya derogado Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, cuando en su artículo 7, al establecer las obligaciones de conservación de las facturas establecía que, *"...podrá sustituirse por la utilización de películas microfilmadas o soportes magnéticos que contengan todos los datos de dichos documentos"*. Ya en el año 1992, mediante la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, se reconoció la validez de la facturación telemática, aunque no reguló los detalles de su formulación.



Centrándonos en el ámbito de las Administraciones Públicas, el Plan Avanza en el marco estratégico marcado por la Comisión Europea, i2010 – Sociedad de la información europea 2010-, impulsó la adopción de una serie de iniciativas normativas dirigidas a eliminar las barreras existentes a la expansión y uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, así como para garantizar los derechos de los ciudadanos en la nueva sociedad de la información. En este contexto surgieron importantes textos normativos que supondrán un cambio sustancial en el régimen jurídico en el que se desenvuelven las Administraciones Públicas. Entre ellos podemos citar la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

Esta última introdujo preceptos dirigidos a impulsar el empleo de la factura electrónica y el uso de medios electrónicos en todas las fases de los procesos de contratación. Entre otras medidas definió el concepto legal de factura electrónica cuando en su artículo 1 establece que *“se entenderá que la factura electrónica es un documento electrónico que cumple con los requisitos legal y reglamentariamente exigibles a las facturas y que, además, garantiza la autenticidad de su origen y la integridad de su contenido, lo que impide el repudio de la factura por su emisor”*. Asimismo, estableció que las Comunidades Autónomas, de acuerdo con las competencias que tuvieran reconocidas por sus Estatutos, colaborarían en coordinación con la Administración del Estado en el empleo de la factura electrónica y anticipó la intención de declarar la obligatoriedad del uso de la factura electrónica en el marco de la contratación con el sector público estatal, si bien se remitió para su concreción a la Ley reguladora de contratos del sector público. Encontramos otras definiciones de la factura electrónica como la formulada en el manual *“La Factura Electrónica” “Llamaremos Factura Electrónica al documento tributario generado por medios informáticos en*

*formato electrónico, que reemplaza al documento físico en papel, pero que conserva su mismo valor legal con unas condiciones de seguridad no observadas en la factura en papel*⁴¹

Por su parte, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, incluyó una doble referencia a la facturación electrónica:

- La primera de ellas con carácter básico, la disposición adicional decimonovena, bajo la denominación de *"Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley"* recoge en su apartado 2º que *"las disposiciones de desarrollo de esta Ley establecerán las condiciones en que podrán utilizarse facturas electrónicas en la contratación del sector público"*
- La disposición final novena (no básica) denominada *"Habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y uso de factura electrónica"* recoge diversas autorizaciones a favor del Ministro de Economía y Hacienda para dictar disposiciones de desarrollo, algunas de ellas, con claros mandatos en los que se deja entrever la apuesta por la generalización de la facturación electrónica:
 - En el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la Ley aprobaría las normas de desarrollo necesarias para hacer posible el uso de las facturas electrónicas en los contratos que se celebren por las entidades del sector público estatal.
 - Transcurridos tres meses desde la entrada en vigor de las normas a que se refiere el apartado anterior la presentación de facturas electrónicas sería obligatoria en la contratación con el sector público estatal para las sociedades que no puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

⁴¹ PINO, F; INZA, J Manual *"La factura electrónica"* Manuales Plan Avanza, Madrid 2006, pag 17.



-
- o Por Orden conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Industria, Turismo y Comercio, se extendería progresivamente la obligatoriedad del uso de las facturas electrónicas para otras personas físicas y jurídicas en función de sus características y el volumen de su cifra de negocios. En todo caso, transcurridos dieciocho meses desde la entrada en vigor de las normas a que se refiere el apartado anterior, el uso de la factura electrónica sería obligatorio en todos los contratos del sector público estatal; no obstante, en los contratos menores, la utilización de la factura electrónica sería obligatoria cuando así se estableciera expresamente en estas Órdenes de extensión.

Finaliza esta disposición añadiendo que *“El Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Industria, Turismo y Comercio, adoptará las medidas necesarias para facilitar la emisión de facturas electrónicas por las personas y entidades que contraten con el sector público estatal, garantizando la gratuidad de los servicios de apoyo que se establezcan para las empresas cuya cifra de negocios en el año inmediatamente anterior y para el conjunto de sus actividades sea inferior al umbral que se fije en la Orden a que se refiere el párrafo anterior”*.

Por tanto, antes de agosto de 2009, el Estado habría tenido que aprobar la norma que posibilitara el uso de la factura electrónica en el ámbito del sector público estatal aunque como veremos, este desarrollo no se realizó en las fechas previstas.

Resulta sorprendente, por coincidir con el objeto del mandato contenido en la disposición final novena de la ley 30/2007, que veinticinco días antes de su aprobación se había dictado la Orden del Ministerio de Presidencia 2971/2007, de 5 de octubre, sobre la expedición de facturas por medios electrónicos cuando el destinatario de las mismas sea la Administración General del

Estado u organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla y sobre la presentación ante la Administración General del Estado o sus organismos públicos vinculados o dependientes de facturas expedidas entre particulares. Esta norma, condicionaba la aceptación de facturas electrónicas a un previo consentimiento expreso por parte de la Administración receptora, pero una vez prestado este consentimiento tendrá carácter general y se extenderá a todos los supuestos en que sea destinatario de facturas. Tal y como señala DOMINGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J.⁴² en *“Claves para una contratación Pública Electrónica Eficaz”* esta Orden *“no podía ser más acorde con lo previsto en la LCSP”* por lo que considera suple lo previsto en la Disposición Final Novena y regula lo previsto en ella aun a pesar de ser anterior a la LCSP. En opinión de este autor, *“lo que se regula son las dos caras de la moneda de la facturación electrónica... mientras que al proveedor particular que emite factura se le obliga por Ley a facturar electrónicamente, a la Administración que las recibe se le deja libertad para decidir cuándo recibir facturas electrónicas”*.

2. PRIMERAS REGULACIONES AUTONÓMICAS

Como hemos visto, el entramado normativo invitaba a que las Comunidades Autónomas se participaran en la implantación de una facturación electrónica sobre la que se preveía una inminente utilización generalizada en el ámbito de las Administraciones Públicas. En palabras de DOMINGUEZ MACAYA LAURNAGA, J. en la reciente obra *“La implantación de la administración electrónica y la e-factura”*⁴³ *“algunas administraciones que creyeron -*

⁴² DOMINGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. *“Claves para una contratación pública electrónica eficaz”* pag 368, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2011.

⁴³ DOMINGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J autor del Capítulo V *“La e-factura como elemento esencial de la administración electrónica integral”* del



inocentes ellas- que cuando la Ley de Contratos del Sector Público hablaba de la obligatoriedad de la facturación electrónica para las administraciones públicas, iba en serio". Así, destacamos, las siguientes regulaciones autonómicas que se anticiparon a lo que posteriormente sería el objeto de 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 (en adelante, LFERC):

- Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula la factura electrónica y la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en materia de contratación pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia y entes del sector público dependientes de la misma.
- Decreto 87/2010, de 21 de mayo, del Consell, por el que se establecen las condiciones técnicas y normativas para el uso de la Plataforma de Facturación Electrónica de la Generalitat Valenciana, Ge-factura.
- En Cataluña la Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña en su Disposición Adicional Sexta declara el deber de impulsar la facturación electrónica, siendo ya posterior a la LFERC el Acuerdo 151/2014, de 11 de noviembre, el que declara como PGE de facturas electrónicas de Cataluña el constituido en el año 2008 por el Consorcio Administración Abierta de Cataluña.
- Orden de 01/09/2010, de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la expedición de facturas por medios electrónicos cuando el destinatario de las mismas sea la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha.

libro "*La implantación de la administración electrónica y la efactura*" coordinado por PINTOS SANTIAGO,J., Wolters Kluwers, 2017.

- La disposición adicional novena del Decreto 19/2011, de 10 de febrero, por el que se regula la utilización de medios electrónicos en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, en su apartado 1, establece que por el titular de la consejería competente en materia de hacienda se aprobarán las normas necesarias para hacer posible el uso de las facturas electrónicas en los contratos que se celebren por las entidades del sector público autonómico.
- Decreto 3/2013, de 24 de enero, por el que se crea la Plataforma de Facturación Electrónica de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.
- Decreto 27/2013, de 13 de septiembre, por el que se regula el Registro de facturas y el servicio de facturación electrónica del Gobierno de La Rioja.

3. REGULACIÓN NORMATIVA EN CASTILLA LA MANCHA

Profundizando en la regulación jurídica de Castilla La Mancha, el Decreto 12/2010, de 16 de marzo, por el que se regula la utilización de medios electrónicos en la actividad de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha habilitaba, en su capítulo VI, a la Consejería competente en materia de hacienda para regular por Orden el procedimiento de implantación de la facturación electrónica en los distintos departamentos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos vinculados o dependientes, así como las especificaciones técnicas y las medidas necesarias para facilitar la emisión de facturas electrónicas por las personas y entidades que contrataran con el sector público regional.

En ejercicio de esta habilitación se dictó la Orden de 01/09/2010, de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la expedición de facturas por medios electrónicos



cuando el destinatario de las mismas sea la Administración de la JCCM, que no se limitó a declarar el consentimiento expreso para ser receptora de facturas electrónicas y los requisitos técnicos de las mismas, sino que estableció una serie de servicios y garantías para los usuarios de la plataforma.

Poco después, y tal y como se preveía en el disposición adicional de dicha Orden, se dictó la Resolución de 22/11/2010, de la Intervención General de la JCCM, por la que se estableció la obligatoriedad de la facturación electrónica para contratos con la Administración de la JCCM, convirtiéndose así en la primera administración autonómica que obligaba a sus órganos de contratación a imponer la facturación electrónica en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos típicos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como los contratos privados.

Con posterioridad, el Decreto 54/2011, de 17 de mayo, por el que se regula la utilización de medios electrónicos y se establecen medidas de organización y de mejora de la transparencia en la contratación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha vino a establecer la integración del servicio de factura electrónica con las herramientas corporativas de Registro Único y el sistema económico financiero de la Administración con lo que la factura electrónica comenzaba a perfilarse no solo como un instrumento que dotaba de eficacia y eficiencia el funcionamiento tanto de las Administraciones Públicas como de los proveedores de la misma sino que empieza a utilizarse como un instrumento al servicio del control y el rigor en el procedimiento de tramitación de las facturas dirigidas a la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha y los organismos integrantes de su sector público.

Como podremos comprobar estas dos normas conforman un catálogo de servicios al proveedor que es casi coincidente con lo

que posteriormente se configurará como los Puntos Generales de Entrada de Facturas Electrónicas en la LEFRC:

- a) Facilita la confección, firma y verificaciones de la firma de las facturas electrónicas para aquellos proveedores que no dispongan de sistema de facturación electrónica propio, así como el envío de la misma al órgano de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha o al organismo público vinculado o dependiente al que se prestó el servicio.
- b) Permite el seguimiento del estado de las facturas a los proveedores
- c) Conserva las facturas en el mismo formato electrónico de remisión, sin conversión alguna, junto con los medios que garanticen su autenticidad de origen e integridad del contenido y, en general, cumplir con las obligaciones derivadas de tal conservación en los términos, plazos y condiciones fijados del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación,.
- d) Facilita el acceso en línea inmediato y permanente de los órganos gestores incluidos en el ámbito de aplicación de la presente orden a las facturas que les afecten para la tramitación del correspondiente procedimiento de reconocimiento de la obligación y ordenación del pago.
- e) Permite su integración en los sistemas electrónicos de carácter horizontal de planificación, gestión y control del gasto público en general y, en concreto, del derivado de la contratación, que se puedan implantar en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

II. UN NUEVO MARCO JURÍDICO, 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

1. APROBACIÓN, DESARROLLO Y MODIFICACIONES DE LA LFERC
La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, al abordar el control del endeudamiento público puso el acento en la deuda comercial,



incluyéndola como variable para el cálculo de la sostenibilidad financiera que hasta el momento había quedado restringido a la financiera. Así, el artículo 4 establece que *"Se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea."*

La factura electrónica pasa a tener un verdadero protagonismo como instrumento de control de gasto de las Administraciones Públicas, y el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, (Informe CORA) ⁴⁴ presentado ante el Consejo de Ministros del 21 de junio de 2013 por la Vicepresidenta y Ministra de la Presidencia y el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas incluye como una de las medidas generales y prioritarias la aprobación de una ley que propicie la generalización del uso *de la factura electrónica en el Sector Público* con la finalidad de otorgar una mayor protección al proveedor, favorecer un mejor control del gasto público y del déficit generando una mayor confianza en las cuentas públicas. Antes de que finalizara ese año se aprobaría definitivamente 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, que con carácter básico declaraba la obligatoriedad de facturar electrónicamente a la mayoría de proveedores de la Administración Pública.

Solo transcurrieron 68 días desde la entrada en vigor de LFERC, cuando se publica en el Boletín Oficial del Congreso de los

⁴⁴Disponible en la dirección electrónica: http://www.sefp.minhafp.gob.es/dms/es/web/areas/reforma_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF

Diputados una enmienda a la ley ⁴⁵por el grupo popular con la siguiente justificación *“Desde la entrada en vigor de 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, se han puesto de manifiesto algunas dificultades para su puesta en práctica. Entre ellas, cabe citar la falta capacidad por parte de algunas Administraciones para recibir facturas electrónicas, la divergencia en las condiciones de acceso y utilización de los distintos Puntos de entrada de facturas electrónicas de las Administraciones autonómicas y locales, o el uso inadecuado del formato de la factura electrónica. Todo ello, está dificultando a los proveedores poder cumplir con la obligación legal de presentar sus facturas por medios electrónicos”*.

Sería la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas, y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera la que modificara la LEFRC. Tal y como iremos examinando a lo largo del estudio muy pronto se empezaron a apreciar las debilidades que exigieron esta reforma de su articulado.

Aunque veremos con detalle en qué consisten las modificaciones introducidas, adelantaremos que la razón de fondo que subyace en la necesidad de modificar una Ley que se dicta con carácter básico solo dos meses después de su entrada en vigor no es sino en la falta de calidad en la elaboración de la normativa en cuestión. Tenemos que citar a SANTAMARÍA PASTOR, J.A. ⁴⁶ cuando indica que, al hablar de la deficiente calidad de las normas, se resaltan sus deficiencias lingüísticas y sistemáticas, pero se habla poco de algo que tiene casi mayor trascendencia:

⁴⁵ http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-127-2.PDF#page=1

⁴⁶SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *“Sobre el procedimiento administrativo de la elaboración de las normas”* pags. 74-95 en la Revista Española de la Función Consultiva nº2 ,2004.



"la creciente inadecuación de las normas para servir a las necesidades regulatorias que debieran satisfacer: los textos normativos de nuestro tiempo abundan en imprevisiones, en ingenuidades y en voluntarismos políticos o arbitristas de imposible realización;... y ello al tiempo que muestran, en numerosas ocasiones, un inexcusable desconocimiento de la realidad y una acusada insensibilidad de las necesidades y de los imperativos de los sectores económicos y sociales que pretenden regular". Asimismo este autor, aboga por una participación real de las distintas Administraciones afectadas por la norma que sea coherente con la estructura plural del Estado, máxime, cuando una normativa estatal, la precitada Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, invitó a las Comunidades Autónomas a avanzar en esta materia. En efecto, en la elaboración de la normativa sobre factura electrónica se identificó el objetivo programático a conseguir pero no se hizo un diagnóstico suficiente de la situación de partida y no hubo una adecuada participación y coordinación interadministrativa. Esto no solo viene refrendado por la pronta necesidad de modificación sino también por hechos como que la Generalitat Valenciana publicó el mismo día que se aprobaba la LFERC, la Ley 5/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat. Esta norma contenía preceptos incoherentes con la ley básica que se publicaría al día siguiente en el Boletín Oficial del Estado puesto que imponía la obligatoriedad de la facturación electrónica a partir del 1 de julio de 2014 para los proveedores, personas jurídicas, de bienes y servicios de la Administración de la Generalitat y sus entidades autónomas.

GARCÍA JIMENEZ, A. en el estudio *"La implantación de la factura electrónica en las compras públicas"*⁴⁷ ya vaticinaba que en el

⁴⁷ GARCÍA JIMENEZ, A. Artículo Publicado en la Revista General de Derecho Administrativo n.º 35 y en la dirección web

caso de países como España podía resultar más complicado articular la facturación electrónica dada la alta descentralización existente; no obstante proponían tomar como ejemplo algunos Estados que tienen una estructura federal con entidades que disfrutaban de una amplia autonomía como Brasil y Méjico, que han demostrado que es posible establecer la facturación electrónica por lo que pueden servir de referentes en nuestra labor de implantación de la e-factura.

Hay que añadir que no solo mediante la modificación de la normativa se intentaron paliar las disfuncionalidades apuntadas sino que también se procedió a la creación del Foro de Factura Electrónica en el que están representadas todas las Comunidades Autónomas, la FEMP, la AGE y el sector privado. Tal y como afirma DOMINGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J⁴⁸ este foro, creado informalmente sin normativa que le de soporte parece superponerse al Foro Nacional Multilateral sobre facturación electrónica creado por la Orden PRE/2794/2011, de 5 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de agosto de 2011, por el que se determina el marco de ejercicio de las competencias estatales en materia de factura electrónica tal y como denuncia. Si bien coincidimos que el objeto es casi idéntico los representantes del nuevo Foro "informal" son los responsables directos de la factura electrónica, mientras que en el Foro Multilateral el representante de las Comunidades Autónomas era el representante de la Comisión Permanente del Consejo Asesor de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de las Comunidades Autónomas que en muchos casos no era responsable ni conocía directamente la problemática de la facturación electrónica y no demostró , en muchos

www.laadministracionaldia.inap.es . Consulta realizada en enero de 2017.

⁴⁸ DOMINGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. op.cit. capítulo V apartado 7.1



supuestos, eficacia en transmitir la información al órgano encargado de gestionar las facturas electrónicas.

Por último, también debemos apuntar que la ley no solo adoleció de un escaso estudio de la realidad preexistente sino también del futuro inmediato que nos obliga a converger con la normativa comunitaria. El 6 de mayo de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 relativa a la facturación electrónica en la contratación pública que pretende articular un sistema de factura electrónica interoperable con los sistemas nacionales con el propósito de generalizar la factura electrónica en Europa. Ante este objetivo, tal y como expone MARTINEZ GUTIERREZ, R.⁴⁹, la LFERC nos situaría en una posición aventajada siempre que en el desarrollo de la misma se tuviera presente la regulación comunitaria y los acuerdos del Comité Europeo de Normalización que desarrolle la Directiva. En este sentido hay que decir que si bien la LFERC delega el establecimiento del formato a normativa de desarrollo por lo que podría ser esta normativa la que convergiera con la europea, impone la limitación de que las facturas deben estar firmadas con firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, algo que contraviene la directiva puesto que exige a los Estados miembros que la firma electrónica no podrá ser un requisito obligatorio para los proveedores del sector público. Como recuerda GRACIA GARCIA, D.⁵⁰ *"desde la primera versión en 2007 del formato Facturae, por ser únicamente válido para su uso en el ámbito estatal fue criticado desde diferentes sectores de las empresas prestadoras de servicios de facturación electrónica,*

⁴⁹ MARTÍNEZ GUTIERREZ, R: *"La Contratación Pública Electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014"*, pag 122, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.

⁵⁰ GRACIA GARCIA, D: *" El nuevo régimen jurídico de la factura electrónica."* Capítulo II apartado 8, Barcelona, 2016, Wolters Kluwer.

pues a pesar de la noble intención a converger en un futuro con estándares internacionales que expresan las normas indicadas, este formato hoy por hoy no permite su uso transfronterizo y por ello está alejando a las empresas de los estándares europeos internacionales de mayor uso, como UBL-UN/CEFACT CII o el que se establezca en el marco de CEN/CENELEC, so pena de convertir a España en una isla tecnológica en esta materia."

Abordando ya el desarrollo reglamentario de la LFERC, éste se materializó en las Órdenes HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre y HAP/1074/2014, de 24 de junio, por la que se regulan las condiciones técnicas y funcionales que debe reunir el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas. Posteriormente se aprobó una nueva modificación de las órdenes de desarrollo estatales que vienen a dar mayor complejidad al entramado normativo que rige la factura electrónica: la Orden HAP/1650/2015, de 31 de julio, por la que se modifican la Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de 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, y la Orden HAP/1074/2014, de 24 de junio, por la que se regulan las condiciones técnicas y funcionales que debe reunir el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas(PGE). Vienen a completar el régimen jurídico de la facturación electrónica la Resolución de 10 de octubre de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, por la que se establecen las condiciones técnicas normalizadas del PGE de facturas electrónicas y la Resolución de 25 de junio de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establecen las condiciones de uso de la plataforma FACe.



Hay que subrayar que las ordenes de desarrollo se declaran de carácter básico en todo su articulado (excepto en la Disposición Adicional Primera) y la Resolución resulta de obligado cumplimiento para todos los Puntos generales de Entradas de Factura por lo que el margen para la normativa autonómica ha sido francamente estrecho.

La LFERC se estructura en cinco capítulos, seis disposiciones adicionales, tres transitorias, una derogatoria y ocho finales. En los siguientes apartados haremos un repaso sistemático de la ley deteniéndonos en los aspectos más importantes e intentando exponer los puntos que han sufrido modificaciones.

2. DISPOSICIONES GENERALES. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA LEY

El capítulo primero denominado "Disposiciones generales" establece su objeto, que se circunscribe a la regulación del uso de la factura electrónica, el registro contable de facturas y el procedimiento de tramitación de las mismas en las Administraciones Públicas.

Esta norma establece en su capítulo segundo como piedra fundamental la obligación que tiene todo proveedor de presentar las facturas que expida a las Administraciones Públicas en un registro administrativo en el plazo de 30 días desde que se realizó el servicio o se entregó el bien facturado.

Establecida esta obligación de registrar las facturas, la forma de cumplirla vendrá determinada por el formato en que deba o pueda presentarse la factura. Si se trata de facturas en papel, deberá presentarse ante uno de los registros administrativos del artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículo 16.4 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que deroga la anterior) o si es electrónica, este registro se efectuará de manera automática por el PGE de Facturas Electrónicas correspondiente.

Entrando de lleno en la regulación de la facturación electrónica, el artículo 4 determina los proveedores que quedan sujetos a la obligatoriedad de facturar electrónicamente a las Administraciones Públicas en base a su condición jurídica:

- a) *Sociedades anónimas;*
- b) *Sociedades de responsabilidad limitada;*
- c) *Personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que carezcan de nacionalidad española;*
- d) *Establecimientos permanentes y sucursales de entidades no residentes en territorio español en los términos que establece la normativa tributaria;*
- e) *Uniones temporales de empresas;*
- f) *Agrupación de interés económico, Agrupación de interés económico europea, Fondo de Pensiones, Fondo de capital riesgo, Fondo de inversiones, Fondo de utilización de activos, Fondo de regularización del mercado hipotecario, Fondo de titulación hipotecaria o Fondo de garantía de inversiones.*

Tras esta amplia y ambiciosa definición de su ámbito de aplicación, la norma abre una vía de escape dejando la posibilidad de que las distintas administraciones públicas establezcan excepciones a la obligatoriedad en las facturas igual o inferior a 5.000€, así como las facturas emitidas a los servicios en el exterior sea cual fuere su importe justificando esta última exclusión por razones puramente técnicas: *“No obstante, las Administraciones Públicas podrán excluir reglamentariamente de esta obligación de facturación electrónica a las facturas cuyo importe sea de hasta 5.000 euros y a las emitidas por los proveedores a los servicios en el exterior de las Administraciones Públicas hasta que dichas facturas puedan satisfacer los requerimientos para su presentación a través del Punto general de entrada de facturas electrónicas, de acuerdo con la valoración del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y los servicios en el exterior dispongan de los medios y sistemas apropiados para su recepción en dichos servicio”.*



No obstante, aunque las Administraciones Públicas instauren esta excepción por vía reglamentaria, lo que se suprime es la obligatoriedad, nunca el derecho que asiste al proveedor a presentar las facturas electrónicas sean del importe que sean. Cuestión distinta parece la excepción de las *"facturas por servicios prestados en el exterior"*; en este caso no opera el límite cuantitativo y además no parece que el proveedor tenga elección en cuanto al formato de las facturas por cuanto que lo que parece justificar la excepción es la incapacidad técnica de los propios servicios de la Administración *"para poder tramitar esas facturas hasta que dichas facturas puedan satisfacer los requerimientos para su presentación a través del PGE de facturas electrónicas,y los servicios en el exterior dispongan de los medios y sistemas apropiados para su recepción en dichos servicios."*

Este artículo ha provocado una heterogeneidad en el régimen jurídico de las distintas administraciones públicas y una inseguridad en los proveedores, que no podían saber con certeza si una Administración Local o Autónoma ha hecho uso o no de esta cláusula habilitante para la exclusión de la obligatoriedad. En los primeros momentos hubo mucha confusión y, a pesar del derecho que asistía al proveedor de presentar sus facturas electrónicamente, hubo determinadas entidades que no lo hicieron posible como veremos más detenidamente al tratar de la regulación de los Puntos Generales de Entrada de Facturas Electrónicas. Con intento de otorgar mayores certezas a los proveedores en esta situación de confusión se introducen las primeras modificaciones en la LFERC y su normativa de desarrollo. Así, la Ley Orgánica 6/2015 introduce un apartado 2 al artículo 4 estableciendo la obligatoriedad a las Administraciones Públicas de informar sobre el uso de la factura electrónica.

En este mismo sentido, la Orden HAP 1650/2015 introduce el artículo 8 bis en la Orden HAP 1074/2014 que prevé el establecimiento de un Directorio de Puntos de Entrada de facturas de las Administraciones Públicas en el que entre otra información se recoja si la Administración ha hecho uso de la exclusión

reglamentaria de la obligación de presentar facturas electrónicas y por debajo de qué umbral se ha realizado esta exclusión. Este buscador de Puntos de Entrada está disponible en la dirección <https://face.gob.es/#/es/buscador>. No obstante, aún en la fecha de redacción de este estudio, este buscador no cumple con plenitud la finalidad pretendida ya que no informa acerca de los límites establecidos por cada administración para declarar la obligatoriedad de emitir factura electrónica señalando para todos los puntos que es una opción voluntaria del proveedor para facturas inferiores a 5.000€ y no recoge en aquellos casos que, como por ejemplo Castilla La Mancha, no hay excepción por razón cuantitativa con carácter general.

3. FORMATO Y FIRMA DE LAS FACTURAS ELECTRÓNICAS

El artículo 5 regula el formato de las facturas y su firma electrónica, imponiendo un formato estructurado y firmado con sello o firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido en los términos en los que se indican en el artículo. Respecto al formato, se encomienda su establecimiento mediante Orden de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia, a propuesta conjunta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y del Ministro de Industria, Energía y Turismo, que determinará el formato estructurado de la factura electrónica, oído el comité sectorial de Administración electrónica. Entre tanto se aprueba esta norma el formato es el establecido en la Disposición Adicional Segunda el formato Facturae, versión 3.2, y de firma electrónica conforme a la especificación XMLAdvanced Electronic Signatures (XAdES). Hay que tener en cuenta que con posterioridad, mediante Resolución de 21 de marzo de 2014, de la Subsecretaría, se publicó la Resolución de 10 de marzo de 2014, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y de las Secretarías de Estado de Hacienda y de Presupuestos y Gastos,



una nueva versión, 3.2.1, del formato de factura electrónica «facturae» *“para superar algunas limitaciones de la versión 3.2 de «Facturae», adaptarlo a determinadas novedades en el ámbito tributario y, sobre todo, prepararlo para un uso más intensivo con la entrada en vigor de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre Esta versión tiene la característica de ser compatible hacia atrás con la versión 3.2, es decir, una factura conformada según la versión 3.2 será interpretada correctamente por un programa que se ajuste a la versión 3.2.1.”* Ya se ha anunciado en la 7^o⁵¹ reunión del Foro de Factura Electrónica celebrada el 2 de marzo de 2017 la aprobación fechas próximas de una nueva versión del formato facturae, la 3.2.2 fundamentalmente para dar respuesta a las exigencias impuestas por la tramitación de las cesiones de crédito.

4. LOS PUNTOS GENERALES DE ENTRADA DE FACTURAS ELECTRÓNICAS (PGE)

El artículo 6 regula los PGE, como puntos de intermediación entre el presentador de la factura y el órgano contable competente para su registro que, además, deberá ofrecer información sobre el estado de tramitación de las facturas y les proporcionará un acuse de recibo de dicha presentación, con lo que no solo se instrumenta como elemento de rigor en la gestión, sino también como elemento fundamental de transparencia frente al ciudadano.

En la regulación de estos puntos si se puede observar claramente una evolución de la orientación inicial de la Ley a sus desarrollos y modificaciones posteriores.

⁵¹ En la fecha de terminación no está disponible el acta de dicha reunión. Una vez redactada estará disponible en la dirección web <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/forofacturae>

A) Puntos Generales Únicos y Excluyentes. En la redacción original de la Ley se establecía que *“el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, dispondrán de un PGE de facturas electrónicas a través del cual se recibirán todas las facturas electrónicas que correspondan a entidades, entes y organismos vinculados o dependientes. No obstante lo anterior, las Entidades Locales podrán adherirse a la utilización del PGE de facturas electrónicas que proporcione su Diputación, Comunidad Autónoma o el Estado”*. Parecían sentarse las bases de la existencia de un PGE único por cada Administración Pública sin dejar prever la posibilidad de convivencia de varios en un mismo nivel. Así, la Orden HAP/1074 en su parte expositiva establecía *“De este modo habría un punto general de entrada de facturas electrónicas por cada nivel administrativo, salvo que las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales, en aplicación del principio de eficiencia, se adhieran gratuitamente al Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración General del Estado de acuerdo con lo dispuesto en esta Orden. No obstante, aquellas Administraciones Públicas que deseen disponer de su propio Punto General de Entrada, deberán justificar previamente a la realización de cualquier inversión dirigida al establecimiento de su propio punto, su no adhesión al Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración General del Estado”*.

Parecía claro que el legislador lo que quería era que o bien las Administraciones se adhirieran a FACe o bien, justificándolo debidamente, declararan uno propio, descartando entonces su adhesión a FACe. Ciertamente el devenir ha sido otro.



B) Convivencias de puntos de varios Puntos Generales de Entrada de Facturas Electrónicas. Las Administraciones Autonómica y Locales se han visto “forzadas” a adherirse a FACE puesto que el Estado ha condicionado dicha adhesión a poder acceder mecanismos de financiación del estado como el Fondo de Liquidez Autonómico (véase por ejemplo los artículos 17, 22, 41, 42 y 51) del Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las Comunidades Autónomas y entidades locales y otras de carácter económico. Sin embargo, a pesar de adherirse a FACE, las Administraciones que ya disponían de Puntos Generales de Entrada no han querido renunciar al mantenimiento de los mismos y no ha sido una decisión caprichosa.

En estos Puntos Generales de Entrada preexistentes (entonces denominados servicios de factura electrónica o similar), ya estaban operando miles de proveedores de forma satisfactoria, y además muchos de ellos ofrecen servicios adicionales que FACE no presta. El principal es el de “firma delegada,” mediante el cual la plataforma firma electrónicamente la factura al amparo de lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación que regula el *“Cumplimiento de la obligación de expedir factura por el destinatario o por un tercero”*.

Este servicio ha hecho posible que proveedores de escasa madurez tecnológica hayan podido presentar sus facturas en comunidades como Castilla La Mancha, Castilla y León, Galicia o Generalitat Valenciana. FACE y otros PGE como el de Andalucía exigen que se remitan facturas firmadas por lo que el proveedor tiene que tener certificado electrónico o bien contratar con una empresa prestadora de servicios de factura electrónica que realicen la factura y la firmen por el proveedor.

Obviar la situación preexistente de servicios que ya prestaban determinadas plataformas autonómicas y locales es a nuestro

juicio el principal error en el que ha incurrido la LFERC y por el que se ha visto precipitada la rápida modificación.

Así, a pesar de la redacción inicial de la Ley, mantuvieron de forma paralela a la adhesión a FACE los siguientes Puntos Generales de Entrada Propios Autonómicos:

- Andalucía (a pesar de que de no era de los preexistentes optó por su creación)
- Castilla León
- Castilla La Mancha
- Canarias
- Cataluña
- La Rioja
- Galicia
- Generalitat Valenciana
- País Vasco, única Comunidad Autónoma que a la fecha de redacción de este trabajo no está adherida a FACE.⁵²

C) Regulación de la situación de hecho. Modificación de la LFERC

Pronto empezaron los problemas de convivencia entre los distintos PGE, por lo que en la modificación de la ley ya en este artículo establece 6 introduce la necesaria "interoperabilidad entre los Puntos Generales de Entrada con FACE".

Esta falta de interoperabilidad se traduce en multitud de rechazos de facturas por falta de homogeneidad en las exigencias de formato de cada Punto General de Entrada. Piénsese que mucho antes de las primeras redacciones de la LFERC las Comunidades Autónomas que deciden implantar plataformas de facturación electrónica las integran con sus sistemas económico financieros.

⁵² Las adhesiones se pueden consultar por niveles territoriales en la dirección web <https://face.gob.es/es/directorio/administraciones>



Para poder tramitar las facturas de forma automatizada cada Administración fija unos requisitos de formato que permitan a las facturas tramitarse correctamente. Cuando las distintas administraciones se adhieren a FACe y este registra facturas, al trasladarse a los distintos PGE se rechazan por problemas de formato. Así, por ejemplo en Castilla La Mancha, en el mes de abril de 2015 se habían registrado en FACe 19.117 facturas y de ellas fueron rechazadas un 59,96% por problemas de formato, una cifra extremadamente alta si tenemos en cuenta que el promedio de rechazos en el Punto de Entrada de Castilla La Mancha era del 8,27%

Estos problemas vinieron a solucionarse con la Orden HAP/1650 que al modificar la Orden HAP/492 establece unas reglas de validación comunes para todos los registros contables de facturas. Toda factura que cumpla estas validaciones deberá ser anotada en dichos registros, sin que ello prejuzgue el resultado de la misma, ya que el órgano que deba conformarla podrá posteriormente rechazarla.

Otra de las modificaciones introducidas por la Ley 6/2015 es que FACE realice labores de PGE subsidiario para garantizar el derecho de los proveedores que quisieran presentar sus facturas electrónicamente. Esta medida entendemos que no hubiera sido necesaria si se hubiera hecho un examen más exhaustivo de la realidad que se pretendía normativizar (sobre todo por algunas Administraciones Locales con pocos recursos tecnológicos para abordar proyectos de este calado), y en todo caso ha sido tardía porque la situación caótica se produce el 15 de enero cuando hay administraciones (algunas tan importante como la Andaluza que puso en marcha su Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas el 1 de junio⁵³, más de 5 meses después de entrar

⁵³Disponible en:

http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/ov/factura_electronica/normativas/Instrucci%C3%B3n%20conjunta%20IG-DGPD%2021%20de%20mayo.pdf

en vigor la obligatoriedad de facturar electrónicamente, a pesar de que lo “declaró” como tal el 29 enero de 2014⁵⁴) en las que no es posible presentar factura electrónica alguna.

Termina este capítulo dedicándolo al archivado de las facturas electrónicas otorgando las responsabilidades del mismo al órgano destinatario de las mismas sin perjuicio de que pueda optar por la utilización del correspondiente PGE de facturas electrónicas como medio de archivo y custodia de dichas facturas si se adhiere al mismo.

Por último, un extremo sobre el que no se pronuncia la LFERC es sobre la naturaleza jurídica de los Puntos Generales de Entrada de facturas electrónicas. El estudio “Puntos Generales de Entrada”⁵⁵ de PALOMAR OLMEDA, A.; VAZQUEZ GARRANZO, J., plantean la disyuntiva entre su consideración como registro público o bien sistemas auxiliares que se conectan con un registro público, inclinándose sus autores por esta última.

GRACIA GARCIA, D.,⁵⁶ lo califica desde una perspectiva general como Punto de Acceso General en el sentido que fue definido por el anexo I de la Ley 11/2007 de AECSP como «conjunto de páginas web agrupadas en un dominio de Internet» cuyo objetivo es ofrecer al usuario, de forma fácil e integrada, el acceso a una serie de recursos y de servicios dirigidos a resolver necesidades específicas de un grupo de personas o el acceso a la información y servicios de a una institución pública” dándole además los efectos de “un registro electrónico administrativo, que desde este enfoque sería un registro electrónico administrativo auxiliar de un registro electrónico general (la «entrada automática en un

54

http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/ov/factura_electronica/normativas/Orden%20de%2029%20de%20enero%20de%202015%20JA.pdf . Consulta realizada el 14 de enero de 2017.

⁵⁵ Artículo “Punto general de entrada de facturas electrónicas”. Revista Derecho y Salud, (2014), pags. 93-110

⁵⁶ GRACIA GARCÍA, D. (2016).op cit. Capítulo III apartado 2.

registro electrónico de la Administración Pública gestora de dicho punto»).

DOMINGUEZ MACAYA-LAURNAGA, J. lo define como " un portal web donde los proveedores pueden presentar sus facturas electrónicas en un determinado formato bien sea de manera manual, o de manera automática desde sus sistemas de gestión económica mediante una interfaz de web,... y donde las Administraciones -en sentido amplio- destinatarias de las facturas pueden gestionarlas -además de, normalmente, descargarlas y notificar el estado de tramitación de las mismas al proveedor-, también... de manera manual,... o mediante interfaces de web services que permiten la recepción automática de las facturas en sus sistemas de gestión económica."⁵⁷

Desde nuestra perspectiva los Puntos Generales de Entrada de Facturas son un servicio administrativo prestado por medios electrónicos. Los PGE según la catalogación de procedimientos y servicios que efectuaron los en los diferentes planes de adaptación a la LAECS serían incardinados en el denominado nivel 4⁵⁸: conllevan un asiento registral, permiten la normalización de

⁵⁷ DOMINGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. op.cit. apartado 4.2.2.2.2.

⁵⁸ Estos planes clasificaban los distintos procedimientos en 5 niveles según su disponibilidad electrónica : Nivel 0 Inadaptación Total; Nivel 1 Muy baja adaptación o nivel 1 (Información electrónica) Baja adaptación o nivel 2 (Descarga de documentos) Adaptación parcial o nivel 3 (Iniciación electrónica, conexión a Registro) Adaptación total o nivel 4 (Consulta del estado de tramitación): Proactividad o Nivel 5 (Interacción) En el ámbito de la AGE [http://administracionelectronica.gob.es/pae/Home/dms/pae/Home/documentos/Biblioteca/pae BIBLIOTECA PLANES ESTRATEGICOS/pae BIBLIOTECA PE Nacional/2007-diciembre-LAECSP-Plan-de-Actuacion.pdf](http://administracionelectronica.gob.es/pae/Home/dms/pae/Home/documentos/Biblioteca/pae_BIBLIOTECA_PLANES ESTRATEGICOS/pae_BIBLIOTECA PE Nacional/2007-diciembre-LAECSP-Plan-de-Actuacion.pdf) y en la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha <http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/201>

lo que se entrega (en este caso la factura), lo transmiten a la oficina contable identificada gracias al uso del Directorio DIR3 y permiten al proveedor conocer el estado de su factura. Incluso podría ser considerado del nivel 5 al deber permitir solicitar la anulación de la factura inicialmente presentada.

Prueba de ello es que el servicio de factura electrónica regulado por la normativa tratada en el apartado 1.c de este estudio definían como casi con exactitud los mismos servicios que se configuran ahora como definidores de los PGE.

5. EL REGISTRO CONTABLE DE FACTURAS, PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN Y EFECTOS DE SU RECEPCIÓN

El capítulo IV establece el Registro Contable de Facturas y el procedimiento de tramitación en las Administraciones Públicas. Se establece la obligatoriedad de creación de registro contable de facturas interrelacionado con el sistema de información contable. El procedimiento para la tramitación de las facturas se establece en el artículo 9 con el siguiente esquema: El registro administrativo que reciba la factura pondrá a disposición, de forma tradicional o bien de forma automática si es electrónica, al registro contable de facturas. Este dará un código de identificación a la factura que, en caso de ser electrónica, se comunicará al PGE de Facturas. Posteriormente a esta inscripción se remitirá, si procede al órgano encargado de conformarla para que realice la tramitación oportuna conducente a su pago o en su caso, a su rechazo.

Al igual que se hizo con el establecimiento de la obligatoriedad de facturar electrónicamente, se otorga la facultad de poder excluir la inscripción en el registro contable de facturas para aquellas inferiores o iguales a 5000 € pero únicamente al Estado, las Comunidades Autónomas y los municipios de Madrid y Barcelona.

[50907/manual_sept. 2015_racionalizacion_y_simplificacion.pdf](#)

Consulta realizada el 4 de marzo de 2017



Esta facultad si podrá ejercerla cualquier Administración para las emitidas por proveedores de servicios en el exterior.

Vuelve a tener la necesidad la LO 6/2015 de modificar la redacción original de la LFERC para adaptar la norma a la realidad de tal manera que ya de forma expresa se establece que *"los registros contables de facturas se podrán conectar con distintos puntos generales de entrada...."*.

Cierra este capítulo regulando las actuaciones del órgano competente en materia de contabilidad que concreta en la realización de requerimientos periódicos así como la elaboración de un informe trimestral respecto a las a las facturas pendientes de reconocimiento.

El capítulo V está dedicado a los efectos de la recepción de las facturas en los Puntos Generales de Entrada y Registros Contables, las facultades de control interno y de acceso a la documentación justificativa así como a la realización de un informe anual que evalúe el cumplimiento en materia de morosidad.

El último artículo de la Ley contiene una habilitación al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas para que determine la periodicidad y formato en el que los registros contables remitirán información sobre las facturas recibidas a las Agencia Estatal de la Administración Tributaria con el objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de facturación cuyo control le corresponda.

De las disposiciones adicionales, transitorias y finales, destacaremos, aparte de la ya citada disposición transitoria segunda que establece el formato de factura electrónica aceptada en la actualidad, el régimen de entrada en vigor de la norma que se establece de forma progresiva:

- El 28 de diciembre de 2013, veinte días después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado referido a la generalidad del texto normativo.
- El 1 de enero de 2014, en relación al procedimiento para la tramitación de facturas y el deber de anotación en el registro contable y a la modificación de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones recogida en la disposición final primera.
- El 15 de enero de 2015, respecto al uso de la factura electrónica en el sector público y en el que se establece la obligación de presentar factura electrónica a través del PGE que corresponda a las entidades expresamente relacionadas en el precepto legal, salvo en los supuestos exceptuados por vía reglamentaria.

Esta entrada en vigor produjo confusión inicial en su interpretación. Así, la disposición transitoria primera establece que la obligación de presentación de las facturas en un registro administrativo establecida por el artículo 3 no es aplicable a las facturas emitidas con anterioridad a la ley y lo declara potestativo para las facturas por servicios prestados o bienes entregados con anterioridad a la entrada en vigor. Sin embargo este régimen transitorio es referido únicamente a las facturas en papel, puesto que las electrónicas conllevan el registro administrativo de manera automatizada. La omisión de una cláusula expresa sobre las facturas emitidas con anterioridad a la entrada en vigor de la obligatoriedad de facturar electrónicamente hizo que se plantearan dudas acerca de la misma, lo que vino a resolver la circular 1/2015, de 19 de enero de la Intervención General de la Administración del Estado sobre la obligatoriedad de la factura electrónica a partir del 15 de enero de 2015. Esta circular determina en su conclusión segunda que la obligatoriedad de presentación de factura electrónica lo es solo para las emitidas con posterioridad al 15 de enero de 2015. Cabe preguntarse por



qué el legislador “olvidó” entonces hacer esta referencia expresa a las facturas electrónicas emitidas con anterioridad cuando si lo hizo con las de papel.

Esta postura no fue compartida en la Administración de Castilla La Mancha en la que se interpretó que la obligatoriedad de facturar electrónicamente no vendría dada por la fecha de emisión de la factura en la que el proveedor gozaría de cierta discrecionalidad sino por la fecha de registro de entrada de la factura, que se entendía que otorgaba mayor objetividad a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a cada factura.

III.DESARROLLO NORMATIVO EN CASTILLA LA MANCHA DE LA LEY 25/2013. LA ORDEN DE 04/02/2015, DE LA CONSEJERÍA DE HACIENDA, POR LA QUE SE CREA EL PUNTO GENERAL DE ENTRADA DE FACTURAS ELECTRÓNICAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA Y SE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA SU TRAMITACIÓN

Con la aprobación de la LFERC resultaba claro que había que adaptar la normativa preexistente en Castilla La Mancha, para declarar como PGE de la administración autonómica al servicio de factura electrónica de Castilla la Mancha, así como regular aquellos extremos que la legislación básica había reservado al desarrollo reglamentario.

Los aspectos que regula esta Orden principalmente son los siguientes:

- Declara el preexistente servicio de facturación electrónica Punto General de Entrada de facturas electrónicas de la Administración de la JCCM.
- Establece la competencia para gestionar el mismo a la Intervención General.
- Un aspecto importante es la interconexión que garantiza con FACe lo que viene a establecer un marco que a día de

hoy se ha convertido en el generalizado para el resto de las administraciones autonómicas que disponen de un punto propio.

- Adaptar y completar la normativa básica estatal para aquellos aspectos regulados en aquella, como es el formato de la factura, pero incluso va más allá en otros:
 - A diferencia de lo establecido en la AGE no excepciona la obligatoriedad de facturar electrónicamente a los sujetos obligados porque el importe de la factura sea inferior a 5.000€. siendo únicamente las excepciones:
 - Si se dirige a un centro docente público el proveedor en este caso si podrá optar entre facturar electrónicamente o realizarlo en papel.
 - Aquellos pagos realizados en efectivo mediante el sistema de anticipos de caja fija y pagos a justificar.
 - Por los servicios prestados en el exterior, sin límite de cantidad.
 - Al igual que hizo la normativa a la que deroga esta Orden, se va un paso más allá cuando establece *“Los órganos de contratación de los órganos y entidades incluidos en el ámbito de aplicación de esta orden establecerán la obligación de facturación electrónica en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos típicos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como los*

contratos privados, a través del servicio de facturación electrónica siendo obligatorio el uso de la factura electrónica para todos los adjudicatarios de dichos contratos”.

Por tanto, aquellos autónomos o profesionales que en principio no se encuadrarían en el mandato de la ley si pueden verse obligados a facturar electrónicamente si el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato formalizado así lo recoge. En esta Orden no se establece una obligación directa para el proveedor sino para los órganos de contratación de los distintos centros gestores que deberán dar cumplimiento incluyendo la obligatoriedad del proveedor de facturar electrónicamente.

En la norma se renuevan los servicios ofertados al proveedor para adaptarla a la normativa básica; eso sí, condicionado a su previo trámite de alta en el mismo. Resaltaremos por entender que se trata de servicios de valor añadido a los que se establecen como obligatorios en de los Puntos Generales de Entrada de Facturas Electrónicas, los siguientes:

- a) Facilitar la confección y firma de las facturas electrónicas para aquellos proveedores que no dispongan de certificado electrónico ni sistema de facturación electrónica propio.
- b) Efectuar la firma de facturas para aquellos proveedores que, disponiendo de sistema de facturación electrónica propio, no tuvieran certificado electrónico.

En este caso se presta un servicio adicional facilitando que el proveedor pueda presentar sus facturas electrónicas aun no disponiendo de certificado digital ni de conocimiento o medios

informáticos necesarios para elaborar un xml en formato facturae 3.2.

Por tanto, las posibilidades de facturar electrónicamente a través de PeCAM se amplían para los proveedores siendo las siguientes vías:

- Proveedores sin firma ni programas de facturación propios. En este caso utilizan la web del PeCAM para ir creando su factura mediante una aplicación web que les permitirá la creación del facturae 3.2, de enviarlo y firma mediante delegación por la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.
- Proveedores sin firma electrónica que tengan un sistema de facturación propio. Estos sistemas de facturación suelen ya incorporar la funcionalidad de creación de ficheros xml con el formato estándar. El proveedor puede cargar este archivo que su programa le realiza sin necesidad de introducir de nuevo los datos en la web de PeCAM.
- Proveedores con firma electrónica que tengan un sistema de facturación propio. En este caso si cargan una factura firmada la plataforma validará la firma de la factura presentada.
- Proveedores con alta capacidad tecnológica que puedan presentar de manera automática sus facturas utilizando el servicio web de presentación de facturas electrónicas. En cuanto a la tramitación de las facturas electrónicas, una vez registradas de forma automática en el Registro Único de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, se pondrá a disposición del órgano competente de su gestión que tendrá un plazo máximo de 15 días para la conformidad o rechazo de las mismas.

Por último, se recoge el procedimiento de anulación de facturas electrónicas presentadas estableciendo como condiciones:



-
- o Que no haya sido conformada por el órgano competente.
 - o Que la solicitud de anulación esté debidamente justificada.

IV. CONCLUSIONES Y CUESTIONES A ABORDAR

Como hemos visto el inicio de la aplicabilidad de la LFERC fue bastante confuso en detrimento del proveedor, puesto que no se aprovechó el año 2014 para trabajar en la interoperabilidad y homogeneidad de los distintos Puntos Generales de Entrada de Facturas Electrónicas que ya operaban antes de la aprobación de la LFERC aun sin tener esta denominación.

Los objetivos programáticos de la LFERC son la profunda transformación de la Administración en beneficio de la sociedad a la que sirve y concretamente a la comunidad de proveedores, si bien creemos que en la tramitación del proyecto de Ley se obvió la realidad preexistente y no se valoraron adecuadamente los proyectos autonómicos iniciados, así como la situación tecnológica de algunas administraciones, sobre todo locales, y la de determinados proveedores con escasos conocimientos y recursos tecnológicos.

Estas disfuncionalidades se han ido corrigiendo con los sucesivos cambios normativos que se fueron aprobando y espacios de trabajo cooperativo, como el Foro de Factura Electrónica, que van dotando de una actuación homogénea en todas las administraciones y permiten interconexiones eficaces entre los distintos Puntos Generales de Entrada. Una vez reconocida la posibilidad de coexistencia de varios PGE y clarificados los términos de la misma ha sido más fácil lograr una facturación electrónica más ágil y sencilla que favorezca a la comunidad proveedora y a las Administraciones Publicas. Esta coexistencia se demuestra con los datos arrojados en el ejercicio 2016 en el que del total de facturas electrónicas presentadas a la Junta de

Comunidades de Castilla la Mancha un 64,9% lo hizo a través de PeCAM y un 35,1% lo hizo por FACe.

La LFERC ha supuesto una revolución en la forma de facturación de los proveedores de las Administraciones Publicas y ha logrado un verdadero impulso al uso de las nuevas tecnologías en el sector empresarial español. También las Administraciones Publicas se han visto obligadas a modificar la tramitación de sus facturas en favor de procedimientos más eficaces. Tal es así, que a día de hoy en una Administración Autonómica como la de Castilla La Mancha (que no ha excluido de la obligación de emitir factura electrónica por razón del importe y eso sí, ha auxiliado a los proveedores para facilitarles la presentación de este tipo de facturas) el número de facturas electrónicas en el ejercicio 2016 son 446.674 y las de papel solo alcanzan 21.366 lo que supone un 4,7% de la facturación. Hay que resaltar que en Castilla La Mancha las facturas inferiores a 5000 € suponen un 48% de la facturación total y que únicamente el 10% del total de las facturas de esta cantidad se presenta en papel. Por ello, además de la coherencia con el actual procedimiento administrativo consideramos acertada la decisión adoptada de no excluir la obligatoriedad por razón de cuantía de las factura.

Transcurridos dos años desde la entrada en vigor la Ley sin embargo hay cuestiones que aún deben abordarse de forma coordinada por todas las Administraciones Publicas. Sin ánimo de profundizar en las mismas, haremos una enumeración de las que nos parecen más acuciantes:

- **Ámbito de aplicación de la LFERC:** La entrada en vigor de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y su imposición a las personas jurídicas y ciertas personas físicas del deber de relacionarse de forma electrónica con las Administraciones Públicas ha hecho que surjan dudas acerca de la vigencia de las excepciones a la obligatoriedad de presentar facturas electrónicas que estableció la LFERC. Aunque en Castilla la Mancha este



supuesto es más pacífico puesto que la normativa autonómica no excepciona por razón de la cuantía, sí que afectaría fundamentalmente a los profesionales con colegiación obligatoria que no tengan una relación contractual a la que se refiere el artículo 5.2 de Orden de 04/02/2015, de la Consejería de Hacienda, por la que se crea el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y se regula el procedimiento para su tramitación .

Sobre esta cuestión hay posturas encontradas. GRACIA GARCIA, D. ha recogido este debate el reciente estudio "*Razones de seguridad jurídica (entre otras) para la necesaria reforma de la Ley 25/2013*"⁵⁹ en el que concluye que la clave se encuentra en la disposición final quinta de la Ley 39/2015, la cual establece que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, se deberán adecuar a la misma las normas reguladoras estatales, autonómicas y locales de los distintos procedimientos normativos que sean incompatibles con lo previsto en esta Ley. Y en el caso de que transcurra este plazo sin llevarse a cabo esta adaptación debería prevalecer la Ley 25/2013 sobre la Ley 39/2015, por su carácter de ley especial.

Desde nuestro punto de vista y con la experiencia adquirida en estos dos años nos inclinamos por defender la postura mantenida por ALMONACID, V. en su publicación "*Las facturas en papel desaparecen*".⁶⁰ "No es posible defender que para las personas jurídicas todos sus trámites son electrónicos EXCEPTO la

⁵⁹ GRACIA GARCIA, D. Artículo "*Razones de Seguridad Jurídica (entre otras) para la necesaria reforma de la Ley 25/2013*" publicado en el sitio web El consultor de los Ayuntamientos. <http://elconsultor.laley.es>

⁶⁰ALMONACID, V. "Las facturas en papel desaparecen". Artículo consultado el 9 de febrero de 2017, en la dirección electrónica: <https://nosoloaytos.wordpress.com/2016/11/20/las-facturas-en-papel-desaparecen>

facturación, máxime después de haber transcurrido 3 años desde la Ley de impulso de la facturación electrónica”.

La Ley de Procedimiento Administrativo Común tiene una vocación generalista de transformar la actuación administrativa y si esta obliga a las personas jurídicas y determinados profesionales a relacionarse con la Administración por medios electrónicos no se entiende porque se deberían ver eximidos de esta obligación únicamente en cuanto a la facturación y solo en el caso de las personas jurídicas en el caso de que sean inferiores a 5000€. Si puede defenderse el supuesto de la sectorialidad y especialidad en cuanto a la imposición del formato específico y la vía de presentación así como al mantenimiento de ciertas excepciones, como es la facturación de los servicios en el exterior por cuestiones meramente prácticas.

Entendemos que debería haberse aprovechado la tramitación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 que al regular en su artículo 196 el Pago del precio en lugar de establecer una remisión a “los términos *establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica*” debería haber solventado esta controversia apostando claramente por no aceptar excepciones a la obligatoriedad de facturar electrónicamente a la totalidad de personas jurídicas quedando únicamente la excepción de las facturas en el exterior.

En la 7º reunión del Foro de Factura Electrónica celebrada el 2 de marzo de 2017 se anunció una instrucción conjunta de la Intervención de la Administración General del Estado y la Abogacía del Estado para establecer criterio interpretativo al



respecto en la AGE que podría servir de orientación a las restantes Administraciones Públicas.⁶¹

-Las cesiones de crédito. La cesión de crédito ha sido protagonista en el año 2016 en el Foro de la factura electrónica poniéndose de manifiesto la problemática que esta figura, habitual en la facturación a las Administraciones Públicas presentaba.⁶² Los cesionarios de las facturas no pueden ejercer los derechos que la LFERC reconoce a los proveedores puesto que solo el emisor de la factura es quien puede acceder al estado de la factura. Si bien hay un campo previsto en el formato facturae relativo a cesiones de crédito, el 1.6 "FactoryAssignmentData", en la Administración de Castilla la Mancha como en la mayoría de las representadas en el Foro de Factura electrónica este apartado tenía carácter indicativo y no se consideraba como notificación válida a los efectos de efectuar la preceptiva "toma de razón" para dotar de efectividad a dicha cesión, debiendo en todo caso, cumplirse las formalidades establecidas en Orden de 2 de febrero de 2010, de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula el procedimiento para la toma de razón de la cesión a terceros de los derechos de crédito frente a la Administración Regional, sus organismos autónomos y entidades dependientes.

Ante la confusión generada y las demandas de los acreedores cesionarios, la IGAE ha venido a establecer criterios referidos a la tramitación de las cesiones de crédito en la Instrucción conjunta

⁶¹ En la fecha de terminación no está disponible el acta de dicha reunión. Una vez redactada estará disponible en la dirección web <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/forofacturae>

⁶² <http://administracionelectronica.gob.es/ctt/forofacturae/descargas#.WJ-aVVPhC5s> Consulta realizada en 21 de enero de 2017

con la Abogacía del Estado de 23 de junio de 2016⁶³. Esta instrucción aconsejaba un cambio en el formato facturae para posibilitar que se puedan incluir en la factura el Código Seguro de Verificación que permita dar acceso a la dirección electrónica en la que se encuentren alojados los documentos electrónicos constitutivos de la cesión. Este es el principal motivo de la aparición en próximas fechas de la versión 3.2.2 del formato facturae al que ya nos hemos referido anteriormente. También con esta finalidad se deberán hacer modificaciones en los sistemas económicos financiero para permitir que en una misma factura puedan tener acceso tanto el emisor cedente (que también tiene interés en conocer el estado de la misma para saber cuándo ha quedado liberado de su deuda) como a los sucesivos cesionarios que pueda tener la factura.

-La conformidad de las facturas. En este apartado nos referiremos a la situación particular en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, puesto que hay otras Administraciones que han resuelto esta cuestión con mayor rapidez. La conformidad de las facturas es el acto impuesto con carácter básico por la legislación en materia de contratos en el artículo 314 del TRLCSP” La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 222.4,...».

Con carácter particular en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, el artículo 10.3 del citado Decreto 54/2011, por el que se regula la utilización de medios

⁶³http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/es-ES/rcf/Paginas/CircularesIGAE_RCF_FE.aspx Consulta efectuada el 21 de enero de 2017



electrónicos y se establecen medidas de organización. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha establece que *"Una vez recibidas por la unidad orgánica responsable de su gestión, las facturas o documentos sustitutivos deberán ser conformadas e inscritas en el Registro de Facturas o devueltas al sujeto emisor, si no fueran correctas, en el plazo máximo de quince días desde su recepción"*. La terminología utilizada, al ser anterior a la LFERC no es coincidente con la misma, si bien cumple con todas las garantías que dicha ley exige implantar. La factura electrónica que se remite a PeCAM o FACE tiene un número de registro administrativo y es inmediatamente transmitida al sistema económico financiero TAREA gestionado por la Oficina Contable que en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha es la Intervención General. Esta factura recibida es puesta a disposición del órgano gestor que en 15 días o la rechazará o bien previa conformidad del receptor del servicio iniciará su tramitación para su pago.

La solución adoptada por otras administraciones ha sido desarrollar un trámite de conformidad íntegramente electrónico que permita la remisión y firma electrónica por el órgano competente, y así, aplicarla al presupuesto para su pago. En Castilla La Mancha los esfuerzos de estos años han tenido que reconducirse a la adaptación del PGE y a adoptar las validaciones a la normativa básica por lo que este aspecto se ha visto penalizado.

El problema residía en que en el ámbito de la gestión interna que conforma los expedientes administrativos no está generalizado el uso de los medios electrónicos. La LAECSP obligó a las Administraciones a permitir el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, implantando las solicitudes de inicio de procedimientos on line y es donde se han centrado los mayores esfuerzos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha. En este tránsito hacia el expediente electrónico los documentos que conforman el mismo, si tienen formato electrónico deben cumplir los requisitos

establecidos por el artículo 27.3. c) de la Ley 39/2015 que establece que *"Las copias en soporte papel de documentos electrónicos requerirán que en las mismas figure la condición de copia y contendrán un código generado electrónicamente u otro sistema de verificación, que permitirá contrastar la autenticidad de la copia mediante el acceso a los archivos electrónicos del órgano u Organismo público emisor."*

En la actualidad, se está trabajando en la integración del sistema económico financiero con la nueva versión del portafirmas electrónico corporativo, que si incluye la incorporación del CSV, lo que permitiría incorporar ya la conformidad electrónica de las facturas aunque el expediente del que forme parte no sea electrónico. Esta será una solución transitoria en tanto se completa la tramitación íntegramente electrónica en los principales expedientes administrativos de los que forma parte la factura.

- El control de las facturas subvencionadas. Esta cuestión planteada en la primera reunión del foro de factura electrónica el 12 de marzo de 2015 ⁶⁴no tiene una respuesta inmediata. Mientras las Administraciones Publicas han sido precursoras del uso de la factura electrónica aún se pueden ver determinadas ordenes por las que se aprueban bases reguladoras de subvenciones en las que se sigue solicitando la tradicional "estampilla" de las facturas que sirvan de justificación de fondos concedidos (véase por ejemplo la Orden de 23/06/2016, de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras del Programa Innova-Adelante en Castilla-La Mancha, cofinanciado en un 80% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional. DOCM nº 130 /2016 donde se

64

<http://administracionelectronica.gob.es/ctt/forofacturae/descargas#.WJ-aVVPhC5s> Consulta efectuada el 21 de enero de 2017



dice: *“Las facturas originales deberán contar, con un sistema de sellado que haga referencia a la cofinanciación a través del Feder, en el que se indicará la cuantía y porcentaje a imputar de dichas facturas. Los beneficiarios podrán acceder a dicho sello a través del Servicio de Innovación Tecnológica de la Consejería competente en materia de economía y competitividad, o a través de las Direcciones Provinciales correspondientes.”*) Esto resulta paradójico pues si el sellado en las facturas en papel no era un medio eficiente en factura tradicional en la electrónica es aún más evidente puesto que lo que se está sellando no es sino un resumen en papel que no es la factura original.

Los órganos gestores de la subvención continúan con esta forma de proceder porque los reglamentos europeos que establecen que los órganos gestores establecerán mecanismos adecuados que eviten la sobrefinanciación de las actuaciones. Al no tener alternativa a la estampilla continúan con esta práctica desfasada con el objeto de no ser objeto de descertificaciones de fondos (el Artículo 13.2 Reglamento (CE) Nº 1828/2006 de la Comisión de 8 de diciembre de 2006 que fija normas de desarrollo para el Reglamento (CE) nº 1083/2006 del Consejo, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, y el Reglamento (CE) nº1080/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional). Creemos que la única solución eficaz debería encontrarse en la Base de Datos Nacional de Subvenciones. Dado que todas las Administraciones Públicas estamos nutriendo dicha base de datos que desde la reforma de la Ley General de Subvenciones operada por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, se estableció que operaría como Sistema Nacional de Publicidad de Subvenciones , deberían incluirse las facturas por acreedor que se financian con cargo a las distintas líneas de subvención y así poder detectar de forma eficaz la sobrefinanciación de actividades.

-La futura reglamentación europea. Uno de los problema ante los que se enfrenta la factura electrónica en España es la adaptación a las obligaciones que imponga la aplicación de la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativa a la facturación electrónica en la contratación pública teniendo como fecha límite para su aplicación el 27 de noviembre de 2018. Dicho plazo tiene efectos únicamente respecto a la Administración General del Estado, mientras que para Comunidades Autónomas y Entidades Locales será aplicable con carácter obligatorio un año después. Esta norma que pretende implantar un estándar europeo puede derivar a dos posibles escenarios según GRACIA GARCIA, D.⁶⁵:

- Estableciéndose como nuevo único formato de factura electrónica el que acabe siendo definido por el estándar europeo. Esta opción no parece factible dada la reciente inversión que ha hecho la comunidad proveedora y las distintas Administraciones para incorporar el formato facturae.
- Reformando nuevamente la Ley 25/2013 de tal forma que admita que tanto el formato facturae como el nuevo estándar europeo serán admisibles para facturar a las Administraciones Publicas, las cuales deberían adaptar los Puntos generales de entrada de facturas electrónicas para que admitan ambos formatos. Esta opción evitaría costes a los proveedores nacionales que podrían seguir utilizando facturae.

Si bien esta segunda opción podría considerarse la menos traumática debería considerarse como una solución transitoria puesto que no parece justificado la pervivencia de dos formatos uno, el facturae, en el que se le impone una firma electrónica

⁶⁵ GRACIA GARCIA, D. Artículo op. cit. "*Razones de Seguridad Juridica (entre otras) para la necesaria reforma de la Ley 25/2013*"

avanzada y otro, el europeo, en el que no debe contener el requisito de la firma electrónica como uno de sus elementos.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALMONACID, V. "Las facturas en papel desaparecen". Publicado en la dirección electrónica:
<https://nosoloaytos.wordpress.com/2016/11/20/las-facturas-en-papel-desaparecen>

APARISI APARISI, M.C «Implantación de la factura electrónica en las Administraciones Públicas» publicado en el sitio web *elderecho.com*.
<http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/ImplantacionfacturaelectronicaAdministracionesPublicas>.

DOMINGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. *Claves para una contratación electrónica eficaz*. El consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2011.

GARCÍA JIMÉNEZ, A. «La implantación de la factura electrónica en las compras públicas.» *Revista General de Derecho Administrativo* n.º 35 (2014).

GRACIA GARCIA, D. "Razones de Seguridad Jurídica (entre otras) para la necesaria reforma de la Ley 25/2013" publicado en el sitio web "El consultor de los Ayuntamientos."
<http://elconsultor.laley.es>

GRACIA GARCIA, D . " *El nuevo régimen jurídico de la factura electrónica*", Barcelona, 2016, Wolters Kluwer.

MARTÍNEZ GUTIERREZ, R. MARTÍNEZ GUTIERREZ, R. "La Contratación Pública Electrónica. Análisis y propuesta de

transposición de las Directivas Comunitarias de 2014”
,Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.

PALOMAR OLMEDA, A ; VÁZQUEZ GARRANZO,J. «*Punto general de entrada de facturas electrónicas.*» *Derecho y Salud* (2014)Pags 93-110. <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/punto-general-de-entrada-de-facturas-electronicas>

PINO, F; INZA, J. “*La factura electrónica*”. 2006. Manuales Plan Avanza

PINTOS SANTIAGO, J. “*La implantacion de la administración electrónica y la efactura*”. Varios Autores.DOMINGUEZ-MACAYA LAURNAGA,J. autor del Capítulo V referenciado“La e-factura como elemento esencial de la administración electrónica integral” Wolters Kluwer, 2017.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. «Sobre el procedimiento administrativo de la elaboración de las normas.» *Revista Española de la Función Consultiva* (2004).

**" REFLEXIONES CRÍTICAS A LA LEY 39/2015,
DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA NUEVA
TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL
PROCEDIMIENTO"**

D. Carlos-M^a. Rodríguez Sánchez

Asesor Jurídico de la Administración de la JCCM

Fecha de finalización del trabajo: 14 marzo de 2017

RESUMEN

La vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPAC), ha supuesto un paso adelante en la extensión del concepto de procedimiento administrativo común aplicable a todas las Administraciones Públicas, que incluye ahora tanto el procedimiento sancionador como el de responsabilidad patrimonial. Esta Ley hay que aplicarla en conjunción con la coetánea Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), sobre la base de una distinción artificiosa entre actividad administrativa "ad intra" y "ad

extra" que, a juicio del autor, compromete la regulación unitaria de la institución del procedimiento administrativo.

El presente trabajo se centra en el análisis del artículo 96 LPAC, para poner de manifiesto sus incongruencias y sus dificultades interpretativas, llegándose a la conclusión de que, una tal regulación, muestra en cierta medida la voluntad del legislador estatal de dejar a las Comunidades Autónomas un margen cada vez más estrecho en su capacidad normativa para regular los procedimientos especiales por razón de la materia, aspecto éste que resulta también criticable.

PALABRAS CLAVE

Derecho administrativo; Procedimiento administrativo común y especial; procedimiento sancionador; procedimiento de responsabilidad patrimonial; tramitación ordinaria y simplificada;

ABSTRACT

The current Law 39/2015, October 1st, about the Common Administrative Procedure of Public Administrations (hereinafter LPAC), has been a step forward in extending the concept of a common administrative procedure applicable to all Public Administrations. In that concept of "common administrative procedure", LPAC already incorporates both sanctioning and patrimonial liability procedures. This Law must be applied in conjunction with the contemporaneous Law 40/2015, October 1st, about Legal Regime of Public Sector (hereinafter LRJSP), based on an artificial distinction between administrative activity "ad intra" and "ad extra", which, in the opinion of the author, compromises the unitary regulation of administrative procedure.

The present work focuses on the analysis of article 96 LPAC, in order to reveal its incongruities and interpretative difficulties,

concluding that, such a regulation, it´s a proof of the will of the state legislator to leave the Autonomous Communities an narrower margin in its capacity to regulate the special procedures "ratione materiae", aspect that is also criticable.

KEY WORDS

Administrative law; Common and special administrative procedures; Sanctioning procedures; Patrimonial liability procedures; Ordinary and simplified procedures;

SUMARIO

1.- UNAS REFLEXIONES PREVIAS.

2.- LA TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.

- A) GENERALIDADES: LA VOCACIÓN EXTENSIVA DEL CONCEPTO DE "PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN".
- B) PRESUPUESTO DE HECHO DE LA TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA.
- C) LA DECISIÓN DE CONVERTIR EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN SIMPLIFICADO.
- D) LA SOLICITUD DE TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA Y EL ACUERDO DE OFICIO. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE RELACIÓN.
- E) EL ACUERDO DE TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES.

-
- F) EL ACUERDO DE TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.
 - G) LOS TRÁMITES DEL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO.

3.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

1.- UNAS REFLEXIONES PREVIAS

Hubo un tiempo en el que estuve convencido de que redactar normas era un quehacer poco menos que sacrosanto y de que, quienes contribuían a elaborar esos textos, debían, sin duda, estar impregnados de la sabiduría y la omnisciencia divinas, hasta el punto de poder prever las más mínimas contradicciones que la norma en la que trabajaban pudiera presentar con el resto de las que componían el ordenamiento jurídico, o las que pudieran derivarse de su propia estructura interna. Oír hablar de aquellos vetustos *“padres de la Constitución”*, o escuchar que tal o cual persona había integrado un *“grupo de expertos”* o una *“comisión de codificación”*, eran argumentos suficientes para despertar en aquel bisoño estudiante de derecho que fui, una admiración reverencial rayana en la idolatría por esos individuos, de cuya superioridad intelectual no albergaba la más mínima duda.

Reconozco avergonzado que ahora me he convertido en un escéptico. Y todo aquel respeto que un día sentí por nuestros legisladores lo he trocado ahora en espíritu hipercrítico del que, por otra parte, tampoco me siento especialmente orgulloso. Pero, sin haber hecho nada por merecerlo, a mi edad puedo decir que, con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPAC), son ya tres las leyes de procedimiento españolas que he tenido el gusto de estudiar. Y no sé si es mi actual situación de negativismo existencial la que me lleva a concluir – probablemente de manera injusta – que la calidad de aquéllas ha ido en franco retroceso, sin que el anterior adjetivo deba

interpretarse, de ningún modo, como añoranza de regímenes autoritarios felizmente superados en nuestro país.

El primer desatino ha sido, a mi juicio, desagregar en dos leyes lo que antes teníamos en el razonable espacio de una, con el fútil pretexto de que deben ser normas distintas las que regulen las relaciones *“ad intra”* y *“ad extra”* de la Administración pública⁶⁶. Este criterio con pretensiones sistemáticas tiene toda la apariencia de haberse cocido en el caletre de algún funcionario aspirante a cátedra universitaria. Porque intentar trazar la línea divisoria entre en la actividad interna o externa de la Administración constituye, sin duda, un magnífico ejercicio para sesudos artículos doctrinales, pero resulta un disparate para el operador jurídico, cuya intuición le lleva a operar con conceptos jurídicos más fáciles de identificar en la práctica⁶⁷.

⁶⁶ En, apartado I, párrafo 5º LPAC: *“En coherencia con este contexto, se propone una reforma del ordenamiento jurídico público articulada en dos ejes fundamentales: las relaciones ‘ad extra’ y ‘ad intra’ de las Administraciones Públicas. Para ello se impulsan simultáneamente dos nuevas leyes que constituirán los pilares sobre los que se asentará el Derecho administrativo español: la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”*.

⁶⁷ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M: *“La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”*. Diario La Ley nº 8663, Sección Columna. Diciembre, 2015.

“La regulación de forma separada y completa de la organización administrativa y del procedimiento administrativo común ha acogido la propuesta de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, basada en la idea errónea de que esa disociación responde al criterio tradicional en nuestro ordenamiento. El dictamen del Consejo de Estado 275/2015, de 29 de abril ha criticado severamente esta opción y ha afirmado que la «pretendida separación entre las materias de «organización administrativa» y de «procedimiento administrativo» no



Por ejemplo el de *“procedimiento”*: todo jurista sabe cuándo hay uno. Desde la Facultad aprendimos que aquél es la secuencia de actos de trámite que conducen a una resolución final. Y estábamos acostumbrados, en una regulación íntegra, a que la ley nos desgranara las diversas fases que lo componen, incluyendo los órganos competentes para iniciarlo, instruirlo y resolverlo, así como los eventuales recursos que cabían contra el acto definitivo. Ahora nadie puede confiar siquiera en encontrar su total regulación en la ley que dice regularlos (LPAC): hay que acometer asimismo una tarea de *“expurgo”*, añadiendo a la búsqueda también la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), para tener una visión completa del mismo.

Véase, como ejemplo paradigmático, el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Quien esté en la confianza de que la LPAC le proporcionará una regulación completa del mismo, abandone cuanto antes esa vana ilusión. Ni siquiera encontrará

responde al criterio tradicional del ordenamiento jurídico-administrativo español», y *que el sistema de dos leyes separadas supone* «una quiebra del esquema hasta ahora seguido en el derecho administrativo positivo español, generando una fractura del tratamiento sistemático que tradicionalmente han recibido el régimen de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas y la regulación del procedimiento administrativo.

Tal ruptura, lejos de servir al fin de clarificación y simplificación que pretende alcanzarse, introduce una notable confusión en el ordenamiento, planteando una serie de inconvenientes que evidencian la rigidez del esquema seguido y su insuficiencia para lograr una adecuada regulación de tales materias». *Así, entre otras disfunciones, el legislador ha separado y dividido el tratamiento de temas que requerían una consideración unitaria, así la responsabilidad patrimonial de la Administración, el régimen sancionador o la Administración electrónica”.*

en la LPAC el procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, regulado en el art. 36 LRJSP, porque, al parecer, nuestro caprichoso legislador ha decidido que se trata de actos de pura repercusión *`ad intra`*, criterio con el que quizá no coincidieran los familiares dependientes económicamente del funcionario encausado al que la Administración reclama una indemnización millonaria que les puede abocar a la indigencia.

Tampoco es mucho mejor la explicación que ofrece la Exposición de motivos de la LPAC, en cuyo apartado I, párrafo 4º, imputa los defectos que tradicionalmente se han venido atribuyendo a las AAPP a causas de las que no es ajeno el ordenamiento vigente, *"...puesto que el marco normativo en el que se ha desenvuelto la actuación pública ha propiciado la aparición de duplicidades..."*. Y para solucionarlo, el legislador ofrece dos leyes en el párrafo siguiente, en manifiesta incoherencia con sus propios principios de buena regulación contenidos en el art. 129 LPAC, que literalmente exige de la iniciativa legislativa, ajustarse a los principios de *"...necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia..."*.

Una segunda crítica que merece, a mi juicio, la LPAC, es la interpretación extensiva que se hace en ella de la competencia estatal derivada del artículo 149.1.18ª CE sobre *"bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas..."* y sobre el propio concepto de *"... procedimiento administrativo común..."*. No es esta una cuestión ciertamente novedosa, pues ya hace tiempo que el legislador estatal viene atribuyéndose por esta vía, con la aquiescencia cómplice del Tribunal Constitucional, potestades legislativas que, en algún caso, invaden palmariamente competencias propias autonómicas⁶⁸.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, la redacción del art. 17 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, dada por el apartado Uno del artículo 30 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización

del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (en lo sucesivo, LRSP). En este artículo se exige como contenido obligatorio de las bases reguladoras de concesión de subvenciones la indicación de los *“Requisitos que deberán reunir los beneficiarios para la obtención de la subvención y, en su caso, los miembros de las entidades contempladas en el apartado 2 y segundo párrafo del apartado 3 del artículo 11 de esta Ley; diario oficial en el que se publicará el extracto de la convocatoria, por conducto de la BDNS, una vez que se haya presentado ante ésta el texto de la convocatoria y la información requerida para su publicación; y forma y plazo en que deben presentarse las solicitudes”*.

Ahora bien, esta mención obligada a nivel normativo, se convierte en la pretensión de imponer un concreto sistema de gestión a las Comunidades Autónomas del que pretende inferirse, incluso, la anulabilidad del acto administrativo de la convocatoria cuando, en el artículo 20.8 a) LGS, redactado según el apartado Tres del artículo 30 LRSP, se establece:

“... 8. En aplicación de los principios recogidos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la BDNS operará como sistema nacional de publicidad de las subvenciones. A tales efectos, y para garantizar el derecho de los ciudadanos a conocer todas las subvenciones convocadas en cada momento y para contribuir a los principios de publicidad y transparencia, la Intervención General de la Administración del Estado publicará en su página web los siguientes contenidos:

a) las convocatorias de subvenciones; a tales efectos, en todas las convocatorias sujetas a esta Ley, las administraciones concedentes comunicarán a la Base de Datos Nacional de Subvenciones el texto de la convocatoria y la información requerida por la Base de Datos. La BDNS dará traslado al diario oficial correspondiente del extracto de la convocatoria, para su publicación, que tendrá carácter gratuito. La convocatoria de una subvención sin seguir el procedimiento indicado será causa de anulabilidad de la convocatoria”.

Naturalmente, la reacción de inconstitucionalidad contra este precepto no ha tardado en producirse y el Pleno del Tribunal Constitucional, por

En la dicotomía “*procedimiento común*” y “*procedimientos especiales*”, cada reforma legal estrecha cada vez más el ámbito de estos últimos, hasta conseguir difuminar la diferencia que originalmente pudiera haber existido. El art. 1.1 LPAC incluye ya expresamente, íntegramente dentro de la primera categoría, al procedimiento sancionador. Un procedimiento que, en el régimen de la Ley 30/1992 y su Real Decreto 1398/1993 de desarrollo – ambos derogados por el número dos de la Disposición Derogatoria única, letras a) y e) LPAC – era mucho más respetuoso, en mi opinión, con el ejercicio de las competencias autonómicas, en la medida en que los artículos 134 a 138 de la Ley 30/1992 se limitaban a establecer principios generales de aquél y que el singular procedimiento sancionador regulado en el RD 1398/1993 quedaba circunscrito en su aplicación por las CCAA “...*respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena*”⁶⁹, posición ésta más coherente con el carácter adjetivo que presenta dicho procedimiento. Desarrollaré más adelante, sin embargo, esta misma idea.

Pero, en cualquier caso, no es objeto de este artículo una crítica general de la LPAD, sino el estudio pormenorizado de los problemas interpretativos que origina el capítulo VI del Título IV, compuesto exclusivamente de un artículo, el 96, donde se regula, con pretensión de exhaustividad y general aplicación, la denominada “*Tramitación simplificada del procedimiento administrativo común*” que, lógicamente, se ha de extender a

Providencia de 7 julio 2015, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 3447/2015, interpuesto por el Gobierno de Cataluña contra la LRSP, en todos aquellos preceptos que configuran la BDNS como sistema impuesto a las Comunidades Autónomas para la gestión de sus respectivas convocatorias.

⁶⁹ Art. 1.1 b) del RD 1398/1993, de 4 de agosto.



estos nuevos apéndices del mismo, es decir, a los procedimientos de responsabilidad patrimonial y a los procedimientos sancionadores. Pues bien, la redacción del precepto adolece de tal imprecisión, que son muchos más los problemas interpretativos suscitados que las soluciones que, a mi juicio, aporta esta pretendida simplificación del procedimiento administrativo común.

2.- LA TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.

A) GENERALIDADES: LA VOCACIÓN EXTENSIVA DEL CONCEPTO DE “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN”.

No es casual, ciertamente, que el legislador aluda a *“tramitación simplificada del procedimiento administrativo común”*⁷⁰ y no, como en las normas sectoriales anteriores, al *“Procedimiento simplificado”* (en el caso del ejercicio de la potestad sancionadora)⁷¹ o al *“Procedimiento abreviado”* (del que se hablaba en el ámbito de la responsabilidad patrimonial)⁷². Se quiere significar así que el legislador estatal no se mueve un ápice de la competencia sobre el procedimiento administrativo común, matiz que no dejaban tan claro las anteriores denominaciones y con el que, en principio, se puede estar de acuerdo.

⁷⁰ Lo hace en dos líneas inmediatas sin variar siquiera la fórmula, manifestando así una cierta pobreza de técnica normativa: en los títulos del capítulo y de su único artículo.

⁷¹ Capítulo V del derogado RD 1398/1993, de 4 de agosto.

⁷² Capítulo III, del derogado RD 429/1993, de 26 de marzo.

Lo que ya no parece tan admisible es la extensión que ha dado el Tribunal Constitucional a la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común. Cuando en estricta lógica “*procedimiento común*” sólo debería oponerse a “*procedimiento especial*”, el Alto Tribunal, sin embargo, introduce una especie de “*tertium genus*” (la regulación abstracta “*ratione materiae*” de procedimientos administrativos). Y así, en la STC 130/2013, de 4 de junio, en respuesta a la representación procesal del Gobierno de Aragón, que se oponía a la posibilidad de que el Estado pudiera dictar normas vinculantes para la Comunidad Autónoma en materia de procedimiento subvencional, con el contundente argumento de que las subvenciones no son siempre de su competencia⁷³, afirma en su FJº. 8º:

*“...Esta argumentación no puede, sin embargo, compartirse. Ante todo, es preciso aclarar que, en principio y como regla general, los procedimientos administrativos especiales, **ratione materiae** siguen, efectivamente, el régimen de distribución competencial existente en cada materia o sector, de tal forma que si las CCAA cuentan con competencias normativas en la materia podrán abordar su regulación en el marco de la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común. Ello, no obstante, cabe señalar que este Tribunal ha admitido que, en virtud del art. 149.1.18ª CE, el Estado establezca normas comunes de procedimiento específicas **ratione materiae**, como por ejemplo, el procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos (STC 61/1997, FJ 25 c), lo que indica que la competencia del Estado en*

⁷³ Hay que recordar en este punto que el art. 79 de la LO 5/2007, de 20 de abril, del Estatuto de Autonomía de Aragón, reconoce la competencia para otorgar subvenciones a la Comunidad Autónoma en el ejercicio de la actividad de fomento a cargo de fondos propios, en consonancia con lo que ya había apuntado la STC 13/1992. En estos casos, la Comunidad Autónoma aspiraba asimismo a regular las especialidades del procedimiento.



materia de procedimiento administrativo común no se detiene, única y exclusivamente, en la regulación de la institución desde una perspectiva meramente abstracta y desvinculada de los procedimientos especiales”.

Con independencia de la crítica que merece el hecho de que el Alto Tribunal utilice una sentencia suya cambiándole la argumentación originaria⁷⁴, a partir de la STC 130/2013 hemos de admitir, pues, que la competencia estatal del art. 149.1.18ª CE ampara dos tipos de normas procedimentales:

a) Las del procedimiento administrativo común y, consiguientemente, sin salir del mismo, las que regulan su tramitación ordinaria y simplificada.

b) Las normas comunes de procedimientos específicos *“ratione materiae”* formuladas desde una perspectiva abstracta.

Las Comunidades Autónomas, por consiguiente, deberán moverse en el estrecho corsé de unas y otras normas para regular las especialidades procedimentales *“ratione materiae”* derivadas de su organización propia, lo que les deja, en la práctica, escaso margen de actuación.

⁷⁴ La cita de esta sentencia, como explica el voto particular de Luis Ortega Álvarez, en ningún momento apoya que pueda existir una regulación abstracta *“ratione materiae”* de los procedimientos administrativos especiales, pues en ella la cuestión debatida fue si el Estado tenía o no competencia para el establecimiento de un trámite de información pública a la AGE y a los EELL en relación con determinados planes urbanísticos. Y lo que allí se concluyó es que el art. 149.1.18ª CE amparaba normas *“...entre las que se incluyen aquellas garantías o derechos procedimentales que hayan de respetarse para la formulación de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos”*. En ningún caso, por tanto, el argumento era que se trataba de una previsión específica *“ratione materiae”*.

A mi juicio, sin embargo, la extensión de las reglas abstractas que corresponden al Estado, en los casos de la letra "b" anterior, debería estar limitada a trámites concretos, imprescindibles para asegurar la identidad de trato de los ciudadanos ante todas las Administraciones Públicas españolas. En ningún caso creo que, sobre esta base, puedan justificarse desarrollos pormenorizados de procedimientos administrativos, como ha ocurrido ya con las subvenciones públicas o el mismo procedimiento administrativo sancionador, que la LPAC ha integrado plenamente, y con total desfachatez, en la categoría del procedimiento común.

B) PRESUPUESTO DE HECHO DE LA TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA.

El art. 96.1 LPAC establece que:

"Cuando razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen, las Administraciones Públicas podrán acordar, de oficio o a solicitud del interesado, la tramitación simplificada del procedimiento".

Hay que observar, en primer lugar, la marcada indeterminación con que se configura el presupuesto de hecho que permite acordar la tramitación simplificada del procedimiento. Deberá entenderse, sin embargo, que en el caso de los procedimientos de responsabilidad patrimonial y sancionadores, tal indeterminación aparece sustituida por las más específicas causas de los apartados 4 y 5 del artículo, conforme a los cuales:

"... 4. En el caso de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, si una vez iniciado el procedimiento administrativo el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización,



podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento simplificado.

5. En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora, se podrá adoptar la tramitación simplificada del procedimiento cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que, de acuerdo con lo previsto en su normativa reguladora, existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve...".

De esta forma, por mucho que razones de interés público lo aconsejen, o aunque se aprecie la falta de complejidad del procedimiento, no podrá acordarse la tramitación simplificada del procedimiento sancionador si, además, no existen elementos suficientes para calificar la infracción como leve. Y lo mismo hay que decir en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, en el que *"lex specialis derogat legi generali"* y, por tanto, será imprescindible la evidencia respecto de la causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la indemnización.

Obsérvese, sin embargo, la incongruencia que supone dictar un acuerdo de tramitación simplificada que necesariamente deba fundamentarse en estas causas generales o especiales y que, sin embargo, tales acuerdos no estén expresamente incluidos dentro de los susceptibles de motivación del art. 35.1 LPAC, cuando sí lo están, por ejemplo, los *"acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia, de ampliación de plazos y de realización de actuaciones complementarias"*⁷⁵.

⁷⁵ Art. 35.1 e). Es cierto que, en todo caso, podrían entenderse incluidos en la letra i) del mismo precepto en cuanto actos que deben serlo por una disposición legal expresa. Pero parece que esta previsión tiene su sentido para dar acogida a los que actos que deban motivarse en virtud de otras normas y que, por tanto, el legislador de la LPAC debiera haber

Por otra parte, desde una perspectiva más general, no está tampoco claro que el presupuesto de hecho que configura el legislador para la tramitación simplificada sea realmente una disyuntiva en la práctica y que, por tanto, baste que concurra uno de los supuestos – como se deduce de la conjunción “o” utilizada – para que el órgano competente pueda acordar la tramitación simplificada. En efecto, las *“razones de interés público”* parecen de naturaleza objetiva, mientras que la *“ausencia de complejidad del procedimiento”* remite más bien a percepciones subjetivas del órgano que tramita, susceptibles de revelarse erróneas y que, por tanto, deberían pasar siempre la criba del citado interés público, resolviéndose en beneficio de éste los eventuales casos de contradicción.

Me planteo, por ejemplo, el siguiente supuesto: dado que el plazo para resolver el procedimiento de tramitación simplificada es ciertamente breve (30 días, desde que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación, según el art. 96.6 LPAC), es perfectamente posible que, cuando se ponga de manifiesto la escasa complejidad del procedimiento, el interés público aconseje continuar con su tramitación ordinaria, sobre todo en los procedimientos de oficio en que podría operar la caducidad, o en los iniciados a instancia de parte en que se generase el silencio estimatorio, conforme a los arts. 24 y 25 LPAC.

No parece darse, sin embargo, la misma exigencia de presupuesto fáctico alguno para convertir la tramitación simplificada en ordinaria, puesto que el apartado primero del art. 96.1 LPAC, en su párrafo segundo, dispone que: *“En cualquier momento del procedimiento anterior a su resolución, el órgano competente para su tramitación podrá acordar continuar con arreglo a la*

sido exhaustivo, por lo menos, con los supuestos de motivación previstos en la propia ley.



*tramitación ordinaria*⁷⁶. Pero resulta criticable que, si en su momento, concurrió un interés público que aconsejó comenzar la tramitación del procedimiento como simplificado – o si en el curso de la instrucción, el procedimiento que parecía sencillo se revela como más complejo – la simple voluntad del órgano de tramitación pueda convertirlo en ordinario, sin motivar la desaparición de las causas que aconsejaron dicha tramitación simplificada.

C) LA DECISIÓN DE CONVERTIR EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN SIMPLIFICADO.

En el caso de los procedimientos de oficio, el art. 96.2 LPAC dispone:

“Cuando la Administración acuerde de oficio la tramitación simplificada del procedimiento deberá notificarlo a los interesados. Si alguno de ellos manifestara su oposición expresa, la Administración deberá seguir la tramitación ordinaria”.

Por su parte, los propios interesados pueden solicitar la tramitación simplificada del procedimiento. En este caso, el art. 96.3 LPAC establece que *“Si el órgano competente para la tramitación aprecia que no concurre alguna de las razones previstas en el apartado 1, podrá desestimar dicha solicitud, en el plazo de cinco días desde su presentación, sin que exista posibilidad de recurso por parte del interesado. Transcurrido el mencionado plazo de cinco días se entenderá desestimada la solicitud”.*

⁷⁶ Me parece indudable que, si el legislador hubiera querido exigir la misma motivación en el acuerdo de conversión del procedimiento simplificado en ordinario, habría utilizado una fórmula que engarzara este párrafo con el anterior (diciendo, por ejemplo: “Desaparecidos las causas previstas en el párrafo anterior...”).

Obsérvese que, mientras la posibilidad de oponerse a la tramitación simplificada por parte de la Administración, cuando la piden los interesados, está perfectamente enmarcada temporalmente, no existe ese mismo límite temporal en el caso de la oposición de los particulares en la tramitación simplificada acordada de oficio, con lo que, en teoría, pende en todo momento de la tramitación simplificada la *"espada de Damocles"* del veto de los interesados, lo que resulta de todo punto ilógico.

La única solución que se me ocurre para evitar esta negativa consecuencia es la aplicación del art. 73.1 LPAC, según el cual: *"Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir del siguiente al de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto"*. Entendiendo, por tanto, que la oposición a la tramitación simplificada podría caer dentro de esos "trámites que deben ser cumplimentados por el interesado", habría que tener la precaución de notificarle el acuerdo de oficio de tramitación simplificada con esa expresa advertencia para limitar en el tiempo los efectos de su negativa.

Esta posibilidad, sin embargo, presenta todavía el inconveniente de que la tramitación simplificada habría de estar detenida durante un tercio del plazo de duración del procedimiento – que como es sabido es de treinta días –, lo que constituiría un auténtico obstáculo para la resolución en plazo en la mayor parte de las ocasiones. Por ello creo que, con la comunicación anterior, debiera aplicarse adicionalmente el supuesto de suspensión del plazo para resolver previsto en el art. 22.1 a) LPAC, entendiéndose que se trata de un requerimiento al interesado para que este aporte un elemento de juicio necesario para posibilitar la misma tramitación simplificada del procedimiento (su no oposición a la misma). Y, por supuesto, debería comunicarse también esta circunstancia.



Por otra parte, decir que es la propia Administración la que acuerda la tramitación simplificada del procedimiento, de oficio o a instancia de los propios interesados, exige en la mayor parte de los casos que el procedimiento ya esté iniciado. Es decir, no cabe "solicitud" de los interesados sobre la tramitación simplificada de un futuro procedimiento que sólo la Administración puede abrir de oficio; ni tampoco solicitudes de tramitación simplificada anteriores a la propia solicitud del interesado de apertura del procedimiento a instancia de parte. En este último caso, como mínimo será en la propia solicitud de apertura donde el interesado podría instar su tramitación simplificada (pudiendo hacerlo también posteriormente). Pero necesariamente pasará algún tiempo desde que se formule la petición hasta que se acepte por la Administración la tramitación simplificada y, hasta entonces, el procedimiento se tramitaría ordinariamente.

Igualmente en la tramitación simplificada acordada de oficio el procedimiento parece que debe comenzar también como ordinario pues, aunque la Administración decidiera utilizar el propio acto de inicio para acordar la tramitación simplificada, subyace en todos los procedimientos distintos a los sancionadores, la posibilidad de oposición de los interesados y, en este caso, el efecto es que *"...la Administración deberá seguir la tramitación ordinaria..."*. Esta alusión a *"seguir"* manifiesta a mi juicio claramente que, a pesar del acuerdo de tramitación simplificada, el procedimiento se inicia con tramitación ordinaria, pues, de lo contrario, no podría decirse con propiedad que "sigue" algo que nunca "comenzó". Reconozco, sin embargo, que no es ésta una opinión pacífica⁷⁷.

Si se acepta esta afirmación, la consecuencia sería que, generalmente, el inicio del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, lo será en su modalidad de tramitación ordinaria, a pesar

⁷⁷ GONZÁLEZ RÍOS, I en GAMERO CASADO E, (Coord): *"Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público"*. Tomo II. Pág. 1548. Tirant lo Blanch, 2017.

de que esta aclaración sólo se haga de forma literal en el art. 96.4 LPAC cuando, especificando las reglas que rigen la tramitación simplificada de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, se afirma expresamente que ésta podrá tener lugar *"...si una vez iniciado el procedimiento administrativo el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad..."*.

También se infiere de ello la incongruencia del legislador cuando más adelante, en el art. 96.6 LPAC, configura como trámite del procedimiento simplificado en su letra a) el *"Inicio del procedimiento de oficio o a solicitud del interesado"*. Pues bien, con la reflexión que acabamos de hacer, el inicio del procedimiento a solicitud del interesado siempre será un trámite ordinario, al igual que en aquellos de oficio en que quepa oposición. Cuestión distinta es que, con su tramitación simplificada, este hito pase a convalidarse en la nueva modalidad de tramitación.

Esta precisión explicaría asimismo, en mi opinión, que el plazo para resolver el procedimiento de tramitación simplificada sea de treinta días, computados *"...desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación"*, a diferencia de las reglas generales de cómputo previstas en el art. 21.3, letras a) y b) LPAC que, en los procedimientos de oficio, toma como *"dies a quo"* la fecha del acuerdo de iniciación, y en los procedimientos a instancia de parte, la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u organismo competente para su tramitación. Tampoco se entendería la precisión inicial del art. 96.6 LPAC de que dicho plazo máximo debe dejar a salvo el hecho de que *"...reste menos para su tramitación ordinaria..."*, pues no habiendo un momento concreto

para convertir el procedimiento ordinario en simplificado⁷⁸, lo que no cabe es que, por esta vía de conversión, se acaben burlando los plazos máximos previstos para el primero.

D) LA SOLICITUD DE TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA Y EL ACUERDO DE OFICIO. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE RELACIÓN.

Una vez iniciado el procedimiento de forma ordinaria, cabría que los interesados solicitaran en cualquier momento posterior su tramitación simplificada. Y ello, tanto en el supuesto de que el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, como si lo hizo a instancia de parte y en la solicitud de inicio no se incluyó esta petición.

Recordemos de nuevo que la solución del art. 96.3 LPAC en estos casos es que la Administración ha de pronunciarse sobre la solicitud en el plazo de cinco días desde su presentación. Que de no haber pronunciamiento expreso la solicitud se entiende desestimada. Y, en fin, que no existe posibilidad de recurso por el interesado a la desestimación, previsión ésta que es perfectamente comprensible, pues tal decisión tiene la naturaleza de *“acto de trámite”*, que por un lado permite la continuación del procedimiento como ordinario y, por otra parte, nunca puede causar indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, al ser ésta la modalidad más garantista. Nunca se darían, pues, los presupuestos que el art. 112.1 LPAC exige para la impugnación de los actos de trámite.

No obstante, podría plantearse, cuando la Administración desestima expresa o presuntamente la solicitud de tramitación

⁷⁸ Aunque no cabe imaginar otro momento que el de la conversión del procedimiento simplificado en ordinario que, según el párrafo 2º del art. 96.1 LPAC, puede ser cualquier momento anterior a la resolución.

simplificada del procedimiento efectuada por el particular, si puede acordar de oficio esa misma tramitación con posterioridad.

En la LPAC no hay nada que se oponga a ello. Debemos recordar al respecto que, con carácter general, la decisión de oficio de tramitar simplificada se sustenta en la regla general prevista en el art. 96.2 LPAC, según el cual será necesario notificarlo a los interesados, quienes pueden manifestar su oposición expresa con efectos vinculantes para la Administración. Por tanto, en estos supuestos, aunque la decisión administrativa sea contradictoria con su actuación precedente, la falta de oposición de los interesados inhabilitará a éstos para cuestionar más adelante esta decisión y, por tanto, no prosperarían los recursos contra la resolución final del procedimiento sustentadas en esta sola causa.

En cuanto a los procedimientos de naturaleza sancionatoria donde, de forma expresa, el art. 96.5 LPAC desactiva el efecto de la oposición por parte de los interesados no parece siquiera que pueda suscitarse esta cuestión. La adopción del acuerdo de tramitación simplificada en los mismos se deja a la exclusiva decisión administrativa y no cabe razonablemente solicitud de particulares. En el epígrafe siguiente detallaremos, sin embargo, otros problemas específicos que se derivan de la singularidad de los procedimientos sancionadores.

E) EL ACUERDO DE TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES.

Como venimos diciendo, el art. 96.5 LPAC permite a la Administración acordar de oficio la tramitación simplificada del procedimiento sancionador en los siguientes términos:



“En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora, se podrá adoptar la tramitación simplificada del procedimiento cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que, de acuerdo con lo previsto en su normativa reguladora, existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, sin que quepa la oposición expresa por parte del interesado prevista en el apartado 2”.

En primer lugar, habría que dilucidar si la remisión de la excepción que el artículo hace al apartado 2 del art. 96 LPAC hay que entenderla referida exclusivamente al consentimiento expreso o también a la necesidad de notificar el acuerdo de tramitación simplificada a los interesados. La dicción literal aconseja, a mi juicio, interpretarlo restrictivamente, excluyendo sólo la posibilidad de oposición de los interesados y, por tanto, entendiendo que en estos casos también la Administración deberá notificar el acuerdo de tramitación a aquéllos, lo que por otra parte es lógico si se tiene en cuenta que, conforme al apartado 6 del artículo 96 LPAC, la notificación a los interesados constituye el *“dies a quo”* desde el que se computa el plazo para resolver.

No obstante es criticable la expresión de que no cabe *“...la oposición expresa por parte del interesado prevista en el apartado 2”*. Obviamente no se trata de impedir que, en sus alegaciones, el interesado se oponga a esta decisión administrativa, sino a privar a dicha oposición del carácter vinculante que la misma pudiera tener para la Administración en la generalidad de los procedimientos de oficio.

Esta cuestión enlaza directamente con otra pregunta de mayor calado doctrinal acerca de quiénes han de ser considerados *“interesados”* en el procedimiento sancionador. La LPAC, al igual que su antecedente, el RD 1398/1993, sólo resuelve parcialmente esta cuestión, mediante una delimitación positiva y otra negativa.

1.- La delimitación positiva se recoge en el art. 64.1, párrafo 1º, "in fine" LPAC, respecto del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, cuando se exige su notificación a los interesados, "...entendiendo en todo caso por tal al inculpado". No hay duda, por tanto, de que aquellos contra los que se dirige el procedimiento sancionador tienen esta condición.

2.- La delimitación negativa se contiene en el art. 62.5 LPAC, según el cual *"La presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento"*.

Entre esa delimitación positiva y negativa, existe una importante zona de penumbra, en la que hay que acudir a la jurisprudencia que, valorando caso por caso, se pronuncia o no por la condición de interesado del denunciante, en función de las circunstancias y la materia que se sustancia. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla-La Mancha de 4 de abril de 2005 (Ar: 224/2005) afirma que: *"El denunciante no tiene, por el hecho de serlo, la condición de interesado, a no ser que a través del expediente sancionador pueda obtener una ventaja propia distinta de la mera satisfacción de ver sancionado al infractor, y ello aun cuando la infracción pueda haberle afectado o perjudicado"*.

Pero hay que tener en cuenta asimismo que la condición de interesado ni siquiera presupone la de denunciante, sino que aquélla se define por la relación del sujeto con el objeto del procedimiento sancionador, cuya finalidad no es exclusivamente la imposición de una sanción pecuniaria sino el restablecimiento de la legalidad vulnerada y, en su caso, el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios. En esos términos hay que interpretar la STS de 26 de junio de 2007 donde se advierte que *"...En el derecho de la competencia con frecuencia habrá un 'interés competitivo'... que no está presente en otros ámbitos materiales y que puede propiciar aquí una más amplia legitimación..."*, de modo que la imposición de la sanción *"...pueda*



resultar beneficiosa para los intereses de otra entidad competidora...".

Pese a que la sentencia citada liga la condición de interesado al hecho de que imponer la sanción pueda resultar beneficiosa para otros competidores, creo que, en puridad, el beneficio que convierte a los terceros en interesados no se deriva estrictamente de la imposición de la sanción (que es un mal exclusivo para el sancionado), sino más bien del restablecimiento de la legalidad vulnerada que, en este caso, podría ser la orden de cese de la actividad anticompetitiva. Esta última carece de cualquier naturaleza sancionadora.

La precisión me parece importante porque si admitimos que, conforme al art. 96.5 LPAC, para tramitar simplificada un procedimiento sancionador la Administración sólo ha de valorar la existencia de elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, sin que afecte a ello la oposición de los posibles interesados, este simple presupuesto de hecho, suficiente para la conversión del procedimiento en simplificado, puede suscitar una cierta indefensión en esos terceros – interesados no estrictamente en la sanción que vaya a imponerse – sino en las consecuencias accesorias derivadas de la sanción, que pueden ser incluso más complejas que el procedimiento sancionador mismo (piénsese, por ejemplo, en la determinación del importe de unas responsabilidades civiles) y, en todo caso, difíciles de dilucidar en los breves treinta días de un procedimiento simplificado, que ni siquiera contempla la apertura de un periodo de prueba.

F) EL ACUERDO DE TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El art. 96.4 LPAC dispone:

“En el caso de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, si una vez iniciado el procedimiento administrativo el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento simplificado”.

Literalmente, la tramitación simplificada está reducida a los procedimientos de responsabilidad de las Administraciones Públicas. Este argumento aparece reforzado además con la necesidad de comprobar, como presupuesto de hecho que legitima la adopción del acuerdo de tramitación simplificada, *“...la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión...”*.

Sin embargo, de la lectura del capítulo IV, Título Preliminar LRJSP y, particularmente, del artículo 32 LRJSP, incluido también en la rúbrica *“De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”*, se infiere claramente que no todos los supuestos de responsabilidad allí previstos se generan a consecuencia de una actividad estrictamente administrativa. De hecho, si la expresión *“servicio público”* ha de interpretarse en sentido técnico, no pueden caber en este supuesto ni la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, ni la derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ni, en fin, la que puede exigirse por el funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o las cuestiones de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

Pero también estos supuestos de responsabilidad se traducen en un deber de indemnizar a cargo de la Administración. Son procedimientos, pues, en los que técnicamente se da una disociación entre el poder a quien se imputa el daño y el que debe afrontar la indemnización. La pregunta, por tanto, de si también

en ellos es posible acordar la tramitación simplificada del procedimiento debe contestarse afirmativamente, pero no por ello la decisión va a dejar de depender de las circunstancias concretas, porque en algunos casos de responsabilidad del estado legislador habrá un mayor automatismo para evidenciar estos requisitos que en otros.

Así en el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión sufrida por aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria que aquéllos no tengan el deber jurídico de soportar, la previsión de que la indemnización se haga *"...cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen"*⁷⁹, parece simplificar mucho la tarea del órgano que tramita el procedimiento. No ocurrirá lo mismo, sin embargo, en los casos en que el acto legislativo no expropiatorio guarde silencio al respecto⁸⁰.

⁷⁹ Supuesto previsto en el art. 32.3 LRJSP.

⁸⁰ Este supuesto, sobre el que la LPAC no se pronuncia, también debe dar lugar a indemnización, de cumplirse los requisitos generales. La STS de 17 de febrero de 1998, se planteó precisamente qué tratamiento había de darse a los supuestos de actos legislativos de naturaleza expropiatoria que, provocando sacrificio de intereses particulares legítimos, no hubieran contemplado expresamente el deber de indemnizar. El argumento que llevó al Tribunal Supremo a elevar la correspondiente cuestión al TC era que un acto legislativo de este tipo había de ser inconstitucional, por violación del art. 33.3 CE, que impone el deber de indemnizar en esos supuestos.

La STC 28/1997, de 13 de febrero que resolvió la anterior cuestión señaló que el silencio de una ley sobre la indemnización expropiatoria *"No puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que este extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general,*

De la misma forma, cuando la responsabilidad se impute al Tribunal Constitucional por la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de constitucionalidad, no parece difícil apreciar la relación de causalidad entre el funcionamiento del mismo y el daño, en tanto que, conforme al art. 32.8 LRJSP, será necesaria una declaración de reconocimiento al respecto, expresamente formulada por el Tribunal Constitucional a instancia de parte interesada⁸¹. Pero lo que no será tan claro, probablemente, es el importe de la indemnización procedente que ha de acordar el

resulten perjudicados en sus bienes y derechos". Nada, pues, ha cambiado de esta doctrina.

⁸¹ La SAN de 8 julio 2008 y la STS de 26 noviembre 2009 constituyen el fundamento de esta responsabilidad. Estos pronunciamientos estimaron que, aun en ausencia de regulación legal expresa, el art. 9.3 CE al consagrar el principio de responsabilidad de los poderes públicos, es base suficiente para que se puedan plantear al Estado reclamaciones por daños y perjuicios sufridos por acciones u omisiones del Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción. Concretamente, en los casos enjuiciados se trató de reclamaciones por dilaciones indebidas de dicho tribunal en la tramitación de recursos de amparo.

Como consecuencia de estas sentencias, el legislador ordinario se apresuró a colmar el vacío legal en la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado por actuaciones del Tribunal Constitucional. Así, el artículo noveno de la Ley 13/2009, de 3 noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial modificó la hoy derogada Ley 30/1992, añadiendo un apartado 5 al art. 139, del que trae causa la actual regulación que ahora se contiene en el art. 32.8 LRJSP. Lo que no deja de ser paradójico, pues ese funcionamiento anormal sobre el que se ha de pronunciar el Tribunal Constitucional es su propio funcionamiento, ya que la tramitación de los recursos de amparo y de las cuestiones de inconstitucionalidad le corresponde a él en exclusiva.

Consejo de Ministros, en procedimiento tramitado por el Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado.

En definitiva, sin negar en los casos de responsabilidad no estrictamente administrativa la posibilidad de acordar la tramitación simplificada al órgano administrativo que tramita, lo deseable hubiera sido una mayor precisión técnica del legislador a la hora de configurar los presupuestos de hecho, eludiendo hablar de "*funcionamiento del servicio público*", cuando muchas veces no hay actividad de servicio público en sentido técnico.

El art. 96.4 LPAC plantea otra duda sobre si la oposición del interesado, en caso de que la tramitación simplificada se acuerde de oficio, impide a la administración seguir esta vía. Parece que, si en el apartado 5, respecto de los procedimientos sancionadores, el legislador se ha visto obligado a excepcionar el valor jurídico de la oposición de los interesados, "*sensu contrario*" al no hacerlo así en los procedimientos de responsabilidad patrimonial acordados de oficio, sería necesario tramitarlos como ordinarios en caso de oposición por aquéllos. Podría darse incluso la paradoja de que el interesado se opusiera a la tramitación simplificada que él mismo solicitó anteriormente al iniciar el procedimiento y a la que la Administración no contestó en el plazo de cinco días que le concede el art. 96.3 LPAC. Y en esta última eventualidad es donde particularmente resulta incongruente la regla de la oposición.

Tampoco se alcanza muy bien a comprender el interés que tenga el interesado en alargar su procedimiento oponiéndose a la tramitación simplificada, obligando a la administración a que el procedimiento continúe como ordinario⁸², salvo que, ante la eventualidad de que la administración le quiera despachar con una indemnización simbólica, desee probar pormenorizadamente los auténticos daños que se le han causado.

⁸² En el mismo sentido, GONZÁLEZ RÍOS, I: "*Op. Cit.*". Pág. 1550.

G) LOS TRÁMITES DEL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO.

El art. 96.6 LPAC señala que los procedimientos administrativos de tramitación simplificada *“...constarán únicamente de los siguientes trámites:...”*. Para citar a continuación una serie de ellos.

Estos trámites, por tanto, son imprescindibles para mantener la *“tramitación simplificada”* hasta el punto de que, la introducción de otros no previstos en ese artículo, provoca el efecto establecido en el art. 96.7 LPAC: *“En el caso que un procedimiento exigiera la realización de un trámite no previsto en el apartado anterior, deberá ser tramitado de manera ordinaria”*.

Lo que quiere afirmar el legislador es que un procedimiento común no se tramita simplificado por el simple hecho de que se reduzcan los plazos generales sobre la tramitación ordinaria. Es necesario que, además, se omitan trámites de ésta. Pero se utiliza para ello tan defectuosa redacción, que cabría cuestionar incluso los conocimientos de la lengua castellana de quien la hizo⁸³. Ni siquiera está claro si el antecedente de la expresión que obliga a tramitar de forma ordinaria es la palabra *“trámite”* – lo que sería ilógico: tramitar en un procedimiento simplificado un trámite no previsto en él y hacerlo de forma ordinaria –, o si lo que se prohíbe más bien es la simplificación de procedimientos en los que existen trámites que no se contemplan en el art. 96.6 LPAC.

Siendo, como parece, esta última la intención del legislador, hay que entender que la posibilidad de tramitación simplificada del procedimiento común puede ser desactivada por cualquier norma

⁸³ En primer lugar, comete un vulgar *“adequeísmo”* por no utilizar la expresión *“En el caso de de que...”*.

autonómica de rango reglamentario que contemple, por ejemplo, un trámite de información pública, un periodo de prueba o cualquier tipo de informe distinto de los allí citados⁸⁴. Pero ello no es óbice para que el legislador estatal regule en abstracto procedimientos simplificados *“ratione materiae”*, como generosamente le consiente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De hecho, en la legislación sectorial, existen frecuentes manifestaciones de ellos⁸⁵.

Pasemos ahora al análisis del resto de trámites previstos en el art. 96.6 LPAC.

G-1: ART. 96.6 d) LPAC.

En la letra “d” se prevé la existencia de un *“Trámite de audiencia cuando la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado”*.

Si se tienen en cuenta la diversa tipología de procedimientos a los que esta norma es potencialmente aplicable, no se me antoja razonable condicionar la posibilidad de prescindir del trámite de audiencia a la circunstancia de que la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado, porque naturalmente no sólo

⁸⁴ GONZÁLEZ RÍOS, I: *“Op. Cit.”*, Pág. 1550, señala incluso la posibilidad de prever la adopción de medidas provisionales, afirmación ésta que me parece más dudosa pues estas medidas podrían ser ya parte del acuerdo de inicio, sin necesidad de incorporar un nuevo trámite. Podría tener razón cuando se decidiera acordarlas en el curso de la tramitación simplificada.

⁸⁵ Por ejemplo, en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, en cuyos arts. 29 a 32 se regula el “Procedimiento de evaluación ambiental estratégica simplificada para la emisión del informe ambiental estratégico”; y en sus arts. 45 a 48 la “Evaluación de impacto ambiental simplificada”.

habrá procedimientos con múltiples interesados sino – lo que es más importante – que no todos deben tener necesariamente el mismo interés en el contenido de la resolución final y, por tanto, lo que para unos es favorable para otros será desfavorable.

Ya hemos aludido antes a la condición de interesado en el procedimiento administrativo sancionador. Las pretensiones del inculpado de que no se le imponga la sanción pueden ser justamente las contrarias a las del resto de posibles interesados en las consecuencias no sancionadoras derivadas de este procedimiento, para quienes el archivo, el sobreseimiento o cualquier otra modalidad de resolución favorable, pueden ser justamente los modos de terminación desfavorables desde su punto de vista, al conllevar la insatisfacción de sus pretensiones resarcitorias o de restablecimiento de la legalidad vulnerada. Ante la innegable realidad de procedimientos con múltiples interesados con aspiraciones dispares, el precepto debería haber contemplado la necesidad del trámite de audiencia en cualquier supuesto en que la resolución fuera desfavorable a los intereses de cualquiera de ellos. En todo caso creo que el silencio de la ley no es excusa para que el órgano competente tenga en cuenta los intereses de todos estos sujetos antes de decidir la tramitación simplificada del procedimiento.

G-2: ART. 96.6 g) LPAC.

En la letra “g”, se prevé como trámite el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos en que sea preceptivo, y se añade que “... Desde que se solicite el Dictamen al Consejo de Estado, u órgano equivalente, hasta que éste sea emitido, se producirá la suspensión automática del plazo para resolver”.

El precepto anterior deja en el aire muchos extremos por resolver. Respecto del plazo máximo de suspensión del procedimiento, interpretada literalmente la expresión “...hasta que sea emitido...”,



implicaría el inaceptable condicionamiento del deber de resolver de la Administración a la exclusiva voluntad de emitir este acto de trámite por el órgano consultivo, incluso superando los plazos máximos de emisión que, por otra parte, son deliberadamente oscuros en el párrafo siguiente, según el cual:

“El órgano competente solicitará la emisión del Dictamen en un plazo tal que permita cumplir el plazo de resolución del procedimiento. El Dictamen podrá ser emitido en el plazo de quince días si así lo solicita el órgano competente”.

Hay que estar, pues, a estos plazos máximos, e interpretar que la denominada “suspensión automática” del plazo para resolver se levanta (parece que, en justa correspondencia, también con idéntico automatismo), cuando se reciba el Dictamen por el órgano competente para solicitarlo – que puede no coincidir, por cierto, con el órgano que tramita el procedimiento simplificado – o, en su defecto, transcurrido el plazo “concedido” por el órgano competente para solicitar la emisión que, a mi juicio, no podrá nunca superar el plazo de tres meses, previsto como periodo de suspensión máxima en el art. 22.1 d) LPAC, referido a los casos en que “... se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración...”. Y, en fin, por lo previsto en este mismo artículo – que considero aplicable en tanto no se ha establecido lo contrario –, tanto la suspensión como su levantamiento deben comunicarse a los interesados, por muy automáticos que sean sus efectos.

Después de exigir que en el expediente remitido al órgano consultivo se incluya una propuesta de resolución, se dispone que: *“... Cuando el Dictamen sea contrario al fondo de la propuesta de resolución, con independencia de que se atienda o no este criterio, el órgano competente para resolver acordará continuar el procedimiento con arreglo a la tramitación ordinaria, lo que se notificará a los interesados. En este caso, se entenderán convalidadas todas las actuaciones que se hubieran realizado*

durante la tramitación simplificada del procedimiento, a excepción del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente”.

Sin estar muy seguro de entender el propósito del legislador en este caso, aventuro mi tesis. Probablemente la discrepancia de fondo del órgano consultivo con la propuesta de resolución es tomada por el legislador como argumento que, automáticamente, deslegitima el presupuesto de hecho donde se sustenta la tramitación simplificada que, según el art. 96.1 LPAC, es la “...*falta de complejidad del procedimiento...*”. El miedo del legislador a la posible anulación posterior de las actuaciones por la desautorización de un órgano administrativo tan cualificado es de tal calibre, que impone la obligación de convertir nuevamente el procedimiento en ordinario.

Lo deduzco así de la continuación del precepto cuando advierte que “...*se entenderán convalidadas todas las actuaciones que se hubieran realizado durante la tramitación simplificada del procedimiento...*”, actitud que me parece rayana en la histeria jurídica, pues parece ponerse la “*venda*” (de la convalidación) antes de producirse la “*herida*” (la resolución administrativa o judicial que anule las actuaciones). Pero es que, además, imponer con carácter básico una regla tan ligada a la pura gestión administrativa, creo que supera exponencialmente el ámbito de las competencias estatales sobre procedimiento administrativo común en que se sustenta la LPAC, pues viene sencillamente a negar al órgano instructor o decisor la capacidad de mantener su posición frente al órgano consultivo; y ello en un momento tan ilógico como en una fase procedimental en la que, habitualmente, sólo quedará por redactar la resolución final.

Lo que definitivamente se me antoja de difícil comprensión es la salvedad final que se hace de las actuaciones susceptibles de ser convalidadas, cuando excluye de este efecto “*sanatorio*” al propio Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente.



La idea de que esto signifique solicitar y emitir un nuevo Dictamen es absolutamente ilógica, pues los antecedentes de fondo del procedimiento no habrían cambiado con la vuelta del mismo a su tramitación ordinaria y el contenido del dictamen sería razonablemente idéntico, con la salvedad de que, probablemente, con la absurda reiteración de este trámite, quedaría dinamitada, en la mayor parte de los casos, la posibilidad de resolver y notificar en el plazo máximo previsto por la ley.

GONZALEZ RÍOS apunta que la interpretación plausible en este caso es que la Administración no “dé por válido” el dictamen contrario al fondo de la propuesta⁸⁶. Pues bien, “no dar por válido” es una expresión de escaso contenido jurídico, porque los actos administrativos serán válidos o no por la concurrencia de circunstancias objetivas que afecten a su eficacia, no por la apreciación subjetiva de la Administración. Y si con ello se quiere significar que la Administración puede ignorar el carácter “deshabilitante” que para el ejercicio de sus potestades administrativas tiene, excepcionalmente, el dictamen desfavorable del órgano consultivo (como ocurre, por ejemplo, en la revisión de oficio de actos nulos, ex art. 106.1 LPAC), la interpretación me parece no sólo arriesgada sino sencillamente contraria a la letra y al espíritu de la propia LPAC.

3.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

De lo hasta aquí expuesto, considero que la redacción del art. 96 LPAC suscita más dudas de las que resuelve, al envolver la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común

⁸⁶ GONZÁLEZ RÍOS, I: “Op. Cit”. Pág. 1549, coincidiendo con la idea de que esto no puede interpretarse como la necesidad de volver a solicitar el dictamen, explica: “...por ello, debe interpretarse esa excepción en el sentido de que la Administración no dará por válido el informe – contrario a la propuesta de resolución – emitido por el Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico”.

en un universo de incógnitas y vicisitudes que, probablemente, llevarán al órgano gestor a eludirlas, no accediendo a acordar la tramitación simplificada en la mayor parte de los casos.

Esta defectuosa técnica normativa que pongo de manifiesto en el presente artículo, a mi juicio no es sólo el resultado – que también – de la alarmante pérdida de calidad de los procedimientos de elaboración de disposiciones generales a la que asistimos en nuestros días, sino que resulta igualmente fruto de una desmesurada ambición del legislador estatal por quererlo regular todo en materia de procedimiento común, dejando a las Comunidades Autónomas un margen puramente simbólico a sus capacidades normativas en la materia.

Naturalmente, la heterogeneidad de procedimientos existentes, ligada a la diversidad de problemas y situaciones que cada uno de ellos suscita, se resiste con denuedo a ser esquematizada en fórmulas tan estrechas y de escasa perspectiva como la del art. 96 LPAC que, por tanto, resultan inadecuadas para lograr el objetivo unificador pretendido por el legislador estatal. Y de esta forma se evidencia la paradoja de que una normativa excesivamente pretenciosa, acaba poniendo en peligro su propia eficacia y aplicación práctica por parte del operador jurídico. Si este proceso no se detiene, llegará la hora en que la principal ocupación del administrativista sea la de conocer qué singular procedimiento permite encauzar ante las Administraciones Públicas españolas una determinada pretensión, cuya satisfacción práctica dependerá, como en el derecho romano arcaico, de la previsión de la *“actio legis”* correspondiente. Pero entonces habrá saltado por los aires el antiformalismo que tradicionalmente se viene predicando del derecho administrativo español.

En nuestro vigente modelo estatal descentralizado, si verdaderamente creemos en el valor intrínseco de la autonomía, no se puede sentir ésta como el principal ataque al principio de unidad de España. Aunque quizá suene estrambótico,

últimamente tengo la impresión de que el legislador estatal dicta sus normas a la defensiva, parapetándose en una *“trinchera antiautonómica”*, en la que todas las Comunidades Autónomas acaban siendo víctimas del *“fuego cruzado”* que originan las veleidades independentistas de algunas de ellas. Y que, en otros casos, se imputa a la capacidad política de estos entes el conjunto de ineficacias que, entre otras causas, nos ha llevado a sufrir la mayor crisis económica de nuestra reciente historia contemporánea.

Ojalá me equivoque en esta última percepción.

BIBLIOGRAFÍA

RODRÍGUEZ-PIÑEIRO BRAVO-FERRER, M: “La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”. Diario La Ley nº 8663. Diciembre, 2015.

MELÓN MUÑOZ, A. (Dir): *“Memento práctico administrativo”*. Lefebvre-El Derecho S.A”. Septiembre 2016. Madrid.

GAMERO CASADO, E (Coord): *“Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico básico del Sector Público”*. Tirant lo Blanch, 2017.

“ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN A LA HACIENDA PÚBLICA”

D^a. Mónica de la Cuerda Martín

Trabajo de Fin de Grado, Julio de 2015.

Dirigido por el Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo.

RESUMEN

El fraude fiscal es uno de los delitos económicos más genuinos, por cuanto con su comisión se afecta de manera directa y trascendente a la Hacienda Pública, y por ende, a toda la política económica nacional.

Su comisión ha crecido de manera exponencial a lo largo de los últimos años, lo que ha provocado que cobre aún más importancia si cabe.

Básicamente, se pueden señalar como principales características de esta figura delictiva las siguientes:

- El bien jurídico protegido es el Erario Público.
- Se precisa de una relación jurídico-tributaria entre la Hacienda Pública y el obligado tributario, lo que implica su consideración como un delito especial propio.
- Posee tres modalidades de comisión, siendo necesario en todas ellas, que la conducta sea constitutiva cuanto menos, de un “engaño”, ya que en caso contrario, como máximo la conducta será constitutiva de un ilícito administrativo. Ello implica que no todo comportamiento omisivo con consecuencias tributarias sea constitutivo de este ilícito.

- Debe causarse un perjuicio patrimonial a la Hacienda Pública en una cuantía superior a 120.000 €, si el mencionado perjuicio patrimonial se sitúa por debajo de éste umbral, volveremos a estar en presencia de una infracción administrativo tributaria.

En base a ello se puede concluir que se trata de una figura delictiva sumamente compleja, cuya apreciación en un procedimiento penal dependerá de múltiples variables.

ABSTRACT

Tax fraud is one of the major and more genuine economic crimes, as far as its commission has a very significant impact on the Treasury and, as a result, on the National Economic Policy as a whole.

Tax offence has increased at exponential rate over the years, putting the problem in the spotlight even more.

Focusing on that type of economic crime, several issues must be pointed out:

- The legal asset under protection is the Treasury.
- A legal taxation relationship between Treasury and taxpayer is compulsory, that involves the need for it to be considered a particular and specific crime.
- There are three typical behaviours leading to such a crime, but in all the three must the taxpayer have the willingness to mislead the Tax Agency, by action or omission.
- The amount of the defrauded quota must exceeds 120.000 euros; if the pecuniary damage is below that treshold, Spanish law does not considers it to be a tax offence, but an administrative tax infraction.

Taking all that into account, we can conclude that the legal concept for tax fraud or tax offence in Spain is an extremely complex type of crime, and its assessment into a criminal trial will depend on a wide range of variables.

PALABRAS CLAVE

Fraude fiscal, defraudación tributaria, Hacienda Pública, relación jurídico-tributaria, cuota defraudada y perjuicio patrimonial

KEYWORDS

Tax fraud, tax offence, Treasury, Tax Agency, taxation system, defrauded quota, pecuniary damage.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1-. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ART. 305 CP

A) Evolución histórica

B) La Hacienda Pública como concreto bien jurídico protegido

a) Tesis funcionales

b) Tesis de orientación patrimonial

III. LA CONDUCTA TÍPICA

1-. DEFRAUDAR COMO ASPECTO NUCLEAR DEL TIPO.

A) La defraudación por omisión

2-. MODALIDADES DE COMISIÓN (ACTIVA U OMISIVA)
DE LA DEFRAUDACIÓN

A) Novedades introducidas en el tipo básico por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y de la seguridad social.

3-. TIPO AGRAVADO.



4-. CONSECUENCIAS JURÍDICAS: ESPECIAL MENCIÓN A LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS EN POR LA LO 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE, EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL

5-. RESULTADO TÍPICO: PERJUICIO PATRIMONIAL

A) *¿Qué entendemos por cuota defraudada?*

B) *Naturaleza jurídica de la cuota defraudada.*

IV. SUJETO ACTIVO DEL DELITO

1-. DELITO COMÚN

2-. DELITO ESPECIAL PROPIO

3-. BREVE MENCIÓN A LA POSICIÓN DEL EXTRANEUS COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO

V. TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE FRAUDE FISCAL

VI. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE REALIZACIÓN

1-. POSICIONES DOCTRINALES RELATIVAS AL MOMENTO DE CONSUMACIÓN DEL ILÍCITO

A) *Posición doctrinal I: La consumación tiene lugar al liquidar la cuota defraudada.*

B) *Posición doctrinal II: Consumación en función del momento en el cual se produce el perjuicio patrimonial*

2-. FORMAS IMPERFECTAS DE REALIZACIÓN.

3-. DELITO CONTINUADO DE FRAUDE FISCAL.

VII. CONCLUSIONES

VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad el fraude fiscal es uno de los ilícitos económicos más importantes, fundamentalmente porque su comisión está a la orden del día, habiendo así crecido la misma de manera exponencial a lo largo de los últimos años.

Probablemente este auge es el que haya provocado que los expertos en la materia viertan ríos de tinta acerca de toda la problemática que rodea al mismo, que no es escasa, ya que se sitúa en un plano donde el derecho administrativo-tributario y el derecho penal entran en conflicto, máxime cuando la diferencia entre una sanción administrativa y una condena penal se sitúa en una simple cifra.

Así las cosas, en este trabajo, que por cierto se incardina dentro de uno de mayor extensión donde también analizo las particularidades de la cláusula de regularización tributaria, pretendo poner de manifiesto los principales aspectos que rodean a esta figura delictiva, y que van desde el bien jurídico protegido, hasta la consumación y las formas imperfectas de realización, pasando por las conductas típicas, los problemas de autoría y el tipo subjetivo.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido debe de entenderse como alguno o varios de aquellos valores que, por formar parte esencial de las reglas de cooperación social, son merecedores de una protección penal reforzada a través del ejercicio del *ius punendi* del Estado, en tanto que éste monopoliza el uso legítimo de la fuerza. Se exige por algunos autores que el bien jurídico o el valor o valores que entraña deben estar al menos implícitamente recogidos en la Constitución, lo que justificaría la activación del Derecho Penal, a quien se reserva, en calidad de *ultima ratio*, el castigo de los actos más graves, entendiéndose como tales la lesión u ofensa a los valores superiores del ordenamiento y de los derechos fundamentales y libertades públicas, así como la vulneración de los deberes de los ciudadanos, constitucionalmente exigidos y de los principios rectores del orden social y económico⁸⁷.

⁸⁷ GONZALEZ GUTIERREZ BARQUÍN, P, "Capítulo I. El bien jurídico protegido" en GARCÍA TIZÓN LÓPEZ, A (Dir.) y BAL FRANCÉS, E

En el delito de defraudación a la Hacienda Pública, que está siendo objeto de estudio, podemos decir, que los valores que fundamentan implícitamente el bien jurídico objeto de protección por esta figura delictiva, surgen gracias a la conjunción de los artículos constitucionales 31 y 128.1 que recogen respectivamente, el principio de capacidad económica en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, y la subordinación de la riqueza al interés general de un país. Por todo ello, tal bien jurídico tiene la suficiente relevancia o importancia social para ser protegido por el ordenamiento penal, no siendo así suficiente con la mera protección en vía administrativa.

Antes de continuar, se hace imprescindible destacar la importancia que posee este criterio del bien jurídico protegido, para poder calificar a un delito como perteneciente al ámbito económico. Pues tal como ha indicado MARTINEZ BUJÁN, aún en el caso de que concurren criterios tales como el criminológico o la ejecución a través de la empresa, **no se podrá calificar a un delito como económico o socioeconómico si el bien jurídico protegido no posee tal carácter.**

Y posee tal carácter, cuando una infracción afecta de manera directa a un bien jurídico colectivo o supraindividual cuyo contenido es económico, y es en dicho caso cuando se le confiere a la infracción el calificativo de socioeconómica. No obstante, también existe la posibilidad de que sean calificados como socioeconómicos aquellos delitos que tutelan directamente un bien jurídico individual de contenido económico, pero con la particularidad de estar orientados a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual.

(Coord.), *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2004, p. 55.

Llegados a este punto, es necesario hacernos la siguiente pregunta: ¿Cuál es el concreto bien jurídico protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305. CP?

1-. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ART. 305 CP

A) Evolución histórica

El delito de fraude fiscal o defraudación tributaria se recogió por primera vez, en el CP en el año 1977, considerándose como **bien jurídico protegido la fe pública**, pues esta figura se encontraba recogida en el título dedicado a las falsedades. Sin embargo, RODRIGUEZ MOURULLO pensó que no era la fe pública lo que se protegía, sino el Erario Público y que el legislador a falta de un título apropiado relativo a los delitos contra la economía pública, decidió incluirlo entre las falsedades.

Posteriormente, esta postura evolucionó y pasó a considerarse el delito fiscal como un delito de desobediencia, pues atenta contra el **deber de lealtad que el Estado exige al ciudadano**. Esta tesis fue planteada por primera vez por GROIZARD, quien entendió que el ocultamiento de bienes o industria no constituía una falsedad, sino un delito de desobediencia. Teoría que fue apoyada por un sector minoritario de la doctrina alemana, y por BACILAPULO en la doctrina española; este autor mantiene que la protección penal en estos delitos se adelanta a un momento anterior al del perjuicio patrimonial, esto es, al de la gestión patrimonial, configurándose por ello dentro del ámbito fronterizo de los delitos de peligro, por no requerir un efectivo perjuicio patrimonial⁸⁸.

⁸⁸ BAZA FERNADEZ, M^aL, *El delito fiscal: Particular referencia al art. 305 CP*, Tesis doctoral dirigida por D. Antonio García-Pablos de Molina, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, pp 112- 114.



Por último, actualmente la doctrina y la jurisprudencia centran el debate acerca del bien jurídico protegido en torno a dos tesis. Por un lado la tesis funcional y por otro la tesis de orientación patrimonial, si bien podemos decir que poseen una nota en común, y es que se encuentran estrechamente relacionadas con la **consideración del Erario Público como bien jurídicamente protegido por este tipo penal.**

B) La Hacienda Pública como concreto bien jurídico protegido.

a) Tesis funcionales.

Se suelen agrupar bajo este calificativo teorías que poseen la nota común de rechazar una configuración patrimonial del objeto jurídico, y elaborar frente a ella una noción de bien jurídico diferente, conectada a las funciones que debe de cumplir el tributo. Es decir, el **objeto de protección de este delito sería la “función tributaria”**, concebida como una simple actividad de la administración encaminada a gestionar tributos a través de un procedimiento determinado. El primero en formular esta teoría fue PEREZ ROYO⁸⁹, y le siguieron otros tales como; ARROYO, BERDUGO/FERRÉ y BUSTOS.

⁸⁹ Este autor (PEREZ ROYO), formuló esta tesis partiendo de la dogmática del Derecho tributario y afirmó en concreto que *“la protección penal se dispensa a la Hacienda, considerada no como conjunto patrimonial, sino como titular de las funciones públicas, concretamente de la función tributaria, en cuanto concepto general que resume la posición en que el ordenamiento coloca a la Administración para la defensa del interés público relativo a la efectiva actuación de las normas tributarias”*. (MARTINEZ BUJÁN, C, “Lección sexta: Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (Titulo XIV: Arts. 305-310)” en *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 526).

Como detractor de esta tesis encontramos a GARCIA⁹⁰, pues se ha opuesto de manera clara al hecho de que la función tributaria constituya un bien jurídicamente protegido⁹¹.

b) *Tesis de orientación patrimonial.*

Se trata de la tesis dominante, no solo en nuestra doctrina donde se muestran como claros defensores de la misma autores tales como; CORDOBA, RODRIGUEZ MOURILLO, BAJO, MARTINEZ BUJÁN, AYALA, MORALES, BRANDARIZ O GALLEGO, sino también en la doctrina alemana, donde el delito de defraudación tributaria se recoge en el art. 370 de la *Abgabenordnung*.

Adoptando esta tesis patrimonialista, puede partirse de la base de que **el bien jurídico protegido es el interés patrimonial de la Hacienda pública**, pero siempre que se reconozca que ese bien se concreta en la necesidad de obtener recursos públicos tributarios, y más precisamente aún, en la fase de liquidación de los tributos⁹².

En este punto se hace necesario destacar una paradigmática sentencia, como es la STS de 12 de marzo de 1985

⁹⁰ A través de sucesivas publicaciones, GARCÍA ha ido elaborando una tesis acerca del bien jurídico protegido, que cada vez se encuentra más aleja de un planteamiento patrimonialista, y que en todo caso pretende ser válida para todo el Derecho penal tributario, pues a pesar de que partió de la expresión "funciones del tributo" progresivamente se ha ido alejando. (MARTINEZ BUJÁN, C, "Lección sexta: Delitos contra la Hacienda Pública..." en *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial. Op. Cit.*, p. 527).

⁹¹ MARTINEZ BUJÁN, C, "Lección sexta: Delitos contra la Hacienda Pública..." en *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, Op. Cit.*, pp. 526-527.

⁹² *Ibidem*.

cuyo tenor literal es como sigue: *"Se trata de un delito socio-económico que atenta contra los intereses patrimoniales del Estado, o de las entidades locales o autonómicas"*. Es de destacar que SAINZ DE BUJANDA define Hacienda Pública como *"el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado, a las corporaciones locales y a los órganos autónomos que integran la administración institucional"*⁹³.

Así como también merecen una especial mención la STS de 10 de octubre de 2001 (RJD 1629/2001) que dice lo siguiente: *"Se contempla como bien jurídico, en consonancia con la jurisprudencia y con la teoría dominante, la recaudación completa de los impuestos patrimoniales"*.

Pero, que el bien jurídico inmediatamente protegido sea el patrimonio de la Hacienda Pública, concretado en la recaudación tributaria, no significa desconocer la existencia de un bien jurídico mediato⁹⁴, que vendría integrado por las funciones que el tributo está llamado a cumplir, pero dicho bien no posee relevancia directa alguna ni el tipo objetivo ni en el tipo subjetivo⁹⁵.

⁹³ ECHEVARRÍA RAMIREZ, R, *"Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria"* en Revista de ciencia penal y criminológica, nº 16-04, pp. 4:01-4:39 y p 4:08.

⁹⁴ Ello significa que es el patrimonio de la Hacienda pública el bien jurídico tutelado en sentido técnico, pues es el que ha de resultar lesionado por el comportamiento típico individual y cuya vulneración ha de ser captada por el dolo del autor.

⁹⁵ MARTINEZ BUJÁN, C, *"Lección 6. Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social"*, en PUENTE ABA, L M (Coord.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 283.

Por último destacar, que **el delito fiscal no solo entraña una disminución del valor económico del Erario Público, sino que afecta**, como resultado propio de uno de los más genuinos delitos económicos, **a toda la política económica y social que incide sobre el ahorro, la inversión o la distribución de la renta nacional**⁹⁶. En otras palabras, la consideración como bien jurídico protegido de la Hacienda Pública, conlleva la protección de intereses de carácter supraindividual, ya que lo que realmente se estaría protegiendo no solo sería el sistema recaudatorio del Estado, sino también, la capacidad de realización del gasto público que el Estado posee.

III. CONDUCTA TÍPICA

En primer lugar, es necesario mencionar la existencia de **un presupuesto que se torna en imprescindible, y es que debe de existir con carácter previo una relación jurídico tributaria entre el sujeto activo del delito y la Administración Tributaria**, pues para que puedan ser configuradas las conductas típicas es necesario que exista la obligación de pagar, retener o ingresar⁹⁷. En este punto es unánime la doctrina y a mero modo de ejemplo, podemos señalar a penalistas tales como MUÑOZ CONDE o MARTINEZ BUJÁN.

⁹⁶ BAJO, M y BACIGALUPO, S, "Capítulo octavo. Delitos contra la Hacienda Pública" en *Derecho penal económico*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 2001, p. 219

⁹⁷ ALCALÉ SANCHEZ, M Y GONZALEZ AGUDELO, G, "Delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social" en J M. TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo IV. Derecho penal parte especial (Derecho penal económico)*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 179-180

La conducta típica, tal y como establece el propio artículo 305 CP consiste en defraudar por acción y omisión a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta obtenido indebidamente devoluciones o disfrutando de beneficios fiscales.

1-. DEFRAUDAR COMO ASPECTO NUCLEAR DEL TIPO

La acción concreta que en este tipo se lleva a cabo es la de **“defraudar”**, y según la STC 120/2005, de 10 de mayo, defraudar implica engañar u ocultar.

Es de destacar, que la interpretación dada al verbo defraudar influirá en la determinación de los principales aspectos de la conducta típica, por ello, se hace necesario destacar, las dos teorías fundamentales ⁹⁸ acerca de su interpretación:

- **Teoría de la infracción del deber:** La mención del verbo defraudar debe concebirse simplemente como equivalente a la causación de un perjuicio patrimonial, sin necesidad de que abarque elementos ulteriores y en concreto sin la necesidad de exigir un engaño determinado. Los partidarios de esta teoría, son entre otros PEREZ ROYO, BACIGALUPO, GARCÍA O GIMBERNAT, y han sostenido que el desvalor de acción del injusto del delito fiscal viene integrado exclusivamente por la infracción de deberes formales tributarios.

- **Teoría del engaño o *mise en scène*:** Consiste en entender que el verbo defraudar debe ser dotado de un

⁹⁸ Lo dicho en el posterior desarrollo de ambas teorías está basado en la siguiente obra: MARTINEZ BUJÁN, C, “Lección sexta: Delitos contra la Hacienda Pública...” en *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Op.Cit. pp. 531-532.

contenido jurídico-penal autónomo y, en concreto, ha de ser concebido como comprensivo del engaño. Engaño que se caracterizará por ser similar al exigido en el delito de estafa. Esta teoría ha sido sustentada, entre otros, por RODRIGUEZ MOURILLO y BAJO. No obstante, otros autores, tales como, MARTINEZ BUJÁN, MORALES, CASTRO o AYALA han subrayado con diversos matices que el engaño característico de la defraudación tributaria no puede ser identificado con el definitorio del delito de estafa.

En concreto, MARTINEZ BUJÁN, ha sostenido que: *“No hay razón teleológica ni político-criminal que justifique exigir en el art. 305 un engaño en parecidas características al del delito de estafa, pero ello no implica que la presencia del vocablo defraudar sea superflua; antes al contrario, ésta cumple la misión de declarar que el desvalor de acción del delito del art. 305 consiste en algo más que en la simple infracción del deber extrapenal. De este modo se interpretaría el precepto español de un modo similar al correspondiente precepto alemán, exigiéndose la utilización de una modalidad específica de conducta que resulte idónea para vulnerar el bien jurídico, y en concreto, estimándose que la vulneración del patrimonio del Erario únicamente podrá imputarse a dicha conducta cuando la Administración no estaba en condiciones, por sí misma, de averiguar los fundamentos del hecho imponible. En suma, el verbo rector “defraudar” implica que en el seno del art. 305 deba exigirse en todo caso una ocultación de bases o datos esenciales que sea idónea para imposibilitar o dificultar la liquidación del tributo”.*

De tal manera que el **engaño se configura como requisito indispensable para que una conducta sea constitutiva de delito de fraude fiscal**, por lo que si no media dicho engaño, la conducta como máximo podrá ser constitutiva de un ilícito administrativo.

Una vez dicho esto, y antes de continuar, es necesario destacar que el art. 305.1 presenta una configuración típica según la cual el delito de defraudación tributaria exige una acción u omisión defraudatoria, mediante determinadas formas o medios⁹⁹, que expresan objetivamente el desvalor de acción y que a su vez, deberá determinar un resultado típico de perjuicio para la Hacienda Pública (desvalor de resultado)¹⁰⁰.

A) La defraudación por omisión.

Fue la reforma del CP realizada en el año 1995 la que introdujo la posibilidad de cometer este delito de defraudación tributaria por omisión, pues antes de dicha reforma, el viejo art. 349 del código del año 1973 no recogía tal posibilidad. Fundamentalmente, dicha introducción se debió a un intenso debate tanto doctrinal como jurisprudencial, que estuvo basado en la determinación tanto de los requisitos como de los presupuestos necesarios para que una conducta omisiva pudiera tener relevancia penal.

Un ejemplo jurisprudencial que reflejó dicha necesidad de recoger en el tipo penal la defraudación por omisión lo podemos encontrar en la STS de 3 de diciembre de 1991 (EDJ 1991/11453) cuando dice lo siguiente: *“El delito imputado (fraude fiscal) exige*

⁹⁹ Dichas formas o medios se encuentran recogidas en el art. 305.1 CP y constituyen las diferentes modalidades de comisión, a las que posteriormente haré referencia, no obstante adelantar, que dichas modalidades concretamente son las siguientes:

- Elusión del pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener.
- Obtención indebida de devoluciones fiscales.
- Disfrute indebido de beneficios fiscales.

¹⁰⁰ MORALES PRATS, F, “Título XIV. De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social” en QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) y MORALES PRATS, F (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p. 1047.

*un elemento subjetivo específico consistente en el ánimo de defraudar [...] Pero esa intención defraudatoria, evidente en quién declaraba mal o torticeramente, podría darse en quien no declaraba porque, siendo consciente del deber específico, omitía una actuación esperada por la Administración tributaria, que podía ser tomada como expresión de no existir el hecho imponible; **semánticamente eludir es huir o escapar de una obligación o compromiso con habilidad o artificio**, y puede hacerse mediante la ocultación o desfiguración de alguno de los datos necesarios para la ajustada cuantificación de la deuda tributaria, o mediante la omisión de la declaración que oculta "todos" con tendencia defraudatoria, pues así lo imponen de consumo exigencias lógicas y razones de eficacia del precepto penal".*

Sin embargo, en sentido contrario podemos encontrar la STS de 2 de marzo de 1998 y STS de 20 de noviembre de 1992, cuya fundamentación establece que la defraudación tributaria *"consiste en la omisión del sujeto tributario, sin la necesidad de la concurrencia de artificio, mecanismo engañoso o mise en scène y que el delito se comete aunque en la omisión no concurra ningún tipo de artificio o mecanismo engañoso"*¹⁰¹.

Es de destacar, que el comportamiento omisivo en el delito fiscal es cada vez más relevante, pues son muchos los tributos que exigen al contribuyente alguna declaración e incluso liquidación. Sin embargo, **no cualquier comportamiento que tenga consecuencias tributarias será constitutivo de delito**, pues la simple omisión del deber de declarar o la falta de ingreso no son, por sí mismas, constitutivas de la omisión contemplada en el art. 305.1 CP, ya que **las conductas no constitutivas del engaño requerido en la defraudación deben de ser excluidas del tipo**, exigiéndose además, el resto de los

¹⁰¹ BAJO, M y BACIGALUPO, S, "Capítulo octavo. Delitos contra la Hacienda Pública" en *Derecho penal económico, Op. Cit.* p. 224

elementos típicos entre ellos el perjuicio en la cuantía indicada. Ello ha sido indicado en sentencias tales como; STS de 25 de febrero de 1998, o STS de 28 de octubre del 1997 (Caso filesa)¹⁰².

Esto se refleja en el nacimiento de un **criterio general de imputación** según el cual, el resultado sólo podrá imputarse de manera objetiva cuando la acción del sujeto activo deje a la Administración Tributaria en el pleno desconocimiento de la obligación de tributar del obligado. Ello lleva implícito, que para poder determinar la existencia de hechos tributariamente relevantes realizados por el obligado en cuestión, sea inevitable la realización de un estudio casuístico¹⁰³.

2-. MODALIDADES DE COMISIÓN (ACTIVA U OMISIVA) DE LA DEFRAUDACIÓN

En el art. 305.1 CP se encuentran enunciados mediante una fórmula taxativa y alternativa las diferentes modalidades típicas de comisión de este ilícito. Es de destacar, que si estas conductas son observadas desde un plano "*ex ante*" ponen de manifiesto la peligrosidad de la conducta defraudatoria. Sin embargo, desde una perspectiva "*ex post*" expresan la manifestación externa con la que se produce la lesión al bien jurídico en cuestión¹⁰⁴.

¹⁰² ALCALÉ SANCHEZ, M Y GONZALEZ AGUDELO, G, "Delitos contra la Hacienda Pública..." *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo IV. Derecho penal parte especial (Derecho penal económico), Op. Cit.* p. 180.

¹⁰³ Así lo ha manifestado, según MARTINEZ BUJÁN, un importante sector de la doctrina, representado entre otros por, AYALA, MAESTRE, BERDUGO o BRANDARIZ. (MARTINEZ BUJÁN, C, "Lección sexta: Delitos contra la Hacienda Pública..." en *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, Op.Cit.* p. 534.)

Tales modalidades de comisión son las siguientes:

Elusión del pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta: El término central de esta modalidad es “eludir”, el cual la doctrina mayoritaria lo ha interpretado conforme a su sentido gramatical que es el siguiente: “evitar con astucia o dificultad una obligación”.

En primer lugar, en lo que se refiere a la **elusión de tributos** debemos de decir, que tal y como establece el art. 2.1 LGT, los tributos son los ingresos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización de un supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir. Y es este mismo art. LGT en su apartado 2 el que establece como clases de tributos las tasas, las contribuciones especiales y los impuestos.

En segundo lugar, la expresión **“retenciones e ingresos a cuenta”** decir que fue introducida por la reforma realizada en el Código Penal en el año 1995, y básicamente esta inclusión se debió a la interesante problemática de si cabía incluir en ella la conducta llevada a cabo por el sustituto del contribuyente en el ámbito del IRPF y del IVA, pues aunque un importante sector de la doctrina había defendido la calificación de dicha conducta como un delito de defraudación tributaria, la jurisprudencia mayoritaria calificaba como un delito de apropiación indebida.

Y por último, **“las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener”**, en este punto, MARTINEZ BUJÁN, se remite a la relación que PEREZ ROYO ha establecido entre esta modalidad

¹⁰⁴ MORALES PRATS, F, “Título XIV. De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Op. Cit. pp. 1052-1053.



de comisión y la “economía sumergida”. Pues el primero de los autores (MARTINEZ BUJÁN) viene a decir que, lo que realmente se está castigando no es la infracción del deber del retenedor ya que el verbo “defraudar” exige una ocultación idónea para imposibilitar o dificultar la liquidación. Sino que lo que se castiga son aquellos supuestos en los que, o bien no se retiene tal y como sucede en la economía sumergida, o bien se produce una simulación o disminución de la base sobre la que se práctica la retención, realizándose así una retención inferior a la debida¹⁰⁵.

Obtención indebida de devoluciones fiscales: Antes, esta modalidad era considerada como un delito de estafa, no obstante, gracias a la LO 6/1995 se calificó como un delito contra la Hacienda Pública. Esta conducta requiere no solo un perjuicio para el Erario Público, sino también un lucro del autor, de tal manera que solo se consuma el hecho cuando el sujeto reciba la devolución¹⁰⁶.

Es de destacar, que es posible que esta conducta se quede en una infracción administrativo-tributaria debido al hecho, por ejemplo, de la imposibilidad de definir como defraudadora la conducta o que esta (la conducta) no sea dolosa, pues en todo caso se trata de requisitos indispensables.

Disfrute indebido de beneficios fiscales: Por tal concepto habrá que entender el disfrute indebido de reducciones, bonificaciones, deducciones, exenciones y desgravaciones de naturaleza tributaria, que comporten una aminoración indebida

¹⁰⁵ MARTINEZ BUJÁN, C, “Lección sexta: Delitos contra la Hacienda Pública...” en *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Op.Cit. pp. 537-358.

¹⁰⁶BAJO, M y BACIGALUPO, S, “Capítulo octavo. Delitos contra la Hacienda Pública” en *Derecho penal económico*, Op. Cit. p. 239.

de la deuda tributaria. Eso sí, con la exclusión de las subvenciones, las desgravaciones y ayudas contempladas todas ellas en la conducta típica del art. 308 CP¹⁰⁷. Siendo decisivo en esta modalidad, la omisión de despejar el error relacionado con un beneficio concedido¹⁰⁸.

A) Novedades introducidas en el tipo básico por la LO 7/2012, de 27 de diciembre en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y de la seguridad social

Las novedades a destacar introducidas por esta LO 7/2012 son fundamentalmente dos:

- Supresión de la expresión "*ingresos a cuenta de retribuciones en especie*", que conlleva la desaparición de esta modalidad de comisión.
- La adicción al apartado 1 del art. 305 CP del siguiente párrafo: "*La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación cuando ésta se acredite por otros hechos*". Ello se debe, tal y como explica la exposición de motivos de la LO 7/2012 al hecho de que es frecuente que en los supuestos de defraudación en los que intervienen personas interpuestas, la presentación de documentos de cotización aparentemente

¹⁰⁷ MORALES PRATS, F, "Título XIV. De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social" en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Op. Cit. p.1056.

¹⁰⁸ BAJO, M y BACIGALUPO, S, "Capítulo octavo. Delitos contra la Hacienda Pública" en *Derecho penal económico*, Op. Cit. p. 240.

correctos forma parte del engaño. Por ello, se ha añadido este inciso para aclarar así que la mera presentación de documentos de cotización no excluye la defraudación, si esta queda acreditada por otros hechos. Este inciso no supone una modificación conceptual alguna, sino que trata de fijar la auténtica interpretación de la norma.

3- TIPO AGRAVADO

Esta modalidad agravada se **caracteriza por ser un tipo mixto alternativo**¹⁰⁹, por lo que será suficiente que concurra tan solo una de las tres agravantes para su aplicación.

Una de las principales reformas llevada a cabo por la mencionada LO 7/2012, consistió en trasladar las agravantes a un nuevo artículo. Es decir, antes de la reforma operada por esta ley orgánica, el tipo agravado figuraba dentro del art.305.1 CP, sin embargo, ahora posee una nueva redacción, quedando así recogido en el art. 305 bis CP.

Dichas concretas agravantes son las siguientes:

¹⁰⁹ Se trata de una clasificación en función del número de acciones típicas que se encuentran descritas en el tipo. Se puede distinguir así entre el tipo simple, en el que se describe una sola acción, y los tipos alternativos: en cada uno se describen acciones. La sanción se impone al autor de cualquiera de las acciones.

Es decir, el tipo alternativo significa que el tipo se realiza por cualquiera de las varias opciones que describe.

Otros ejemplos de tipos mixtos alternativos en el CP son: el delito de corrupción entre funcionarios, el delito de encubrimiento o el delito de allanamiento.

Información extraída del siguiente enlace web:
<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/tiposalternativos.html>.

- **Que la cuantía defraudada exceda de los 600.000 €¹¹⁰**: Esta agravación fue objeto de interpretación en la STS 31/2012, de 19 de enero, que concretamente establece lo siguiente: *“Así las cosas, atendido que el art. 305 CP, en lo que se refiere a la cuota defraudada exige una especial trascendencia y gravedad de la defraudación para imponer la pena en la mitad superior, pena que podría alcanzarse aunque no concurriese agravante alguna, se considera adecuada y proporcionada a esa especial trascendencia la suma que resulte de multiplicar por cinco el límite de los 120.000 €, es decir, 600.000 €”*. Por lo tanto, podemos decir, que es en esta STS 31/2012, de 19 de enero, donde encontramos el principal fundamento jurisprudencial del establecimiento de los 600.000 € como límite a partir del cual imponer la agravante.
- **Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal^{111 112}**: Se

¹¹⁰ Antes de la reforma operada por la LO 7/2012, esta agravante no recogía una cantidad concreta, sino que se refería a *“la especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado”*. Se trataba entonces de una cláusula que se caracterizaba por ser abierta y valorativa que podría afectar a la seguridad jurídica, ya que en función de criterios de carácter objetivo se debería de fijar la cuantía que sería considerada de especial trascendencia y gravedad.

¹¹¹ La LO 7/2012 realiza un cambio en la redacción de esta agravante, siendo la redacción anterior la siguiente: *“La existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios”*. No obstante señalar, que con respecto al significado de su contenido, no se producen variaciones.

¹¹² La problemática de las defraudaciones cometidas por una organización o un grupo criminal posee un carácter internacional, es



decir, no solo afecta a España. O lo que es lo mismo, la criminalidad organizada se encuentra estrechamente ligada a la globalización.

Definir que entendemos por organización o grupo criminal ha sido una tarea sumamente laboriosa, y numerosas instituciones nacionales, regionales o mundiales, han intentado con poco éxito elaborar una definición de crimen organizado, que no es fácil, dada su versatilidad, heterogeneidad, pluralidad de actuaciones, forma de organizarse, o la magnitud de las manifestaciones en las que se desarrolla, confluyendo aspectos plenamente legales con otros sectores políticos, sociales o económicos muy diversos y en vertientes públicas y privadas. Ya que la delincuencia organizada coexiste en una relación directa con los mercados legítimos, por lo que será la necesidad de expansión de estos últimos, lo que motive, en parte la actuación del crimen organizado (LOPEZ MUÑOZ, J, "I. Criminalidad organizada" en *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 27.).

En base a todo ello, podemos decir que resulta claro que la criminalidad organizada no es el par opuesto de la manifestación criminal por excelencia, el delincuente individual, y tampoco la delincuencia en grupo agota la criminalidad organizada.

De tal manera, que según las indicaciones elaboradas por la BKA alemana y que KAISER recogió, se pueden enunciar como **características definitorias básicas de la delincuencia organizada**, las siguientes:

- Asociación duradera, estable y persistente de una pluralidad de personas, concebida como una sociedad de intereses que aspira solidariamente a la obtención de ganancias e incluso a posiciones de poder económico, político, mediático o en general, social.
- Estructura organizativa disciplinada y jerárquica.
- Actuación planificada y con división del trabajo.
- Realización de negocios legales o ilegales íntimamente conectados y adaptados en cada momento a las necesidades de la población, haciendo uso delictivo de las relaciones personales y sociales.

trata de un tipo cualificado en el que la conducta presenta un incremento del desvalor de acción, pues comporta una mayor peligrosidad objetiva “*ex ante*” para el bien jurídico. Pero también un incremento del desvalor de resultado efectivo o potencial, ya que la estructura organizativa facilita o puede facilitar el fraude a una pluralidad de obligados tributarios¹¹³.

Pero, llegados a este punto debemos de plantearnos las siguientes cuestiones: ¿A quién afecta esta agravación de la pena? ¿Cómo

-
- Tecnología flexible del delito y variedad de medios para delinquir, desde la explotación, amenaza, extorsión o violencia.
 - Consciente aprovechamiento de infraestructuras como redes radioeléctricas, telefónicas, informáticas y de transporte internacional.
 - Internacionalidad y movilidad.

De tal manera, que la problemática en relación con el delito de fraude fiscal que aquí está siendo objeto de estudio, se sitúa básicamente, en la utilización del sistema bancario y financiero en general para “ocultar” la realización de negocios que conllevarían el abono a la Administración Tributaria de los correspondientes impuestos. Debido a esta “ocultación” que el sistema bancario de algún modo, facilita en muchos casos, la Administración Tributaria queda en el pleno desconocimiento de su realización, y por tanto de la obligación de tributar, dando lugar así a la comisión de este ilícito penal que conllevaría una agravación de la pena que queda plenamente justificada debido a la mayor peligrosidad que para la Hacienda Pública conllevan estas actividades. (ANARTE BORRILLO, E, “Conjeturas sobre la criminalidad organizada” en FERRÉ OLIVÉ, J C y ANARTE BORRILLO, E (Eds.) en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, p. 27).

¹¹³ MORALES PRATS, F, “Título XIV. De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social” en *Comentarios a la parte especial del derecho penal, Op. Cit.* p. 1064.



se realiza la imputación de la comisión de este ilícito dentro de la organización criminal?

En primer lugar, debemos de decir, que esta agravación **afecta a quienes dentro de la organización criminal tengan la consideración de obligados tributarios**. Y el resto de miembros de la organización o grupo criminal responderán por las reglas de la participación.

No obstante, no son pocos los problemas de autoría y participación que la criminalidad organizada presenta. En este punto destaca la teoría planteada por ROXIN que se conoce como "el autor detrás del autor", la cual no sólo está presente en Alemania¹¹⁴, sino que también encuentra un reflejo legislativo en España, concretamente en el art. 28 CP.

¹¹⁴ Alemania es el lugar de nacimiento de esta teoría, en concreto, la misma surgió debido al caso Eichmann que consistió en lo siguiente: Adolf Eichmann era un funcionario nazi encargado y responsable de numerosos asesinatos de judíos, pero con sus propias manos no había matado a nadie. Se trataba de un burócrata que por el año 1963 fue juzgado y condenado en Jerusalén como autor de asesinato. Según la teoría de ROXIN, basada en el "dominio" como criterio de decisión para la delimitación de autoría y participación. Eichmann debía ser considerado autor mediato, no obstante los que habían cometido el asesinato con sus propias manos, eran igualmente responsables como autores. La razón es que, tratándose de una organización criminal, la realización del delito en modo alguno depende de los singulares ejecutores. Ellos solamente ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás alcance el "resultado". Sí, por ejemplo se niega a ejecutar el asesinato esto no implica, a diferencia de lo que ocurre con la inducción, el fracaso del delito. Inmediatamente, otro ocuparía su lugar, y realizaría el hecho, sin que de ello llegue a tener conocimiento el hombre de atrás, que de todas formas ignora quién es el ejecutor individual. (ROXIN, C, "Problemas de autoría y participación en la

Aunque los orígenes de la teoría de ROXIN (tal y como he explicado en la cita 114) se encuentran muy alejados del ámbito económico en el que nos encontramos, se trata de una construcción jurídica aplicable a la criminalidad organizada, no obstante no resulta tan claro que esta teoría resulte de aplicación en el ámbito de los delitos económicos cometidos por organizaciones criminales.

Esta teoría del “autor de atrás” se mueve en el plano de la autoría mediata, es decir, se refiere al dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, así podemos distinguir: Al autor mediato o jefe de la organización que es él encargado de dictar las órdenes de realización de una determinada conducta, por lo que se le conoce como “autor detrás del autor” y al autor directo o inmediato que es quien llevaría a cabo las órdenes dictadas por el autor mediato y que generalmente actuaría bajo coacción o amenaza. Es de destacar que ROXIN estableció los siguientes requisitos¹¹⁵ para considerar aplicable esta teoría:

- o Que se tratase de un aparato organizado de poder con una estructura jerarquizada rígida.
- o Que se verificase una efectiva fungibilidad del autor inmediato, lo que implicaba que la organización posee ya cierta dimensión.
- o Que el aparato de poder se hubiese desligado del ordenamiento jurídico.

criminalidad organizada” en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Op.Cit. p.192).

¹¹⁵FIGUEIREDO DIAS, J, “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: El “Dominio de la organización” ” en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Op.Cit. p. 103.



Pero ¿En el caso concreto del delito fiscal el resto de los integrantes de la organización son meros instrumentos en manos del jefe de la misma? O si se quiere más genérico ¿En los delitos económicos los miembros de la organización pueden ser considerados instrumentos del jefe? Debemos de decir, que tanto en el caso que nos encontramos, como en especial en los delitos de carácter económico, **no resulta trasladable esta teoría pues no nos encontramos ante un auténtico instrumento**, sino ante sujetos penalmente responsables que realizan hechos a títulos de autores directos y son responsabilizados penalmente por ello, pues ello sería contradictorio con la esencia de la autoría mediata considerar como un mero instrumento a una persona que lleva a cabo un hecho de forma responsable¹¹⁶.

De tal manera que podemos concluir, que **esta agravación de la pena tan solo afecta a quienes** dentro de la organización tengan la especial y necesaria consideración de obligado tributario, respondiendo así el resto de los miembros de la organización que carezcan de esta consideración en base a las reglas de la participación¹¹⁷.

- **Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del**

¹¹⁶FERRÉ OLIVÉ, J C, "Blanqueo" de capitales y criminalidad organizada" en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Op.Cit. p. 95.

¹¹⁷ En base a lo dispuesto en los arts. 28 y 29 CP, estos miembros de la organización que carezcan de la consideración de obligado tributario, podrán responder a título de: participe, inductor y cooperador necesario.

obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito: El fundamento de esta agravante se encuentra en la especial voluntad de defraudar o la dificultad de investigar los hechos constitutivos de delito¹¹⁸.

4-. CONSECUENCIAS JURÍDICAS: ESPECIAL MENCIÓN A LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LO 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE, EN MATERIAL DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En lo que a las penas se refiere es necesario distinguir, como es lógico, entre la pena del tipo básico y la pena del tipo agravado.

- **Pena del tipo básico:** No ha sido modificada por la LO 7/2012, por lo que se continúa imponiendo una pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

- **Pena del tipo agravado:** Se hace necesario distinguir entre dos momentos:
 - o **Antes de la reforma operada por la LO 7/2012:** Se imponía la pena del tipo básico en su mitad superior. O lo que es lo mismo, una pena que oscilaría entre los tres y los cinco años de prisión.

¹¹⁸ ALCALÉ SANCHEZ, M Y GONZALEZ AGUDELO, G, "Delitos contra la Hacienda Pública..." en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo IV. Derecho penal parte especial (Derecho penal económico)*, Op. Cit. p. 181.

- **Después de la reforma operada por la LO 7/2012:** Se impone una pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada.

Esto significa que el límite mínimo de la pena del nuevo subtipo agravado es más bajo que antes (dos años de prisión en vez de tres), pero es más alto el límite máximo (seis años de prisión en lugar de cinco). Esta agravación del límite máximo trae consigo que el plazo de prescripción en estos casos sea de diez años, en lugar de cinco¹¹⁹.

El preámbulo de la LO 7/2012 argumenta que **este aumento del plazo de prescripción persigue dificultar la impunidad de estas conductas tan graves por el paso del tiempo**. Es de destacar que el fundamento jurídico por el cual se eleva el tiempo de prescripción se halla contenido en el art. 131 CP, ya que es en este artículo donde están recogidos los plazos de prescripción de los delitos en función de la pena que estos lleven aparejada. Y en el caso de los delitos cuya pena máxima señalada por la ley sea de prisión o de inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez, como es el caso del subtipo agravado del delito de fraude fiscal, el plazo de prescripción es de 10 años¹²⁰.

¹¹⁹ ALONSO GALLO, J, "El delito fiscal tras la LO 7/2012" en Actualidad jurídica Uría Méndez, 2013, nº34, p. 28.

¹²⁰ En lo que se refiere al plazo de prescripción, es de destacar, que no es objeto de estudio de este trabajo. No obstante, sí decir, que en torno a él se centra un intenso debate que enfrenta a la jurisprudencia y a la doctrina. En el plano de la jurisprudencia destacan la STS de 6 de noviembre del 2000 y la STS de 10 de octubre del 2001 las cuales básicamente vienen a entender que los plazos de una y otra ley (CP y LGT) son independientes entre sí, no pudiendo el CP ser derogado por las disposiciones de la LGT. O lo que es lo mismo, que el plazo de

5-. RESULTADO TÍPICO: PERJUICIO PATRIMONIAL

La configuración del delito fiscal en nuestro ordenamiento jurídico se ha visto determinada, fundamentalmente desde el año 1997, por la inclusión de la cuantía de la defraudación como

prescripción de 4 años previsto para la infracción tributaria, carece de trascendencia, manteniéndose la posibilidad de ejercitar la acción penal hasta la finalización del plazo de prescripción en este ámbito.

Sin embargo, la doctrina sostiene una postura totalmente diferente, pues entiende de forma prácticamente unánime que si la Administración Tributaria deja de pasar el plazo de prescripción de 4 años sin desplegar la acción inspectora ni, por consiguiente, determinar la deuda, no es posible apreciar la existencia del delito. Y ello, porque se convierte en imposible la lesión del bien jurídico y desaparece la tipicidad del delito fiscal, no hay cuota defraudada porque no hay deuda exigible ni obligado tributario, ni objeto material del delito, ni sujeto activo; no hay perjuicio alguno, por lo tanto, tampoco existiría bien jurídico que proteger. Por último, ni la Administración Tributaria puede investigar, ni el contribuyente está obligado a mantener la documentación, lo que convierte a la persecución penal en imposible. (BAJO FERNANDEZ, M, *“El Tribunal Supremo y la prescripción del delito fiscal”* en Revista jurídica de la Universidad autónoma de Madrid, nº8, Madrid, pp. 75-76)

Por último destacar, que la prescripción no puede equiparse a la regularización tributaria que a continuación analizaré, pues tal y como deja claro la SAP de Madrid de 30 de noviembre de 1999 (ARP 1999/4922) en su fundamento de derecho quinto: *“La asimilación entre la regularización tributaria como excusa absolutoria y la mera prescripción de la deuda tributaria no puede asumirse. Y ello porque la prescripción fiscal no presenta connotaciones necesarias para asemejarla a una regularización tributaria, dado que no lleva consigo el pago de la deuda, sino una mera extinción de la obligación sin desembolso alguno por parte del contribuyente. No depende por tanto de una conducta espontánea del deudor, sino de una renuncia de la Administración Tributaria prevista en la ley por razones, fundamentalmente, de seguridad jurídica en el ámbito fiscal”*

elemento diferenciador entre el delito fiscal y la mera infracción administrativa. Es de destacar, que poco a poco ha ido teniendo lugar un aumento progresivo de tal cuantía, por lo que esta ha pasado de los quince millones del CP de 1977 hasta los 120.000€ actuales. Por lo que, en base a todo ello podemos decir, que el quantum defraudatorio constituye el límite normativo a partir del cual se produce la ya mencionada separación¹²¹.

A) ¿Qué entendemos por cuota defraudada?

La cuantía de la cuota defraudada, siguiendo en este punto a MORALES PRATS, es el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta de las retribuciones, el importe de las devoluciones indebidas o de los beneficios fiscales obtenidos indebidamente, en todo caso, deberá situarse por encima de la referida cifra de 120.000€. Es decir, la cuota defraudada está integrada por los conceptos que abarca el tributo, o lo que es lo mismo, por la cuota tributaria. De tal manera que, como el art. 305.1 CP se refiere a la “deuda tributaria efectiva” debemos de excluir de la cuota defraudada los intereses de demora, los recargos por aplazamiento, prórroga o apremio y las

¹²¹ BERTRÁN GIRÓN, F, “Capítulo II. Estructura del tipo” en *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Op.Cit. p. 67

sanciones tributarias, puesto que se trata de conceptos excluidos¹²² del concepto de tributo¹²³.

Sin embargo, BAJO Y BACIGALUPO, entienden que sí que resulta exigible, al menos, los intereses de demora (art. 58.2.a) LGT), dando lugar así a la llamada **cuota de formación compleja**. La razón estriba en que los recargos legalmente exigibles sobre las bases o las cuotas son "cuotas tributarias que se unen a la cuota que se liquida", mientras que el interés de demora, los recargos por apremio, aplazamiento o prórroga y las sanciones pecuniarias "constituyen prestaciones accesorias"¹²⁴.

B) Naturaleza jurídica de la cuota defraudada

Existe un amplio e intenso debate doctrinal acerca de cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la cuota defraudada, de tal manera, que mientras que un sector doctrinal la considera como una **condición objetiva de punibilidad**, otro sector entiende que se trata de un elemento del tipo.

¹²² Recordemos que el art. 58 LGT establece lo siguiente: "1. La deuda tributaria estará constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta.

2. Además, la deuda tributaria estará integrada, en su caso, por: a) El interés de demora. b) los recargos por declaración extemporánea. c) Los recargos del periodo ejecutivo. d) Los recargos exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas, a favor del Tesoro o de otros entes públicos".

¹²³ MORALES PRATS, F, "Título XIV. De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social" en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Op. Cit. p. 1058.

¹²⁴ BAJO, M y BACIGALUPO, S, "Capítulo octavo. Delitos contra la Hacienda Pública" en *Derecho penal económico*, Op. Cit. p. 231.

MUÑOZ CONDE, se sitúa en la primera de las posturas doctrinales citada, es decir, la considera como una condición objetiva de penalidad, ya que si no llega a la cuantía citada (120.000€) nunca puede castigarse como delito el fraude; esto significa que no debe ser abarcada por el dolo, y que son sólo razones de conveniencia política las que inciden en que se fije un quantum defraudatorio u otro para diferenciar el delito de la simple infracción administrativa¹²⁵.

Sin embargo, la segunda de las posturas doctrinales, que es la dominante, sostiene que la **cuantía defraudada es un elemento del tipo**. En ella se incardinan autores tales como; MARTINEZ BUJÁN, BAJO, BACIGALUPO, BOIX-MIRA o MORALES PRATS. Básicamente este sector doctrinal sostiene que **únicamente es típico** aquel comportamiento del sujeto activo que mediante alguna de las formas previstas en el art. 305, implica una defraudación dolosa superior a los 120.000€; y en otro caso nos encontraremos ante un comportamiento atípico penalmente, que podría ser objeto, en su caso, del correspondiente procedimiento administrativo¹²⁶. Es decir, la cuantía debe integrarse dentro del resultado típico del delito puesto que no se trata de un evento futuro e incierto, que queda extramuros del conocimiento propio del dolo del autor ni constituye un evento casualmente desvinculado de la conducta típica.

Al respecto, MORALES PRATS señala que MARTINEZ BUJÁN y BAJO SUAREZ han matizado que el dolo del autor no tiene por

¹²⁵ MUÑOZ CONDE, F, "Capítulo XLIII: Delitos contra la Hacienda Pública. Delitos contra la seguridad social. Delito de contrabando" en *Derecho penal parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 1058.

¹²⁶ BELTRÁN GIRÓN, F, "Capítulo II. Estructura del tipo" en *Manual de delitos contra la Hacienda Pública, Op. Cit.* p. 72

qué abarcar un conocimiento actual y absolutamente exacto sobre la suma defraudada, sino que basta con que el autor conozca de forma certera que su conducta defraudatoria determinará, de forma segura, un elevado resultado de perjuicio patrimonial para la Hacienda Pública¹²⁷. Por último decir, que esta postura doctrinal goza de un amplio apoyo jurisprudencial, donde entre otras, podemos señalar las siguientes sentencias: STS de 2 de marzo de 1988 (RJ 1520), STS de 9 de marzo de 1993 (RJ 2547), STS de 24 de febrero de 1993 (RJ 1993/1530), STS de 25 de febrero de 1998 (RJ 1193), STS de 29 de septiembre de 2000 (RJ 9251/2000) o STS 26 de octubre de 2002 (núm. Recurso 3510/2002)¹²⁸.

IV. SUJETO ACTIVO DEL DELITO

A la primera de las cuestiones que en este plano debemos de enfrentarnos es, al hecho de si estamos ante un delito común, o en cambio, es un delito especial, y más concretamente, un delito especial propio.

1-. DELITO COMÚN

¹²⁷ MORALES PRATS, F, "Título XIV. De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social" en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Op. Cit. p. 1058.

¹²⁸ Esta última sentencia (STS de 26 de octubre del 2002) es sumamente clarificadora, ya que enuncia los principales aspectos que progresivamente he ido plasmando en este trabajo. Y que concretamente dice lo siguiente: *"El tipo previsto en el art. 305 CP es de naturaleza patrimonial y además de resultado, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria. La conducta típica, por acción u omisión, exige eludir el pago de tributos, entre otros supuestos siempre que la cuantía defraudada "exceda de los quince millones de pesetas", de forma que dicho resultado se erige en elemento objetivo del tipo"*.

Esta tesis considera al delito fiscal como un tipo común que puede ser cometido por cualquier persona, no siendo necesario que ostente la cualidad de deudor tributario. Asimismo, dentro de esta línea, podemos distinguir dos variantes. La primera basada principalmente en la propia redacción del art. 305 la cual no hace referencia alguna al deudor tributario. La segunda, fundamentada en el hecho de que cualquier persona que esté en condiciones fácticas puede cometer una defraudación¹²⁹.

En la primera vertiente encontramos a autores como PEREZ ROYO o SIMÓN ACOSTA¹³⁰, los cuales vienen a decir, que el delito fiscal es cometido por todo aquel que defraude a la Hacienda Pública, y puesto que el tenor literal del art. 305 CP no establece ninguna referencia, ya sea esta expresa o implícita al autor, cabe concluir por estos autores que no se está en presencia de un delito especial.

Con otras palabras, los defensores de la consideración de este delito como un delito común, con carácter general, basan su tesis en aspectos gramaticales, es decir, el tenor literal del art. 305 CP no establece con carácter explícito que este delito sólo pueda ser llevado a cabo por los obligados tributarios, por lo tanto, al no decir nada al respecto, no puede inferirse que terceras personas que carezcan de tal consideración no puedan ser autores

¹²⁹ MARTINEZ, I, *“El delito fiscal como delito común: Análisis del nuevo art. 305.6. A la vez un comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2003 y 8 de abril de 2008”* en Revista general de Derecho Penal, nº20, 2013, p. 9.

¹³⁰ Sobre este particular vid. las siguientes obras:

- PEREZ ROYO, F, en *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid, IEF, 1996, p. 723.
- SIMÓN ACOSTA, E, en *El delito de defraudación tributaria*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 38.

de dicho delito, a pesar de que para su comisión sea expresamente necesaria la existencia de una relación jurídico-tributaria. No existiendo por lo tanto así, tal y como afirma MORALES PRATS, una restricción a la potencial esfera de autores¹³¹.

Sin embargo, como defensores de la segunda tesis, tal y como señala IKER MARTINEZ, encontramos a autores como RODRIGUEZ MOURULLO y FEIJÓ SANCHEZ, los cuales consideran que puede defraudar quien esté en condiciones fácticas de hacerlo, de tal manera, que el delito no solo podría ser cometido por los contribuyentes o los favorecidos por las ventajas fiscales, sino también por toda clase de personas (por ejemplo; funcionarios o asesores fiscales) que den consejos fraudulentos¹³².

2-. DELITO ESPECIAL PROPIO

Sin embargo, la doctrina mayoritaria, en la que entre otros muchos autores se sitúan MORALES PRATS o MARTINEZ BUJÁN, califican este delito como un delito especial propio, pues solo puede ser autor del mismo el obligado tributario. Ambos autores vienen a decir que, el delito de fraude fiscal lleva aparejado un deber jurídico que sólo puede ser incumplido por su titular, puesto que se trata de un deber que es personal, propio e intransferible. De tal manera que, la cualidad de obligado tributario es

¹³¹ MORALES PRATS, F, "Título XIV, De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social" en *Comentarios a la parte especial del derecho penal, Op. Cit.* p. 1045.

¹³² MARTINEZ, I, "El delito fiscal como delito común: Análisis del nuevo art. 305.6. A la vez un comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2003 y 8 de abril de 2008" en *Revista general de Derecho Penal, Op. Cit.* p. 10.

determinante y en caso de faltar, determina la atipicidad del hecho¹³³.

Es de destacar, que la jurisprudencia también confirma esa tesis, pues, por ejemplo, la STS 1/1997, de 28 de octubre, relativa al caso "Filesa" configura al delito fiscal de la siguiente manera: *"Es un delito de "primera mano" porque solo puede ser sujeto activo del mismo el que sea directamente obligado tributario o deudor del impuesto o el que malgaste el beneficio fiscal obtenido pero nunca un tercer"*¹³⁴.

Pero, **¿Quién o quiénes son obligados tributarios?** Para responder a esta cuestión debemos estar a lo dispuesto en el art. 35 LGT el cual establece que los obligados tributarios son aquellas personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Y entre otros, destacan como obligados tributarios; los contribuyentes, los sustitutos del contribuyente, los obligados a realizar pagos fraccionados, los retenedores, los sucesores o los beneficiarios de una exención, devolución o bonificación tributaria, cuando no tengan la condición de sujetos pasivos.

¹³³ Sobre este particular vid. las siguientes obras:

- MARTINEZ BUJÁN, C, en *El delito fiscal*, Madrid, Montecorvo, 1982, p. 29.
- BERTRÁN GIRÓN, F, "Capítulo II. Estructura del tipo" en *Manual de delitos contra la Hacienda Pública, Op Cit.* p. 116.

¹³⁴ En este mismo sentido también encontramos sentencias tales como: STS de 25 de septiembre de 1990 (RJ 1990/7238), STS de 24 de febrero de 1993 (RJ 1993/1530), STS de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996/3838), STS de 28 de octubre de 1997 (RJ 1997/7843) y STS de 30 de abril del 2003 (RJ 2003/3085), lo que da lugar a la creación de un criterio jurisprudencialmente consolidado que entiende este delito como especial propio.

3-. BREVE MENCIÓN A LA POSICIÓN DEL *EXTRANEUS* COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO

El *extraneus* es aquella persona que participa en la comisión de un delito especial propio¹³⁵ careciendo de las cualidades suficientes para ser considerado autor del delito, y en concreto, en los delitos contra la Hacienda Pública, serían considerados *extraneus* quienes participaran en la comisión del ilícito sin ser titulares de la relación jurídico-tributaria.

Tal y como establece BLANCO CORDERO, el *extraneus* que interviene en la ejecución del hecho delictivo defraudatorio ha de ser considerado como partícipe¹³⁶ del delito ya que no es el sujeto

¹³⁵ Antes de continuar, se hace necesario diferenciar entre un delito especial propio y un delito especial impropio, pues ello es de vital importancia para la determinación de la participación del *extraneus* en la comisión del ilícito.

Así, los **delitos especiales propios** se distinguen porque la cualidad especial exigida al sujeto por el precepto penal es determinante o esencial para la existencia del delito. Estos delitos no poseen correspondencia alguna con un delito común, esto es, con un comportamiento idéntico al realizado a título de autor por una persona que no cuenta con la calidad especial requerida. En consecuencia, faltando en el autor la calidad exigida, el hecho será atípico, beneficiando de tal forma a autores y partícipes. Sin embargo, **los delitos especiales impropios** se caracterizan porque la cualidad especial solo atenúa o agrava la pena del autor, existiendo una correspondencia fáctica con un delito común, que es el que cometería el autor en el supuesto de no poseer la cualidad personal exigida. (FERRÉ OLIVÉ, J C, en *Autoría y delitos especiales*, pp. 1015-1015. Información extraída del siguiente enlace web: <http://www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/52.pdf>)

¹³⁶ Es de destacar, que la participación se rige por dos presupuestos o principios. Por un lado, el principio de unidad del título de imputación, según el cual, pese a la pluralidad de personas que intervienen en el delito todos los partícipes responderán por el mismo título de imputación que su autor. Y por otro lado, por el principio de accesoriedad, en base



activo idóneo para cometerlo, por lo que no podrá ser sancionado a título de autor o coautor de la defraudación tributaria. A pesar de que autores como BAJO FERNANDEZ Y SUAREZ GONZALEZ¹³⁷ estiman que no es admisible la participación de un *extraneus* en un delito contra la Hacienda Pública¹³⁸.

Especial mención requiere el hecho de que se ha convertido en un criterio jurisprudencialmente consolidado la posibilidad de participación de terceras personas (*extraneus*) en la comisión de estos delitos. Y tan solo la SAP de Madrid de 25 de septiembre de 1998 (ARP 1998/5653) se ha pronunciado en contra de admitir como partícipes de un delito de fraude fiscal a aquellos quienes no ostentan la titularidad de la relación jurídico-tributaria (*extraneus*).

En todo caso destacar, que los casos más frecuentes de participación en la comisión de delitos de carácter económico en general, y del delito fiscal en particular, es el del testafarro y el del asesor fiscal. En el caso del **testafarro**, aunque podrá ser

al cual el partícipe no puede ser castigado de forma autónoma, sino sólo si existe un hecho antijurídico por parte del autor (DE VICENTE MARTINEZ, R. "Tipos de autoría y tipos de participación" en DEMETRIO CRESPO, E (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo II. Teoría del delito*, Madrid, Iustel, 2011, p. 219).

¹³⁷ Estos autores, según BLANCO CORDERO, basan su posición en el hecho de que el *extraneus* que interviene en el fraude fiscal del sujeto pasivo tributario (*Intraneus*) debe responder, no como partícipe en el delito contra la Hacienda Pública, sino por los delitos comunes que pueda haber cometido, tales como falsedad documental, estafa, etc. Esta es la denominada teoría de la ruptura del título de imputación.

¹³⁸ BLANCO CORDERO, I, "*Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*" en Eguzkilore, nº14, San Sebastián, 2000, pp. 11-12. (Enlace web: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2174322/02+Blanco,%20Isidoro.pdf>).

acusado como cooperador necesario, generalmente lo será a título de cómplice, tal y como sucede por ejemplo, en la SAP de Barcelona 2001/15776, de 31 de julio del 2000. Sin embargo, en lo que se refiere al **asesor fiscal**, este con carácter general se le considerará partícipe pero a título de cooperador necesario, tal y como sucede, por ejemplo, también en otra SAP de Barcelona, como es la 728/2002 de 25 de julio¹³⁹.

¹³⁹ Especial mención requiere, tal y como señala el FJ 1º de la SAP de Barcelona 142/2010, de 15 de enero (EDJ 2010/46645), la dificultad de diferenciar en muchas ocasiones la conducta del cómplice de la del cooperador necesario, en cuanto ambos cooperan a la realización del delito. La STS 1159/2004, de 28 de octubre (EDJ 2004/174158) ha señalado esta cuestión, y además ha aclarado que *“existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la “condictio sine qua non”), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil e obtener de otro modo (teoría del dominio del hecho)”*. Y la STS 458/2003, de 31 de marzo (EDJ 2003/6676) nos indica que la teoría del dominio del hecho sirve para diferenciar al autor de los partícipes, pero para diferenciar entre el autor por su cooperación necesaria del cómplice señala *“la eficacia de la teoría de los bienes escasos, por su practicidad y fácil comprensión; quien aporta al autor o autores un comportamiento de colaboración no fácil de conseguir, sería cooperador necesario y cómplice en caso contrario. Otra posición se aproxima más al texto literal del precepto legal: sería cooperación necesaria aquella que el autor o autores hubieran tenido en cuenta para tomar su resolución de delinquir, de modo que, de no haber contado con esa colaboración concreta, no se habrían decidido a cometer delito. El “acto sin el cual no se habría efectuado” el delito, lo refieren a ese criterio subjetivo”*.

De tal manera que, es reiterada jurisprudencia en este sentido de que lo propio de la complicidad es una participación meramente accidental, no condicionante de carácter inferior o secundario (STS de 4 de febrero de 1997 (EDJ 1997/657), STS de 8 de noviembre de 1996 (EDJ 1996/7106, y la más reciente, STS 418/2009, de 23 de abril (EDJ

V. TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE FRAUDE FISCAL

Es indiscutible por parte de la doctrina el hecho de que, el delito fiscal es un delito de carácter doloso¹⁴⁰, siendo incluso suficiente, con el dolo eventual. Ello se deduce de la expresión “defraudare”, por lo que **sólo serán punibles la acción u omisión dolosa**, quedando excluida por el tipo penal, por tanto, la imprudente¹⁴¹.

No obstante, **no existe tal unanimidad en lo que se refiere a la exigencia o no de un especial ánimo de lucro o ánimo de defraudar**. Pues mientras que un sector de la doctrina, representado por BAJO y BACIGALUPO, exigen la necesaria existencia de un particular animus *defraudandi* o voluntad de defraudar a la Hacienda Pública como elemento subjetivo del tipo.

En cambio, MARTINEZ BUJÁN es contrario a la exigencia de dicho elemento subjetivo del injusto como un plus añadido al dolo, y ello se debe a que no se puede inferir ni del tenor literal del precepto, ni de su configuración normativo-estructural. Es de

2009/82801) que señala *“como elemento diferenciador en el cooperador necesario su aporte es muy relevante para el éxito de la operación, en tanto que el cómplice presta una colaboración ciertamente eficaz pero accesoria y por tanto prescindible”*.

¹⁴⁰ El dolo se define como la conciencia o conocimiento y la voluntad por parte del sujeto activo de la realización de los elementos del tipo objetivo. Es de destacar, que cada uno de los delitos tiene su propio dolo que exige que el sujeto conozca y quiera cada uno de los elementos que componen el tipo objetivo de que se trate. (MATALLANES RODRIGUEZ, N, “El tipo doloso de la acción” en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo II. Teoría del delito, Op. Cit.* pp. 113-114).

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE, F, “Capítulo XLIII: Delitos contra la Hacienda Pública...” en *Derecho penal parte especial, Op. Cit.* p. 1060.

destacar, que parte de la jurisprudencia se incardina en esta segunda postura, pues la SAP Navarra 152/2008 de 22 de octubre (EDJ 2008/372526) en su fundamento jurídico segundo dice lo siguiente: *“Para la percepción del elemento subjetivo del tipo del injusto del delito fiscal no es preciso un particular ánimo defraudatorio distinto del dolo o equiparable con carácter exclusivo a un dolo intencional, sino que, como viene afirmando la mejor doctrina y jurisprudencia (STS de 10 de noviembre de 1993 EDJ: 1993/10121) basta con la presencia de un dolo de defraudar, del que en absoluto es excluible la modalidad de dolo eventual, bastando entonces con un conocimiento de la alta probabilidad de que las acciones o emisiones realizadas conllevaría a una actividad defraudatoria y la asunción por parte del sujeto de esa probabilidad, no es por tanto, en suma, una especial intención de defraudar lo que ha de probarse, sino que para considerar concurrente el dolo del art. 305 CP, bastará con que pueda inferirse un conocimiento seguro o muy probable del agente de los elementos del ilícito penal”.*

VI. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE REALIZACIÓN

La determinación del momento en el que efectivamente se entiende consumado el delito de fraude fiscal es de suma importancia, pues de la fijación de este concreto momento no solo depende el cómputo del *dies a quo* de la prescripción sino que también de él depende en cierta medida la posibilidad de regularizar la situación tributaria.

1-.POSICIONES DOCTRINALES RELATIVAS AL MOMENTO DE CONSUMACIÓN DEL ILÍCITO

A) Posición doctrinal I: La consumación tiene lugar al liquidarse la cuantía defraudada.

Dentro de esta posición doctrinal, se diferencian a su vez las siguientes dos teorías:

- **Teoría que entiende necesaria la liquidación definitiva de la deuda tributaria**, donde podemos encuadrar a autores tales como LAMARCA PÉREZ, BAJO FERNANDEZ y BACIGALUPO¹⁴², los cuales avalan su postura en la necesidad de que la deuda tributaria sea, conforme a los arts. 120 y ss. LGT, vencida, líquida y exigible, así establecen como requisito necesario para que se tenga por consumado el delito la necesidad de que la administración tributaria haya procedido a notificar al obligado tributario la existencia de una deuda, no admitiendo así la consumación en ningún momento anterior.

No obstante, según TORRES GELLA, esta teoría debe decaer por los siguientes motivos¹⁴³:

- o El perjuicio patrimonial para la Administración se produce de facto mucho antes de la mera determinación por la AEAT de la cuantía defraudada.
- o Si se admitiera, se estaría retrasando el momento consumativo en exceso que podría conllevar la prescripción penal del delito.
- o Retrasar la consumación conllevaría la inaplicación práctica de la regularización tributaria.

¹⁴² Sobre este particular, vid. las siguientes obras:

- LAMARCA PÉREZ, C, *“Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública”* en Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, nº 178, 1985, pp. 794-795.
- BAJO, M y BACIGALUPO, S, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Centro de Estudios Ramón Arces, SA, 2000, p. 88

¹⁴³TORRES GELLA, F J, “Capítulo IV. Iter criminis. Determinación del momento consumativo. Formas imperfectas de realización” en GARCÍA TIZÓN LÓPEZ, A (Dir.) y BAL FRANCÉS, E (Coord.), *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Navarra, Aranzadi, 2008, pp. 275-276.

- **Teoría que admiten cualquier liquidación provisional realizada por la Hacienda Pública para la consumación del delito fiscal.** Cómo defensor de esta teoría encontramos a PEREZ ROYO¹⁴⁴ y que básicamente parte de entender que en aquellos casos de ausencia u omisión de autoliquidación por parte del obligado tributario, el delito se entiende consumado cuando la Administración Tributaria procede a comunicar al mismo la liquidación provisional de sus tributos.

Es de destacar que esta doctrina que establece como momento consumativo aquel en el cual se produce la liquidación de la cuantía defraudada, ha sido rechazada no solo por el TS en la STS de 9 de febrero de 1991 (RJ 1991/5210), ¹⁴⁵sino también por la FGE en la Consulta 4/1997¹⁴⁶.

¹⁴⁴ PEREZ ROYO, F, *“El pago de la deuda tributaria”* en Revista Española de Derecho Financiero, nº 6, 1975, p.281.

¹⁴⁵ En concreto, esta STS de 9 de febrero de 1991 (RJ 1991/5210) el TS dice lo siguiente: *“[...] De acuerdo con el motivo quinto del recurso, la consumación del delito fiscal exige una liquidación definitiva por parte de la Hacienda Pública [...]. El delito se consumó por haber transcurrido 20 días de cada vencimiento trimestral del tributo, durante 1985, de acuerdo con el art. 6 del Real Decreto 388/85, de 15 de marzo. No es la liquidación la que consume el delito [...]”*.

¹⁴⁶ La FGE en la circular 4/1997 menciona como motivos de oposición a esta teoría los siguientes:

- La tesis de que el delito todavía no se ha consumado cuando el sujeto regulariza plantearía enormes problemas: de dejaría la consumación al albur de un hecho ajeno al sujeto activo cual es la producción de cualquiera de los supuestos que cierran la posibilidad de una regularización y se haría imposible la

B) Posición doctrinal II: Consumación en función del momento en el cual se produce el perjuicio patrimonial

En segundo lugar, encontramos aquellas teorías que consideran que **la consumación tiene lugar en el concreto momento en el cual se produce el perjuicio a la Hacienda Pública**. Como defensores de esta posición doctrinal encontramos, entre otros a autores tales como: RODRIGUEZ MOURILLO y SUAREZ GONZALEZ, MORAL GARCÍA o DE LA CUESTA¹⁴⁷.

prescripción del delito fiscal al no consumarse hasta que las actuaciones se dirigieran contra el culpable (Apartado II. p. 3)

- La conducta regularizadora no gozaría de la verdadera naturaleza jurídica de excusa absolutoria, sino que operaría como desistimiento voluntario puesto que el delito efectivamente aún no se ha consumado cuando el sujeto procede a poner en orden su situación tributaria con la Administración.

¹⁴⁷ Sobre este particular, vid. las siguientes obras:

- RODRIGUEZ MOURILLO, G y SUAREZ GONZALEZ, C, en RODRIGUEZ MOURILLO y BARREIRO, J (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, 1997, p. 876.
- DEL MORAL GARCÍA, A, en *Tomo II. Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, 2002, p. 1987.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J L, "El fraude en materia de ingresos de la U.E", en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 1202.

Es de destacar, que esta teoría parte del principio penal según el cual, la consumación debe entenderse producida cuando tiene lugar la realización del tipo siendo el perjuicio inevitable por parte del sujeto. Es decir, mientras que el sujeto, en la realización del *iter criminis*, pueda evitar el resultado típico con un acto contrario, cabe apreciar el desistimiento¹⁴⁸ recogido en el art. 16.2 CP¹⁴⁹.

De tal manera que el momento consumativo dependerá de la modalidad típica de comisión ante la que nos encontremos, así podemos diferenciar los siguientes momentos consumativos:

- **Elusión del pago de tributos o de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener:** Dentro de esta modalidad a su vez, debemos de distinguir entre los tributos que requieren una autoliquidación (IVA, IRPF o IS) y aquellos que requieren una liquidación por parte de la Administración (ISD).

Con respecto a aquellos que requieren una autoliquidación debemos de decir, que la consumación tendrá lugar cuando una vez llegada la concreta fecha de vencimiento y pago, el obligado tributario no haya procedido a realizar dicho pago, con independencia de que haya presentado una

¹⁴⁸ En lo que al desistimiento se refiere, resulta sumamente clarificadora la STSJ de Extremadura de 29 de enero de 1998 (ARP 1998/830) cuando dice lo siguiente: "*La consumación se produce cuando no se ingresa el importe de la deuda dentro del plazo señalado al efecto. La mera presentación de la declaración inexacta antes de la conclusión del plazo reglamentario para presentar la autoliquidación no constituiría un delito consumado, pues éste requiere que el sujeto haya perdido la posibilidad de revocación de lo actuado, por ejemplo, mediante la presentación de una declaración complementaria*".

¹⁴⁹ TORRES GELLA, F J, "Capítulo IV. Iter criminis. Determinación del momento consumativo. Formas imperfectas de realización" en *Manual de delitos contra la Hacienda Pública, Op. Cit.* p. 278.

liquidación incorrecta o directamente no hubiera presentado la misma¹⁵⁰.

Sin embargo, en el plano de los tributos que tienen que ser liquidados por la Administración, podemos diferenciar dos casos:

- o **Si no se presentó declaración** el delito se consuma con la finalización del plazo para presentar la misma.
- o **Si se presentó una declaración errónea**, el perjuicio se entenderá causado cuando el plazo de pago de la misma hubiera terminado.

Por último, y en lo que se refiere a las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener, debemos de decir, que también en este caso, el delito se entenderá consumado cuando finalice el plazo de presentación de la declaración.

- **Obtención indebida de devoluciones:** Tal y como afirma SANZ DIAZ-PALACIOS, para entender producido el perjuicio a la Hacienda Pública y, en definitiva, consumado el delito, se exige un acto expreso de la Administración

¹⁵⁰ Ha existido un debate doctrinal acerca del diferente momento de consumación en función de que la autoliquidación no se hubiera presentado (omisión) o en el caso de que su presentación fuera errónea. No obstante, el TS, de una manera tajante en las STS de 26 de julio de 1999 (RJ 1999/6685) y la STS de 6 de noviembre de 2000 (RJ 200079271) ha establecido de forma consolidada lo siguiente: *"Tanto en los supuestos de omisión total, por no presentar declaración tributaria alguna, como en los de omisión parcial, por presentar una declaración en la que se omiten determinados ingresos, lo relevante penalmente es la omisión, es decir, la elusión del pago del impuesto [...] En consecuencia no cabe establecer diferencia alguna en cuanto al momento consumativo en los supuestos de tributos con autoliquidación"*.

Tributaria reconociendo el derecho a la devolución y que tenga lugar el correspondiente desplazamiento patrimonial. A juicio del TS manifestado en el FJ 12º de la STS 17/2005, de 3 de febrero, el delito en estos casos se entiende consumado “*cuando se produce, efectivamente, la fraudulenta devolución dineraria*”¹⁵¹

- **Disfrute indebido de beneficios fiscales:** El delito se consuma cuando se ha eludido el pago de una cantidad que ha sido bonificada de forma indebida, y no cuando se ha inducido a la Administración en un error o no se ha omitido la obligación de despejar tal error, relativo en todo caso, a las circunstancias que legitiman la obtención del beneficio fiscal en cuestión¹⁵².

2-. FORMAS IMPERFECTAS DE REALIZACIÓN

La admisión o no de la existencia de formas imperfectas de realización de este delito dependerá de si lo consideramos como un delito de resultado material o en cambio, entendemos que la citada cuantía de 120.000 € es una condición objetiva de punibilidad.

El hecho de entenderlo como un **delito de resultado material**, siempre y cuando el perjuicio patrimonial para el Erario

¹⁵¹ SANZ DIAZ-PALACIOS, J A, “2. Consideraciones previas: La consumación y la prescripción penal en la obtención indebida de devoluciones tributarias” en *La consumación y la prescripción penal en la obtención indebida de devoluciones en materia de IVA (Una “foto fija” a propósito del proyecto de Ley Orgánica publicado el 7 de septiembre de 2012)*, p.2. (Información extraída del siguiente enlace web: https://investigacion.uclm.es/documentos/fi_1373036714-penal.pdf).

¹⁵² TORRES GELLA, F J, “Capítulo IV. Iter criminis. Determinación del momento consumativo. Formas imperfectas de realización” en *Manual de delitos contra la Hacienda Pública, Op. Cit.* p. 284.

Público supere los 120.000€, lleva aparejado la posibilidad de admitir la existencia de formas imperfectas de realización, o lo que es lo mismo, la tentativa¹⁵³.

Sin embargo, si consideramos que en el delito de fraude fiscal, los 120.000€ funcionan como una **condición objetiva de punibilidad**, debemos considerar como típica antijurídica y culpable cualquier conducta defraudatoria aunque no superara dicha cantidad, pero con la salvedad de que sólo serían punibles aquellas conductas defraudatorias que efectivamente superaran los 120.000€. No obstante, el hecho de no aceptar en este caso la existencia de formas imperfectas de realización, no quiere decir que queden completamente impunes los actos "previos" a la consumación del mismo¹⁵⁴.

3-. DELITO CONTINUADO DE FRAUDE FISCAL

En primer lugar debemos de decir, que el delito continuado se caracteriza por recoger un mayor contenido de injusto derivado de la constatación de una comisión sucesiva y reiterada de conductas que agreden a un mismo bien jurídico de carácter patrimonial, bajo un único dolo y aprovechando idénticas circunstancias¹⁵⁵.

¹⁵³ La tentativa se encuentra descrita en el art. 16 CP, y en concreto, el apartado 1 de dicho artículo dice lo siguiente: "*Existe tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente o por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes a la voluntad del autor*".

¹⁵⁴ TORRES GELLA, F J, "Capítulo IV. Iter criminis. Determinación del momento consumativo. Formas imperfectas de realización" en *Manual de delitos contra la Hacienda Pública, Op. Cit.* p. 292.

¹⁵⁵ DE VICENTE MARTINEZ, R, "Unidad y pluralidad de delitos" en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo II. Teoría del delito, Op. Cit.* p. 419.

El criterio mayoritario de la doctrina y que a su vez se encuentra avalado por el TS, tal y como establece el Observatorio del Delito Fiscal de la Agencia Tributaria, en su primer informe realizado en Diciembre de 2006, gracias al Convenio de 30 de junio de 2005 entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Secretaria de Estado de Justicia en materia de prevención y lucha contra el fraude fiscal¹⁵⁶, *"es contrario a la apreciación del delito continuado en el tipo penal del delito fiscal no sólo porque la singularidad de cada impuesto es un obstáculo para la elusión del pago que se produzca en un tributo pueda unirse con la de otro tributo de distinta naturaleza, sino porque las reglas de determinación de la cuantía defraudada del apartado 2 del art. 305 CP exigen considerar el impago del impuesto correspondiente a cada periodo impositivo o declaración como un delito independiente"*.

VII. CONCLUSIONES

Del análisis de los principales aspectos de este delito de defraudación tributaria se pueden extraer como principales conclusiones al respecto, las siguientes:

- I. El criterio del bien jurídico protegido es de suma importancia para poder calificar a un delito como económico o socioeconómico. En el delito de defraudación a la Hacienda Pública que ha sido objeto de estudio,

¹⁵⁶ Observatorio de Delito Fiscal de la Agencia Tributaria, *Convenio de 30 de Junio de 2005 entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Secretaría de Estado en Justicia en materia de prevención y lucha contra el fraude fiscal*, Primer Informe, Diciembre de 2006, p.15. (Información extraída del siguiente enlace web: http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_institucional/Campanias/Plan_preveccion_del_fraude_fiscal/observatorio_es_es.pdf).



inicialmente se consideró como bien jurídico protegido la fe pública, posteriormente, el deber de lealtad que el Estado exige al ciudadano, para finalmente, ser admitido de forma unánime, como bien jurídico protegido el Erario Público. Con respecto a la consideración del Erario Público existen dos teorías o posiciones doctrinales; Por un lado encontramos las tesis funcionales, que determinan como objeto de protección la “función tributaria”. Y por otro lado, encontramos las tesis de orientación patrimonial, que abogan por la consideración como bien jurídico protegido el interés patrimonial de la Hacienda Pública, siendo así esta última, la tesis dominante, no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia.

- II. Un requisito imprescindible para poder hablar un delito de fraude fiscal o defraudación tributaria, es la necesaria existencia de una relación jurídico-tributaria entre la Hacienda Pública y el obligado tributario, es decir, es necesario que el obligado tributario tenga la obligación de retener, pagar o ingresar un determinado impuesto u obtenga o disfrute de devoluciones o beneficios fiscales, siendo estas conductas las modalidades típicas de comisión de este ilícito

No obstante, la conducta típica castigada por el art. 305 CP consiste en defraudar ya sea por acción o por omisión a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local. Configurándose así el engaño como un requisito indispensable para que una conducta sea constitutiva del delito en cuestión, de tal manera, que si no media tal engaño, como máximo la conducta será constitutiva una infracción administrativa.

En lo que se refiere al tipo agravado, debemos de decir, que se trata de un tipo mixto alternativo, y que se vio reformado por la LO 7/2012 al trasladar esta ley las

agravantes antes contenidas dentro del apartado 1 del art. 305 al nuevo art. 305 bis CP.

Dichas agravantes son un total de tres, y bastará con que concurra una sola de ellas, para que pueda proceder a aplicarse este subtipo.

- III. Como bien sabemos, y así ha quedado meridianamente claro a lo largo del trabajo, nos encontramos en un ámbito del ordenamiento jurídico donde concurren con suma frecuencia el derecho administrativo-tributario y el derecho penal, por lo que se hace necesaria delimitar el campo de aplicación de una y otra rama del ordenamiento. Pues bien, esta delimitación viene siendo realizada por la exigencia legal del precepto 305 CP que sitúa en 120.000€ el resultado típico de perjuicio patrimonial, para que una conducta sea constitutiva de un delito. Es decir, si la cuantía defraudada es inferior a esta cantidad, la conducta será constitutiva de una infracción de carácter administrativo, y si se supera, entraría dentro del campo de actuación del derecho penal.

La doctrina debate acerca de su naturaleza jurídica, pues mientras que un sector la configura como una condición objetiva de penalidad, otro sector sostiene que en realidad se trata de un elemento del tipo, siendo este último el sector mayoritario.

- IV. Estamos en presencia de un delito especial propio o, como también ha sido definido por la jurisprudencia, de propia mano, ello básicamente significa que sólo puede ser cometido por aquel que tenga la consideración de obligado tributario en base al art. 35 LGT. Sin embargo, algún sector doctrinal aboga por su consideración como un delito común.



No obstante, también es posible la participación de terceras personas (*extraneus*) que carezcan de la posición de obligados tributarios. Los casos más frecuentes de esta modalidad de participación son los realizados por los asesores fiscales y por los testaferros. En todo caso, estos *extraneus* responderán a título de partícipe en la comisión de un delito, ya sea como coautor, inductor, cooperador necesario o cómplice

Es de destacar, que se trata de un delito doloso, que admite incluso el dolo eventual. Sin perjuicio de la existencia de un debate doctrinal acerca de la exigencia o no de un *animus defraudandi* o animo de defraudar, el cual, considero personalmente que sí que debe de existir, pues la conducta típica consiste precisamente en eso, en defraudar mediante la utilización del engaño.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GALLO, J, *El delito fiscal tras la LO 7/2012*, Actualidad jurídica Uría Méndez, Nº34, 2013.

BAJO FERNANDEZ, M, *El Tribunal Supremo y la prescripción del delito fiscal*, Revista jurídica de la Universidad autónoma de Madrid, Nº8, 2003.

BAJO, M y BACIGALUPO, S, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Centro de Estudios Ramón Arces, SA, 2000

BAJO, M y BACIGALUPO, S, *Derecho penal económico*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Arces, S.A. 2001.

BAZA FERNANDEZ, M^aL, *El delito fiscal: Particular referencia al art. 305 CP*, Tesis doctoral dirigida por Antonio García-Pablos de Molina, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.

BLANCO CORDERO, I, "*Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*" en Eguzkilore, nº14, San Sebastián, 2000. (Enlace web: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2174322/02+Blanco,%20Isidoro.pdf>). (Contenido revisado el día 8 de febrero del 2016)

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J L, "El fraude en materia de ingresos de la U.E", *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, 2001.

DEL MORAL GARCÍA, A, (Coord.) en *Tomo II. Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, 2002.

DEMETRIO CRESPO, E (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo II. Teoría del delito*. Madrid, Iustel, 2011.

ECHEVARRÍA RAMIREZ, R, "*Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria*" en *Revista de ciencia penal y criminológica*, N°16-04.

FERRÉ OLIVÉ, J C, en *Autoría y delitos especiales*. Información extraída del siguiente enlace web: <http://www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/52.pdf> (Contenido revisado el día 8 de febrero del 2016).

FERRÉ OLIVÉ, J C y ANARTE BORRALLA, E (Eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones Universidad de Huelva, 1999.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta 4/1997, de 19 de febrero, sobre la extensión a terceros partícipes de los efectos de la regularización fiscal.



GARCIA TIZÓN LÓPEZ, A (Dir.) y BAL FRANCÉS, E (Coord.), *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2004.

GARCÍA TIZÓN LÓPEZ, A (Dir.) y BAL FRANCES, E (Coord.), *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*. Navarra, Aranzadi, 2008.

LAMARCA PÉREZ, C, "*Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública*" en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nº 178, 1985.

LOPEZ MUÑOZ, J, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Madrid, Dykinson, 2015.

MARTINEZ, I, "*El delito fiscal como delito común: Análisis del nuevo art. 305.6. A la vez un comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2003 y 8 de abril de 2008*" en *Revista general de Derecho Penal*, nº20, 2013.

MARTINEZ BUJÁN, C, *El delito fiscal*, Madrid, Montecorvo, 1982.

MARTINEZ BUJÁN, C, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

OBSERVATORIO DE DELITO FISCAL DE LA AGENCIA TRIBUTARIA, *Convenio de 30 de Junio de 2005 entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Secretaría de Estado en Justicia en materia de prevención y lucha contra el fraude fiscal*, Primer Informe, Diciembre de 2006. Disponible en el siguiente enlace web:

http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_institucional/Campañas/Plan_prevenion_del_fraude_fiscal/observatorio_es_es.pdf.

(Contenido revisado el día 8 de febrero del 2016.

PEREZ ROYO, F, *“El pago de la deuda tributaria”*, Revista Española de Derecho Financiero, nº 6, 1975.

PEREZ ROYO, F, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid, IEF, 1996.

PUENTE ABA, L M (Coord.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) y MORALES PRATS, F (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

RODRIGUEZ MOURILLO, y BARRERIRO, J (Dir.) en *Comentarios al Código penal*, Civitas, 1997.

SANZ DIAZ-PALACIOS, J A, *La consumación y la prescripción penal en la obtención indebida de devoluciones en materia de IVA (Una “foto fija” a propósito del proyecto de Ley Orgánica publicado el 7 de septiembre de 2012)*. Información extraída del siguiente enlace web:
https://investigacion.uclm.es/documentos/fi_1373036714-penal.pdf.

SIMON ACOSTA, E, *El delito de defraudación tributaria*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

TERRADILLOS BASOCO, J M (Coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo IV. Derecho penal parte especial (Derecho penal económico)*. Madrid, Iustel, 2012.

PÁGINAS WEB.

<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/tiposalternativos.htm>
I. (Contenido revisado el día 8 de febrero de 2017).

SECCION INTERNACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“MERCADOS PÚBLICOS: EVALUAR O NO EVALUAR EL RENDIMIENTO DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS, ESA ES LA CUESTIÓN”

D. Luís Valadares Tavares

Profesor catedrático emérito, Sistemas y Gestión, Universidad de Lisboa, Instituto Superior Técnico, Presidente de la APMEP (Associação Portuguesa de Mercados Públicos, www.apmep.pt) y del OPET (Observatório de Prospectiva da Engenharia e da Tecnologia, www.opet.pt).

Consultor de VORTAL y Coordinador de Academia VORTAL

RESUMEN

La moderna evolución de la contratación pública se orienta, no solo por el respeto por la aplicación de las normas legales, sino también siguiendo el paradigma del “Value for Money”, esto quiere decir que se intenta alcanzar los mejores resultados a partir de los recursos públicos gastados, lo que implica no solo la mejora en la creación de los contratos públicos, sino también en su ejecución. Es por esto, por lo que las nuevas directivas de la UE fueron aprobadas en 2014, dando especial importancia al concepto del rendimiento contractual y de su evaluación, incluyendo un nuevo capítulo sobre “Contract performance” y

permitiendo la no autorización por parte del operador económico en función del pasado “bad performance”.

Todavía, la evaluación del rendimiento del contratante en la ejecución de los contratos públicos, ha levantado múltiples dificultades, por lo que en este artículo el autor propone una metodología para su aplicación, permitiéndose de esta forma, nuevos desarrollos innovadores y a los que muchos podrán contribuir para mejorar el nivel de eficiencia alcanzado y que se basan en el llamado abordaje al “performance based contracting”, la cual ha sido aplicada con éxito en diferentes sectores.

ABSTRACT

Modern public procurement gives special attention not just to legal compliance but also to fulfill the principle of “Value for Money” making sure that public resources are spent maximizing the achieved outcomes.

This explains why the new directives of public procurement approved on 2014 enhance the importance of not just forming public contracts according to the principles of the EU but also to achieve high levels of performance of contracts through a new chapter on “contract performance” and including new provisions for exclusion of economic operators based on past bad performance.

However, the evaluation of contract performance has been meeting multiple obstacles and shortcomings and therefore the author presents in this paper a methodology to apply it allowing innovative developments such as the approach based on “performance based contracting” which has been used successfully in multiple sectors

PALABRAS CLAVES

Evaluación del rendimiento; “value for money”; performance based contracting; riesgo de incumplimiento, indicadores de evaluación

KEYWORDS

Performance evaluation; “value for money”; performance based contracting; execution risk, evaluation scoreboard

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. Evaluar: ¿para qué?

II. ¿CÓMO EVITAR LA “FUGA” DE LOS RESULTADOS DEBIDO A LOS RECURSOS?

III. ¿CÓMO CREAR EL PANEL DE INDICADORES DE EVALUACIÓN DE RENDIMIENTO?

IV. ¿CÚAL ES EL CUADRO LEGAL?

V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La motivación para la propuesta de las nuevas Directivas de la Comisión Europea tiene su origen en la pregunta inicial formulada a principios del 2010 por el Comisario Michel Barnier, por aquel entonces responsable por el Mercado Interno y los Servicios



Financieros: Como pueden los mercados públicos cuyo valor corresponden a un elevado porcentaje del PIB comunitario, ayudar a responder a la grave crisis surgida en 2009 y ayudar a la consecución de la estrategia EU 2020. [*Comisión Europea, 2010*]

De esta forma, se comprende que las orientaciones asumidas por las nuevas Directivas finalmente aprobadas en 2014 [*Unión Europea, 2014*] y también la metodología adoptada para su preparación en la que el autor de este breve documento colaboró y que incluye diversas actividades muy interesantes discutieron los caminos que permitirán aproximar la contratación pública a las mejores prácticas internacionales.

En este ámbito se han realizado encuentros y debates con grandes compradores privados de diversos sectores (industrias alimenticias, automovilísticas, etc.) con el fin de identificar las similitudes y diferencias, siendo evidente que una de las principales diferencias residía en el problema de evaluar el rendimiento ("Performance Evaluation") entendiendo esta evaluación como una comparación basada en indicadores objetivos y medibles ("Performance Scoreboard" o "Panel de Indicadores de Rendimiento") – entre los resultados obtenidos por el contratante y las metas previamente fijadas y asumidas, las cuales deben quedar reflejadas obligatoriamente en los pliegos. En verdad, en el mundo empresarial es casi impensable calificar o contratar, en procedimientos rápidos basados en invitaciones, procedimientos competitivos más largos y complejos, sin que se consideren los paneles referidos, verificándose su estandarización por la industria, por lo que se puede generalizar el uso del "benchmarking", el cual se debe traducir por "comparación de los resultados obtenidos con resultados considerados como buenas prácticas de referencia".

Este debate ha tenido influencia en las nuevas Directivas, empezando por el propio título de la Directiva 2014/24/EU, el cual

en la versión del lenguaje de trabajo, dejó de ser “coordination of the procedures for the award o public work contracts” (Directiva 2004/18/ EU) [*Unión Europea, 2004*] para pasar a ser “on Public Procurement”¹⁵⁷ lamentándose más este error en la versión portuguesa cuyo título paso a referirse a “contratos públicos”, expresión que en inglés corresponde a “public contracts”. La nueva Directiva incluye el Apartado IV sobre “contract performance “y, en diversas disposiciones se señala la importancia de evaluar el rendimiento (calificación, “bad performance”, etc.).

Es bien conocida la tradición de la cultura portuguesa de apreciar poco y diseminar las prácticas de evaluación del rendimiento refiriéndose a las mismas como tardías y tímidas. Las evaluaciones de rendimiento en la Función Pública y el largo y polémico viaje que el país tuvo que realizar para poder conocer la comparativa entre los resultados obtenidos en las diversas escuelas de Enseñanza Básica y Secundaria, por lo que no sorprenderá que se verifique está situación parecida en los mercados públicos, lo que justifica este breve documento.

1. Evaluar: ¿para qué?

Los objetivos de la evaluación del rendimiento de los contratantes es central, ya que si se condiciona cada aplicación a las mayores dudas de racionalización o legitimidad jurídica, esta evolución no es justificada. El autor opina que se deben considerar cuatro respuestas a esta pregunta [*Tavares, 2009*]:

¹⁵⁷ En portugués, el concepto de “public procurement” abarca “los procesos de obtención de medios externos (bienes, servicios u obras) necesarios para la búsqueda de la meta de la entidad pública contratante”.

A- Para incentivar los buenos rendimientos

En verdad, si el contratante lo sabe, desde el momento de la presentación de ofertas, en el caso de que se realice la adjudicación del contrato, su ejecución será periódicamente evaluada según el panel de indicadores constantes de los pliegos y en cuyos resultados se hará constar informaciones y documentos accesibles, por ejemplo, a través del Observatorio de los Contratos Públicos¹⁵⁸, creándose un incentivo al esfuerzo para que se ejecute el contrato de la mejor forma posible.

B- Para premiar los buenos rendimientos

La previsión de compensaciones positivas (incrementos remunerados para la mejor ejecución del contrato) o negativas (si la ejecución no fue tan adecuada) es muy importante y no debe ser confundida con cualquier sistema de sanciones que penalicen el incumplimiento de las cláusulas contractuales ya que el sistema de compensaciones al que nos referimos se aplica a situaciones en las que no ha habido ninguna violación contractual por lo que también su tratamiento jurídico es distinto. Este sistema de compensaciones permite establecer el llamado "contract based-performance" que internaliza en el propio contratante la exigencia de un buen rendimiento. Además, hay que tener en cuenta que este sistema puede permitir formular el modelo de evaluación de ofertas sin basarse en el precio propuesto, pero sí en el vector X , que representa la sensibilidad de la reducción del precio a pagar (P) frente al precio base establecido (P_b) siguiendo la fórmula:

¹⁵⁸ Este Observatorio es gestionado por el regulador de contratación pública, IMPIC (Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, www.impic.pt)

$P = Pb - X.D(i)$ en el que X es el vector lineal de los coeficientes de sensibilidad y $D(i)$ es el vector columna de las diferencias entre los objetivos de rendimiento y los niveles alcanzados.

Como es evidente, la síntesis de X en una escala podrá ser conseguida usando un modelo de agregación lineal tal como se propone en el Código de los Contratos Públicos (CCP) [Portugal, 2008] siendo el tema escogido de la correspondiente ponderación muy interesante para desarrollarlo en otro artículo.

C- Para reducir el riesgo de incumplimiento

La cuestión de minimizar y controlar el riesgo de incumplimiento en cualquier contrato es central en todo el proceso de contratación, pública o privada, ya que cualquier contrato se basa en una promesa de ejecución ("oferta") cuya ejecución es importante asegurar.

En las áreas de especialidad del autor, la Investigación Operacional y la Teoría de Sistemas, se ha desarrollado teóricamente sobre la formación y la negociación de los contratos [Tavares et al., 1996] así como sobre las consecuencias en términos de riesgo, beneficios y coste (Teoría del "Principal-Agent") [Simon, 1947] [Salanie, 1997] [inherentes a la externalización de la ejecución del objeto del contrato la cual fue profundizada por Coase [Coase, 1937] ,autor que fue distinguido con el Premio Nobel. Estos resultados demuestran que en cualquier contratación se crea un cuadro de asimetría de información y la existencia de un menor control externo por parte de los clientes ("principal") frente al contratante ("agent") por lo que es importante introducir sistemas "internos" al contrato para automatizar la compensación de cualquier distanciamiento frente a lo prometido.

El porque de la introducción de paneles de evaluación de rendimiento con base, en los cuales se puede condicionar la

función de remuneración a los resultados obtenidos, es una de las estrategias más recomendadas para mitigar el riesgo inherente, pero nunca puede ser anulable en relación a la ejecución de cualquier contrato.

D- Para cualificar a los operadores económicos

Siempre que la entidad contratante considere que la ejecución del contrato exige requisitos adicionales frente a los de calificación, se introduce una fase de cualificación que, según las nuevas Directivas pueden incluir dimensiones financieras, técnicas y profesionales, acompañando de esta forma, las buenas prácticas del sector privado.

Hay que tener en cuenta, que la "raison d'être" de esta fase no es más que reducir el riesgo de un mal rendimiento contractual, por lo que los indicadores escogidos deben ser aquellos que mejor puedan predecir el rendimiento durante la ejecución, comprendiendo de esta manera que la entidad contratante deba verificar si la dimensión financiera es suficiente, si el know-how es apropiado y si los talentos profesionales ofrecidos por el operador económico permiten aceptar que el operador económico participe en el procedimiento con un reducido y aceptable riesgo de incumplimiento.

II. ¿COMO EVITAR LA "FUGA" DE LOS RESULTADOS DEBIDOS A LOS RECURSOS CONSUMIDOS?

Tradicionalmente, en Portugal, siempre que surgen dificultades en algún sector de actividad, surge la "explicación" de que los recursos disponibles no son suficientes, casi siempre humanos, los cuales son expresados por el número de trabajadores, admitiéndose implícitamente que existe una relación determinística entre los medios y los resultados. Aunque la

evolución de la sociedad ha venido acentuando exponencialmente la importancia de otros componentes, en particular de las opciones en cuanto a los modelos de gestión, de la capacidad de dirección y liderazgo, de la potenciación de los recursos tecnológicos cada vez más diversificados e integrables o incluso de los tres principales tipos de innovación (producto, proceso y canales), la diversidad de resultados obtenidos con recursos similares, es cada vez más evidente tal y como el propio autor concluye del análisis comparativo entre los servicios públicos con el mismo objetivo y cuyo porcentaje del presupuesto afecta al propio servicio y no siendo distribuido a los beneficiarios, varía entre un 20 y un 60 %.

Esta diversidad contribuye a las desventajas de adoptar reglas de exclusión basadas en el precio global anormalmente bajo pues penalizarán la eficiencia y la innovación, entendiéndose de esta forma que la nueva Directiva 2014 haya pasado a referirse también al fundamento en “costes” siendo este plural muy importante pues permite tener en cuenta la variable de costes unitarios y matrices de costes por productos. Ejemplificando, se deberá excluir las ofertas más innovadoras a la hora de proveer redes tecnológicas de seguridad, consiguiendo mejores resultados con medios reducidos o las de restauración que abarcan una elevada calidad con alimentos básicos? Es evidente que no.

Se comprende de esta forma que el impacto negativo del CCP en los mercados públicos a la hora de diseminar la regla del precio anormalmente bajo con referencia a porcentajes fijos (!) como la principal estrategia de reducción del riesgo.

Por ello, la tendencia nacional de preferir admitir que los medios determinan los resultados también tiene presencia en la contratación pública, designado a la cualificación técnica donde se verifica la preferencia por los indicadores, no de resultados (experiencia, evaluación de contratos anteriores, etc.), pero sí por los medios (personal, equipamientos, etc.). El autor ha quedado

sorprendido por las opiniones jurídicas en este sentido, ya que parece que se consideran estos atributos más objetivos y refiriéndose a que estos primeros serán discriminatorios contra los operadores más jóvenes y sin experiencia o sin haber sido evaluados en el pasado.

Se juzga que esta preferencia es resultado de dos equivocaciones:

- a) El primero sobre la discriminación, ya que se trata, si, de selección, apuntando a reducir el riesgo de incumplimiento – deber inalienable de la entidad contratante- siendo este el objetivo de la calificación tal como quedo expresado en el Artículo 58º de la Directiva 2014/24/UE :

“En lo que se refiere a la capacidad técnica y profesional, las autoridades contratantes pueden imponer requisitos de molde y asegurar que los operadores económicos dispongan de recursos humanos y técnicos y de la experiencia necesaria para asegurar un nivel de calidad adecuada en la ejecución del contrato”

O sea, el objetivo de “asegurar un nivel de calidad”, lo que significa reducir el riesgo de no alcanzar el nivel de calidad adecuado.

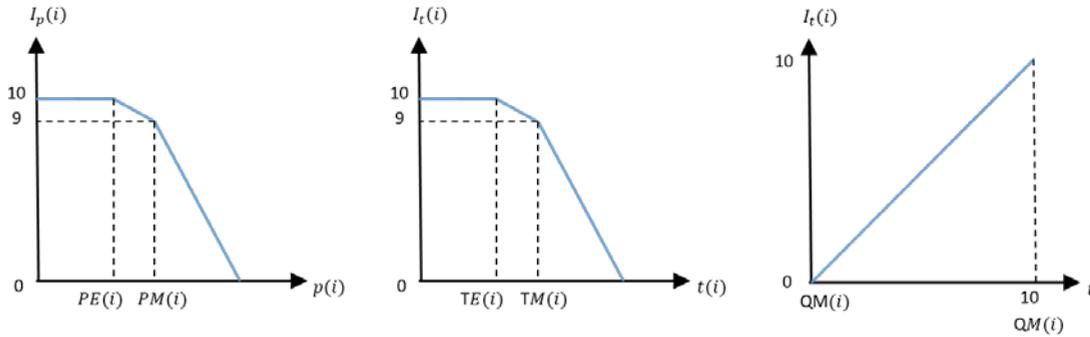
- b) El segundo respeta la objetividad ya que los datos sobre los recursos corresponde generalmente a las descripciones formales, poco significativas y actuales, de tal forma que los resultados obtenidos pueden ser expresados de forma más significativa y no menos objetiva.

Como es evidente, se deberá permitir que la información sobre los resultados pueda ser presentada en diversas formas y con base a indicadores alternativos para no introducir limitaciones indeseables, en especial cuando no se divulguen y estandaricen los paneles de indicadores de rendimiento.

III. ¿CÓMO CREAR EL PANEL DE INDICADORES DE EVALUACIÓN DE RENDIMIENTO?

Como es evidente, este conjunto de indicadores debe depender de la naturaleza de cada contrato y de las preferencias de la entidad contratante, pero es posible presentar sugerencias genéricas:

- a) Descomponer el objeto del contrato en componentes (módulos), definidos aquí como componentes del objeto con identidad y utilidades propias (Ej: bloques de una construcción o tipos de equipos que se tienen que adquirir o fases de implementación de un proyecto informático).
- b) Hacer que se corresponda a cada uno de estos componentes e $i=1, \dots, N$, los objetivos ("milestones") importantes, los cuales deben ser expresados por indicadores asociados al componente, debiendo en general incluir indicadores relativos al precio, $I_p(i)$, en el tiempo que quedo completado i , $I_t(i)$ y al nivel de calidad alcanzado $I_q(i)$.
- c) Definir cada indicador anterior, en función de la medición que describa el nivel alcanzado, relacionándolo con un mínimo aceptable y con el máximo. Por ello, pueden surgir funciones como las que se representan a continuación:



Siendo:

$PM(i)$ y $PE(i)$ el máximo precio aceptable y el precio mínimo para i ;

$TM(i)$ y $TE(i)$ el plazo máximo y el plazo mínimo para i ;

$Qm(i)$ y $QE (i)$ el nivel de calidad mínimo y el máximo para i .

d) Definir los indicadores globales de evaluación del rendimiento en la ejecución del proyecto, a través de medidas obtenidas para los N componentes:

$$I_p = \frac{\sum I_p(i) \cdot p(i)}{N}$$

$$I_t = \frac{\sum I_t(i) \cdot p(i)}{N}$$

$$I_q = \frac{\sum I_q(i) \cdot p(i)}{N}$$

IV. ¿CÚAL ES EL CUADRO LEGAL?

Conviene observar que el cuadro legal es inequívocamente favorable a la tesis defendida por el autor, previniendo la evaluación de los criterios basados en resultados pasados – experiencia- tal como se puede verificar:

- a) La Directiva de 2004 ya era clara al referirse en el artículo 48 -2 a) sobre los elementos que se tienen que solicitar para la evaluación en relación a la capacidad técnica:

“presentación de un listado de las obras efectuadas en los últimos cinco años, acompañados de certificados de buena ejecución de las obras más importantes. Estos certificados deben indicar el montante, la fecha y la hora local de ejecución de las obras y si fueron ejecutadas siguiendo las reglas del arte y debidamente finalizadas; si es necesario, los certificados serán enviados directamente a la entidad contratante por la autoridad competente” y de manera similar para el resto de tipos de contratos.

- b) La Directiva de 2014 es aún más explícita en su Artículo 58º-4 al referirse:

“Las autoridades contratantes pueden exigir, en especial, que los operadores económicos tengan un nivel de experiencia suficiente, comprobándose por las adecuadas referencias de los contratos ejecutados en el pasado. Las autoridades contratantes pueden partir del principio de que un operador económico no posea las capacidades profesionales exigidas en el caso de que se haya concluido que el operador económico en cuestión, se encuentra en una situación de conflicto de intereses susceptible de afectar negativamente a la ejecución del contrato. En los concursos para la adquisición de suministros que impliquen operaciones de montaje o instalación, la prestación de servicios o ejecución de obras, la capacidad profesional del operador económico para prestar el servicio o ejecutar la instalación o la obra, pueden ser

apreciadas en función de sus capacidades, eficiencias, experiencias y fiabilidades”.

Incrementándose en su Anexo XII, la larga lista de atributos a considerar, muchos de ellos basados en la experiencia y en resultados pasados.

- c) El propio CCP también define en su Artículo 165º-1 a) como elemento a considerar para evaluar la capacidad técnica “la experiencia curricular de los candidatos”. Es oportuno, referirse a este Artículo también en lo que respecta a la línea e) la posibilidad de tener en cuenta:

“la información constante de la base de datos del Instituto de la Construcción y del Inmobiliario, I.P., relativa a los contratantes, cuando se trata de la formación de un contrato de contratantes o de concesión de obras públicas”

Esta referencia está relacionada con el Artículo 98º del Decreto de Ley 59/99 que prevé el desarrollo de esta base de datos, habiendo el autor contribuido para la inclusión de esta disposición, la cual fue aceptada sin dudas y, tras su aprobación, ignorada a lo largo de 16 años, también sin la menor duda.

- d) La nueva Directiva prevé todavía la no habilitación con base a un mal rendimiento pasado (“bad performance”) en su artículo 57-4-g) estando esta disposición suscitando mucho interés por parte de la comunidad jurídica, pareciéndole al autor que es contradictorio tanto el interés por la aplicación del concepto de “bad performance”, pero poniendo poca atención a la objetividad del concepto “performance”. Creo, además que la eficacia práctica será mejor adoptada en la fase de evaluación basada en indicadores de rendimiento pasado y no en el intento de aplicar la regla a la que se refiere.

- e) En lo que respecta a la evaluación de las ofertas de los contratos, la Directiva 2014/24/EU, también es clara en cuanto a la posibilidad de tener en cuenta criterios como “la organización, la cualificación y la experiencia” de los medios relacionados con la ejecución del contrato, por lo que también aquí se puede considerar la evaluación de los resultados obtenidos anteriormente, esperando que de esta forma se acaben con las dudas que existieron en Portugal en el pasado.
- f) La propuesta del nuevo Código se refiere explícitamente al rendimiento y a las evaluaciones de los nuevos Artículos 290-A sobre la figura del gestor del contrato y sobre los contratos innovadores asociándose su remuneración al rendimiento evaluado (“performance based contracting”), por lo que se recomienda:
- f1) cambiar el Artículo 392-1, de manera en que se permita sin ambigüedades, su aplicación en la gestión de contratos de contratantes de obras públicas;
- f2) introducir una larga lista de artículos que el Pliego debe incluir o “panel de indicadores para la evaluación del rendimiento por parte del contratante en la ejecución del contrato”
- g) Se espera que el nuevo Código también transponga la regla de los “costes” anormalmente bajos, la cual ya no penaliza los más eficientes e innovadores, tal como sucede en los “precios” anormalmente bajos.

En resumen, el autor cree que será cada vez más posible o inevitable que los mercados públicos evolucionen en el sentido de que se constituya un buen ejemplo de una cultura exigente en la evaluación de los rendimientos basados en los resultados obtenidos y no en los medios consumidos, lo que será esencial para cumplir el deber constitucional de perseguir el interés

público, a través de la utilización de los recursos que mejor sirvan a los ciudadanos y a las comunidades.

V. BIBLIOGRAFÍA

- COASE, R., 1937, The nature of the firm, *Economical New Series*, Vol. 4, No. 16, 386-405
- COMISIÓN EUROPEA 2010, Comunicación de la Comisión – Europa 2020 Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible, inclusivo, COM (2010) 2020 final, Bruselas;
- PORTUGAL, 2008, Decreto-Ley n.º 18/2008 de 29 de Enero, *Diario de la República*, 1.ª série, N.º 20
- SALANIE , B., 1997, *The Economics of Contracts*, MIT Press
- SIMON, H., 1947, *Administrative Behavior*, New York Macmillan;
- TAVARES, L.V., CORREIA, F.N., OLIVEIRA, R.C. e THEMIDO, I.H., 1996, *Investigación Operacional*, McGraw-Hill
- TAVARES, L.V., 2009, *La Gestión de las Aquisiciones Públicas: Guía de Aplicación del Código de los Contratos Públicos – Decreto-Ley 18/2008 – Suministros, Bienes y Servicios*, OPET;
- UNIÓN EUROPEA, 2014, a: Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, en relación a la adjudicación de contratos de concesión;
- UNIÓN EUROPEA, 2014, b: Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, en relación a los contratos públicos;

-
- UNIÓN EUROPEA, 2014, c: Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, en relación a los contratos públicos celebrados por las entidades que operan en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y que es revocada por la Directiva 2004/17/EC;
 - UNIÓN EUROPEA, 2004, Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de Marzo de 2004, en relación a la coordinación de los procesos de adjudicación de los contratos y de contratos de obras públicas, de los contratos públicos de suministro y de los contratos públicos de servicios.

“EL PRINCIPIO O CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD: UN BREVE ESTUDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO – ESPAÑA/BRASIL”

D. Paulo S. Bugarin

Procurador General del Ministerio Público ante el Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil

RESUMEN:

La presente investigación, modesta en sus pretensiones, tiene el propósito de verificar el estado contemporáneo de las doctrinas española y brasileña y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil con relación al *principio constitucional o cláusula general de igualdad*.

Se busca, de esta manera, elaborar un breve estudio de derecho constitucional comparado, analizando los puntos de similitud y de diferenciación eventualmente presentes en los dos contextos jurídico-constitucionales.

PALABRAS CLAVE:

Principio o clausula general de igualdad, Derecho constitucional comparado, doctrinas española y brasileña, Tribunal Constitucional de España, Supremo Tribunal Federal de Brasil.



ABSTRACT:

This essay, modest in its pretensions, aims to verify the contemporary state of the Spanish and Brazilian doctrines and the jurisprudence of the Constitutional Court of Spain and the Federal Supreme Court of Brazil on the constitutional principle or general clause of equality. Thus, a brief study of comparative constitutional law was sought, analyzing the points of similarity and differentiation that may be present in the two legal-constitutional contexts.

KEY WORDS:

The constitutional principle or general clause of equality, comparative constitutional law, the Spanish and Brazilian doctrines, the Constitutional Court of Spain, the Federal Supreme Court of Brazil.

SUMARIO:

- 1. Introducción**
- 2. La doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España**
- 3. La doctrina brasileña y la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil**
- 4. Un breve análisis comparado**
- 5. Consideraciones Finales**
- 6. Referencias Bibliográficas**

1. Introducción

Los estudios y análisis de derecho constitucional comparado progresivamente han recibido mayor atención por parte de la doctrina jurídica nacional e internacional, lo que se ha revelado un importante instrumento de reflexión sobre el perfeccionamiento, en particular, de las instituciones de garantía de los derechos fundamentales de la persona humana.

La presente investigación, modesta en sus pretensiones, tiene el propósito de verificar el estado contemporáneo de las doctrinas española y brasileña y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil con relación al *principio constitucional o cláusula general de igualdad*.

Se busca, de esta manera, elaborar un breve estudio de derecho constitucional comparado, analizando los puntos de similitud y de diferenciación eventualmente presentes en los dos contextos jurídico-constitucionales.

En este momento inicial, parece importante realizar el riguroso análisis hecho por Fernández Rodríguez¹⁵⁹ sobre las características y peculiaridades generales de los llamados Tribunales Constitucionales y de los *Tribunales Supremos* que ejercen jurisdicción constitucional:

“Como regla general, los tribunales constitucionales, pese a su carácter jurisdiccional se encuentran situados fuera del Poder Judicial. Así se reafirma su peculiar posición en el entramado de poderes del Estado, al tiempo que se subraya su independencia. Se localizan fuera del clásico esquema tripartito de poderes para vigilar el respecto de la

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª ed. Tecnos. Madrid, 2007, pág.55/6.



Constitución por parte de Legislativo, Ejecutivo y Judicial, tanto en su relación con los ciudadanos como en la relación que se produce entre ellos. (...)

No obstante, (...) entendemos que este rasgo de la no ubicación en el Poder Judicial no es decisivo para la naturaleza del órgano sino que más bien se trata de un elemento que ayuda a la caracterización del mismo. Disentimos, así, de otras opiniones doctrinales. Por ello, habrá órganos que perteneciendo efectivamente al Poder Judicial sean de jurisdicción constitucional.”

Fernández Rodríguez, por ende, añade que:

“Diferente a lo que estamos comentando son los casos en los que el órgano judicial supremo ordinario ejerce también funciones propias de la justicia constitucional, en donde, lógicamente, dichos órganos integran y encabezan el Poder Judicial. El supuesto más conocido es, sin duda, el de Estados Unidos, en donde su Tribunal Supremo es la cabeza de la organización judicial. En Europa ésta es una solución prácticamente inexistente al margen de los ordenamientos que incorporan un sistema de control difuso. Se puede citar el caso de Mónaco, en donde su Tribunal Supremo ejerce, entre otras, competencias en materia constitucional. El reducido tamaño de dicho país explica seguramente dicha opción”.

La solución supra expuesta fue exactamente la adoptada, inicialmente, en Brasil, con especial énfasis en el controle difuso o incidental (modelo norteamericano). Más recientemente, ha habido un importante cambio de orientación político-institucional, con directa repercusión en el Texto Constitucional de 1988, dándose progresiva y creciente valoración al controle directo o concentrado (modelo europeo, con especial influencia del contexto jurídico-constitucional alemán), ejercido pelo **Supremo Tribunal Federal**, órgano de cumbre del Poder Judicial y, según

la Constitución de la República Federativa de Brasil, su *guardián*.

2. La doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España

La Constitución de España (CE) establece en sus artículos 1º y 14 que:

1º.1. “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

14. “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Blanco Valdés¹⁶⁰, al subrayar que la declaración de derechos del texto de 78 – “pues así puede denominarse, sin ningún género de dudas, la constituida por el Capítulo II del Título I” – se abre con la proclamación del principio de igualdad del artículo 14, afirma ser este un precepto que, “de acuerdo con la paulatina construcción que de su significación ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional, tiene una doble traducción desde el punto de vista del régimen regulador de los derechos: la igualdad del artículo 14 es no solo un derecho subjetivo dotado del doble alcance que enseguida se verá - igualdad en la ley e igualdad en su aplicación -, sino también uno de los valores informadores del conjunto del ordenamiento jurídico estatal (art. 1º. 1), un valor que no sólo impone límites, sino también cargas a los poderes

¹⁶⁰ BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Introducción a la Constitución de 1978*. Alianza Editorial, Madrid, 1998, págs. 165-6.

públicos, obligados por la Constitución, como ya hemos indicado, a promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9º)."

Así, destaca el referido autor que el principio de igualdad "permea, en tanto que valor superior del ordenamiento, el régimen general de todos derechos"¹⁶¹.

En este sentido lo ha afirmado el Tribunal Constitucional, al reconocer que la igualdad 'no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra' (STC 34/1981, de 10 de noviembre)".

En síntesis, "no puede darse violación del principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones diferentes" (STC 26/87, de 27.02.87).

En las palabras de Joaquín García Morillo¹⁶²:

"La Constitución española integra una cláusula general que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley y prohíbe realizar discriminaciones por razones o condiciones personales o sociales. Esta cláusula se encuentra recogida en el artículo 14, y su ubicación sistemática la configura como el auténtico pórtico del Capítulo II del Título I de la Constitución, que recoge los derechos más vigorosamente protegidos de la relación de libertades públicas constitucionalmente reconocidas. Se

¹⁶¹ BLANCO VALDÉS. *Introducción (...)* "op. cit.", pág. 166.

¹⁶² in GUERRA, Luiz López et alli. *Derecho Constitucional – vol. I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 7ª Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007, pág. 179.

trata, en síntesis, del frontispicio del ‘núcleo duro’ de la parte dogmática de nuestra Constitución”.

La doctrina española reconoce el carácter dinámico del significado jurídico-político del concepto de igualdad al subrayar que este concepto ha experimentado “notables transformaciones que han redundado, en cierto modo, en una superación de su carácter puramente formal” y que “este proceso de transformación comenzó, de forma significativa, con la generalización del moderno sistema tributario, en el que es generalmente admitido el principio de progresividad, según el cual las cargas tributarias se establecen no ya de forma proporcional a los bienes del contribuyente, sino de forma progresiva, de manera que se equipare el sacrificio económico efectivo”¹⁶³.

Así, de un punto de partida “formal” la idea/noción de igualdad subió una evolución para una dimensión “material” o “igualitarista”. Esta transformación fue bien expuesta por Morillo:

“La evolución posterior ha continuado esta misma línea, superando cada vez más el concepto formal de igualdad *ante* la ley y adentrándose en el de igualdad *material*, esto es, igualdad en la ley. (...) Este fenómeno, por otra parte, no es gratuito, sino que viene determinado por la constatación de que las situaciones *reales* de los individuos y de los grupos no son iguales y por la obligación que no pocas Constituciones, entre ellas la española, imponen a los poderes públicos de procurar que igualdad sea “real y efectiva”. Si a ello se une la complejidad de la sociedad moderna y el intervencionismo estatal, se explica que un gran número de normas otorguen, hoy, tratamiento diferente a situaciones que se entienden distintas.

¹⁶³ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) “*op.cit.*”, págs. 180-1.

Según Pérez Luño¹⁶⁴, desde el punto de vista lógico, “la igualdad *material* implica la toma en consideración de circunstancias de contenido en la delimitación significativa de la igualdad”. En términos de la filosofía jurídico-política, “la igualdad material se identifica con la idea de la equiparación y el equilibrio de bienes y situaciones económicas e sociales. La reivindicación de la igualdad material o igualitarismo ha supuesto históricamente una doctrina o práctica que exige la igualdad del mayor número de individuos en el mayor número de bienes”.

En efecto, el artículo 14 enuncia un derecho subjetivo, que tiene dos proyecciones diferentes – la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de ésta -, ambas muy trascendentales¹⁶⁵, y ambas reconocidas por el supremo intérprete de la Constitución:

a) cuando pone el Tribunal de manifiesto cómo la igualdad supone la ‘obligación del legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma o de no anudar consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados’ (STC 83/1984, de 24.07.84);

b) cuando insiste en que el principio de igualdad, que ha sido considerado por el propio Tribunal como un límite al legislador, implica una prohibición de discriminaciones arbitrarias que ‘opera también en la aplicación de la ley y, en general, de cualquier norma jurídica’ (STC 59/1982, de 28.07.82).

¹⁶⁴ PÉREZ LUÑO, A.E. (con la colaboración de Cabrera, C. A., Gonzales-Tablas, R. y De la Cuesta, A.). *Teoría del Derecho – Una concepción de la experiencia jurídica*, 7ª ed. Tecnos, Madrid, 2008, págs.227-232.

¹⁶⁵ BLANCO VALDÉS, *Introducción (...) “op. cit.”*, pág. 166.

Blanco Valdés¹⁶⁶ explica que “ello sucede de este modo porque la dimensión jurídica de la igualdad se conforma, en su esencia, como una prohibición de la discriminación o, lo que es lo mismo, de las desigualdades que carecen de una razonable justificación” y añade que “Lo veremos de nuevo en las palabras del Tribunal Constitucional, que así lo puso de relieve en dos de sus pronunciamientos más tempranos: ‘La igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida’, afirmaba el Tribunal en su Sentencia 22/1981, de 2 de julio; idea confirmada meses más tarde, en la 34/1981, de 10 de noviembre: ‘Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable’”.

La exigencia de diferenciación supone no considerar la igualdad ante la ley en sentido estático, sino dinámico. Así, por ejemplo, cuando la Constitución Española establece el principio de igualdad ante la ley en materia fiscal al proclamar que: ‘Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos’ (art.31.1), lo matiza de inmediato, con el criterio de diferenciación prescribiendo expresamente que tal contribución se realizará ‘de acuerdo con su capacidad económica’¹⁶⁷.

Importante, en este contexto, la advertencia de Pérez Luño¹⁶⁸ de que:

¹⁶⁶ BLANCO VALDÉS, *Introducción (...)* “op.cit.”, págs. 166-7.

¹⁶⁷ PÉREZ LUÑO, *Teoría (...)* “op.cit.”, pág. 229.

¹⁶⁸ PÉREZ LUÑO, *Teoría (...)* “op.cit.”, pág. 229.



“en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de los Estados de Derecho de nuestra época la tendencia a superar la fractura entre la dimensión material¹⁶⁹ y formal de la igualdad, al hacer penetrar en el principio de igualdad ante la ley exigencias de contenido como lo son las que se infieren de los criterios de equiparación y de diferenciación. Este enfoque ha hallado acogida en nuestro ordenamiento jurídico cuya norma constitucional una concepción integradora de la igualdad, al conjugar el reconocimiento de su dimensión formal con la atribución a los poderes públicos de la responsabilidad de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sea real y efectiva (art. 9.2)”.

La igualdad como derecho está constitucionalmente configurada, por tanto, con un carácter *trifronte*¹⁷⁰: “el artículo 14 de la CE, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita al poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas” (STC 49/82, de 14.7.82).

¹⁶⁹ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional (...)* “op.cit.”, pág. 185, sostiene que: “El principio de igualdad no sólo constituye un límite formal, sino también *material*, que afecta al contenido de la ley. En efecto, como hemos visto al hablar de su múltiple contenido, el derecho a la igualdad, combinado con la *interdicción de la arbitrariedad* que se consagra en el art. 9.3 de la CE, supone que, en principio, la ley no sólo afecta por igual a todos los ciudadanos sino que, además, tiene que tratar a todos los ciudadanos por igual. El art. 14 de la CE impone, pues, la igualdad *en la ley*”.

¹⁷⁰ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional (...)* “op.cit.”, pág. 182.

En otras palabras del Tribunal Constitucional:

“La igualdad ante la ley constituye, pues, un límite a la actuación del legislador en cuanto al *alcance* de la ley: esta debe ser, en principio, general y abstracta y tener, por ello, un alcance universal. (...) (Pero,) una *ley singular* ‘será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y solo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone’ (STC 166/86, de 19.12.86).

Así, el principio de igualdad actúa como límite “para excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que solo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad” (STC 166/86).

En síntesis, “solo una efectiva y real especificidad (aunque sea mediando la intervención del legislador) de los supuestos de hecho justifica, por tanto, que el legislador apruebe una ley que prescinda de los principios de generalidad y abstracción”¹⁷¹.

Así, según el Tribunal Constitucional “es sabido que para efectuar el juicio de igualdad y razonar acerca de la posible

¹⁷¹ MORILLO, *in* GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) “*op.cit.*”, pág. 184. Además, añade estas relevantes consideraciones (pág. 185): “Sin embargo, es un hecho incontestable el que los ciudadanos y los grupos sociales se hallan, en realidad, en una situación de desigualdad: podrán ser iguales ante la ley, pero no lo son en la realidad. Por eso, cuando los poderes públicos otorgan un trato desigual el problema es determinar si ese trato desigual tiene una fundamentación objetiva y razonable, o si es arbitrario y, por ello, discriminatorio”.

vulneración del derecho a la igualdad hace falta que se aporte un adecuado término de comparación, sin cuya concurrencia no es posible llevar a cabo aquella operación" (SSTC 14/85, de 1.2.85 y 2/97, de 13.1.97).

En lo que se refiere a la necesidad de *congruencia*¹⁷² con una *finalidad constitucionalmente legítima*, el Tribunal Constitucional ha decidido que: "el principio de igualdad impone como canon de su constitucionalidad que la exigencia normativa guarde una *directa y razonable relación* con la finalidad perseguida" (STC 114/87, de 6.7.87).

Se lo impone también la adopción de una *relación de proporcionalidad* en el sentido de que "la medida o la consecuencia jurídica de la desigualdad de hecho se encuentran dentro de un margen de proporcionalidad determinado por la situación de hecho y por la finalidad perseguida, siendo constitucionalmente admisibles todas cuantas consecuencias jurídicas guarden esa relación de proporcionalidad, aun cuando unas puedan parecer preferibles o más adecuadas que otras"¹⁷³.

Uno de los aspectos jurídico-políticos más relevantes en lo que consiste a la compleja discusión acerca del principio de igualdad en su dimensión *material* es lo relativo a las llamadas *acción positiva y discriminación inversa*.

El concepto de "acción afirmativa" o "discriminación positiva" consiste en otorgar a ciertos grupos sociales, que están en situación desfavorable respecto a la media de la población, un trato favorable que les permita superar la situación de inferioridad real.

¹⁷² MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional (...)* "op.cit.", pág. 187.

¹⁷³ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional (...)* "op.cit.", pág. 188.

Según Morillo¹⁷⁴:

“Podemos distinguir dos formas distintas de trato favorable a sectores o colectivos desfavorecidos, la acción positiva y la discriminación inversa. La *acción positiva* consiste en desarrollar a favor de un determinado grupo actuaciones públicas que no perjudican a nadie, como pueden ser ayudas, subvenciones o desgravaciones fiscales. La *discriminación inversa*, por el contrario, implica que, en determinadas circunstancias, se discrimina favorablemente – esto es, se prefiere – a los integrantes de un grupo – por ejemplo, las mujeres – frente a otros, se reserva a los miembros de ese determinado grupo una cuota determinada, excluyendo de ella a los que no pertenezcan a él. Aunque tienen distintas consecuencias, ambas técnicas encuentran encaje en el art. 9.2 de la CE, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean real y efectivo. Una interpretación conjunta de los arts. 9.2 y 14 de la CE torna constitucionalmente legítimas tanto la acción positiva como la discriminación inversa, siempre que se trate de medidas que tiendan a compensar una situación real de partida. Por ello, no puede considerarse ‘discriminatoria y constitucionalmente prohibida – antes al contrario – la acción de favorecimiento, siquiera sea temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente marginados y preteridos, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o corregida su situación de desigualdad sustancial’ (STC 216/91, caso *Mujeres aviadoras*).”

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha también señalado que:

¹⁷⁴ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional (...)* “*op.cit.*”, pág. 192.



“4. La actuación de los Poderes Públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces por la condición femenina)y, colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas (STC 128/87, de 16.07.87).

Es importante subrayar, en síntesis, que “el principio de igualdad proyecta fundamentalmente su eficacia sobre los poderes públicos” y “el principio de igualdad *en la aplicación de la ley* impone tanto a la Administración como a los tribunales”.¹⁷⁵

En la palabras del Tribunal Constitucional, sobre los órganos judiciales “no pesa la exigencia de resolver siempre en los mismos términos sobre supuestos que se pretenden iguales, pues cada caso, para el mismo juzgador, puede merecer una consideración diversa, ya por las peculiaridades que a su juicio muestra, ya porque el entendimiento judicial de la norma aplicable variase a lo largo del tiempo, ya, incluso, porque parezca necesario corregir errores anteriores en su aplicación. Lo que el principio de igualdad garantiza no es que quienes acudan a los tribunales vayan a obtener una resolución igual a las que se hayan adoptado en el pasado por el mismo órgano judicial, sino simplemente, la razonable confianza de que la propia pretensión

¹⁷⁵ MORILLO, *in* GUERRA, *Derecho Constitucional (...)* “*op.cit.*”, pág. 194.

merecerá del juzgador...la misma respuesta obtenida por otros en casos iguales' (STC 30/87, de 11.3.87)¹⁷⁶.

Por ende, en lo que concierne *los particulares y el principio de igualdad*, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional implica que:

“la eficacia de este principio ha de ser ‘matizada’ puesto que ‘ha de hacerse compatible con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de autonomía de la voluntad (STC 177/88, de 10.10.88).

“el particular sólo se ve directamente afectado, sin necesidad de *interpositio legislatoris*, por la prohibición de discriminar por las causas – sexo, raza, religión y opinión – expresamente mencionadas en el art. 14 de la CE (STC 108/89, de 8.6.89).

3. La doctrina brasileña y la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF)

La Constitución Federal de Brasil (CFB) establece en su artículo 5º que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros¹⁷⁷ residentes no País a inviolabilidade do

¹⁷⁶ MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) “*op.cit.*”, págs. 196-7.

¹⁷⁷ El Supremo Tribunal Federal ha declarado que: “A teor do disposto na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, os estrangeiros residentes no País têm jus aos direitos e garantias fundamentais.” (HC 74.051, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 18-6-96, DJ de 20-9-96). Según la CFB, art. 5º, LXVIII: “conceder-se-á

direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)

La doctrina brasileña suele, sin distinción de significado, tratar el principio de igualdad como principio de *isonomia*. Según Mendes, Coelho y Branco¹⁷⁸:

“Quanto ao princípio da *isonomia*, significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Como, por outro lado, no texto da nossa Constituição, esse princípio é enunciado com referência à lei – *todos são iguais perante a lei* –, alguns juristas construíram uma diferença, porque a consideram importante, entre a igualdade *na* lei e igualdade *diant*e da lei, a primeira tendo por destinatário precípua o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda, dirigida principalmente e aos intérpretes/aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais. Essa diferença, tem-na por desnecessária, ao menos entre nós, José Afonso da Silva, “porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram há muito a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá a expressão igualdade na lei, ou seja: *o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei*”.

habeas-corp sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

¹⁷⁸ MENDES, G. F., COELHO, I. M. y BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. Saraiva. São Paulo, 2007, págs. 147-8.

José Afonso da Silva, en efecto, explica que:

“Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da *igualdade*, como *igualdade perante a lei*, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, (...), especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem económica e da ordem social. Considerá-lo-emos como *isonomia formal* para diferenciá-lo da *isonomia material*, traduzido no art. 7º, XXX e XXXI, (...).

A Constituição procura aproximar os dois tipos de *isonomia*, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da *igualdade perante a lei*; menciona também *igualdade entre homens e mulheres* e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação”¹⁷⁹.

¹⁷⁹ En este sentido, El STF ha declarado que:

“Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da *igualdade*: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, *caput*). A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso.” (RE 161.243 - Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 29-10-96, DJ de 19.12.97) [RE – Recurso Extraordinário, CFB, art. 102, III]



Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal, al menos en una ocasión, ha reconocido esa dupla dimensión del principio constitucional de igualdad:

“O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é — enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica — suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (*RDA 55/114*), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei — que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. ” (**MI**¹⁸⁰ **58**, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-90, *DJ* de 19-4-91)

¹⁸⁰ **MI – Mandado de Injunção, CFB, art. 102, II, a.** Según la CFB, art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inherentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Paulo Bonavides¹⁸¹, al subrayar la importancia del principio de igualdad, lo considera como el “centro medular del Estado social y de todos los derechos de su orden jurídico”, en los términos siguientes:

“O centro medular do Estado social e de todos os dereitos de súa ordem jurídica é indubitavelmente o principio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clásica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

De todos os dereitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito guardião do Estado social.

Bonavides¹⁸², además, al comentar las *peculiaridades y significación* de la *interpretación constitucional del principio de igualdad*, señala que:

“Princípio constitutivo da ordem constitucional, como disse Konrad Hesse, a igualdade tem, segundo ele, essa peculiaridade e significação: é elemento essencial de uma Constituição aberta; é também, na frase doutro jurista igualmente insigne (Hermann Heller), a porta de penetração por onde “a realidade social positiva e impregnada de valores diariamente ingressa na normatividade do Estado”.

O problema fundamental que envolve toda a interpretação do princípio geral da igualdade, conforme ele

¹⁸¹ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, 22ª ed. Malheiros. São Paulo, 2008, págs. 376-7.

¹⁸² BONAVIDES. *Curso (...) “op.cit.”*, págs. 377-8.



se apresenta hoje, consiste – ponderam alguns juristas sociólogos da Alemanha – em determinar se tal princípio representa ou não uma obrigação para o Estado de criar na sociedade a igualdade fática. (...)

En este plano, se revela fundamental la importante discusión relativa a los límites y posibilidades de la llamada *acción afirmativa*. La doctrina indica una serie de normas constitucionales y legales relacionadas a la *acción afirmativa* o *discriminación positiva*. Merecen realzo, entre otras, las siguientes disposiciones constitucionales:

“art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
(...)

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (EC nº 20/98 y EC nº 28/2000)

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

art. 37, VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Joaquim B. B. Gomes, especialista en el tema y ex-*Ministro*¹⁸³ y ex-*Presidente* del Supremo Tribunal Federal (STF), señala que:

“No plano estritamente jurídico (...), o Direito Constitucional vigente no Brasil, é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional.

A questão se coloca, é claro, no terreno do princípio constitucional da igualdade. Este princípio, porém, comporta várias vertentes.

3.3 Igualdade formal ou procedimental x Igualdade de resultados ou material – O cerne da questão reside em saber se na implementação do princípio constitucional da igualdade o Estado deve assegurar apenas uma certa “neutralidade processual” (*procedural due process of law*) ou, ao contrário, se sua ação deve se encaminhar de preferência para a realização de uma “igualdade de resultados” ou igualdade material. (...) Resumindo singelamente a questão, diríamos que as nações que historicamente se apegaram ao conceito de igualdade formal são aquelas onde se verificam os mais gritantes índices de injustiça social, eis que, em última análise,

¹⁸³ En Brasil, los jueces de los *Tribunales Superiores* del Poder Judicial (Supremo Tribunal Federal - STF, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Tribunal Superior do Trabalho – TST, Tribunal Superior Eleitoral – TSE y Superior Tribunal Militar- STM tienen el título de “Ministro”. También los jueces del Tribunal de Cuentas de la Unión, vinculado al Poder Legislativo Federal, tienen el mismo título.

fundamentar toda e qualquer política governamental de combate à desigualdade social na garantia de que todos terão acesso aos mesmos «instrumentos» de combate corresponde, na prática, a assegurar a perpetuação da desigualdade. Isto porque essa «opção processual» não leva em conta aspectos importantes que antecedem à entrada dos indivíduos no mercado competitivo. Já a chamada «igualdade de resultados» tem como nota característica exatamente a preocupação com os fatores «externos» à luta competitiva – tais como classe ou origem social, natureza da educação recebida -, que têm inegável impacto sobre o seu resultado”¹⁸⁴.

Humberto Ávila¹⁸⁵, por su parte, en innovadora reflexión teórica, indica una *triple* dimensión *jurídico-material* en la igualdad: regla, principio y *postulado*:

“A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros,

¹⁸⁴ *O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Site Mundo Jurídico*. Rio de Janeiro, disponible em www.mundojuridico.com.br, aceso em: 12.03.09.

¹⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 8ª Ed. Malheiros. São Paulo, 2008, págs.150-1.

não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação de algum princípio fundamental”.

En la perspectiva del derecho administrativo, Juárez Freitas¹⁸⁶ señala la relación directa y vinculante entre el principio constitucional de *impersonalidad*¹⁸⁷ y el *principio general de igualdad* al subrayar que:

“No tocante ao princípio da impessoalidade, derivado do princípio geral da igualdade, mister traduzi-lo como vedação constitucional de qualquer discriminação ilícita e atentatória à dignidade da pessoa humana. Ainda segundo este princípio, a Administração Pública precisa dispensar um objetivo tratamento isonômico a todos os administrados, sem discriminá-los com privilégios espúrios, tampouco malferindo-os persecutoriamente, uma vez que iguais perante o sistema. Quer-se, através da implementação do referido princípio, a instauração, acima de sinuosos personalismos, do soberano governo dos princípios, em lugar de idiossincráticos projetos de cunho personalista e antagônicos à consecução do bem de todos”.

¹⁸⁶ FREITAS, Juárez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 2ª ed. Malheiros. São Paulo, 1999, pág. 64/7.

¹⁸⁷ El artículo 37, *caput*, de la CFB, establece que:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, *impessoalidade*, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

Es importante realzar que en diversos artículos de la Constitución Federal de Brasil se encuentran disposiciones garantizadoras de la *impersonalidad* (igualdad) administrativa, como, p. e., los siguientes:

a) “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si” (CFB, art. 19, III);

b) “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros na forma da lei (CFB, art. 37, I);

c) “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (CFB, art. 37, II);

d) “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (CFB, art. 37, XXI);

e) “Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (CFB, art. 175, *caput*).

Según Celso Antônio Bandeira de Mello, reconocido estudioso del tema en Brasil, el aspecto fundamental de la igualdad (*isonomia*) es la selección de un criterio diferenciador apto a evaluar las diferencias y compatible con la razón de ser de la diferenciación. Así, el principio jurídico de igualdad (*isonomia*) es incompatible con la

elección arbitraria o inadecuada de un criterio de diferenciación. Es fundamental, entonces, que el criterio de comparación sea vinculado a la naturaleza del problema y a la calidad de los bienes y derechos objeto de la decisión¹⁸⁸.

Marçal Justen F^o¹⁸⁹, explica, en síntesis, que:

“Daí se segue que a isonomia nunca consiste numa avaliação estática das semelhanças ou diferenças existentes na realidade. Pressupõe uma verificação funcional, dinâmica, que considere o fim cuja realização torne necessária a diferenciação. Logo, são obviamente incompletas as afirmativas de que ofende a isonomia a diferenciação fundada na raça, no sexo ou no credo religioso. É impossível afirmar se o critério de diferenciação é ofensivo à isonomia sem considerar o fim a que se orienta tal diferenciação. (...)”

A isonomia exige que tanto o critério diferenciador escolhido como o resultado atingido sejam compatíveis com a ordem jurídica e com os valores constitucionais. A propósito de diferenciar as situações ou escolher uma providência adecuada, não é possível infringir a ordem jurídica”.

En este sentido, se ha manifestado el Supremo Tribunal Federal en diversas deliberaciones:

“A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio

¹⁸⁸ *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. Malheiros. São Paulo, 2004, pág. 18.

¹⁸⁹ *Curso de direito administrativo*. Saraiva. São Paulo, 2005, págs. 69-72



fundamental de igualdade, que se entende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares — CF, art. 42, § 1º), a todo o sistema do pessoal civil. É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher." (**RMS 21.046**, Rel., julgamento em 14-12-90, *DJ* de 14-11-91).

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público (...), não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em consequência, a estipulação de exigência de ordem etária, quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido." (**RMS¹⁹⁰ 21.045**, julgamento em 29-3-94, *DJ* de 30-9-94).

"Razoabilidade da exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido. Violação ao princípio da isonomia. Inexistência." (**RE 140.889**, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 30-05-00, *DJ* de 15-12-00).

"Concurso público — Fator altura. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. No

¹⁹⁰ **RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, CFB, art. 102, a.** Según la CFB, art. 5º, LXX: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escrituraria, muito embora de nível elevado." (**RE 150.455**, julgamento em 15-12-98, *DJ* de 07-05-99).

"Promoção de militares dos sexos masculino e feminino: critérios diferenciados: carreiras regidas por legislação específica: ausência de violação ao princípio da isonomia: precedente (**RE 225.721**, Ilmar Galvão, *DJ* de 24-4-00)." (**AI 511.131-AgR**, julgamento em 22-3-05, *DJ* de 15-4-05).

"É constitucional o uso de ações afirmativas, tal como a utilização do sistema de reserva de vagas ("cotas"), por critério étnico-racial, na seleção para ingresso no ensino superior público. (Supremo Tribunal Federal, Brasil, RE 597285, em 09.05.12).

"Concurso público – Pessoa portadora de deficiência – Reserva percentual de cargos e empregos públicos (CF, art. 37, VIII) – (...) O tratamento diferenciado em favor de pessoas portadoras de deficiência, tratando-se, especificamente, de acesso ao serviço público, tem suporte legitimador no próprio texto constitucional (...). (**RMS 32732 AgR**, julgamento em 03-06-15, *DJ* de 01-08-14).

4. Un breve análisis comparado

Después de todo lo que fue transcrito en las páginas precedentes, parece clara la presencia esencialmente de puntos

de convergencia entre los dos contextos jurídico-constitucionales estudiados.

Tanto en la doctrina cuanto en la jurisprudencia, hay diversos aspectos de similitud entre los dos países.

No es posible, en este corto espacio, y tampoco es la finalidad de este modesto trabajo de investigación, hacer un profundizado análisis de los aspectos comparados de la discusión en foco. Así, vamos limitarnos a presentar algunos puntos que consideramos relevantes para una visión general de la convergencia verificada entre los dos ordenamientos examinados.

Es interesante observar, p.e., que una reflexión teórica de Pérez Luño¹⁹¹ fue enteramente incorporada en una decisión del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil.

Así dice el consagrado profesor:

“Por mi parte, al analizar las generaciones de derechos, he indicado que si la libertad fue el valor guía de los derechos de la primera generación, como lo fue la igualdad para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tienen como principal valor de referencia a la *solidariedad*”.

En el mismo sentido, se ha manifestado el **STF**:

“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que

¹⁹¹ PÉREZ LUÑO, *Teoría (...)* “op.cit.”, pág. 232.

materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade." (**MS 22.164**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, *DJ* de 17-11-95)

Merece realzo, también, la Sentencia del Tribunal Constitucional de España (TC) que ha declarado que la igualdad:

‘no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra’ (STC 34/1981, de 10 de noviembre)”

En pronunciamiento convergente el **STF** ha señalado que:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público (...), *não se reveste de caráter absoluto*, sendo legítima, em consequência, a estipulação de exigência de ordem etária, quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido." (**RMS 21.045**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-3-94, *DJ* de 30-9-94)

En otra ocasión, el **TCE** ha señalado, en relevante y fundamental discusión teórica, que en lo que se refiere a la

necesidad de *congruencia* con una *finalidad constitucionalmente legítima* que:

“el principio de igualdad impone como canon de su constitucionalidad que la exigencia normativa guarde una *directa* y razonable *relación* con la finalidad perseguida” (STC 114/87, de 6.7.1987).”

Además, ha declarado que el principio de igualdad, que ha sido considerado por el propio Tribunal como un límite al legislador, implica una prohibición de discriminaciones *arbitrarias* que ‘opera también en la aplicación de la ley y, en general, de cualquier norma jurídica’ (STC 59/1982, de 28.07.82).

Más recientemente, el TCE ha declarado, en el mismo sentido, que:

“El principio de igualdad ante la Ley proclamado en el art. 14 CE impide que el legislador dé un trato distinto a personas que se hallen en la misma situación (STC 144/1988). Sin embargo, tal paridad no impide que el legislador haga distinciones siempre que puedan ser calificadas de objetivas y razonables, constituyendo discriminaciones cuando sean arbitrarias o irrazonables. En la formulación del juicio de razonabilidad debe prestarse especial atención a las diferenciaciones normativas por razón de las condiciones prohibidas expresamente en el art. 15 CE. Junto con lo expuesto se recuerda que la igualdad ha de ser real e efectiva por mor del art. 9.2 CE, lo que dota de legitimidad a las acciones positivas encaminadas a favorecer la igualdad de oportunidades, práctica que, no obstante, puede colisionar con los derechos de las personas excluidas y con el criterio meritocrático según el cual los bienes o beneficios escasos deben ser asignados según la valía individual de las personas. Lo que no ha sido óbice para que la Ley haya favorecido a las personas con discapacidad mediante reserva de cuotas en el acceso a la función pública, ‘lo que

constituye una discriminación positiva indirecta en méritos del artículo 49 CE” (STC 12/2008, de 29.01.08).

En este plano, Joaquín G. Morillo¹⁹² indica que se lo impone también la adopción de una *relación de proporcionalidad* en el sentido de que:

“la medida o la consecuencia jurídica de la desigualdad de hecho se encuentran dentro de un margen de proporcionalidad determinado por la situación de hecho y por la finalidad perseguida, siendo constitucionalmente admisibles todas cuantas consecuencias jurídicas guarden esa relación de proporcionalidad, aun cuando unas puedan parecer preferibles o más adecuadas que otras”.

Posicionamiento similar adopta, como hemos visto, la doctrina brasileña. Así, según Humberto Ávila¹⁹³:

“A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (*congruência* do critério em razão do fim).

Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas

¹⁹² MORILLO, in GUERRA, *Derecho Constitucional* (...) “op.cit.”, pág. 188.

¹⁹³ BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo* (...) “op.cit.” págs. 150-1.



diferentes de controle. Há fins e fins no Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação de algum princípio fundamental”.

Por su parte, Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁹⁴ ha señalado que:

“Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo *igualdade*, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações *arbitrárias*, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos”.

En sintonía con todo aquí expuesto, el STF, en reciente, histórica y paradigmática decisión, deliberando sobre el sistema de reserva de cuotas por criterios étnico-raciales en el aseso en institución pública de enseñanza superior, ha declarado su constitucionalidad, *verbis*:

“(…) I – Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo certas vantagens, por um tempo limitado, de

¹⁹⁴ ÁVILA, *Teoria* (...) “op.cit.”, pág. 18.

modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.(...) III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sócias em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro”. (**ADPF¹⁹⁵ 186**, julgamento em 26-04-2012, *DJ* de 20-10-14)

5. Consideraciones Finales

Es innegable la importancia del principio de igualdad en la concretización de un real y efectivo *Estado democrático de derecho*.

Es evidente que los dos ordenamientos estudiados confieren al dicho principio o cláusula general *status referencial* en el sistema jurídico-político, le otorgando la naturaleza estructurante de *derecho fundamental*.

¹⁹⁵ **ADPF – CFB, art. 102, § 1º** A arguição de descumprimento de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.



Creemos todavía que, en especial en la realidad socioeconómica *brasileña*, persiste la existencia de un significativo **gap** entre las normas jurídicas y el día a día de la población, notadamente de los más desposeídos.

Así, revelase de todo fundamental el alerta del jusfilósofo brasileño Marcelo Neves¹⁹⁶ cuanto al carácter *simbólico* de las Constituciones, en los llamados *países periféricos*:

“A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como alibi: transfere-se a “culpa” para a sociedade “desorganizada” e “atrasada”, “desencarregando-se” de “responsabilidade” o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. No plano da reflexão jurídico-constitucional, essa situação repercute “ideologicamente”, quando se afirma que a Constituição de 1988 é “a mais programática” entre todas as que tivemos e se atribui sua legitimidade à promessa e esperança de sua realização no futuro: “a promessa de uma sociedade socialmente justa, a esperança de sua realização”. Confunde-se, assim, a categoria dogmática das normas programáticas, realizáveis dentro do respectivo contexto jurídico-social, com o conceito de constitucionalização simbólica, indissociável da insuficiente concretização normativa do texto constitucional”.

¹⁹⁶ A *constitucionalização simbólica*. Martins Fontes. São Paulo, 2007, pág. 186

6. Referencias Bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 8ª ed. Malheiros. São Paulo, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed. Malheiros. São Paulo, 2004.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Introducción a la Constitución de 1978*. Alianza Editorial. Madrid, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 22ª ed. Malheiros. São Paulo, 2008.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª ed. Tecnos. Madrid, 2007.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 2ª ed. Malheiros. São Paulo, 1999.

GOMES, Joaquim B. B. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. **Site Mundo Jurídico**. Rio de Janeiro, disponible em www.mundojuridico.com.br, aceso em: 12.03.09.

GUERRA, Luiz López et alli. *Derecho Constitucional – vol. I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 7ª Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Saraiva. São Paulo, 2005.

MENDES, Gilmar F. *Jurisdição Constitucional*, 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 1998.



MENDES, Gilmar. F., COELHO, Inocêncio. M. y BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. Saraiva. São Paulo, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Martins Fontes. São Paulo, 2007.

PÉREZ LUÑO, A.E. (con la colaboración de Cabrera, C. A., Gonzales-Tablas, R. y De la Cuesta, A.). *Teoría del Derecho – Una concepción de la experiencia jurídica*, 7ª ed. Tecnos, Madrid, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 30ª ed. Malheiros, São Paulo, 2008.

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

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE FECHA 16 DE FEBRERO DE 2017 (CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2544-2016):
NULIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 36.2.A, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA DE CASTILLA-LA MANCHA, APROBADO POR DECRETO LEGISLATIVO 112004, DE 28 DE DICIEMBRE**

D. Roberto Mayor Gómez

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

Fecha de finalización de trabajo: 14 de marzo de 2017

1. ANTECEDENTES

Por unos particulares se interpuso recurso contencioso administrativo, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, contra la

Orden de 26 de marzo de 2007 de la Consejería de Vivienda y Urbanismo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por la que se aprobaba definitivamente el plan de ordenación municipal de Toledo.

La parte demandante en el recurso contencioso-administrativo alegaba fundamentalmente que el plan de ordenación municipal de Toledo, en adelante POM, era nulo de pleno derecho, al haberse realizado modificaciones sustanciales sin someterlo nuevamente al trámite de información pública.

En concreto, el precepto cuestionado, artículo 36.2 a) párrafo segundo LOTAU, en la redacción vigente a la fecha de los hechos (puesto que posteriormente fue modificado), señalaba que: *"No será preceptivo reiterar ese trámite en un mismo procedimiento, ni aun cuando se introduzcan modificaciones sustanciales en el proyecto, bastando que el órgano que otorgue la aprobación inicial la publique en la forma establecida en el párrafo anterior y notifique ésta a los interesados personados en las actuaciones"*.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, sentencia de 26 de julio de 2011, estimó el recurso contencioso administrativo formulado contra la citada Orden, anulando y ordenando la retroacción de las actuaciones, al considerar que el precepto cuestionado era inaplicable por infringir el artículo 6.1 LRSV, así como la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre el trámite de información pública en la elaboración de los instrumentos de planeamiento.

Por el Ayuntamiento de Toledo y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se planteó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, frente a la anterior sentencia judicial, alegando como motivos principales que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia había incurrido en un exceso de jurisdicción al estar obligada a aplicar el artículo 36.2.A TRLOTAU, salvo que planteara previamente una cuestión de

inconstitucionalidad, conforme a lo dispuesto en los arts. 163 CE y 35.1 LOTC y el artículo 5.2 LOPJ. Además, se habría infringido el orden competencial establecido en los arts. 148.1.3 CE y 31.1.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

Por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2014, se desestimó el recurso de casación interpuesto, así como el posterior incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por el Ayuntamiento de Toledo.

Por parte del Ayuntamiento de Toledo se interpuso recurso de amparo contra las tres resoluciones judiciales, alegando que lesionaban los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, por incurrir los órganos judiciales en exceso de jurisdicción al rechazar la aplicación del artículo 36.2.A, párrafo segundo TRLOTAU, sin elevar previamente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional fue estimado por STC 195/2015, de 21 de septiembre, que reconoció el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, declarando la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 26 de julio de 2011, así como la Sentencia, de 27 de febrero de 2014, y el Auto, de 15 de julio de 2014, dictados por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; acordando retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al señalamiento para votación y fallo del recurso inicialmente interpuesto, para que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictase nueva sentencia respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.



Finalmente, tras la oportuna tramitación procesal, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha se remitió testimonio del Auto, de 22 de abril de 2016, por el que se acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 36.2.A, párrafo segundo, del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre (TRLOTAU, en adelante), por vulneración de los arts. 9.2, 23, 103, 105.a) y 149.1.1, 13, 18 y 23 CE. En particular se alega la contradicción con el artículo 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (LRSV).

2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA JUDICIAL

Tras analizar, y desestimar, los óbices procesales alegados por las partes demandadas, se entra en el fondo del asunto analizando los siguientes aspectos:

- El hecho de que la norma cuestionada no esté vigente en el momento de dictar la presente resolución

Para el Tribunal Constitucional, la circunstancia de que el precepto objeto de impugnación, en la redacción originaria, no estuviera vigente en el momento de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, no impediría entrar a analizarlo, de conformidad con la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁹⁷.

¹⁹⁷ La STC 37/2004, de 11 de marzo, FJ 1, declara que: *"en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo"*.

- La delimitación precisa de la duda de constitucionalidad que se plantea

El Tribunal Constitucional concretiza que la duda de constitucionalidad que se está planteando es la relativa a la infracción del artículo 6.1 LRSV, en tanto que, al amparo del arto 149.1.18 CE, establece unas reglas acerca de la participación ciudadana en los procesos de planeamiento urbanístico que no habrían sido respetadas por el precepto impugnado.

- La determinación del parámetro de enjuiciamiento de la norma cuestionada

El Tribunal Constitucional concluye que, conforme a su propia doctrina¹⁹⁸ el artículo 6.1 LRSV ha sido dictado al amparo del arto 149.1.18 CE y, en consecuencia, ha de ser respetado por la normativa urbanística que, en el ejercicio de su competencia exclusiva, dicten las Comunidades Autónomas.

¹⁹⁸ Según la doctrina constitucional: *“el Estado puede prever, ex arto 149.1.18 CE, la existencia de la garantía del trámite de información pública a los ciudadanos en determinados instrumentos de planeamiento urbanístico [así, en la STC 611/1997, FJ 25 c), reiterado en STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 28). La STC 141/2014, de 11 de septiembre, aplica el mismo criterio en relación al resumen ejecutivo que debe ponerse a disposición de los ciudadanos en los procedimientos de aprobación o alteración de instrumentos de ordenación urbanística [FJ 8.B.b»), y a la publicación por medios telemáticos del contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración [FJ 12.C)). De acuerdo con la citada STC 141/2014, tales instrumentos favorecen no sólo la transparencia, sino, también y fundamentalmente, el acceso a la información urbanística y la participación cívica en los procedimientos de aprobación o alteración de los instrumentos de ordenación urbanística”.*

A continuación, lo que se procede por el Tribunal Constitucional en la sentencia judicial es comprobar¹⁹⁹ si la normativa autonómica, artículo 36.2 a) párrafo segundo LOTAU, infringe la normativa estatal básica, artículo 6.1 LRSV, por lo que transcribe ambos textos legales en la propia sentencia:

"No será preceptivo reiterar este trámite en un mismo procedimiento, ni aun cuando establezcan modificaciones sustanciales en el proyecto, bastando que el órgano que otorgue la aprobación inicial la publique en la forma establecida en el párrafo anterior, y notifique ésta a los interesados personados en las actuaciones" ²⁰⁰ (precepto autonómico).

"La legislación urbanística garantizará la participación pública en los procesos de planeamiento y gestión, así como el derecho a la información de las entidades representativas de los intereses

¹⁹⁹ La STC 94/2014, de 12 de junio, FJ 2, señala que: *"teniendo en cuenta que la inconstitucionalidad alegada no lo es por contradicción directa con la Constitución sino con la norma dictada por el Estado, la norma de contraste debe ser, necesariamente, la que estaba vigente en el momento de la aprobación de la modificación del plan general impugnado"*. Se plantea, por tanto, un supuesto en el que la posible inconstitucionalidad de una norma autonómica no proviene de su directa confrontación con la Constitución, sino de su examen a la luz de otra norma (infraconstitucional) dictada por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias.

²⁰⁰ En la redacción originaria de la sentencia del T.C se reproducía el artículo 36.2 a) párrafo segundo LOTAU, pero en su redacción vigente, en la redacción dada por la Ley 2/2009, de 14 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia de Vivienda y Suelo por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística. Por este motivo se interpuso escrito de aclaración y rectificación por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, al amparo del artículo 267.5 LOPJ, dictándose resolución del T.C, de 28 de febrero de 2017, por el que se acordaba la rectificación de errores materiales en el sentido propuesto por la representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

afectados por cada actuación y de los particulares" (precepto estatal).

En definitiva, lo que analiza el Tribunal Constitucional es si la exclusión de un segundo trámite de información pública en el caso de modificaciones sustanciales del planeamiento entra dentro del margen de configuración del que, conforme al artº 149.1.18 CE, dispone el legislador urbanístico autonómico. O, en caso contrario, si, al omitir dicho trámite en el caso de modificaciones sustanciales, debe entenderse que dicho margen ha sido superado de forma contraria al orden constitucional de distribución de competencias, por contravenir el principio de participación ciudadana en la planificación urbanística en la forma dispuesta por el Estado al amparo del artº 149.1.18 CE.

Pues bien, en la sentencia se declara que el artículo 6.1 LRSV reconoce el derecho de participación efectiva en los procedimientos de elaboración y aprobación de los instrumentos urbanísticos, y que ello vincula a la legislación urbanística autonómica en la regulación de la participación pública en los procesos de planeamiento, aunque ésta cuenta con un cierto margen para determinar la forma concreta de garantizar la participación pública en el proceso de planeamiento.

Por ello, la legislación autonómica entraría en contradicción con la estatal, que constituye su parámetro de enjuiciamiento, en el supuesto de que no ofrezca cauce para que aquel mandato del legislador estatal, lo que lleva al TC a fijar las siguientes conclusiones, en cuanto al segundo trámite de información pública:

"Que este segundo trámite no es obligado ("No será preceptivo") en aquellos casos en los que el Plan experimente modificaciones sustanciales. De este modo la legislación urbanística castellano-manchega establece una regulación del procedimiento a seguir que permite excluir la segunda información pública en



determinados supuestos y ello pese a que el documento aprobado inicialmente haya sufrido modificaciones sustanciales."²⁰¹

Por tanto, se concluye por el TC que la exclusión de este trámite en el caso de introducción de modificaciones que tengan el carácter de sustanciales, que es el supuesto que regula el precepto cuestionado, es incompatible con la garantía contenida en el arto 6.1 LRSV, siendo contrario al orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, inconstitucional y nulo, por lo que se estima la cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, se declara que el artículo 36.2.A, párrafo segundo,

²⁰¹ En la redacción originaria de la sentencia del T.C se reproducía los siguiente: a) *“que en cuanto a las modificaciones sustanciales que son fruto de la decisión municipal el precepto no se opone a la regla estatal, pues la excepción a la obligatoriedad del segundo trámite de audiencia se refiere exclusivamente a modificaciones sustanciales derivadas de las alegaciones formuladas en la información pública o de los informes emitidos por otras Administraciones pública. En el resto de los casos esta segunda audiencia será preceptiva. Segunda exposición pública que, por lo demás, resulta exigida por la ya mencionada necesidad de asegurar la efectividad de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de los planes de ordenación urbanística (así, STS 1999/2016, de 7 septiembre, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo).*

b) que este segundo trámite no es obligado (“No será preceptivo”) en aquellos casos en los que el Plan experimente modificaciones que, aun siendo sustanciales, traigan causa directa, bien de las alegaciones formuladas en la información pública, bien de los informes emitidos por otras Administraciones Públicas. De este modo la legislación urbanística castellano manchega establece una regulación del procedimiento a seguir que permite excluir la segunda información pública en determinados supuestos y ello pese a que el documento aprobado inicialmente haya sufrido modificaciones sustanciales”.

Por resolución del T.C., de 28 de febrero de 2017, se acordaba la rectificación de errores materiales en el sentido expuesto.

del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, es inconstitucional y nulo.

3. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de febrero de 2017 (cuestión de inconstitucionalidad 2544-2016), declara que el artículo 36.2. A, párrafo segundo, del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, es inconstitucional y nulo.

En todo caso, es necesario aclarar que la sentencia del Tribunal Constitucional está referida exclusivamente al contenido de dicho precepto, en la redacción que tenía a la fecha de aprobación del POM de Toledo, 26 de marzo de 2007. Así, en fecha 25 de marzo de 2007 estaba vigente el Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre y el artículo 36.2. A de este texto tenía en ese momento la siguiente literalidad:

"No será preceptivo reiterar ese trámite en un mismo procedimiento, ni aun cuando se introduzcan modificaciones sustanciales en el proyecto, bastando que el órgano que otorgue la aprobación inicial la publique en la forma establecida en el párrafo anterior y notifique ésta a los interesados personados en las actuaciones".

El texto del citado precepto actualmente vigente en el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo de 2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, que también es coincidente con el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, pero en la redacción dada por la Ley 2/2009, de 14 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia de Vivienda y Suelo, dispone que:



“No será preceptivo reiterar este trámite en un mismo procedimiento si se introdujesen modificaciones sustanciales en el Plan a causa, bien de las alegaciones formuladas en la información pública, bien de los informes emitidos por otras Administraciones Públicas, bastando que el órgano que otorgue la aprobación inicial la publique en la forma establecida en el párrafo anterior y notifique ésta a los interesados personados en las actuaciones”.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SALA QUINTA, DE 16 DE FEBRERO DE 2017 (ASUNTO C-555/14): PLAN DE PAGO A PROVEEDORES

D. Roberto Mayor Gómez

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

Fecha de finalización de trabajo: 20 de febrero de 2017

1. ANTECEDENTES

Entre los años 2008 y 2013, varias empresas suministraron bienes y prestaron servicios a diversos centros médicos dependientes del Servicio Murciano de Salud, el cual, sin embargo, no abonó su importe. Por ello, en septiembre de 2013, la empresa a la que le habían cedido los créditos reclamaron al citado Servicio de Salud el pago tanto del principal de las deudas como de los intereses de demora y de una compensación por los costes de cobro soportados.

Al no proceder al abono de las citadas cantidades por parte del Servicio de Salud, la empresa reclamante se acogió al mecanismo



extraordinario de financiación, lo que le permitió obtener únicamente el pago del principal de sus créditos.

En mayo de 2014, la empresa reclamante interpuso un recurso ante el juzgado remitente al objeto de que se condenara al Servicio de Salud a abonarle los importes reclamados en concepto de intereses de demora y de compensación por los costes de cobro.

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 6 de Murcia, mediante Auto de fecha 20 de noviembre de 2014, planteó cuestión prejudicial relativa a la interpretación de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y, en concreto, a la adecuación a Derecho de la renuncia al cobro de intereses de demora devengados por el pago fuera del plazo legalmente establecido de facturas a través del Mecanismo Extraordinario de Pago a Proveedores, aprobado por Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros (BOE núm. 155/2013, de 29 de junio de 2013).

La cuestión prejudicial planteada²⁰² por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 6 de Murcia²⁰³, publicada en el

²⁰² Asunto C-555/14 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, IOS Finance EFC, S.A., contra Servicio Murciano de Salud.

²⁰³ El asunto jurídico específico del procedimiento judicial que se plantea ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 6 de Murcia es que una empresa de factoring adquirió determinados créditos pendientes de pago que ostentaban algunos proveedores frente al Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Murcia, y los reclamó, junto con los intereses y los costes de cobro, ante los órganos judiciales españoles. Posteriormente, se adhirió al mecanismo extraordinario de financiación y recobró prácticamente el importe total del principal, aunque a pesar de ello interpuso otro recurso en el que se opone a la exclusión de los intereses y de los costes de cobro, que considera

DOCE de 16 de febrero de 2015, es que si teniendo en cuenta lo que disponen los arts. 4.1, 6 y 7.2 y 3 de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales²⁰⁴:

- 1) ¿Debe interpretarse el art. 7.2 de la Directiva en el sentido de que un Estado miembro no puede condicionar el cobro de la deuda por principal a la renuncia de los intereses de demora?
- 2) ¿Debe interpretarse el art. 7.3 de la Directiva en el sentido de que un Estado miembro no puede condicionar el cobro de la deuda por principal a la renuncia de los costes de cobro?
- 3) En caso afirmativo de las dos preguntas, ¿puede el deudor, cuando éste es un poder adjudicador invocar la autonomía de la voluntad de las partes para eludir su obligación de pago de intereses de demora y costes de cobro?

contraria a la Directiva sobre la morosidad. Por la parte demandante se alega fundamentalmente que: 1º) el derecho al cobro de los intereses de demora y de los costes de cobro es irrenunciable y nace ope legis por el transcurso del plazo de pago sin que la Administración haya pagado el principal adeudado; 2º) el Real Decreto-ley 8/2013, al prever que el pago del principal conlleva la extinción de los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios, es contrario al Derecho de la Unión, y 3º) la Directiva sobre la morosidad es de aplicación directa en la medida en que declara manifiestamente abusivas las cláusulas contractuales y las prácticas que excluyan el interés de demora y la compensación por los costes de cobro.

²⁰⁴ El artículo 7.2 y 3 de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, establece que: "2. A efectos del apartado 1, se considerará manifiestamente abusiva una cláusula contractual o una práctica que excluya el interés de demora. 3. A efectos del apartado 1, se presumirá que una cláusula contractual o una práctica que excluya la compensación por los costes de cobro a los que se hace referencia en el artículo 6 es manifiestamente abusiva".



Las conclusiones presentadas el 12 de mayo de 2016, sobre este asunto judicial por la abogada general²⁰⁵, Sra. Eleanor Sharpston, ante la cuestión de si la Directiva 2000/35 se oponía a que un acreedor que tuviera dichos derechos decidiera renunciar a ellos a cambio de un pronto pago en circunstancias en la que podría, si así lo decidiera, optar en su lugar por no hacerlo y esperar al abono del importe total, concluye, de forma rotunda, fueron que: “Es cierto que, para que dicha renuncia surtiera efectos, era preciso un contrato. No obstante, tal contrato sería por definición subsidiario en relación con el primer contrato, mediante el que se constituyó la propia deuda. Establecería una excepción a los derechos concedidos al acreedor mediante el primer contrato al sustituirlo por un nuevo derecho, es decir, el derecho al pago inmediato. Siempre que el derecho a esperar el pago total fuera

²⁰⁵ Las conclusiones definitivas de la abogada general, en su parte final, son las siguientes: “A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6, de Murcia del siguiente modo: La Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y en particular, su artículo 3, apartado 3, y la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y en particular su artículo 7, apartados 2 y 3, deben interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que: a) otorga al acreedor el derecho a adherirse a un mecanismo que prevé el pago «acelerado» del principal adeudado con arreglo a un contrato cuando el acreedor ha cumplido sus obligaciones establecidas en el contrato, siempre que renuncie a su derecho al pago de los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro, si bien b) permite al acreedor adherirse a este mecanismo con el resultado de que conserva su derecho al interés y a la compensación, aunque es probable que tenga que esperar bastante más para cobrar. No es necesario responder la tercera cuestión prejudicial formulada por el juzgado remitente”.

real y no ilusorio, no veo cómo tal acuerdo podría calificarse de «manifiestamente abusivo» para el acreedor, a los efectos del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/35. La mera existencia de la opción concedida al acreedor obstaría llegar a esta conclusión”²⁰⁶.

Además, añade que “[...] el mecanismo de financiación establecido por el Real Decreto-ley 8/2013 ofreció al acreedor la posibilidad de elegir. Podía adherirse al mecanismo, en cuyo caso recibiría el pago, si no ipso facto, al menos en un breve plazo [...] y que “[...] En efecto, a mi juicio, este elemento de opción —y los riesgos asociados a él— forman parte normal de la vida empresarial. Tras la creación del mecanismo de financiación, se ofrecían dos alternativas. La primera (adherirse al mecanismo) ofrecía un riesgo menor y una recompensa menor. La segunda (optar por seguir como hasta ese momento) presentaba más riesgo, pero también la posibilidad de una recompensa mayor. No considero que la Directiva se aprobara para prevenir una situación de este tipo.”

Tampoco se considera que tenga alguna relevancia jurídica, a los efectos del presente procedimiento judicial, el hecho de que el deudor afectado en el litigio principal sea una Comunidad Autónoma y no una empresa privada. Por todo lo anterior, concluye que “la Directiva 2000/35 y, en particular, su artículo 3, apartado 3, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que a) otorga al acreedor el derecho a adherirse a un mecanismo que prevé el pago «acelerado» del principal adeudado con arreglo a un contrato cuando el acreedor ha cumplido sus obligaciones establecidas en el contrato, siempre que renuncie a su derecho al pago de los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro, si bien b) permite al

²⁰⁶ A contrario sensu, la abogada general en sus conclusiones declara que “Debo poner de manifiesto que, si la situación fuera de otro modo y el acreedor se viera sin opciones reales en este particular, consideraría que tal acuerdo infringiría los requisitos de la Directiva y sería «manifiestamente abusivo», a los efectos del artículo 3, apartado 3”.



acreedor adherirse a este mecanismo con el resultado de que conserva su derecho al interés y a la compensación, aunque es probable que tenga que esperar bastante más para cobrar.”

En cuanto al alcance de la Directiva 2011/7/ UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, las conclusiones de la abogada general son similares al señalar que: “Sin embargo, en mi opinión nada en la Directiva 2011/7 se opone a que un acreedor celebre legalmente un acuerdo voluntario con el deudor, tras la ejecución del contrato por parte del acreedor, por el cual ha de recibir el pago inmediato del principal adeudado con arreglo al contrato a cambio de renunciar a los derechos a los que podría de otro modo tener derecho en relación con los intereses de demora y con la compensación de los costes de cobro. En particular, a mi juicio las disposiciones de tal acuerdo no constituyen «una cláusula contractual o una práctica», a los efectos del artículo 7, apartados 1 a 3, de la Directiva, ni, por extensión, son «manifiestamente abusivas», por las razones expuestas en el punto 42 anterior. En cuanto a la aplicación de esta Directiva al litigio principal, las observaciones que he formulado en los puntos 43 a 50 anteriores en relación con la Directiva 2000/35 son igualmente pertinentes en lo que atañe a la Directiva 2011/7.”

2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA JUDICIAL

En cuanto a las cuestiones prejudiciales primera y segunda²⁰⁷, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las aborda conjuntamente

²⁰⁷ Recordemos que el juzgado remitente planteaba, en esencia, si la Directiva 2011/7, y en particular su artículo 7, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite al acreedor renunciar a exigir los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro como contrapartida del pago inmediato del principal de los créditos devengados.

y declara, con carácter previo, que hay que partir de la base que el objetivo de la Directiva 2011/7, de conformidad con el artículo 1, apartado 1, es luchar contra la morosidad en las transacciones comerciales, ya que dicha morosidad constituye un incumplimiento de contrato económicamente provechoso para los deudores, a causa, en particular, de los bajos intereses aplicados o de la no aplicación de intereses a los pagos que incurren en mora²⁰⁸.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea si bien reconoce que el artículo 7, en sus apartados 2 y 3, de la Directiva 2011/7, establece que una cláusula contractual o una práctica que excluya el pago de estos intereses o la compensación por los costes de cobro, se considerará manifiestamente abusiva, o se presumirá manifiestamente abusiva, respectivamente, matiza que la imposibilidad de excluir tal derecho por vía contractual tiene por objeto impedir que se abuse de la libertad contractual en perjuicio del acreedor en el momento de celebrar el contrato.

Por tanto, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la finalidad del artículo 7, en sus apartados 2 y 3, de la Directiva 2011/7 sería evitar que la renuncia por parte del acreedor a los intereses de demora o a la compensación por los costes de cobro se produzca desde la conclusión del contrato, es decir, en el momento en que se ejerce la libertad contractual del acreedor y, por tanto, en que es posible que el deudor abuse de dicha libertad en perjuicio del acreedor.

Por ello, en el litigio que es objeto de controversia si bien concurren los requisitos establecidos en la Directiva 2011/7, y los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro son exigibles, el acreedor, en base al principio de libertad contractual, tiene libertad para renunciar a los importes adeudados en concepto de dichos intereses y de la compensación, concretamente como contrapartida del pago inmediato del principal.

²⁰⁸ Considerando 12 de la Directiva 2011/7/ UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011.



En definitiva, de la Directiva 2011/7 no se deduciría que ésta se oponga a que el acreedor pueda renunciar libremente al derecho a exigir los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro, aunque tal renuncia estaría sometida al requisito de que se haya consentido de manera efectivamente libre, de modo que no debe constituir a su vez un abuso de la libertad contractual del acreedor imputable al deudor.

Para apreciar si la renuncia ha sido libremente consentida, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que sería necesario asegurarse de que el acreedor haya podido realmente disponer de todos los recursos efectivos para exigir, si lo hubiese deseado, el pago de la deuda íntegra, incluidos los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro, extremo que incumbe comprobar al órgano judicial nacional.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, concluyendo que “la Directiva 2011/7, y en particular su artículo 7, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite al acreedor renunciar a exigir los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro como contrapartida al pago inmediato del principal de créditos devengados, siempre que esta renuncia sea libremente consentida, lo que incumbe comprobar al juez nacional”.

Finalmente, en cuanto a la tercera cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve que no es preciso dar respuesta a la misma, ya que sólo se planteó para el supuesto de que se respondiera a las cuestiones prejudiciales primera y segunda en sentido afirmativo.

Por todo ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) declara que:

“La Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y en particular su artículo 7, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la

controvertida en el litigio principal, que permite al acreedor renunciar a exigir los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro como contrapartida al pago inmediato del principal de créditos devengados, siempre que esta renuncia sea libremente consentida, lo que incumbe comprobar al juez nacional”.

3. CONCLUSIONES

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve, a mi modo de ver de forma definitiva, una controversia jurídica²⁰⁹ de indudable trascendencia económica para el Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

La representación procesal que planteó la cuestión prejudicial²¹⁰ considera que todavía no estaría resuelta la cuestión, en la medida que correspondería a los jueces nacionales comprobar que la renuncia ha sido libremente consentida asegurándose que el acreedor haya podido realmente disponer de todos los recursos efectivos para exigir, si lo hubiese deseado, el pago de la deuda íntegra, incluidos los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro.

No obstante, en mi opinión, plantear ante los órganos judiciales que la renuncia de los proveedores no fue libremente consentida, en los términos que indica la sentencia judicial analizada, es un debate estéril pues los recurrentes decidieron adherirse libre y voluntariamente, con pleno conocimiento de sus condiciones, al

²⁰⁹ La controversia jurídica ya fue analizada por Mayor Gómez. R en el artículo “El plan de pago a proveedores y el derecho de la Unión Europea: ante el inminente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, revista Gabilex nº 6, junio de 2016.

²¹⁰ Véase a estos efectos: <http://www.tornosabogados.com/no-72017-el-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-decide-sobre-la-adecuacion-del-mecanismo-extraordinario-de-pago-a-proveedores-al-derecho-de-la-union-europea/>.



mecanismo financiero de pago a proveedores, en donde se contemplaba expresamente: el carácter voluntario de adhesión al plan de pago; que el abono a favor del proveedor conllevaría la extinción de la deuda contraída por la Administración Pública con el mismo por el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios; y que el abono de la deuda determinaría la terminación del proceso judicial, si lo hubiere, por satisfacción extraprocésal, de conformidad con lo señalado en el artículo 22.1 de la Ley 1/2001, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Además, evidentemente, los proveedores que no estuvieron de acuerdo, y los hubo, pudieron disponer de todos los recursos efectivos para exigir, por ejemplo a través de la vía judicial, el pago de la deuda íntegra, incluidos los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro.

Finalmente, indicar que la cuestión relativa a la voluntariedad en la renuncia al cobro de los intereses, presumiendo que fue libremente consentido, ya ha sido analizada y resuelta por distintos órganos judiciales españoles en el sentido anteriormente expuesto²¹¹.

²¹¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Islas Baleares, sec. 1ª, de 31 de mayo de 2013, nº 452/2013, rec. 112/2013, Pte: Frigola Castellón, María Carmen; Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del TSJ de Madrid, sec. 3ª, de 27 de junio de 2013, nº 222/2013, rec. 153/2013, Pte: Maldonado Muñoz, Pilar.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (SECCIÓN SEGUNDA) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA, DE 31 DE ENERO DE 2017: IMPUGNACIÓN DEL PROCESO SELECTIVO DEL CUERPO DE LETRADOS DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

D. Roberto Mayor Gómez

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

Fecha de finalización de trabajo: 10 de marzo de 2017

1. ANTECEDENTES

Por Resolución, de 12 de agosto de 2013, la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas convocó el proceso selectivo para el ingreso, por el sistema general de acceso libre, de 7 plazas en el Cuerpo de Letrados de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCM de 13 de agosto de 2013).

Por una de las personas aspirantes al referido proceso selectivo se interpuso recurso administrativo, y posteriormente recurso



contencioso administrativo, por presuntas irregularidades que, a su juicio, se habrían producido durante la fase de selección, en concreto en relación con la tercera prueba de la misma, consistente en un ejercicio práctico, las cuales determinarían a su juicio la nulidad de lo actuado, por lo que solicitaba la estimación de los recursos interpuestos, y la consecuente declaración de nulidad, o subsidiariamente anulabilidad, de la actuación administrativa, con retroacción de actuaciones y planteamiento de un nuevo tercer ejercicio; o, subsidiariamente, repetición del mismo ejercicio práctico pero con aplicación de un criterio de corrección distinto o advertencia previa a los opositores de que se iba a utilizar el que se utilizó; o, subsidiariamente también, una nueva corrección del ejercicio práctico previa la realización de un acto público de apertura de plicas.

2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA JUDICIAL

Por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha se analizan, de forma sistematizada, cada una de las alegaciones de la parte recurrente: Así, por una parte, la persona recurrente consideraba que se habían vulnerado las normas esenciales que rigen la formación de la voluntad de los órganos colegiados, con la consiguiente nulidad de pleno derecho (art. 62.1.e Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común²¹²), lo que derivaría de las diversas actuaciones que imputaba al Tribunal Calificador (aprobación improcedente del tercer ejercicio de la oposición; incorrecta selección de textos normativos facilitada a los aspirantes; y ausencia de información necesaria para que la mitad de los miembros del Tribunal Calificador que corrigieron la prueba práctica pudiera realizar efectivamente dicha corrección...).

²¹² Normativa todavía vigente a la fecha de los hechos.

Frente a estas alegaciones, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, tras citar y reproducir una serie de actas del Tribunal Calificador que obraban en el expediente administrativo, concluye que quién elaborase concretamente y materialmente el ejercicio práctico resulta ser indiferente siempre y cuando el Tribunal asuma el resultado final, sin que sea exigible que el ejercicio sea necesariamente elaborado mediante aportación y debate de todos sus miembros. Se admite, por tanto, que uno de los miembros del Tribunal Calificador pueda asumir la elaboración intelectual y material del caso y someterlo luego a la consideración de los demás, siendo ello una aprobación material, y sin que, por otro lado, exista prueba alguna de que los miembros del citado Tribunal Calificador no tuvieran conocimiento del citado ejercicio. En definitiva, para la Sala de lo Contencioso Administrativo no existe nada reprochable jurídicamente en este sentido.

En cuanto a que la selección de normas puesta a disposición de los opositores no fue correcta, pues entendía la persona aspirante recurrente que faltó aportar algunos contenidos jurídicos, para la Sala de lo Contencioso Administrativo este alegato no tiene conexión con la cuestión de las normas que rigen la formación del a voluntad de los órganos colegiados, y, además, la omisión afectó por igual a todos los aspirantes, cada uno de los cuales hubo de argumentar con la ayuda del mismo material que sus contrincantes y con la de sus propios conocimientos y recursos personales, por lo que tampoco habría razón para anular nada por esta causa.

Respecto a la alegación de la parte recurrente de que la ausencia de información necesaria para que la mitad de los miembros del Tribunal Calificador que corrigieron los ejercicios pudiera realizar efectivamente dicha corrección, en la sentencia judicial se declara que ello carece de cualquier coherencia, cuál es la de que un miembro del Tribunal no sea capaz de corregir un examen práctico si no ha participado en la elaboración y aprobación de su enunciado y planteamiento, sin que, por tanto, tenga ninguna trascendencia el hecho de que no todos los miembros que



corrigieron el ejercicio participasen en la elaboración de su planteamiento. En cuanto a la declaración de que no hubo reunión ni deliberación para calificar, para la Sala son manifestaciones vertidas por la parte recurrente sin base alguna y en contra de lo que aparece claramente expresado en el expediente administrativo.

En relación con la falta de motivación en la actuación del Tribunal Calificador de las pruebas, en la sentencia judicial se sintetiza la doctrina del Tribunal Supremo, cuando se solicite por el interesado/a, que se den los motivos concretos de la nota, aclarando que no exige que “en las actas deban constar expresados exhaustivamente y desde el principio cada uno de los razonamientos del Tribunal que conduzcan a la determinación de cada punto asignado, sino que, si el interesado pide explicaciones, deberá dársele una explicación cumplida y suficiente sobre los motivos del Tribunal suficiente para que el interesado pueda comprenderla y combatirla en su caso”. Así, a juicio del órgano judicial, en el expediente administrativo consta expresado con todo detalle el razonar del Tribunal Calificador en relación con el ejercicio de la actora.

También se denuncian por la parte demandante diversas presuntas vulneraciones relativas al principio de igualdad en relación con el acceso a los cargos públicos:

- *No se exteriorizó a los aspirantes, antes de la realización del ejercicio práctico, el criterio de corrección según el cual no sería eliminatoria la nota de cada uno de los dos casos de que se componía el ejercicio.*

Para el órgano judicial, no es discutible que, al no venir impuesto tampoco en las bases de la convocatoria, si por el Tribunal Calificador de las pruebas no quiso dar carácter eliminatorio a ninguno de ambos, como no lo quiso, no era necesario comunicar nada, pudiendo ser diferente la solución en el caso contrario, esto es, que el Tribunal Calificador hubiera acordado el carácter eliminatorio.

- *La corrección del ejercicio práctico no fue anónima.*

En la sentencia judicial se declara el iter de la corrección del ejercicio, y que, según consta en las actas, el Tribunal Calificador acordó que la corrección del examen se realizará de forma anónima mediante el sistema de plicas, constandingo que se dio instrucciones a los opositores sobre el empleo del material, incluidas las plicas y sobres. Una vez celebradas las pruebas, se procedió a la apertura de los sobres que contienen los ejercicios de los opositores. Hecho esto, se lleva a cabo la numeración de las plicas que albergan sus datos de identificación, así como la de los propios ejercicios, al objeto de efectuar su corrección garantizando el anonimato de los autores. Más adelante se corrigen los exámenes asignando notas a cada número identificativo de examen. Terminada la corrección se abren las plicas con los datos identificativos y se correlaciona cada número de examen con una plica y por tanto con un opositor, que así obtiene su nota nominalmente.

- Los siete opositores que han aprobado las pruebas son los mismos siete que resultaron primeros tras las pruebas teóricas, y, además en el mismo orden, lo que demuestra que no hubo verdadera corrección del tercer ejercicio y sí mera asignación automática de dicho orden, y demuestra igualmente la falta de anonimato en la corrección.

La Sala a este respecto aclara que los siete primeros en las listas tras los ejercicios primero y segundo no aprobaron el tercer ejercicio en el mismo orden que venía determinado por la suma de dichos dos primeros ejercicios. Además, a su juicio, que los siete primeros tras los dos primeros ejercicios, también tuvieran los siete mejores ejercicios prácticos, lo único que demostraría es que los siete mejores aspirantes en la parte teórica fueron también los siete mejores en la parte práctica.

En cuanto a la alegación de que no hubiera un acto público de apertura de plicas, en la sentencia judicial se declara que ello no supone infracción de norma legal alguna, puesto que el principio de transparencia no obliga a que todos y cada uno de los actos del tribunal sean públicos, y según consta en las actas las plicas se abrieron bajo la fe del Secretario del Tribunal y en presencia



de los miembros del mismo que los corrigieron, que estaba conformado por empleados públicos de distintos ámbitos (magistrado, notario, letrados, funcionarios del cuerpo superior jurídico, profesores de universidad...)

Finalmente, en la sentencia judicial objeto de comentario, en relación con el resto de alegaciones de la parte recurrente que se contenían en la demanda, se remite a lo ya expuesto en los fundamentos de derecho considerando que ya se había dado cumplida respuesta.

Por todo lo anterior, se desestima íntegramente el recurso contencioso-administrativo planteado, con imposición a la parte recurrente de las costas ocasionadas a demandados y codemandados.

3. CONCLUSIONES

La Sentencia nº 10 de la Sala de lo contencioso administrativo, (sección segunda), del Tribunal de Justicia de Castilla-La Mancha, de 31 de enero de 2017, declara que en el proceso selectivo para el ingreso, por el sistema general de acceso libre, de 7 plazas en el Cuerpo de Letrados de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, no se ha producido ninguna de las presuntas irregularidades denunciadas por una de las personas aspirantes a la plaza.

BASES PARA LA PUBLICACIÓN



BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA- LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un

máximo de 40 páginas. Es importante destacar en este punto que la Revista cuenta con dos secciones, una destinada a Artículos doctrinales NACIONALES y otra destinada a Artículos doctrinales INTERNACIONALES. Esta última corresponde a trabajos de autores de otros países.

2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

Asimismo, para que el esfuerzo y el mérito tengan el reconocimiento social y profesional que merecen, podrán publicarse Trabajos Final de Grado (TFG) o Final de Máster (TFM) si han obtenido una calificación mínima de sobresaliente, **en cuyo caso la propia publicación pondrá de manifiesto que se trata de un TFG o un TFM**. Todo ello sin perjuicio de la obligatoriedad de cumplir el resto de requisitos exigidos en estas bases. Esta modesta iniciativa, pretende el reconocimiento al mérito de haber obtenido unas calificaciones que son fruto de un rendimiento académico digno de elogio.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema



de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección a propuesta del Consejo de Redacción de la Revista.

El **Consejo Evaluador Externo** estará formado por un máximo de seis personas, que podrán ser renovadas por mitades cada dos años a propuesta del Consejo de Redacción.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en

este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTICULOS como las RESEÑAS deberá remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, *ABSTRACT*, PALABRAS CLAVE, *KEY WORDS* Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana²¹³. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

²¹³ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y un abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación "*op. cit.*," de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura "pág." el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.



Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen: (De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.- A) *Tercer epígrafe.*- a) *Cuarto epígrafe*

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) *Tercer nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) *Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso