

QDL66

Octubre de 2024 · Cuadernos de Derecho Local

BALANCE DE LA APLICACIÓN DE LOS FONDOS *NEXT GENERATION EU* EN LA ESFERA LOCAL



FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL



QDL 66

Octubre de 2024 · Cuadernos de Derecho Local

BALANCE DE LA APLICACIÓN DE LOS FONDOS *NEXT GENERATION EU* EN LA ESFERA LOCAL

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en las siguientes bases de datos:

LATINDEX (<http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=21551>)

DICE (<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1696-0955>)

DIALNET (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3400>)



Edición

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

Fernando el Santo, 27, bajo A - 28010 Madrid

Producción

Estugraf Impresores S.L.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955 (papel) \ 2695-6101 (digital)

Foto de cubierta: iStockphoto LP

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

CONSEJO CIENTÍFICO

Presidente: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III de Madrid*
Manuel Aragón Reyes, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Tribunal Supremo*
Javier Barnés Vázquez, *U. de Huelva*
Miguel Beltrán de Felipe, *U. de Castilla-La Mancha*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Miguel Casino Rubio, *U. Carlos III de Madrid*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
Diego Córdoba Castroverde, *Tribunal Supremo*
Javier Delgado Barrio, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *U. Complutense*
Rafael Fernández Montalvo, *Tribunal Supremo*
Tomàs Font i Llovet, *U. de Barcelona*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *U. Rovira i Virgili*
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*
Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado TSJ Madrid*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director: Alfredo Galán Galán, *Universidad de Barcelona*
Secretario: Gustavo Manuel Díaz González, *Universidad de Oviedo*
Coordinadora: Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*
Vocales: Marcos Almeida Cerredá, *U. de Santiago de Compostela*
Mónica Álvarez Fernández, *U. de Oviedo*
Antonio Arroyo Gil, *U. Autónoma de Madrid*
M. Mercè Darnaculleta Gardella, *U. de Girona*
Antonio Descalzo González, *U. Carlos III de Madrid*
Ricard Gracia Retortillo, *U. de Barcelona*
María Hernando Rydings, *U. Rey Juan Carlos*
Agustín Iriando Colubi, *Consejo Consultivo de Asturias*
Cayetano Prieto Romero, *Comunidad de Madrid*
Diana Santiago Iglesias, *U. de Santiago de Compostela*
Sofía Simou, *U. Autónoma de Madrid*
Francisco Toscano Gil, *U. Pablo de Olavide*

QDL66

ESTUDIOS

I. Sección monográfica

Balance de la aplicación de los fondos *Next Generation EU* en la esfera local

14

Buen gobierno y *compliance* en el ámbito local. A propósito de los fondos *Next Generation EU* · FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ

33

Transparencia y acceso a la información pública en la gestión local de los fondos *Next Generation EU* · LEONOR RAMS RAMOS

63

Gestión y control económico-financiero de los fondos *Next Generation EU* en la esfera local · FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO

86

El papel de las diputaciones provinciales ante los fondos *Next Generation EU* · MARIA LURIA ROIG

116

Responsabilidad administrativa y contable respecto a los fondos *Next Generation EU* en la esfera local · ROBERTO FERNÁNDEZ LLERA

150

Fondos *Next Generation EU*, distribución de la riqueza y responsabilidad penal. Especial consideración del papel de la Fiscalía Europea · LUIS ROCA DE AGAPITO

182

II. Sección general

La valoración de las prestaciones en la contratación verbal irregular de la Administración: valor de mercado, precio o enriquecimiento · IGNACIO CALATAYUD PRATS

Índice

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

La obligación solidaria para el pago de las multas: una de las varias maneras de vulnerar el principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria ·

ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN

236

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de mayo a 31 de agosto de 2024) · VÍCTOR ESCARTÍN

ESCUDE

256

CRÓNICA CONSULTIVA

El dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley del Ciclo Urbano del Agua en Extremadura ·

FERNANDO JIMÉNEZ COLORADO

288

El Dictamen 152/2024 de la *Comissió Jurídica Assessora* sobre la consulta pública del artículo 133.1 de la LPAC y otros trámites de participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de las ordenanzas y los reglamentos locales · HELENA MORA I BALCELLS

302

Legitimación activa de los herederos en la reclamación de responsabilidad patrimonial: la transmisibilidad *mortis causa* del derecho al resarcimiento no ejercitado. Doctrina del Consejo Consultivo del Principado de Asturias · ANA RODRÍGUEZ GARCÍA

338



QDL66

ESTUDIOS

A large, stylized tree graphic in shades of blue. The tree has a thick trunk and a canopy of branches with many leaves. The trunk is on the left side of the page, and the branches spread out towards the right. The leaves are simple, oval shapes. The text 'QDI 66' is positioned in the upper right area of the tree's canopy.

QDI 66

I.
Sección
monográfica.
Balance de
la aplicación
de los fondos
Next Generation
***EU* en la esfera**
local

Buen gobierno y *compliance* en el ámbito local. A propósito de los fondos *Next Generation EU*

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Constitucional de la UDC

1. **Introducción**
2. **La zanahoria del plan antifraude**
 - 2.1. Una evaluación muy focalizada del riesgo
 - 2.2. ¿Más banderas rojas?
 - 2.3. En la lógica (perdida) del *compliance* público. ¿Cómo acometer el ciclo del fraude?
 - 2.3.1. *Las medidas del Plan Antifraude: cara y cruz*
3. **El horizonte del *compliance* público local y el riesgo de confundir los riesgos**
4. **Bibliografía**

Resumen

En las siguientes páginas se analizan los impactos producidos en las políticas de *compliance* de las Administraciones locales a resultas de la gestión de los fondos *Next Generation*. La regulación jurídica que acompaña a estos fondos europeos y, en particular, la obligada adopción de medidas antifraude ha supuesto que sus gestores y destinatarios tuviesen que implementar instrumentos de prevención y control creados en el ámbito del cumplimiento normativo y, tradicionalmente, aplicados por personas jurídico-privadas (mapas de riesgo, declaraciones de conflicto de intereses, canales de denuncia...). La aplicación irreflexiva y sin el debido análisis de contexto de estas medidas, desconociendo la naturaleza pública y las características de las entidades locales, puede conllevar, en muchos casos, más problemas que soluciones.

Palabras clave: *fondos Next Generation EU; planes de medidas antifraude; Administración local; sistema interno de información; evaluación del riesgo; conflicto de intereses; compliance público; políticas de prevención; principio de legalidad.*

Artículo recibido el 30/09/2024; aceptado el 11/10/2024.

Good governance and compliance in the local sphere: the NextGenerationEU funds

Abstract

The article analyzes the impacts on local administrations' compliance policies resulting from the management of the NextGenerationEU funds. The regulations accompanying these European funds, particularly the mandatory adoption of anti-fraud measures, have led their managers and recipients to implement prevention and control tools that originated in the field of regulatory compliance and were traditionally applied by private legal entities (risk maps, conflict of interest declarations, whistleblower channels, etc.). The unreflective application of these measures without proper contextual analysis, ignoring the public nature and characteristics of local entities, can often lead to more problems than solutions.

Keywords: NextGenerationEU funds; anti-fraud measures plans; local administration; internal information system; risk assessment; conflict of interest; public compliance; prevention policies; rule of law.

1

Introducción

Como consecuencia de la crisis económica causada por el COVID-19 y la necesidad de reactivar el tejido productivo de los Estados miembros, el Consejo de Europa aprobó, el 21 de junio de 2020, el programa *Next Generation EU* (NGEU), un instrumento de financiación y estímulo económico articulado a través del denominado Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia (MRR), regulado en el Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de febrero de 2021, que perseguía promover la cohesión económica, social y territorial de la UE; fortalecer la capacidad de ajuste de los Estados miembros; mitigar las repercusiones sociales y económicas producidas por la crisis, y apoyar las transiciones ecológica y digital. Se trataba, en suma, de potenciar una recuperación económica orientada hacia objetivos específicos de modernización y cambio.

A tal fin, cada Estado miembro ha tenido que elaborar un Plan de Recuperación y Resiliencia que incluye las reformas y los proyectos de inversión necesarios para alcanzar los objetivos anteriormente descritos. El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia español (PRTR)

consta de cuatro pilares transversales (transición ecológica, transformación digital, cohesión social y territorial e igualdad de género¹) sobre los que descansan diez políticas públicas consideradas como impulsoras de un conjunto de acciones de transformación de la realidad económica y social.

Para llevar a cabo las iniciativas previstas en el PRTR, las distintas Administraciones públicas han tenido que adaptar sus procedimientos de gestión y control. Algunos de esos cambios se establecieron a través del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del PRTR. En desarrollo de sus previsiones, y para la eficaz tramitación de las solicitudes de desembolso de fondos, se aprobó la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, que configuraba el sistema de gestión del PRTR.

En coherencia con la idea de que las instituciones implicadas en la administración y gestión del Fondo de Recuperación se dotasen de mecanismos de prevención contra toda forma de corrupción y mejorasen la transparencia y la eficiencia, el artículo 6 de la citada orden ministerial obligaba a cualquier entidad decisora o ejecutora que participase del PRTR a que dispusiese de un “plan de medidas antifraude”, mediante el que asumiese el compromiso de que, en su particular ámbito de actuación, los fondos asignados se habían empleado con sujeción a la legalidad y a los valores propios de una sociedad democrática, adoptando las medidas necesarias para prevenir, detectar y corregir conductas fraudulentas, desviaciones injustificadas o posibles conflictos de intereses.

Este plan antifraude debía ajustarse al mapa de riesgos de cada entidad y concebirse como un instrumento vivo y flexible, de modo que se adaptase a las modificaciones normativas y procedimentales que se fuesen introduciendo, así como a las recomendaciones e instrucciones que pudiesen aprobar las autoridades responsables.

Las Administraciones locales no eran ajenas al cumplimiento de estas obligaciones, por lo que, si querían gestionar y ejecutar estos fondos, quedaban obligadas a mantener una actitud proactiva y a tener que articular una estructura organizativa y una política de comunicación e información específicas, orientadas a favorecer la buena gestión de dichos fondos europeos y a minimizar los riesgos y las irregularidades (sean penales o administrativas) derivadas de eventuales prácticas contrarias al interés general, que minan

1. Vid. https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf.

la credibilidad institucional y amenazan la senda de un crecimiento justo y sostenible².

Este paquete de medidas reforzaba las previsiones ya contenidas en otras disposiciones legales, especialmente, por su incidencia directa, en la legislación sobre transparencia (Ley 19/2013, de 9 de diciembre) y en la de contratación pública (Ley 9/2017, de 8 de noviembre), donde expresamente se dispone que “los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores” (art. 64.1 de la Ley 9/2017).

Si a todo lo anterior unimos el hecho de que la UE, mediante la Directiva (UE) 1937/2019, de 23 de octubre de 2019, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, había previsto (art. 9.9) que las entidades locales con población superior a 10 000 habitantes³ contasen con un aplicativo web, de general conocimiento, que permitiese interponer comunicaciones internas, incluso de forma anónima, en relación con el cumplimiento de la normas y la observancia de buenas prácticas administrativas, con el fin de evitar la corrupción y el fraude, y salvaguardar la integridad e imagen de los poderes públicos, es fácil comprender por qué, en muchos casos, la puesta en marcha por los Gobiernos locales del Plan Antifraude exigido por la UE sirvió de acicate para que se dotasen de una versión punto cero sobre la que construir, progresivamente, un programa de cumplimiento normativo e integridad institucional⁴.

De ese proceso de elaboración/transformación, de sus dificultades, soluciones, atajos y remedios, se ocupan las siguientes páginas, en las que deliberadamente se descartan aquellos otros aspectos relacionados con el acceso y la efectiva gestión de los fondos por las entidades locales, asuntos sobre los que ya existe una amplia literatura⁵.

2. *Vid.* Moreno García (2021) y Jiménez Asensio (2022), entre otros.

3. En la actualidad la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, ha extendido la obligación de disponer de un sistema interno de información a todas las entidades locales, con independencia de su número de habitantes y respecto de cualquier infracción del ordenamiento jurídico y no solo del derecho de la UE.

4. Según la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre integridad pública, esta es “la alineación consistente con, y el cumplimiento de, los valores, principios y normas éticos compartidos, para mantener y dar prioridad a los intereses públicos, por encima de los intereses privados, en el sector público”.

5. Rivero Ortega (2024); Velasco Caballero (2021); Prieto Romero (2021).

2

La zanahoria del plan antifraude

Como ya se ha dicho, para gestionar y ejecutar fondos *Next Generation*, la Orden HFP/1039/2021, de 29 de septiembre, exige, en nuestro caso a las entidades locales, que se doten de un plan de medidas antifraude, que ha de cumplir con la estructura y los contenidos en ella previstos.

Esta disposición normativa toma como fundamento los cuatro hitos que configuran el conocido como ciclo antifraude: prevención, detección, corrección y persecución, y a partir de ese presupuesto establece un conjunto de obligaciones que tienen por finalidad la adopción de una serie de medidas integrantes de un sistema formal de gestión, bastante elemental y orientado “a definir, planificar, ejecutar, seguir y controlar los proyectos y subproyectos en los que se descomponen las medidas (reformas/inversiones) previstas en los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” (art. 1.º).

Estamos, pues, ante un estándar mínimo mediante el que dar cumplimiento al artículo 22 del Reglamento (UE) 241/2021 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, que impone a España, como beneficiaria de los fondos MMR, la obligación de proteger los intereses financieros de la UE.

Centrándonos en la Administración local, aquellas entidades que tuviesen que gestionar o ejecutar proyectos financiados con esos fondos debían aprobar un plan de medidas antifraude, en un plazo inferior a noventa días desde que se tuviese conocimiento de la ejecución del PRTR o desde la entrada en vigor de la Orden [(art. 6.5.a)]⁶. Plazo, sin duda, poco realista y de muy difícil cumplimiento, si realmente se quiere contar con un plan antifraude mínimamente eficaz y coherente con el resto de las medidas previstas en otros instrumentos legales, incluidos los de naturaleza presupuestaria. Repárese en que alguno de los contenidos obligatorios del plan requiere que se realicen declaraciones institucionales o la aprobación de acuerdos específicos (reorganización de estructuras internas, cambios procedimentales, asignación de nuevas tareas...) que solo el pleno de la entidad local puede adoptar, a lo que deben añadirse dificultades de naturaleza política, cuando sea, si no imprescindible, sí conveniente alcanzar determinados consensos en razón de la materia. Suscribo, pues, la opinión de quienes consideran que la necesidad de

6. La Orden no obliga, sin embargo, a las entidades locales que se limiten a percibir o beneficiarse de fondos vinculados al PRTR, lo que hace pensar que, para estos casos, se estiman suficientes los controles ordinarios que llevan a cabo los funcionarios con habilitación nacional titulares de la secretaría y la intervención.

desarrollar en plazo el cumplimiento de esta condición legal ha llevado a que muchas entidades locales se hayan limitado a cubrir proforma los elementos requeridos por la Orden HFP/1039/2021, de 29 de septiembre, tratando la cuestión como un asunto aislado y sin haber realizado un análisis en profundidad de los riesgos y las capacidades de la propia organización⁷.

La lectura de los planes antifraude ya elaborados por las entidades locales refleja, mayoritariamente, una configuración endogámica de los mismos, circunscrita a los contenidos de la Orden y excesivamente desconectada de otras áreas de interés, también de obligada observancia en el ámbito local (transparencia, legislación en materia de subvenciones, contratación pública, controles financieros de carácter general...), con las que están directamente vinculados. Un autismo regulador que hace pensar más en la necesidad de cumplir con un trámite que en la existencia de una auténtica reflexión de fondo sobre la conveniencia de tomarse en serio las políticas de *compliance* público y asumir cambios significativos en la cultura de la organización.

En todo caso, el Plan ha de contar con los siguientes requerimientos mínimos:

- a) conceptos básicos: definición de fraude, corrupción, conflicto de intereses e irregularidad;
- b) una declaración institucional de compromiso contra el fraude;
- c) realizar una evaluación de riesgo e impacto de fraude (autodiagnóstico) y, como consecuencia de ello, elaborar un mapa de riesgos específicos para los procesos de gestión y ejecución del proyecto y sus fondos, previendo su revisión y actualización;
- d) la creación de un órgano propio de seguimiento y control;
- e) la determinación de un conjunto de indicadores (*red flags*) que operen como un mecanismo de alerta temprana;
- f) medidas antifraude: de prevención, de detección, de corrección y de persecución.

De todos estos contenidos, me detendré, por su relación directa con los programas de *compliance* público, en los apartados c), e) y f).

2.1

Una evaluación muy focalizada del riesgo

La Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, fue elaborada para cumplir con las obligaciones contraídas por el Reino de España en relación con la

7. Vid. Darnaculleta Gardella (2023).

gestión y ejecución de fondos *Next Generation EU*. En ningún caso pretendía ser una guía para la elaboración de un programa de cumplimiento normativo e integridad institucional, lo que explica que centre su mirada en el particular ámbito de la administración, gestión y ejecución de dichos fondos europeos. Su preocupación radica en que, respecto de esos concretos fondos, no se produzcan desvíos, gastos injustificados, contrataciones irregulares y, menos aún, conductas susceptibles de ser calificadas como fraudulentas o corruptas. Para ello, haciendo suyo el moderno paradigma de la prevención y el seguimiento, ordena a los destinatarios y gestores de proyectos financiados con fondos *NGEU* que elaboren una suerte de elemental mapa de riesgos, especializado y muy simplificado, a partir de la asignación de un valor a las distintas preguntas que integran un cuestionario de autoevaluación denominado “test conflicto de interés, prevención del fraude y de la corrupción”, que se encuentra en el Anexo II.B.5 de la citada orden ministerial.

No se trata de examinar ahora el contenido de ese cuestionario, pero sí cumple advertir que la Orden no determina qué método ha de seguirse para responder a las preguntas que allí se formulan ni qué órganos son los competentes para hacerlo. ¿Debe crearse un grupo de trabajo integrado por personas de diversos departamentos? ¿Deben circularse las preguntas entre los responsables de las áreas y los departamentos afectados? La autoevaluación requiere que se puntúe el grado de cumplimiento, ¿Se trata de una evaluación puramente técnica o debe incluir percepciones subjetivas? Cuando se examina el cuestionario se comprueba que se pregunta acerca de aquello que la Orden dispone que se debe tener, de suerte que se fuerza la realización de una ponderación entre las medidas existentes y las que deben ser implementadas.

En esa evaluación los márgenes de percepción son muy amplios y permiten valoraciones muy diversas e indefinidas. Así, por valerme de la primera de las preguntas del formulario, en la que se interroga acerca de si se dispone de un plan antifraude que permita a la entidad decisora o ejecutora garantizar que, en su ámbito de actividad, los fondos públicos se usan correctamente, una diputación provincial o un municipio de gran tamaño podría responder que, aun careciendo formalmente del mismo, cuenta con un sistema ordinario de control interno previsto en las bases de ejecución del presupuesto y en su reglamento interno, y, en consecuencia, asignar una mayor puntuación a esa cuestión, según su propia percepción de la eficacia de las medidas ya adoptadas.

Mediante el ejemplo, solo pretendo significar que, al no disponer la autoevaluación de una metodología más o menos definida que le otorgue

cierta credibilidad y rigor, la asignación de valor a sus distintos ítems y su cómputo final puede fácilmente no responder a la situación real de riesgo existente en la entidad que la suscribe.

Muchas entidades locales ya contaban previamente con diferentes evaluaciones de riesgo sobre otros muchos ámbitos (riesgos de ciberseguridad, riesgos en la contratación, riesgos de inversión y financieros, riesgos sobre la confidencialidad de la información...). A veces, hasta disponían de un completo mapa de riesgos unificado, porque se habían dotado de un programa de integridad institucional en el que se habían analizado los principales riesgos de la institución y adoptado medidas de prevención y control, parte de las cuales procedían de normas estatales o autonómicas, o de recomendaciones de determinadas instituciones públicas (Tribunal de Cuentas, Agencia Española de Protección de Datos, Consejo de Transparencia y órganos autonómicos similares). En todos estos casos, cabía preguntarse si podían remitir a la Administración otorgante de los fondos su programa de *compliance* público, especialmente en lo relativo a la gestión y ejecución de recursos financieros, o si, por el contrario, tenían que cumplimentar el cuestionario de autoevaluación en sus justos términos. La opción quedaba abierta, aunque para evitar potenciales conflictos de interpretación la mejor solución era, sin duda, cumplimentar los requisitos de la Orden, amparándose en alguno de los modelos de plan de medidas antifraude que se pusieron a disposición de las entidades locales⁸.

Con todo, en algunas entidades locales la situación planteada llamó a la reflexión sobre la necesidad de buscar un adecuado encaje para el Plan de Medidas Antifraude y aprovechar su proceso de elaboración o la experiencia derivada del mismo, para ordenar sus tránsitos internos y dotar de coherencia a sus políticas de prevención y seguimiento, incorporándolas a un más amplio y ordenado programa de *compliance* público e integridad institucional, pensado para reforzar una más sólida cultura de cumplimiento en la organización y no solo para salir al paso de la necesidad de cumplir con el deber de protección de los fondos europeos.

El Plan de Medidas Antifraude obliga a disponer de un órgano responsable del Plan. En muchos municipios y provincias ya se disponía por razones distintas —mandato legal o decisiones propias en el ejercicio de su autonomía— de órganos de transparencia, de igualdad, de supervisión del Código ético o de conducta de la organización, de privacidad y protección de la información..., por lo que se hacía inevitable preguntarse si era conve-

8. En este sentido, puede verse el Plan Antifraude elaborado por la FEMP: https://www.femp.es/sites/default/files/multimedia/femp_plan_medidas_antifraude.pdf.

niente mantener esa pluralidad de elementos institucionales o, por el contrario, proceder a su racionalización, unificando todas esas expresiones de políticas de prevención, seguimiento y control en un único órgano y bajo un programa de cumplimiento unificado y articulado sobre unos principios y pautas comunes.

El Plan de Medidas Antifraude agitó esas aguas, favoreciendo que se iniciasen políticas internas de reordenación orgánica e institucional más homogéneas y coherentes, a las que pronto se añadió la nueva obligación legal de disponer de un sistema interno de información, también con la designación necesaria de un órgano responsable del mismo (Ley 22/2023, de 20 de febrero). ¿Tiene sentido contar con una multitud de canales de entrada de comunicaciones en función de la materia, con los riesgos de ciberseguridad y gestión que todo ello comporta, o es preferible racionalizar internamente los procedimientos y disponer de un sistema de información con un solo canal general de comunicaciones? ¿Es mejor dotarse de varios órganos proponentes e, incluso, decisorios, o, por el contrario, resulta más eficiente canalizar todos los *inputs* a través de un solo órgano que remite a los especializados y recibe sus propuestas para luego trasladarlas ordenadamente al órgano de gobierno competente? La respuesta parece sencilla. Sin embargo, remover y simplificar las estructuras ya existentes no lo es tanto.

Abordar un proyecto serio de *compliance* público permite conformar una visión compartida de todas las políticas proactivas y de prevención y dotarlas de una unidad de sentido, ganando en eficacia y favoreciendo el objetivo final de proteger a la organización y salvaguardar su prestigio institucional. En su informe de septiembre de 2023, de seguimiento de los fondos *Next Generation EU*, la FEMP advirtió sobre el impacto que su gestión y ejecución ha tenido en la creación de órganos de trabajo y control, lo que nos hace sospechar que se ha producido un agigantamiento innecesario de algunas estructuras administrativas, movidas por la urgencia y la necesidad de atender a proyectos que requieren de una ejecución muy acelerada y vinculada, en muchos casos, a decisiones externas que obligan a incrementar el tiempo dedicado a la coordinación y colaboración (grupos interadministrativos de estudio, de trabajo...).

El salto de una cultura administrativa menos formal a otra más funcional⁹ no puede realizarse mediante la inflación de órganos y procedimientos. Antes bien, requiere de un firme propósito a medio y largo plazo; de una visión homogénea y transformadora, imposible de alcanzar mediante un formulario de autoevaluación o creando estructuras *ad hoc*, de vida ini-

9. Gimeno Feliu (2021).

cialmente efímera, pero que se resistirán a desaparecer. El Plan de Medidas Antifraude es una oportunidad para profundizar en un *compliance* público al servicio del derecho fundamental de la ciudadanía al buen gobierno (art. 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales), la transparencia y la sostenibilidad de los recursos públicos. Pero ni está al alcance de todos ni siempre es posible conformar la voluntad necesaria para hacerlo.

2.2 ¿Más banderas rojas?

El Plan de Medidas Antifraude debe incorporar un catálogo de indicadores que adviertan sobre conductas y hechos que pueden generar, albergar o desembocar en actividades corruptas o fraudulentas en el manejo de los fondos. Se trata, pues, de un sistema de alerta temprana estático y circunscrito a lectores interesados. Pocas personas se acercarán a ese compendio de potenciales indicios para prestarles atención en la tramitación y ejecución de los fondos. En la gran mayoría de los planes de medidas antifraude nos encontramos con un listado de indicadores, a modo de corta-pega, tomados de otros documentos públicos emitidos por instituciones tanto europeas como españolas.

Aunque no puede negarse su utilidad, lo cierto es que de poco sirven si no se acompañan de un proceso de formación dirigido a las personas que han de administrar y ejecutar los fondos o velar por la correcta implementación del proyecto financiado. La detección de una alerta o bandera roja no solo requiere conocimiento del contexto en el que se produce, sino también capacidad para emprender un mínimo análisis de situación, con el fin de evitar equívocos innecesarios o la adopción injustificada de cautelas anticipatorias.

La formación resulta, por tanto, un elemento clave que, sin embargo, suele pasar, en este ámbito, de forma muy ligera o desapercibida. Cuando los empleados y responsables públicos son conscientes de sus tareas y del alcance y las consecuencias de sus decisiones, están suficientemente preparados para apreciar irregularidades o prácticas sospechosas, aunque estas no aparezcan expresamente documentadas como elementos indiciarios.

Siendo conveniente la existencia de estas fórmulas de advertencia anticipada, si se quiere disponer de un verdadero mecanismo de alerta temprana es necesario dedicar tiempo y recursos formativos (talleres de trabajo, técnicas de gestión de proyectos, casos prácticos, gestión de la información...), ya sean presenciales o telemáticos. Las políticas de prevención y con-

trol no nacen y mueren en documentos voluntariosos. Requieren perseverar en un cambio de cultura en la organización. Y, a veces, la mejor prevención se encuentra en el reconocimiento del trabajo bien hecho. Este aspecto, sin embargo, no aparece en los planes de medidas antifraude, cuando las políticas de incentivos han probado con creces su eficacia en la lucha contra toda forma de corrupción.

2.3

En la lógica (perdida) del *compliance* público. ¿Cómo acometer el ciclo del fraude?

La obligada incorporación al Plan Antifraude de medidas de prevención, seguimiento, detección y control obedece a la metodología que, tradicionalmente, informa las políticas de *compliance*. Con ese proceder se quiere dejar constancia escrita del conjunto de remedios que se deben establecer para aminorar los riesgos detectados mediante el cuestionario de autoevaluación. Puesto que esos riesgos están muy focalizados en la prevención del fraude y el manejo de los fondos, las medidas también se circunscriben fundamentalmente a ese ámbito de intervención.

Ahora bien, en la batalla contra las diversas formas de corrupción no hay compartimentos estancos. Las medidas generales de dación de cuentas, transparencia o evaluación del rendimiento institucional pueden ser tan eficaces para prevenir o detectar el fraude como las expresamente establecidas en el Plan.

Las personas responsables de velar por su cumplimiento asumen una tarea crucial y sobre ellas recae un deber más acentuado de actuar de forma proactiva, planificando las tareas de seguimiento y control, evaluando de forma continuada la eficacia de los controles establecidos y reportando en tiempo las anomalías que se detecten. En la práctica, estos cometidos suelen recaer mayoritariamente en personas de la asesoría jurídica, la dirección de personal o la dirección financiera, que se incorporan a un órgano presidido por un responsable político.

Los municipios pequeños lo tienen mucho más difícil y, por lo general, estas tareas se han atribuido básicamente a las personas titulares de la secretaría y la intervención. Desde su perspectiva, los planes de medidas antifraude son algo así como más de lo mismo o, si se prefiere, una carga adicional que, en muchos casos, han de asumir en soledad y sin un verdadero compromiso del órgano de gobierno, cuyo interés no va más allá de la necesidad coyuntural de salir del paso.

La responsabilidad de los órganos locales intermedios es aquí fundamental. A ellos corresponde planificar procesos de formación continua y de intercambio constante de información en la percepción y gestión del paradigma de la proactividad en el ámbito de la gestión pública, si se quiere que la necesidad de implementar el plan antifraude y otras políticas públicas con potencial presencia de riesgos de corrupción se convierta, finalmente, en virtud.

2.3.1 Las medidas del Plan Antifraude: cara y cruz

Puesto que lo que caracteriza las políticas de cumplimiento normativo es el acento en la prevención y la exigencia de proactividad por parte de sus responsables, centraré mi examen en las medidas de prevención, con el propósito de adelantar algunos problemas específicos de los planes públicos de integridad que ayuden a comprender su distinta naturaleza respecto de los programas de cumplimiento normativo de las organizaciones privadas.

Una de las medidas estrella de los planes de medidas antifraude es la obligación de las entidades gestoras o ejecutoras de fondos NGEU de dotarse de una política de conflicto de intereses, hasta el punto de que se dedica al asunto el apartado 1 del Anexo III.C, y se proporciona un modelo de declaración en el Anexo XX.

La detección temprana de un conflicto de intereses, sea aparente, potencial o real, es, evidentemente, un medio muy valioso para prevenir y detectar contextos de riesgo favorables a la comisión de comportamientos irregulares, enriquecimientos ilícitos o conductas fraudulentas. También resulta muy eficaz como política de prevención que todas las personas implicadas en la gestión y tramitación de los fondos tengan que suscribir una declaración de conflicto de intereses (DACI) al inicio de su actividad, pues siempre se puede cotejar cualquier indicio o sospecha ulterior con lo manifestado en aquel documento.

En la práctica, sin embargo, las cosas no son tan fáciles, incluso cuando se incluyen en la DACI cuestiones de respuesta meramente voluntaria por parte de la persona que la firme. La legislación en materia de protección de datos personales, a pesar de la finalidad del tratamiento, no lo pone, en muchos casos, nada fácil. Así, solicitar a una persona en una DACI información acerca de sí, con anterioridad, ha sido sancionada o condenada por el manejo de fondos públicos, puede ser considerado como una exigencia

desproporcionada de información personal en relación con la finalidad de la declaración.

En todo caso, ha de tenerse presente que en nuestro modelo de función pública contamos con una completísima legislación en materia de incompatibilidades, tanto de carácter general, como aquellas que implican impedimentos concretos para el desarrollo de una específica función. Prueba de ello es que el modelo de DACI adjuntado a la Orden remite en varios de sus apartados a la normativa española y comunitaria. Incluso cuando no realiza un reenvío expreso a una disposición legal, como ocurre con el apartado 3 e) del modelo (“tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia y lugar”), es inevitable recordar el artículo 12.1.a) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. En el ámbito de nuestra función pública son muy pocos los conflictos de intereses que se han escapado a la acción del legislador, lo que hace que la DACI sea, en muchos casos, un recordatorio redundante sobre el cumplimiento de obligaciones legales.

Mientras las declaraciones de conflicto de intereses desenvuelven un papel fundamental en el ámbito de las relaciones entre sujetos privados, aportando un compromiso individual vinculante, en la esfera de las instituciones públicas y sus relaciones con terceros, el grueso de esa función ha sido sustituido por el establecimiento de obligaciones o condiciones legales de ejercicio, cuya eficacia ya no depende de lo declarado por las personas, sino de la aplicación de un mandato legal. En muchos casos, más que exigir una DACI bastaría con informar expresa e individualmente de las incompatibilidades y los impedimentos legales que acompañan el desempeño de una determinada función pública o la prestación de servicios (como contratista o como proveedor) para la Administración, cuando, como ahora es el caso, se tienen que gestionar o ejecutar fondos NGEU. Frente a una DACI puede alegarse falta de consentimiento informado, cuestionarse la autoría o que su firma no fuese previa a los hechos alegados. Frente al incumplimiento de la ley, nada de ello se puede sostener.

La segunda pieza capital para la prevención y el control de conductas irregulares es el establecimiento de un canal interno de comunicación que permita advertir o denunciar la comisión de eventuales irregularidades en la gestión de los fondos. La previsión de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, se ha visto superada, como ya hemos dicho, con la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de 22 de febrero, que además aplica a todos los municipios españoles con independencia de su población. Es

cierto que, en principio, el sistema de información introducido por esta ley tiene por objeto la comunicación de las infracciones graves, muy graves o conductas eventualmente constitutivas de delito que se produzcan en el giro o tráfico de la organización. Ahora bien, por razones de sistemática y racionalización organizativa y funcional, la propia ley autoriza que, a través de ese mismo sistema de información, también puedan transitar comunicaciones sobre infracciones de menor entidad u otras irregularidades no sancionadas administrativamente (por ejemplo, las laborales) o que afecten a la inobservancia de principios y valores o normas y protocolos internos.

Pues bien, una vez más, y aunque la Ley 2/2023 solo lo haga de forma tácita y un tanto confusa, es imprescindible diferenciar la lógica funcional de este instrumento en el ámbito de los sujetos privados en relación con la esfera propia de las Administraciones públicas, so pena de incurrir en graves descalabros.

En efecto, ni el sistema de información es un procedimiento administrativo ni las decisiones que se adopten en él (admisión de la comunicación, archivo, inicio de una *due diligence*, traslado de la propuesta al órgano decisor...) son, en puridad, actos administrativos, sino única y exclusivamente actos preparatorios y previos al ejercicio propiamente dicho de una potestad pública¹⁰. Con acertada expresión, la ISO 37002, sobre gestión de canales de denuncia, denomina a esta etapa de verificación de las comunicaciones recibidas “fase de triaje”, es decir, de filtrado previo de la información (sobre todo cuando es anónima), para constatar si presenta un mínimo de verisimilitud que la haga merecedora de una consistencia suficiente como para poder iniciar un procedimiento disciplinario o sancionador o, en su caso, que se dé traslado al Ministerio Fiscal. Solo una vez superada esta fase preparatoria se inicia el procedimiento legal correspondiente¹¹. Es entonces, y no antes, cuando hay que comunicar a la persona o las personas investigadas que se inicia un procedimiento contra ellas, dándoseles traslado de la imputación y ofreciéndoles el ejercicio de sus derechos de alegación y defensa. Dicho con otras palabras, la Ley

10. *Vid.* Caamaño Domínguez (2023).

11. Precisamente por ello, en contra de lo sostenido por algunos autores, el art. 20.4 de la Ley 2/2023 no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva ni conculca la reserva constitucional de jurisdicción. Se trata de un conjunto de actos preparatorios cuya finalidad principal es otorgar cierta credibilidad de inicio a una comunicación anónima que de otra manera, por su falta de autoría, sería directamente rechazada en derecho. Se comprende, así, que la propuesta que remita la Autoridad independiente de Protección del Informante a la autoridad competente no sea susceptible de impugnación ante los órganos judiciales, pues solo es una denuncia cualificada.

2/2023 no modifica las leyes de procedimiento administrativo, laboral o el de igualdad, y mucho menos la LECrim¹².

En lo que concierne a la persecución de fraude, la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, dispone un procedimiento de comunicación específico, en cuya virtud la entidad local, tan pronto tenga conocimiento de la realidad del fraude, debe informar a la entidad gestora o ejecutora de los fondos, y esta se lo hará saber a la Autoridad Responsable. Cuando los hechos revistan cierta gravedad o puedan tener consecuencias penales, además de iniciar una información reservada, la entidad local ha de ponerlos en conocimiento del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (que, a su vez, debe informar a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude) o del Ministerio Fiscal, y, en su caso, emprender acciones ante los tribunales competentes.

También aquí, y obviando ahora la especificidad de la materia, existen diferencias, y no solo de matiz, entre las soluciones de *soft law* típicas de los programas de cumplimiento normativo y los deberes de información legalmente impuestos a los poderes públicos. Cuando en el ámbito de un operador privado se plantea la cuestión de si procede o no informar al Ministerio Fiscal sobre una indebida utilización de fondos públicos, el órgano de gobierno se tiene que plantear si con ese traslado de información no está también autodenunciando a la persona jurídico-privada a la que representa, y si es posible invocar el derecho a no declarar contra sí mismo del artículo 24.2 CE, cuestión que, obviamente, no puede producirse en el ámbito de las entidades públicas a las que no son de aplicación las reglas de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas ex art. 31 bis del Código Penal.

La filosofía del *compliance* opera sobre la lógica de prevenir e intentar solucionar los conflictos en el interior de la organización, lavando, cuando se pueda, la ropa sucia en casa, y, si las conductas descubiertas fuesen ilegales, llevando a cabo su explosión controlada para evitar perjuicios innecesarios, contener los daños reputacionales y las repercusiones negativas en el mercado.

12. Si el responsable del sistema interno de información diese traslado de una comunicación que se acaba de recibir a la persona o personas implicadas en ella para que ejerciesen sus derechos de alegación y defensa, estaría privando *de facto*, al instructor del ulterior procedimiento, de sus potestades legales de investigación, de las que, obviamente, el responsable del sistema carece. Podría llegarse al absurdo de que, por entender que la admisión de la comunicación era un acto jurídico y trasladar al investigado su existencia con el fin de que ejerciese sus derechos, se frustrase toda una investigación penal, pues la comunicación operaría como un aviso que, en muchos casos, haría inútil la posibilidad del juez instructor de acordar el secreto del sumario a fin de investigar los hechos sin el conocimiento de las personas investigadas.

En los planes públicos de integridad institucional, generales o sectoriales, como los planes antifraude previstos para los fondos NGEU, los distintos hitos que integran la cadena de información interadministrativa son mandatos legales de obligado cumplimiento, y cualquier forma de omisión o retraso deliberado no solo carece de justificación en función de otros intereses en conflicto, sino que, además, constituye una nueva infracción de la legalidad potencialmente delictiva. Además, las formas de comunicación y el acceso a la información están sujetos a otros requisitos y condicionantes fijados normativamente. De hecho, uno de los principales problemas de interpretación que plantea la Ley 2/2023 es el relativo a las obligaciones de comunicación de las entidades privadas con la Autoridad Independiente y la existencia de un doble circuito (canal interno y externo) que puede operar de forma simultánea.

3

El horizonte del *compliance* público local y el riesgo de confundir los riesgos

El derecho público no lo puede todo, aunque parezca, a diferencia del privado, que ese es uno de sus principales propósitos regulatorios. La decisión pública siempre se ha construido sobre una selección de preferencias y prioridades que se proyectan en particulares contextos. La interpretación administrativa de la ley necesita de un grado imprescindible de desvinculación para traducirse en la expresión concreta de un poder público, a pesar de la sabia vigilancia del principio de legalidad y de la obligación de objetividad de quien la aplique.

En los limitados márgenes de ese espacio de negociación decisoria, consentido por la ley para que la Administración pública traduzca sus objetivos en expresiones de poder al servicio de la comunidad, se cuela en ocasiones, bajo muy diversas formas, la corrupción. Se puede incrementar la amenaza punitiva o pretender una regulación reglada y muy minuciosa de todos los elementos que rodean al proceso administrativo de decisión. Pero, como en la película de Billy Wilder, versión española, la tentación vive arriba.

En este reducido espacio de maniobra, tan relevante, sin embargo, como el punto de apoyo de una palanca, las políticas de prevención y la filosofía del *compliance* como cultura compartida de una organización pueden resultar de suma utilidad, pero también ser causa de desintegración funcional y un peligroso acelerador de la “huida del derecho administrativo”, en un ámbito en el que el control público es especialmente necesario.

Conviene, pues, no dejarse llevar por el canto de sirena de las consultorías ni por falsos remedios alternativos. Las posibilidades de autorregulación, incluida la obligatoria (*enforced self-regulation*), solo cobran sentido en nuestra concepción del derecho público como complemento y apoyo de lo previamente regulado en la ley. Nunca para cubrir una laguna o un vacío.

Cuando lo ordenado coincide con la conciencia individual de quien tiene que cumplirlo, la ley es innecesaria. No se actúa con arreglo a la ley, sino conforme a los dictados de la voluntad. Las políticas de *compliance* sirven para promover una cultura mediante la que lo dispuesto en la ley se sienta como parte de la conciencia, precisamente en aquellos espacios de decisión en los que, por su posición límite, la fuerza de ley no lo puede todo.

Mientras en el ámbito privado ese espacio presenta cierta holgura por el juego concedido a la autonomía de la voluntad, no ocurre así en las relaciones jurídico-públicas. En efecto, como es bien conocido, los sujetos privados pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíbe (principio de legalidad en sentido negativo), mientras que los sujetos administrativos solo pueden hacer aquello que la ley les permite (principio de legalidad en sentido positivo). Por eso el *compliance* privado y el público son, en su aplicación, distintos¹³.

Esta elemental diferenciación tiende a olvidarse ante la progresiva importación de las técnicas de *compliance* presentes en el sector privado y en ordenamientos jurídicos con una Administración pública conceptualmente distinta de la nuestra (básicamente los anglosajones), a lo que ha de sumarse el impulso que les ha dado la UE, cuya principal preocupación es articular soluciones jurídicas flexibles y capaces de acomodarse al universo de Administraciones públicas de los Estados miembros.

En nuestro modelo de Estado de derecho la ética pública es la ética de la ley, y salvo por lo dispuesto en la Constitución, la ética de la ley es la de la mayoría. A eso lo llamamos democracia. Superar la invocación de la moral como fuente jurídica superior o igual a la ley no fue fácil. Hoy es un logro incuestionable.

La proliferación de códigos éticos y de conducta en el ámbito de la Administración pudiera hacer pensar en una suerte de regresión al pasado. Solo cuando las políticas de *compliance* son un complemento aquilatado y no un sustituto velado de la ley o un cauce alternativo, el refuerzo que aportan es valioso y estimable.

13. No creo, en consecuencia, que el fundamento ético del programa de cumplimiento sirva de soporte igual al *compliance* privado que al público, como sostienen Fortuny y Subirana (2021), a no ser que esa ética sea, en el caso del *compliance* público, la que hace suya la ley.

Para ello es imprescindible, en mi opinión, ajustar las técnicas de *compliance* a la realidad muy diversa de nuestro sector público y, en lo que ahora nos interesa, a las peculiaridades y necesidades funcionales de la Administración local, para, finalmente, hacerlo respecto de cada concreta entidad. Todo programa de cumplimiento que aspire a ser un aporte positivo para la organización ha de confeccionarse como un traje a medida elaborado a partir de las medidas de la ley, buscando la utilidad y la sencillez.

No dudo que el nuevo reto de la prevención y la proactividad favorecerá la integridad en el ejercicio de la función pública. Las obligaciones de *compliance* derivadas de la normativa de la UE, como las que aquí se han analizado, son un importante estímulo. Pero también pueden comportar algunas disfunciones si no se aquilatan a la naturaleza pública de sus destinatarios y si solo se abordan desde un enfoque estrictamente sectorial.

Los fondos NGEU y los planes de medidas antifraude son una oportunidad digna de ser aprovechada, especialmente por las entidades locales. Pero ello exige un esfuerzo adicional: extender la misma actitud a otras áreas donde la adopción de decisiones ofrezca *a priori* un alto nivel de riesgo en el cumplimiento de la legalidad, y hacerlo, además, con un programa de *compliance* público reflexivo, hecho a la medida de la organización, coherente y completo, que evite solapamientos procedimentales y la superposición de estructuras, y sobre todo que procure la integridad institucional mediante el reforzamiento cultural de la legalidad. Expresado con otras palabras: un programa que promueva el cumplimiento de la ley allí —y solo allí— donde el mapa de riesgos de la organización aprecie la potencial concurrencia de riesgos que la sola publicación de la ley no sea capaz de paliar.

No basta, pues, con la mera acumulación de medidas e instrumentos de *compliance*, creados para dar cumplimiento formal a nuevas obligaciones legales, como ocurre en el seno de algunas entidades locales. Esta forma “Frankenstein” de paliar los riesgos, aparte de poco operativa y disfuncional, introduce un nuevo y más preocupante riesgo: que el *compliance* público y sus instrumentos de regulación puedan invocarse como excusa ética para un puntual apartamiento de la vinculación positiva de la Administración pública a la ley. Ni la autonomía local ni las potestades de autorregulación y organización facultan la creación de un ámbito de paralegalidad mediante el que “maquillar” (*make up compliance*¹⁴) la ley.

14. La expresión es la utilizada en el ámbito del *compliance* penal, para hacer referencia a los programas de cumplimiento cuya finalidad es la de crear una apariencia formal bajo la que camuflar un propósito ilícito.

4 Bibliografía

- Caamaño Domínguez, F. (2023). Una aproximación a los sistemas de información y los canales de incidencias. Algunos problemas de interpretación e implementación de la Ley 2/2023. En A. Galán Galán y P. Mahillo García (dirs.), *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero* (pp. 13-31). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Darnaculleta Gardella, M. M. (2023). Planes antifraude, integridad y *compliance* de las entidades locales. *Anuario de Derecho Municipal*, 16, 47-76.
- Fortuny Cendra, M. y Subirana de la Cruz, S. (2021). El Compliance de las entidades locales. *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, 2, 79-92.
- Gimeno Feliu, J. M.^a (2021). El desafío de fondos *Next Generation* como elemento de transformación de la gestión pública. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, XX, 21-41.
- Jiménez Asensio, R. (2022). Sistema de integridad institucional y planes de medidas antifraude en los Gobiernos locales. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial I.
- Moreno García, P. (2021). Obligaciones y retos en la creación de planes antifraude en las entidades locales: repercusiones de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 12.
- Prieto Romero, C. (2021). Las medidas urgentes de modernización de la Administración para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y su aplicación a las entidades locales. *Anuario del Gobierno Local 2020*, 499-535.
- Rivero Ortega, R. (2024). La gestión de los fondos de recuperación en el ámbito local. *Revista digital CEMCI*, 61, 1-22.
- Velasco Caballero, F. (2021). Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos *Next Generation* EU a las entidades locales. *REALA*, 16, 33-52.

Transparencia y acceso a la información pública en la gestión local de los fondos *Next Generation EU*

LEONOR RAMS RAMOS
*Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universidad Rey Juan Carlos*

- 1. Introducción**
- 2. La regulación de los fondos *Next Generation EU*: estructura y necesidad de transparencia y publicidad**
- 3. Las obligaciones de transparencia activa en la gestión de los fondos *Next Generation EU***
 - 3.1. Las obligaciones de transparencia activa establecidas por la normativa preexistente, y su utilidad para garantizar el control de los fondos
 - 3.2. Los específicos mecanismos de transparencia activa exigidos por las normas reguladoras de los fondos *Next Generation EU*
- 4. El derecho de acceso a la información pública en el ámbito de gestión de los fondos *Next Generation EU***
 - 4.1. La información sobre la gestión de los fondos *Next Generation EU* como información pública objeto del derecho de acceso previsto por la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
 - 4.2. La aplicabilidad de las causas de inadmisión previstas por el art. 18 de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a la información relativa a la gestión de los fondos *Next Generation EU*
 - 4.3. La aplicabilidad del límite relativo a la protección de los intereses económicos y comerciales como causa principal de denegación del ejercicio del derecho de acceso a la información de gestión de los fondos *Next Generation EU*
 - 4.4. Las denegaciones del derecho de acceso a los planes antifraude y actuaciones de investigación y auditoría en aplicación de lo previsto por el art. 14.1.e) y k) de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Artículo recibido el 30/09/2024; aceptado el 10/10/2024.

5. Conclusiones**6. Bibliografía****Resumen**

En el presente trabajo se aborda el cumplimiento por parte de las Administraciones públicas de las obligaciones de transparencia y de respuesta al ejercicio del derecho de acceso a la información pública en relación con su gestión de los fondos *Next Generation EU*, mediante el análisis de la adecuación de los instrumentos legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico para garantizar la transparencia en la gestión, sin duda, muy compleja de dichos fondos. Se analizan, para ello, tanto la aplicación específica que se está haciendo de la normativa de transparencia y de acceso a la información —y, en particular, de las causas de inadmisión y de limitación del acceso que la misma prevé— como los concretos instrumentos de transparencia incorporados por la normativa específica de gestión de los fondos *Next Generation EU*.

Palabras clave: *transparencia; acceso a la información pública; fondos Next Generation EU.*

Transparency and access to public information in local management of NextGenerationEU funds

Abstract

This article examines how public administrations fulfil their transparency obligations and respond to requests for access to public information in managing NextGenerationEU funds. It evaluates the effectiveness of existing legal frameworks in ensuring transparency in the complex administration of these funds. Specifically, the article explores the application of transparency and information access regulations, with attention to causes of inadmissibility and access limitations, as well as the transparency measures introduced by regulations specific to NextGenerationEU funds management.

Keywords: *transparency; access to public information; NextGenerationEU funds.*

1

Introducción

Los fondos *Next Generation EU* (en adelante, NGEU) han supuesto un impulso inestimable para la recuperación en el ámbito de la Unión Europea, pero, a su vez, plantean también importantes retos derivados de la complejidad de adoptar nuevas formas de justificar y rendir cuentas de la gestión de una cantidad de dinero de grandes magnitudes.

En este sentido, y en un entorno de actuación administrativa que no es ajena a los fenómenos de corrupción —especialmente difíciles de controlar cuando la situación provocada por la pandemia del COVID-19 exigía actuaciones de urgencia en las que los procedimientos y garantías administrativas para el control *ex ante* quedaban prácticamente inutilizados, por la imperiosa necesidad de actuar rápidamente frente a situaciones que no se habían podido prever—, la rendición de cuentas a la ciudadanía, la transparencia de las actuaciones llevadas a cabo y la posibilidad de su fiscalización a través del ejercicio del derecho de acceso cobran, si cabe, mayor relevancia de la que ya sin duda tenían (Valero y Cerdá, 2020).

Pasados los primeros y más difíciles momentos de la pandemia, cuando la utilización de los fondos NGEU ya no es específica para paliar las primeras y más graves consecuencias sanitarias y económicas, sino que se articulan como mecanismos de transformación pública hacia una “nueva generación”, surge la necesidad de adaptar nuestros sistemas de transparencia y de acceso a la información no solo como garantía de la corrección en su gestión, sino también como un mecanismo adicional de avance y profundización en el sistema democrático.

En este contexto, resulta interesante reflexionar sobre los mecanismos de transparencia que se han ido articulando en los últimos años, desde una doble perspectiva: en cuanto sistemas de control en rendición de cuentas de la gestión de los fondos NGEU, que deben cumplir tanto las normas de transparencia ya existentes como las que específicamente contemplan los instrumentos jurídicos reguladores de los fondos, a los que nos referiremos a continuación; y desde otra importante perspectiva, la de la necesidad de orientar el uso de dichos fondos, entre otras cuestiones, en la actualización y mejora de los sistemas y herramientas para la transparencia de que disponen las Administraciones públicas, particularmente las territoriales, adoptando nuevas formas de gestión documental y de datos que faciliten la labor de cumplimiento con el principio de transparencia.

En este trabajo, partiremos de ver cuáles son las exigencias de transparencia concretas que plantea la gestión de los fondos NGEU, y su compati-

bilidad y cabida en relación con las obligaciones de transparencia activa ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico, para, a continuación, analizar en qué medida el derecho de acceso a la información pública se configura también como una facultad de control suficiente, sobre la que reflexionaremos para ver si está resultando, a día de hoy, un instrumento adecuado para el control de estos fondos.

2

La regulación de los fondos *Next Generation EU*: estructura y necesidad de transparencia y publicidad

Tras la declaración por la Organización Mundial de la Salud de la pandemia de COVID-19 en marzo de 2020, los Estados miembros de la Unión Europea adoptaron medidas coordinadas de emergencia con dos finalidades primordiales: proteger la salud de la ciudadanía y evitar el colapso de la economía.

Con ese fin, el Consejo Europeo acordó el Instrumento de Recuperación de la Unión Europea (*Next Generation EU*), como paquete de medidas de carácter temporal con un importe de 750 000 millones de euros, cuyo objeto era la articulación de una recuperación “sostenible, inclusiva y justa”. Este instrumento se basó en dos pilares fundamentales: el Mecanismo europeo para la Recuperación y la Resiliencia (MMR), y la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-EU).

Estos acuerdos se tradujeron jurídicamente en la aprobación de dos reglamentos europeos: de una parte, el Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19, y el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (en adelante, Reglamento MRR).

Algunos de estos instrumentos se sitúan también en el ámbito de la política regional y de cohesión de la UE: el llamado Fondo de Transición Justa, regulado mediante el Reglamento (UE) 2021/1056 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo de Transición Justa, como mecanismo económico y financiero de ayuda a las regiones y los sectores más afectados por las políticas de transición hacia la neutralidad climática en el contexto del llamado “Pacto Verde Europeo”, y los mecanismos REACT-UE, fueron las medidas de ayuda

e inversión más regionalizadas en el ámbito de la recuperación frente al COVID.

El Mecanismo europeo de recuperación y resiliencia (MRR), que, como acabamos de señalar, sigue siendo uno de los pilares básicos del Instrumento de Recuperación del Plan NGEU¹, fue enunciado con el objetivo general de fomentar la cohesión económica, social y territorial de la Unión, y con la finalidad concreta de dotar a los Estados miembros de ayuda financiera para la ejecución de sus concretos planes de recuperación y resiliencia.

En el ámbito español, el denominado “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia ‘España Puede’” (en adelante, PRTR) fue aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021², y se estructura en cuatro ejes principales: la transición ecológica, la transformación digital, la cohesión social y territorial y la igualdad de género, que se desarrollan mediante 10 “políticas palanca” y 30 “componentes o líneas de acción”, que se articulan en forma de “inversiones y reformas orientadas a la recuperación y a impulsar un cambio de modelo económico, productivo y social para abordar de forma equilibrada los retos futuros: hacia una España más sostenible, digitalizada, en igualdad y con mayor cohesión social”³.

Aunque el Plan no aborda directamente la cuestión de la transparencia, sobrevuela al mismo, en todo momento —así como en la normativa europea en la que se ampara—, la necesidad de que la gestión de las ayudas e inversiones se haga conforme a sistemas de gobernanza adecuados para la rendición de cuentas en relación con los gastos, lo que exige no solo unos adecuados controles internos, sino también la transparencia suficiente para permitir la fiscalización ciudadana tanto a través de la publicidad activa que requiere la normativa española y europea al respecto como en relación con el ejercicio del derecho de acceso; por otra parte, tampoco hay que olvidar que dentro de las líneas de acción que contempla el Plan

1. En este trabajo nos vamos a centrar específicamente en este mecanismo y en su gestión, como principal instrumento de articulación de los NGEU, sin perjuicio de poder hacer referencia a los otros instrumentos en algunos momentos.

2. Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, publicado en el BOE de 30 de abril de 2021.

3. El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia ha sido objeto de amplia difusión —fruto, sobre todo, de las obligaciones de transparencia impuestas por el Reglamento MRR— y puede ser consultado en distintos lugares, en particular en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan_Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf.

cabe referirse a la mejora y al avance en la transparencia como objetivo en sí mismo⁴.

La necesidad de establecer mecanismos adecuados y suficientes para el control de la gestión de los fondos NGEU no solo tiene que ver, como decíamos, con el cumplimiento de lo especificado por el propio PRTR, o por las vigentes directrices y normas de transparencia activa que obligan a la puesta a disposición de la ciudadanía de determinada información pública, conforme a los arts. 5 y siguientes de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG) —y en línea con esta y, por lo general, con mayores exigencias de publicidad activa, por las normas autonómicas actualmente vigentes—: la propia Unión Europea, en la puesta en marcha de estas medidas, ha obligado a implementar mecanismos de transparencia adicionales que permitan la fiscalización pública de la ejecución de las ayudas a inversiones.

Es el Reglamento MRR el que ha determinado los mecanismos adicionales que, en aras de la transparencia y la eficiencia tanto en la evaluación de los planes de recuperación propuesta como en su gestión y posterior ejecución, debían ponerse en marcha en los Estados miembros. Así, el considerando 42 de este MRR recogía específicamente la necesidad de determinar de antemano criterios transparentes para la evaluación de los planes⁵, mientras que el considerando 60 se refiere a la necesidad de

4. No es posible entrar a analizar esta cuestión, sin duda fundamental, por el carácter limitado de este trabajo. No obstante, es necesario señalar cómo la definición de varios de los componentes del Plan —y, en particular, el referido a la modernización de las Administraciones públicas (el Componente 11)— incide en la idea de invertir para la mejora de los sistemas de transparencia de la gestión administrativa, siendo el paraguas ideal para avanzar en un sistema de “transparencia por diseño” (Cerrillo y Casadesús, 2018) y hacia sistemas estructurados de gobernanza de datos, que sean más acordes con los paradigmas actuales de gestión administrativa y en los que las nuevas tecnologías y, en especial, la inteligencia artificial pueden ayudar enormemente, no solo en cuanto a la estructura y organización de la información, sino también para paliar las posibles deficiencias de medios con que cuentan muchas Administraciones públicas en España, en particular gran cantidad de entidades locales (Galán, 2021).

5. El considerando 42 establece:

“Deben establecerse las directrices oportunas en un anexo del presente Reglamento, con el fin de que sirvan de base para que la Comisión evalúe de manera transparente y equitativa los planes de recuperación y resiliencia, y determine la contribución financiera en concordancia con los objetivos y cualesquiera otros requisitos pertinentes establecidos en el presente Reglamento. A tal efecto, y en aras de la transparencia y la eficiencia, debe establecerse un sistema de calificación para la evaluación de las propuestas de planes de recuperación y resiliencia. Los criterios relacionados con las recomendaciones específicas por país, el fortalecimiento del potencial de crecimiento, la creación de empleo y la resiliencia económica, social e institucional, y la contribución a la aplicación del pilar europeo de derechos sociales deben obtener la máxima puntuación de la evaluación. La contribución efectiva a las transiciones ecológica y digital también debe ser condición indispensable para conseguir una evaluación positiva”.

transparencia para garantizar el control en la ejecución del Mecanismo⁶, para después regular, de manera específica, medidas concretas de publicidad y transparencia, que vienen a sumarse a los específicos instrumentos de transparencia de nuestro ordenamiento jurídico y que pasaremos a analizar a continuación.

No obstante, antes de pasar a analizar los concretos instrumentos jurídicos aplicables, debemos señalar que la articulación de los fondos NGEU mediante el PRTR implica no solo el reto de la justificación de una cantidad muy significativa de dinero público, sino también un cierto cambio de paradigma en su gestión y justificación —más por hitos y objetivos⁷ que se deben justificar ante la UE que a la manera tradicional de presentar facturas—, y que requiere, además de una actuación coordinada entre las distintas Administraciones territoriales, muchas de las cuales, sobre todo los municipios de escaso tamaño o población, carecen de instrumentos adecuados para la gestión y rendición de cuentas que exige la normativa aplicable (Bouzo, 2021: 39)⁸. La incorporación de mecanismos como los PERTE (proyectos estratégicos para la recuperación y transformación económica), que implican la colaboración público-privada entre Administraciones públicas, empresas y centros de investigación (Gimeno Feliu, 2021a), además, no solo implica que la transparencia activa se despliegue de nuevos modos, sino que también debe valorar el alcance de la información puesta a disposición de la ciudadanía, que, al involucrar a entidades del sector privado, requiere de la ponderación necesaria en la aplicación de los límites previstos a la transparencia en la legislación vigente, por cuanto protegen bienes jurídicos como los intereses econó-

6. El considerando 60 del Reglamento MRR afirma:

“Con el fin de garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en la ejecución del Mecanismo, la Comisión debe transmitir al Parlamento Europeo y al Consejo, a reserva de la habilitación relativa a la información sensible o confidencial o ateniéndose, en caso necesario, a unos requisitos de confidencialidad adecuados, los documentos e información pertinentes simultáneamente y en igualdad de condiciones, como los planes de recuperación y resiliencia, o modificaciones de estos, presentados por los Estados miembros, y las propuestas de decisiones de ejecución del Consejo hechas públicas por la Comisión”.

7. En su Informe Especial 26/2023: Marco de seguimiento del rendimiento del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, el Tribunal de Cuentas Europeo ha señalado cómo no siempre esta forma de rendición de cuentas ha sido lo suficientemente clara para medir los avances de la ejecución de los planes nacionales de recuperación, y cómo en algunos casos no permite saber si las medidas se han completado o no.

8. Cabe destacar, a este respecto, la obligatoriedad de contar con un plan de medidas anti-fraude en toda institución que gestione fondos NGEU, y la dificultad para poder diseñar planes específicos y adecuados para los 8131 municipios españoles, llevando a que los mismos sean, en muchos casos, genéricos e idénticos y, por lo tanto, no siempre adecuados. Así lo ha destacado, entre otros, Joaquín Meseguer Yebra, según se transcribe en el “RELATORIO DEL SEMINARIO La calidad institucional como fundamento de la gestión eficaz y honesta del Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia”.

micos de las empresas y entidades privadas que puedan participar en la ejecución de estos proyectos.

3

Las obligaciones de transparencia activa en la gestión de los fondos *Next Generation EU*

3.1

Las obligaciones de transparencia activa establecidas por la normativa preexistente, y su utilidad para garantizar el control de los fondos

Una de las cuestiones que más han preocupado al legislador, tanto europeo como español, en los últimos años, es la de asegurar los mecanismos de transparencia activa como uno de los pilares en la lucha contra la corrupción y el fraude en la gestión de los fondos de origen público. De hecho, en línea con esta idea han ido muchas de las normas europeas de los últimos veinte años, por lo que sería imposible hacer un repaso completo de todas las normas que son aplicables a la rendición de cuentas en la gestión pública. Baste con recordar ahora que estos fondos NGEU constituyen dinero público en forma de ayudas e inversiones, que se traduce, entre otras cosas, en la celebración de contratos públicos, la realización de proyectos innovadores y de colaboración público-privada, o el otorgamiento de préstamos, avales y subvenciones, instrumentos todos ellos que cuentan con obligaciones de transparencia activa de carácter específico.

No obstante, junto con las obligaciones de publicidad activa que determinan, entre otras, la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público⁹, o la Ley 28/2003, General de Subvenciones¹⁰, y que permiten una consulta individualizada de la gestión de estos fondos, la LTAIBG dedica sus arts. 5 y siguientes

9. El art. 63 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, establece la obligación de los órganos de contratación de contar con un “perfil del contratante” donde se publique la información relativa a su actividad contractual, el cual, a su vez, quedará reflejado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, portal alojado en <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>.

10. Los arts. 18 y 20 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones regulan la publicación de las convocatorias y resoluciones de subvenciones en la Base Nacional de Datos de Subvenciones, que actúa como sistema nacional de publicidad en este ámbito, teniendo como finalidad “promover la transparencia, servir como instrumento para la planificación de las políticas públicas, mejorar la gestión y colaborar en la lucha contra el fraude de subvenciones y ayudas públicas”.

a la determinación de la información pública que los sujetos obligados por la Ley —que se definen en su art. 2— deben poner a disposición del público, mediante sus respectivos portales de transparencia, de una manera organizada y coherente, que facilite esa labor de fiscalización de la ciudadanía, que la publicación individualizada en bases de datos desagregadas y que pueden llegar a concentrar una cantidad ingente de datos no permite¹¹. De hecho, debe recordarse que el art. 5.5 LTAIBC establece que “toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos”, lo que Martín Delgado (2024: 715) denomina como “derecho a entender” que debe acompañar, en todo caso al “derecho a conocer”,

En este sentido, el art. 8 LTAIBC determina específicamente las obligaciones de publicidad relativas al ámbito de la gestión económica y financiera que debe hacerse mediante los portales de transparencia y webs públicas de los sujetos obligados, pues, como señala el preámbulo de la Ley, los portales de transparencia son un “instrumento óptimo para el control de la gestión y utilización de los recursos públicos”, determinando específicamente las obligaciones de publicar los contratos realizados, los convenios suscritos, las subvenciones y ayudas concedidas, los presupuestos y su ejecución y las cuentas anuales, entre otras cuestiones, junto con “la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia, en los términos que defina cada administración competente” [art. 8.1.i) LTAIBC].

Las comunidades autónomas, además, en su desarrollo de la normativa básica de transparencia en esta materia, han optado por lo general por ampliar las obligaciones de transparencia activa de su sector público autonómico y local¹², pero partiendo todas ellas de mismo concepto de publici-

11. Así lo recoge específicamente el preámbulo de la LTAIBC, cuando especifica:

“En el ordenamiento jurídico español ya existen normas sectoriales que contienen obligaciones concretas de publicidad activa para determinados sujetos. Así, por ejemplo, en materia de contratos, subvenciones, presupuestos o actividades de altos cargos nuestro país cuenta con un destacado nivel de transparencia. Sin embargo, esta regulación resulta insuficiente en la actualidad y no satisface las exigencias sociales y políticas del momento. Por ello, con esta Ley se avanza y se profundiza en la configuración de obligaciones de publicidad activa que, se entiende, han de vincular a un amplio número de sujetos entre los que se encuentran todas las Administraciones Públicas, los órganos del Poder Legislativo y Judicial en lo que se refiere a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, así como otros órganos constitucionales y estatutarios. Asimismo, la Ley se aplicará a determinadas entidades que, por su especial relevancia pública, o por su condición de perceptores de fondos públicos, vendrán obligados a reforzar la transparencia de su actividad”.

12. Sería muy complicado llevar a cabo un análisis exhaustivo de las distintas obligaciones que los ordenamientos jurídicos autonómicos establecen en materia de transparencia activa

dad activa que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG) ha resumido como la “obligación de los sujetos que determina la Ley de publicar, de forma proactiva y en las condiciones establecidas, los datos o informaciones que sean relevantes para garantizar la transparencia de su actividad y, en todo caso, los designados expresamente en la norma, con vistas a posibilitar el ejercicio por la ciudadanía de su derecho a la participación y al control de los asuntos públicos”¹³.

Las normas reguladoras de los NGEU, por su parte, han introducido obligaciones adicionales de transparencia activa que responden a esta idea de facilitar la labor de fiscalización ciudadana, de manera que no sea necesario acudir a las distintas bases de datos y portales específicamente previstos por las normas para la publicidad de cada una de las actividades formalizadas de las entidades públicas, sino que se permita una visión global y de conjunto de la gestión de todos estos fondos. Para ello, estas páginas web deben responder a una implementación estructurada, como hemos visto, en relación con proyectos, objetivos, hitos —que responden a líneas de actuación concretas¹⁴—, que, aunque sin duda se siguen articulando a través de los tradicionales instrumentos jurídicos, formalizados en forma de contratos, convenios, subvenciones, etc., requieren de un análisis de conjunto que va más allá de su mera yuxtaposición en los portales de transparencia.

Esta cuestión se hace aún más evidente cuando los instrumentos jurídicos que articulan y estructuran los fondos NGEU establecen la búsqueda de nuevas formas de gestión específica para la consecución de los objetivos previstos, lo que en muchos casos implica una cierta flexibilización de las garantías jurídicas en la gestión de los fondos europeos, y lo que exige a su vez, como indispensable contrapeso, contar con medidas adicionales

por lo que se refiere a la gestión económica y presupuestaria y estadística, pero en general todas las leyes autonómicas de transparencia han tendido hacia la ampliación de las obligaciones de publicidad en este ámbito, en algunos casos, como los de las leyes más recientes, con un nivel de detalle muy elevado (Rams Ramos, 2019).

13. Criterio Interpretativo 2/2019, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, sobre publicidad activa (I).

14. Como señala Gimeno Feliu (2021b: 25):

“Los objetivos europeos exigen capacidad de gestión (una de nuestras principales debilidades) y adaptación de las normas jurídicas aplicables para conciliar la eficacia y rapidez en la gestión con los principios de transparencia, seguridad y buena administración (ejemplo: normativas de contratación y de ayudas públicas, sobre las que necesariamente deben articularse los proyectos seleccionados alineados con este programa de recuperación). Y aconseja, también, a adoptar una actitud (y aptitud) proactiva, para aportar la mejor solución jurídica a las necesidades de la ciudadanía sin olvidar que estos fondos europeos (y su éxito) son la nueva brújula en la toma de las decisiones públicas y de gestión práctica.

Además, esta crisis enseña que el Estado no solo es la Administración Pública (y menos la Administración General del Estado), sino toda la sociedad: más allá de apriorismos ideológicos, hay que revisar e impulsar modelos de colaboración público-privada orientados a satisfacer el interés general”.

de control y garantía de esta adecuada gestión del capital desembolsado, como la obligatoriedad de aprobar planes antifraude o mecanismos específicos de auditoría.

El Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, estableció una serie de medidas de agilización y simplificación de los procedimientos de cara a poder articular de manera rápida los proyectos que requería la emergencia COVID. Esta simplificación administrativa —tanto en materia de gestión de los procedimientos administrativos de ejecución de gastos con cargo a los fondos europeos (art. 48 RD-ley) como en materia de contratación pública (art. 49 a 58 RD-ley), de celebración de convenios (art. 49 RD-ley) o de subvenciones (arts. 60 a 65 RD-ley)¹⁵— necesita de una fiscalización intensa que, en gran medida, recae sobre la IGAE, como “autoridad de control” encargada de la fiscalización y auditoría de los gastos con cargo a estos fondos, según establece el art. 21 RD-ley¹⁶.

Todo ello —formas simplificadas de gestión de cantidades elevadas y muy variadas en su ejecución, sistemas de gobernanza en torno a proyectos, etc.— requiere de nuevos instrumentos de publicidad activa que integren la información de una manera más holística que los que ya estaban en marcha en los portales de transparencia de las entidades¹⁷, y que permitan un acceso a la información sobre la ejecución de los fondos acorde con las obligaciones establecidas por las normas que los regulan¹⁸, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de unas obligaciones de transparencia, más acuciantes, si cabe, en los primeros momentos de la emergencia provocada por la COVID 19¹⁹.

15. Sobre esta cuestión *vid.* Linares y Barquero (2021), donde analizan estas medidas previstas por el RD-ley, entendiéndolo que las mismas “pueden servir como ‘banco de pruebas’ para una más amplia modernización de la administración pública y para ‘implantar una cultura de responsabilidad por resultados y una función directiva profesionalizada y más desvinculada del poder político” (p. 318).

16. Es interesante esa cuestión, puesto que, como veremos, se han dado varios supuestos de solicitudes de acceso a la información pública relativas justamente a la función de control y auditoría llevadas a cabo por la IGAE y por otras instituciones de control, sobre las que volveremos *infra*.

17. sin perjuicio de que, en muchos casos, esta información se siga integrando en dichos portales.

18. En el ámbito de las comunidades autónomas, por ejemplo, mientras que Aragón ha optado por la creación de un portal propio donde aúna toda la información de gestión del PRTR, Asturias, sin embargo, ha optado por incorporarla en su portal de transparencia.

19. No podemos olvidar la especial relevancia de la publicidad activa como instrumento de control de la actividad pública, especialmente en los momentos en que comienza la gestión de los fondos NGEU, en los que las circunstancias específicas de la pandemia hicieron que fuera necesaria la tramitación urgente de muchos procedimientos de gasto, en los que las garantías

3.2

Los específicos mecanismos de transparencia activa exigidos por las normas reguladoras de los fondos *Next Generation EU*

La normativa reguladora de los fondos NGEU ha venido a regular, como se señalaba anteriormente, obligaciones específicas de publicidad activa que no desplazan, sino que complementan las ya establecidas previamente por las normas reguladoras de la transparencia activa.

Con carácter general, el Reglamento MRR determinó las directrices sobre transparencia, estableciendo la obligación de publicación y de comunicación a la UE de los planes nacionales y de su gestión (art. 25), mediante sistemas tanto de publicidad institucional como de comunicación periódica a las comisiones del Parlamento Europeo encargadas del control de los planes (art. 26), así como la elaboración de informes de ejecución que, en todo caso, deben ser accesibles a la ciudadanía al menos parcialmente. Todo ello, claro está, sin perjuicio de garantizar el respeto a los requisitos de confidencialidad que sean necesarios y que actúan como límites no solo a la publicidad activa, sino también al derecho de acceso a la información. Además, el Reglamento dispone la obligación de publicar en los portales de transparencia o en sitios web creados específicamente los indicadores de los avances en la aplicación de los Estados miembros de los planes de recuperación y resiliencia (art. 30).

Por otro lado, el Reglamento MRR establece la posibilidad de llevar a cabo “actividades de comunicación para garantizar la visibilidad de la financiación de la Unión para la ayuda financiera prevista en el correspondiente plan de recuperación y resiliencia, por ejemplo, mediante actividades de comunicación conjuntas con las autoridades nacionales de que se trate. La Comisión podrá garantizar, en su caso, que la ayuda prestada en el marco

de transparencia y publicidad *ex post* debían paliar la renuncia a las garantías *ex ante*, debido a esta urgencia.

Resulta descorazonador que, en la era de la inteligencia artificial, de la gobernanza de los datos, de los espacios europeos de datos, y sobre la base de unas normas sobre administración electrónica que exigen la interoperabilidad desde hace décadas, instrumentos como buscadores integrados de información, como los que veremos a continuación, puedan considerarse novedades y avances en materia de transparencia.

Y es que esta perspectiva no es en absoluto nueva. Numerosos autores (Cerrillo, Gamero, Martín Delgado, Valero o Velasco, por citar solo algunos) vienen abogando desde hace años por adoptar un cambio de paradigma en relación con el cumplimiento del principio de transparencia por las Administraciones públicas, tanto mediante mecanismos de gestión innovadores —a los cuales se ha venido a unir con mucha fuerza, sin duda, la inteligencia artificial— como con la implantación de la llamada “transparencia por diseño” (Cerrillo y Casadesús, 2018) y de sistemas de gestión documental que respondan a las exigencias del principio de buena administración (Ponce Solé, 2001), recogido formalmente no solo en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, sino también por nuestra jurisprudencia (*vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1387), que lo vincula directamente con la gestión de los datos administrativos y su transparencia (Martín Delgado, 2024: 704).

del Mecanismo se comunique y conste en una declaración de financiación” —que obliga a los perceptores de fondos a hacer mención del origen de esta financiación—, y obliga a que se lleven a cabo “acciones de información y comunicación en relación con el Mecanismo, con las acciones tomadas en virtud del Mecanismo y con los resultados obtenidos” (art. 34)²⁰.

En el ámbito estatal, el ya mencionado Real Decreto-ley 36/2020 establecía, en su preámbulo, la necesidad de contar con “instrumentos de ejecución y control ágiles, así como de una gobernanza que garantice la transparencia, la coherencia de las actuaciones y su continuidad en el tiempo” para garantizar la eficacia del Plan, entre cuyos principios de gestión (art. 3 RD-ley) se integran los principios de “participación, diálogo y transparencia” [apdo. 2.f)] y de “control eficaz del gasto público, responsabilidad de la gestión y rendición de cuentas” [apdo. 2.i)], principios que se consagran también como pilares en la ejecución de los PERTE (art. 8).

Para la difusión de la información vinculada al Plan, el Real Decreto-ley estableció en su preámbulo la creación de un portal web único del PRTR, “como instrumento capaz de centralizar y canalizar la distribución de toda la información sobre el mismo destinada a los distintos interesados y agentes relacionados con el mismo [...]”, y que “pueda ofrecer un servicio de atención a las personas o entidades interesadas en participar en las convocatorias derivadas del Instrumento Europeo de Recuperación, y sobre todo para servir de punto y fuente de información para todos los actores públicos y privados al respecto del Plan y sus medios de implementación”.

Debemos tener en cuenta que este portal web²¹ ha sido considerado por el CTBG como un medio suficiente de rendición de cuentas, no solo como un instrumento de publicidad activa, sino también como mecanismo de respuesta a las solicitudes de acceso a la información pública, al menos en relación con el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 23.2 LTAIBG, cuando establece que, “si la información ya ha sido publicada, la resolución podrá limitarse a indicar al solicitante cómo puede acceder a ella”. Así, en su Resolución 197/2022, el CTBG recoge como adecuadas para el cumplimiento de la obligación de proporcionar la información solicitada las alegaciones de la Administración del Estado en relación con la solicitud de documentos y comunicaciones del PRTR²².

20. Comisión Europea (2021).

21. Disponible en <https://planderecuperacion.gob.es>.

22. Resulta interesante la argumentación recogida en esta resolución, por cuanto resume las funcionalidades de publicidad activa del portal web del Plan, en los siguientes términos: “En la fase de alegaciones de este procedimiento de reclamación la Administración completa la respuesta indicando que en el portal web del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (<https://planderecuperacion.gob.es/>) ‘se ha introducido un buscador de convocatorias de cualquiera de las convocatorias de contratos o subvenciones en el que exista finan-

Aunque la ejecución del PRTR es de carácter estatal, las comunidades autónomas y las entidades locales han recibido —o deben recibir— fondos para el despliegue de inversiones en sus ámbitos de competencias, mediante conferencias sectoriales, debiendo cumplir también con obligaciones específicas de publicidad en la gestión de los fondos que se vienen a unir a las que determinan sus respectivas normativas de transparencia activa y que son objeto de publicidad específica en el portal web del Plan, que recoge también información de carácter territorial.

En este sentido, deben cumplir con lo establecido en el art. 10 del Acuerdo de Financiación entre la Comisión Europea y el Reino de España, por el que se concreta el marco en relación con la publicación de información, visibilidad de la financiación de la Unión y derecho de uso, y para ello deben comunicar la información necesaria para que pueda ser objeto de publicación en la web del PRTR, así como con lo establecido por el art. 9 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, por el que se disponen las obligaciones de comunicación de la gestión de los Fondos NGEU²³. Todo lo anterior se produce sin perjuicio de que cada comunidad autónoma haya decidido establecer medidas adicionales de transparencia, bien mediante la creación de páginas web específicas, la inclusión de apartados sobre los fondos NGEU en las web ya existentes o el uso del portal de transparencia.

ciación del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia' el cual 'permite realizar búsquedas a través de palabras claves, o bien utilizar una serie de filtros que permitan llevar a cabo una consulta más específica. Incorpora asimismo un asistente de búsqueda para facilitar a cualquier usuario la realización de las consultas que desee realizar'. Y añade que en esa misma página existe un 'apartado específico con información sobre la ejecución del PRTR <https://planderecuperacion.gob.es/ejecucion> en el que se puede encontrar información sobre inversiones gestionadas por las CCAA, un boletín semanal en el que se recopilan las licitaciones, ayudas, subvenciones y otras actuaciones del Plan de Recuperación publicadas en el BOE y los boletines oficiales de las comunidades autónomas, así como los acuerdos del Consejo de Ministros y las noticias relacionadas con el Plan. La tabla muestra la entidad a la que está vinculada cada convocatoria, el importe, la fecha y un enlace directo a la publicación. Además, está disponible el informe de ejecución del plan y acceso a datos periódicos de ejecución del Plan'.

Examinados los buscadores indicados, se comprueba que efectivamente permiten acceder a la información solicitada mediante búsquedas sencillas, discriminando mediante palabras claves o filtros para realizar consultas específicas. En consecuencia, se ha de concluir que, aunque extemporáneamente pues ha sido tras la presentación de la reclamación ante el CTBC, el acceso se ha concedido correctamente".

23. El Manual de comunicación para gestores y beneficiarios del Plan, publicado por la Secretaría General de Fondos Europeos, establece la manera en la que comunidades autónomas y entidades locales deben publicar la información relativa a su gestión de los fondos, en particular mediante sus páginas web. <https://www.fondoseuropeos.hacienda.gob.es/sitios/dgpmrr/es-es/Documents/23112023%20MANUAL%20DE%20COMUNICACION%20PARA%20LOS%20GESTORES%20DEL%20PLAN.pdf>.

Debemos recordar, en todo caso, que la publicidad de esta información, bien sea en el ámbito estatal o en el de las Administraciones territoriales, deberá hacerse en todo caso con aplicabilidad de los límites previstos por los arts. 14 y 15 LTAIBG, conforme a lo establecido en el art. 5 LTAIBG, con la finalidad de proteger los bienes jurídicos contemplados por estos artículos, en particular por lo que se refiere a los intereses comerciales y financieros de las empresas participantes en los PERTE o receptoras de fondos NGEU.

Como en reiteradas ocasiones han establecido tanto el CTBG como la jurisprudencia, la naturaleza de los límites es la misma cuando se trata de la publicación de la información que cuando se trata de solicitudes de acceso a la información pública, en cuanto a la necesidad de aplicar el doble test del interés público (Guichot, 2023: 96). Por ello, nos vamos a referir a estos límites en relación con las solicitudes de información pública relacionadas con la gestión de los fondos NGEU, todo lo cual podrá ser, en principio, objeto de aplicación también cuando se trate de la publicidad activa que todas estas normas plantean.

4

El derecho de acceso a la información pública en el ámbito de gestión de los fondos *Next Generation EU*

Aunque los instrumentos de información pública que se han ido activando para garantizar la transparencia en la gestión de los fondos NGEU son notables y, en este sentido, no se puede negar que ha existido un importante esfuerzo por parte de las Administraciones públicas para poder cumplir con las obligaciones de transparencia activa que establecen las normas, no cabe duda de que el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en este ámbito es un mecanismo imprescindible para permitir, tanto a la ciudadanía como a los medios de comunicación, una legítima labor de escrutinio de la gestión de unos fondos de gran cuantía que, como hemos visto, son gestionados mediante mecanismos muchas veces “flexibilizados”, por las circunstancias propias del entorno de la pandemia en el que surgen.

En este sentido, es difícil saber hasta qué punto las Administraciones públicas están recibiendo y respondiendo a solicitudes de información pública sobre la gestión de los fondos NGEU, puesto que, aunque la LTAIBG y muchas de las normas autonómicas que la desarrollan establecen la obligación de publicar en el portal de transparencia la información que se refiere a las solicitudes más frecuentes, lo cierto es que, en muchas ocasiones, la única manera de saber si el acceso a la información pública se está garantizando y en qué medida es a través de justo lo contrario: la publicidad de las resolu-

ciones —y de las estadísticas— en relación con las denegaciones de acceso a la información, que suelen ser objeto de recurso frente a las autoridades de transparencia, junto con los datos referentes al silencio administrativo en este ámbito, que, dado su carácter negativo, acaban siendo un instrumento tácito de denegación del acceso que, al no tener consecuencias tangibles, acaba siendo muy tentador para las instituciones públicas obligadas a responder. En este contexto se debe reconocer que la labor del CTBG, así como la de las autoridades de transparencia con competencia en la materia en sus ámbitos territoriales, ha sido muy relevante de cara a acotar y limitar el alcance de las denegaciones de acceso a la información pública, lo cual ha tenido su reflejo también en el ámbito de la transparencia en la gestión de los fondos NGEU.

Sería imposible abarcar, en este trabajo, toda la casuística que se puede generar en torno a las solicitudes de acceso a la información pública relativa a la gestión de los fondos NGEU, por lo que nos vamos a limitar aquí a hacer referencia a varias de las cuestiones que entendemos como más relevantes y que han sido objeto de pronunciamiento por parte de las autoridades de transparencia. En particular, nos vamos a detener primero en la naturaleza jurídica de la información sobre los fondos NGEU como información pública, para después analizar la posible limitación del acceso a esta información, bien por su consideración como información auxiliar o de apoyo —y por tanto objeto de una causa de inadmisión—, bien por la concurrencia de determinados límites previstos por el art. 14, especialmente por lo que se refiere a la protección de los intereses económicos y comerciales, de un lado, y a la protección de los procedimientos de prevención, investigación y sanción en relación con las sistemas de auditoría y control del fraude que exige la normativa reguladora de la gestión de los fondos, de otro.

4.1

La información sobre la gestión de los fondos *Next Generation EU* como información pública objeto del derecho de acceso previsto por la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Como es bien sabido, la LTAIBG hizo un reconocimiento muy amplio del concepto de información pública²⁴, como objeto del derecho de acceso a la

24. En general, toda la doctrina del momento lo consideró como un gran avance respecto de la anterior normativa —contenida en el art. 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común—. Así, entre otros, Barreiro Rodríguez (2023: 157), Blanes Climent (2014: 264) o Fernández y Pérez (2017: 122).

información, que implica la posibilidad de todas las personas de acceder a “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones” (art. 13 LTAIBG). Esto supone que el derecho de acceso a la información ya no se circunscribe al entorno de los procedimientos administrativos en curso²⁵ —ni siquiera de los expedientes²⁶—, ni tampoco a la información que genera la propia Administración en el ejercicio de sus funciones, por lo que no cabe duda de que la información que obra en manos de las Administraciones públicas para la gestión de los fondos NGEU —sea porque ellas mismas la han elaborado, sea porque ha sido puesta a su disposición por terceras personas e interesados²⁷— es información pública que entra dentro del ámbito de aplicación de la LTAIBG y, por lo tanto, debe poder ser objeto del derecho de acceso, salvo que este se vea limitado por la concurrencia de alguna causa legítima de denegación del mismo²⁸. De

25. De hecho, como recuerda el CTBG en sus resoluciones 40/2024 y 41/2024, en relación con sendas solicitudes de información relativas a subvenciones en el marco de los fondos NGEU:

“No puede desconocerse, por otro lado, que la documentación que consta en el expediente por el que se concedió la correspondiente subvención es información pública de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado artículo 13 LTAIBG y, aunque el procedimiento pudiera encontrarse en tramitación, no cabe confundir un expediente en tramitación con una información en proceso de elaboración (que, por tanto, no está disponible y no puede proporcionarse) -*vid.* en este sentido la resolución R CTBG 214/2024, de 21 de febrero”.

26. Aunque la definición de lo que integra el expediente administrativo es más controvertida (Mir Puigpelat, 2019: 94), el CTBG ha afirmado, en su Resolución 310/2021, en relación con la solicitud de información de proyectos presentados por empresas como propuestas para optar a los fondos NGEU, que “el objeto del derecho de acceso reconocido por la LTAIBG no abarca solo las informaciones que formen parte de expedientes administrativos ni se circunscribe a aquellas que integren trámites preceptivos de un procedimiento”, en contra de lo que había alegado al respecto el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

27. Este es, sobre todo, el escenario en el que se dan la mayor parte de reclamaciones en materia de acceso a la información pública, siendo la información controvertida, como veremos a continuación, aquella aportada por empresas y particulares, bien de manera previa al diseño de los proyectos, bien en ejecución de los mismos —en forma de documentación relativa a licitaciones o convocatorias de subvenciones, entre otras cuestiones—.

Al respecto, el CTBG ha afirmado, en su Resolución 310/2021, de 30 de agosto de 2021:

“En el presente caso, si bien es cierto que la documentación objeto de la solicitud no ha sido adquirida en el marco de los trámites formales de un procedimiento administrativo, resulta indudable que ha sido obtenida por la Administración en el ejercicio de sus funciones, por más que fuese presentada o proporcionada de forma voluntaria. En consecuencia reúne las características previstas en la LTAIBG para ser considerada información pública”.

28. Así lo reconoce el CTBG en todas sus resoluciones que hemos tenido oportunidad de estudiar sobre esta cuestión. Valgan de ejemplo las resoluciones 310/2021, de 30 de agosto de 2021, en relación con “Proyectos del sector turístico presentados en la elaboración del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” —que desestima la reclamación, por entender concurrentes límites al acceso—, y 197/2022, de 22 de agosto de 2022, por la que se estima parcialmente la reclamación de acceso a la información relativa a “documentos y comunicaciones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que desarrolla en España el Fondo ‘Next Generation EU’”. En ambos casos, el CTBG considera que la información aportada por terceras personas para la elaboración y/o ejecución del Plan es información pública que entra en el ámbito de lo dispuesto por el art. 13 LTAIBG.

hecho, como el propio CTBG ha tenido ocasión de indicar, o de refrendar, en sus resoluciones estimatoras del derecho²⁹, la rendición de cuentas en relación con los fondos NGEU entronca directamente con la finalidad perseguida por la LTAIBG, y recogida en su preámbulo en los siguientes términos:

“La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”.

Sin embargo, a pesar de la rotundidad de la afirmación anterior, la especial naturaleza jurídica de los fondos NGEU, que, como hemos visto, implica un cambio de paradigma en la forma de gestión de fondos públicos, ha llevado al CTBG a condicionar, en algunos casos, su naturaleza jurídica como información pública —o, cuando menos, su accesibilidad, si la información obra en manos de las Administraciones públicas al margen de un procedimiento administrativo concreto—. Así ha ocurrido, por ejemplo, en la Resolución 310/2021, en relación con la solicitud de información de proyectos presentados por empresas como propuestas para optar a los fondos NGEU, en la que se afirma lo siguiente:

“[...] hay que tener en cuenta las especiales circunstancias concurrentes en este caso derivadas del hecho de que los proyectos cuyo conocimiento se pretende no han sido presentados en un proceso de contratación pública o de obtención de subvenciones o ayudas de esa naturaleza (supuesto en el que habría de cumplirse con lo establecido en el art. 8.1, apartados a) y c) de la LTAIBG), sino aportados en la fase previa a la elaboración del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, por lo que, según manifiesta la Administración, no van a ser objeto de ninguna decisión administrativa, ni de su recepción se derivan consecuencias de gasto público. A la vista de ello, es indudable que su publicidad ofrece un limitado interés desde el punto de vista de los fines de la transparencia que el preámbulo de la LTAIBG concreta en que ‘los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afecta, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones’”.

29. Entre otras, la Resolución 798/2020, de 19 de febrero de 2021.

Debemos señalar a este respecto que las limitaciones del acceso a la información en manos de las Administraciones públicas por considerar que no se trata de información pública a la luz de los fines establecidos por la LTAIBG son, a nuestro juicio, muy peligrosas y poco acertadas. En primer lugar porque, una vez más, se aplican criterios que —por las deficiencias y falta de actualización de la Ley— no se encuentran recogidos en el texto normativo, sino en su preámbulo; y, en segundo lugar, porque implica un juicio que, en todo caso, deberá realizarse de manera individual, a través de la preceptiva ponderación de intereses que establece el art. 14 LTAIBG. De esta manera, no parece justificable que se produzca una limitación del derecho de acceso sin que concurra la aplicación de ningún límite, por la mera aplicación de este genérico criterio de la finalidad, toda vez que el Tribunal Supremo, en su Sentencia 1519/2020 (ECLI:ES:TS:2020:3870), ha considerado que la persecución de un interés privado —y no una finalidad pública— no puede constituir una causa de inadmisión de la solicitud³⁰.

4.2

La aplicabilidad de las causas de inadmisión previstas por el art. 18 de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a la información relativa a la gestión de los fondos *Next Generation EU*

Aunque la LTAIBG formuló el acceso a la información pública de la manera más amplia posible, no es un secreto que las Administraciones públicas han tenido, desde su aprobación, una cierta tendencia a limitar el ámbito de aplicación de la norma, bien sea por la vía de considerar que aquella no es objeto de la norma, bien sea sobre todo por la aplicación —muchas veces de forma abusiva— de las causas de inadmisión que se prevén en el art. 18 LTAIBG³¹.

En el caso de las solicitudes de información relativa a los fondos NGEU no ha sido distinto, y nos encontramos diferentes supuestos en los que se producen reclamaciones de solicitantes de acceso que han visto denegada su solicitud por entender la Administración competente que concurría

³⁰. También Martín Delgado (2023: 125) pone en duda la adecuación de las inadmisiones por la falta de conexión entre la información pedida y la finalidad de la LTAIBG expresada en su preámbulo, “algo que no estaba justificado en absoluto, porque nada hay en el articulado que permita llegar a tal conclusión”.

³¹. De hecho, muchas de las sentencias que ha dictado el Tribunal Supremo desde la entrada en vigor de la LTAIBG se han referido a la necesidad de una interpretación restrictiva, limitada y motivada de las causas de inadmisión. *Vid.*, entre otras, la STS 1547/2017, de 16 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3530), o la STS 306/2020, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:810).

alguna causa de inadmisión, en particular las recogidas por el art. 18.1.b) LTAIBG, “referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”, o 18.1.c) LTAIBG, “relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración”. Tras diez años de aplicación de la Ley, no obstante, existe ya una reiterada y definitiva doctrina, tanto científica como jurisprudencial, en relación con la obligatoria interpretación restrictiva de las causas de inadmisión, como en cuanto a la necesidad de justificación de la aplicabilidad de las mismas al caso concreto, más allá de su mera invocación genérica, razón por la cual se estiman muchas de las reclamaciones presentadas contra denegaciones que alegan estas cláusulas, por entender que no han especificado suficientemente los motivos que justifican la aplicación de esta medida³².

De ahí que resulten especialmente interesantes algunos pronunciamientos del CTBG al respecto, en particular por lo que respecta a la información que pudiera ser considerada auxiliar al no formar parte de un procedimiento administrativo concreto, sino de otras gestiones como la solicitud o incorporación de información para la elaboración del Plan, o de las propuestas de entidades del sector privado para la configuración de los PERTE. El CTBG, teniendo en cuenta el Criterio Interpretativo 6/2015, en relación con los criterios que permiten la aplicación de la cláusula de inadmisión de las solicitudes de acceso por tratarse de información de carácter auxiliar o de apoyo, así como la jurisprudencia ya señaladas, recuerda en su Resolución 197/2022 cómo lo verdaderamente relevante a la hora de la posible aplicación de esta causa de inadmisión no es la denominación que se dé a la información o al soporte que la contiene, considerando que la relación contenida en el precepto (“notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órgano administrativos”) es un mero elenco de ejemplos que no implica que los así llamados tengan siempre

32. La ya señalada anteriormente Sentencia del Tribunal Supremo 1547/2017, de 16 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3530), establece los criterios para la inadmisión de las solicitudes de acceso a la información, en el siguiente sentido:

“La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información.

Por ello, la causa de inadmisión de las solicitudes de información que se contempla en el artículo 18.1.c) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, no opera cuando quien invoca tal causa de inadmisión no justifique de manera clara y suficiente que resulte necesario ese tratamiento previo o reelaboración de la información”.

la condición material de verdaderos documentos “auxiliares o de apoyo”, aduciendo para ello la Sentencia de 25 de julio de 2017 que concluye que “lo instrumental o accesorio no depende de su carácter formal sino de su verdadero contenido material. Información auxiliar no es el equivalente a información de valor provisional”³³.

En definitiva, pese a las reticencias que parecen mostrar algunos órganos administrativos —al menos, en la Administración General del Estado—, el mero hecho de que la información solicitada no forme parte de un expediente como tal, o haya sido aportada de manera voluntaria por los interesados en el marco de la elaboración del PRTR o de los PERTE, no puede ser razón suficiente para que se inadmita la solicitud, y el CTBG viene a exigir en diversas resoluciones relativas a los fondos NGEU que el órgano administrativo que inadmite motive de manera suficiente esta inadmisión en algunos de los supuestos que la justifican.

4.3

La aplicabilidad del límite relativo a la protección de los intereses económicos y comerciales como causa principal de denegación del ejercicio del derecho de acceso a la información de gestión de los fondos *Next Generation EU*

La causa de denegación del acceso a la información relativa a los fondos NGEU más recurrente es, como era de esperar, la relativa a la protección de los intereses económicos y comerciales que se recoge por el art. 14.1.h) LTAIBG.

Para poder determinar su aplicabilidad a los supuestos concretos de solicitud de acceso a la información pública, es necesario partir de determinar el alcance del límite, que se configura en la Ley —como por lo general ocurre

33. Siguiendo este criterio, el CTBG recuerda al respecto que, para que se pueda considerar la concurrencia de esta causa de inadmisión, es necesario que se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- Contenga opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiesten la posición de un órgano o entidad;
- Lo solicitado sea un texto preliminar o borrador, sin la consideración de final;
- Se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad que recibe la solicitud;
- La solicitud se refiera a comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento;
- Se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final”.

con todos los límites del art. 14 LTAIBG— de manera muy genérica³⁴. El CTBG, en su Criterio interpretativo 1/2019, de 24 de septiembre de 2019, asunto: “Aplicación del artículo 14, número 1, apartado h), de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: perjuicio para los intereses económicos y comerciales”, ha intentado acotar el alcance de lo que pueden abarcar los intereses económicos y comerciales, reconociendo la dificultad de su delimitación respecto de otros límites también previstos en el art. 14 LTAIBG, y concluyendo que “el concepto de intereses económicos y comerciales debe redefinirse en los siguientes términos: aquellas posiciones ventajosas o relevantes del sujeto o sujetos en el ámbito del mercado o de la creación y producción de bienes y servicios cuya divulgación pudiera comprometer la competencia entre ellos y otros sujetos o la integridad de los procesos de negociación en que intervengan”, que complementa con la inclusión en la aplicabilidad del límite de otros dos elementos: el secreto comercial o empresarial y la información confidencial.

Respecto al primero, conforme a lo previsto por la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, cuya finalidad es la de “proteger la innovación, la competitividad de las empresas y el dinamismo de la economía” mediante medidas de protección de los propietarios o detentadores de información secreta.

En cuanto a la información confidencial, como recuerda el CTBG, se encuentra también regulada por el derecho positivo, pero argumenta al respecto que “esta regulación es mucho más dispersa que la referida al secreto comercial pues las cláusulas de confidencialidad aparecen incorporadas a una diversidad de sectores del ordenamiento: fiscal, bancario, servicios profesionales, etc. Se trata de un tipo de información que, por razón de su contenido o del ámbito material a que afecta, puede perjudicar, en caso de ser divulgada, la posición en el mercado o en el proceso de creación y distribución de bienes y servicios del sujeto o sujetos a que se refiere o sus posiciones negociadoras en el ámbito económico”³⁵.

Sentadas estas bases, el CTBG concluye que debe considerarse que, “cuando una información sujeta a publicidad activa o solicitada o reclamada por un ciudadano constituye en todo o en parte un secreto empresarial

34. Como recuerdan Fernández y Pérez (2017: 177 y ss.), esto se debe al hecho de que la LTAIBG ha incorporado de manera casi literal los límites previstos en el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, que se recogen, en el caso que nos ocupa, como “intereses comerciales y otros intereses económicos”, y que en el Memorándum explicativo del Convenio se entendían como equivalentes a los secretos comerciales.

35. CI 1/2019 del CTBG, apartado II.3.D) (p. 14).

o comercial en los términos de la LSE o está afectada en todo o en parte por una declaración de confidencialidad contenida en una Ley o establecida en los términos previstos en ésta, deben negarse la publicidad o el acceso por aplicación del límite de protección de los intereses económicos y comerciales”³⁶.

Pues bien, el marco normativo en el que debe determinarse el alcance de este límite es, en relación con las solicitudes de acceso a información relativa a la gestión de fondos NGEU y que pudiera contener información confidencial o secretos comerciales, el ya mencionado art. 25 del Reglamento MRR, referente a la transparencia en la información de la gestión de los fondos NGEU, y que alude, de manera específica, a la necesidad de atenerse en todo caso a los requisitos de confidencialidad necesarios (apdo. 2), así como a lo siguiente:

“Los Estados miembros de que se trate podrán solicitar a la Comisión que oculte la información sensible o confidencial cuya divulgación pudiese poner en peligro los intereses públicos de dichos Estados miembros. En tal caso, la Comisión consultará al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el modo de poner a su disposición la información oculta de manera confidencial de conformidad con la normativa aplicable” (art. 25.3 del Reglamento MRR).

No quiere decir esto, claro está, que pueda denegarse el acceso a la información en relación con cualquier información económica o comercial relativa a sujetos privados, sino que, si se entiende que puede concurrir el límite —por tratarse de información confidencial o que afecte a los intereses económicos—, la Administración a la que se ha solicitado la información deberá en todo caso motivar su aplicación y posible denegación del acceso —al igual que el resto de límites previstos por los arts. 14 y 15 LTAIBG—, teniendo en cuenta, como han establecido en numerosas ocasiones el CTBG, las autoridades autonómicas de transparencia y los tribunales de justicia³⁷, que no puede ser en ningún caso una exclusión automática ni aplicada de manera automática, sino que se exige que se haga una interpretación restrictiva, justificada y proporcionada del precepto como excepción al principio general del acceso, mediante la aplicación del conocido doble test del daño y del interés³⁸.

36. *Ibidem* (p.17).

37. Entre otras, las ya mencionadas STS de 16 de octubre de 2917 (ECLI:TS:2017:3050) o STS de 11 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1558).

38. Como en repetidas ocasiones ha resumido el CTBG: “cualquier invocación del art.14.1 tiene un doble condicionante y requiere la realización por el aplicador de los exámenes sucesivo, los denominados por la doctrina especializada y el preámbulo de la Ley test del daño y test del interés. A través del primero se comprueba la probabilidad del hipotético perjuicio o lesión

Cuando la información solicitada se ha producido al margen de un procedimiento concreto o se ha justificado la posible lesión de los intereses económicos, la aplicación de este límite se ha entendido proporcionada³⁹. No obstante, la realidad imperante es que sigue siendo muy habitual que la denegación de las solicitudes de acceso se haga por las Administraciones públicas aludiendo de manera genérica a la concurrencia del límite en el caso concreto⁴⁰; en particular, a la garantía de la confidencialidad, cuya motivación se limita a hacer referencia al mencionado art. 25 del Reglamento MRR⁴¹.

4.4

Las denegaciones del derecho de acceso a los planes antifraude y actuaciones de investigación y auditoría en aplicación de lo previsto por el art. 14.1.e) y k) de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Por último nos vamos a referir a la —también— frecuente denegación de las solicitudes de acceso a la información relativa a las auditorías e investigaciones⁴² en aplicación del límite previsto por los arts. 14.1.e) LTAIBC, en relación con información cuyo acceso suponga “un perjuicio para la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penal, administrativos o disciplinarios”⁴³, de un lado, y 14.1.k) LTAIBC, de otro, para proteger “la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión”.

o la existencia de un nexo causal entre el acceso a la información que se solicita y el perjuicio alegado. Mediante el segundo se comprueba si existe algún interés superior al protegido con la limitación que justifique el acceso solicitado”.

39. Así ha ocurrido, por ejemplo, en la Resolución 310/2021, de 30 de agosto de 2021, relativa a la solicitud de información sobre proyectos del sector turístico presentados en la elaboración del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

40. Así lo ha entendido el CTBG en relación con varias reclamaciones contra denegaciones del derecho de acceso en el ámbito estatal, como la Resolución 853/2023, de 18 de septiembre de 2023, que estima la reclamación instando al Ministerio de Hacienda y Función Pública a que remita la información al solicitante, por entender que el Ministerio no ha justificado la concurrencia del límite en el supuesto concreto.

41. Son numerosas las resoluciones desestimatorias del derecho de acceso con una genérica motivación en la aplicación del art. 25 del Reglamento MRR como justificación de la concurrencia del límite previsto por el art. 14.1.h) LTAIBC, como por ejemplo en relación con las manifestaciones de interés asociadas a las iniciativas del PRTR, sistemáticamente denegadas. No es posible saber, sin embargo, si las mismas han sido objeto de reclamación o recurso, dado que el Portal de Transparencia de la Administración General del Estado no incluye esta información.

42. Llevada, en gran parte, por el IGAE a través de la activación de los planes antifraude que exige la normativa de gestión de los fondos NGEU, que en todo caso ha exigido la existencia de planes y buzones antifraude en todas las entidades que gestionen este tipo de fondos.

43. Varias resoluciones de denegación por este límite pueden ser consultadas en el Portal de Transparencia de la Administración General del Estado.

Como ha señalado el CTBG en su Resolución 853/2023, a la hora de verificar la aplicación de este último límite, es necesario vincularlo al marco jurídico aplicable a la gestión de los fondos NGEU, en particular al art. 22.1 del Reglamento MRR, que dispone lo siguiente:

“Al ejecutar el Mecanismo, los Estados miembros, en su condición de beneficiarios o prestatarios de fondos en el marco del Mecanismo, adoptarán todas las medidas adecuadas para proteger los intereses financieros de la Unión y para velar por que la utilización de los fondos en relación con las medidas financiadas por el Mecanismo se ajuste al Derecho aplicable de la Unión y nacional, en particular en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. A tal efecto, los Estados miembros establecerán un sistema de control interno eficaz y eficiente y recuperarán los importes abonados erróneamente o utilizados de modo incorrecto. Los Estados miembros podrán recurrir a sus sistemas nacionales habituales de gestión presupuestaria”.

Por su parte, el apdo. 2.c).ii) del precitado art. 22 prevé que los acuerdos a los que se alude en el art. 15.2 —acuerdos de préstamo— y en el art. 23.1 —compromisos jurídicos de contribución financiera— dispondrán las obligaciones de los Estados miembros de —entre otras cuestiones— adjuntar a la solicitud de pago “un resumen de las auditorías y los controles realizados, incluidas las deficiencias detectadas y las medidas correctivas adoptadas”.

Al respecto, el CTBG afirma lo siguiente:

“No cabe descartar que entre la documentación remitida por el Estado español a la Comisión en cumplimiento de lo exigido por el Reglamento (UE) 2021/241 sobre las auditorías y controles realizados, las deficiencias detectadas y las medidas correctivas adoptadas, pueda encontrarse alguna información que el Estado español haya solicitado a la Comisión su tratamiento confidencial con arreglo a lo previsto en el citado artículo 25.3 del Reglamento, por considerar que su divulgación puede poner en peligro sus intereses públicos”.

Pareciera que, de momento, el CTBG sigue en este criterio la postura que viene sosteniendo, al menos, la Administración General del Estado, que, en la mayoría de solicitudes realizadas por la ciudadanía en relación con los planes antifraude y la puesta en marcha de mecanismos de auditoría, alude a estos límites, 14.1.e) y k), para denegar el acceso a las concretas actuaciones, limitándose a indicar, en su caso, el número de denuncias recibidas por los buzones antifraude o de procedimientos de auditoría que se han iniciado, sin indicar ninguna otra información adicional al respecto.

Es evidente que el bien jurídico perseguido con la aplicación de este límite —asegurar la lucha contra el fraude y el control de la corrupción en la ejecución del gasto— puede prevalecer en ocasiones sobre el interés público en conocer la actuación administrativa en este ámbito. No obstante, y sin poner en duda el posible carácter confidencial de las previsibles denuncias y auditorías en relación con la gestión de los fondos NGEU, debería valorarse aquí el alcance temporal en la aplicación restrictiva del límite (Guichot, 2023: 223), en el sentido de que, una vez finalizada la investigación o la auditoría, este límite ya no debería ser de aplicación, para dar paso a un acceso a la información, más acorde con la finalidad de transparencia prevista en la norma —y sin perjuicio, claro está, de que la información se pudiera ver limitada por otras razones—⁴⁴.

5 Conclusiones

Como hemos podido ver a lo largo de este trabajo, la gestión de los fondos NGEU implica no solo la generación de una gran cantidad de información pública, sino también la exigencia de buscar mecanismos adecuados para garantizar la transparencia en esta gestión. El volumen de gasto en la ejecución de los fondos, junto con el cambio de paradigma en el control de su cumplimiento, exigen buscar nuevos sistemas de rendición de cuentas y de transparencia, que respondan a las nuevas formas de gobernanza que deben implementarse para la adecuada tramitación y gestión de unas ayudas e inversiones cuya finalidad debe servir —entre otras muchas cuestiones— a la modernización de las Administraciones públicas.

Estos fondos son, por ello, una oportunidad excelente para avanzar en el diseño de nuevos sistemas de rendición de cuentas, profundizando en la garantía de la transparencia activa y en procedimientos más ágiles de acceso a la información pública, tanto en el ámbito de la Administración General del Estado como en las Administraciones territoriales. De hecho, las entidades locales, en particular, podrían verse muy beneficiadas por unas

⁴⁴. Así se define en algunas de las leyes de transparencia, como en el art. 28.3 de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana, que recoge este criterio en el siguiente sentido:

“Los límites del derecho de acceso son temporales si así lo establece la ley que los regula y se mantienen únicamente mientras perduren los motivos que justifiquen su aplicación.

La persona solicitante podrá iniciar un nuevo procedimiento de acceso a la información pública siempre que desaparezca la causa que justificó la aplicación de la excepción del derecho de acceso y la denegación de información consiguiente”.

inversiones que les permitieran avanzar en infraestructuras de gestión administrativa y documental que suplieran la falta de medios que tradicionalmente han sufrido⁴⁵.

No podemos afirmar que los mecanismos que hasta ahora se han puesto en marcha para justificar la gestión del gasto de estos fondos no sean adecuados. Sin embargo, nos seguimos encontrando ante denegaciones a las solicitudes por parte de las Administraciones públicas que reflejan reticencias más propias del pasado que de una época en la que los avances de la tecnología deberían permitir una gestión documental mucho más “afinada”, en relación con la información que se puede poner a disposición de la ciudadanía. Y es que, si cambia el paradigma en cuanto a cómo se gastan y justifican estos fondos, también, de manera acorde, debería evolucionar el paradigma de cómo se rinde cuentas de los mismos, mediante mecanismos de transparencia por diseño y gestión documental de los datos en formatos realmente interoperables y reutilizables.

Se torna ahora más imprescindible que nunca atender a las reivindicaciones que tanto doctrina como distintos sectores vienen haciendo desde hace mucho tiempo de reformar y actualizar la normativa de transparencia y acceso a la información en España, y los fondos *Next Generation EU* son, para ello, una magnífica oportunidad que no debería dejarse pasar por alto.

Como señalaron Valero y Cerdá (2020: 125), “el retroceso que se ha vivido en España durante los últimos meses por lo que se refiere a la transparencia y el acceso a la información no sólo se ha manifestado en la gestión de los datos relativos a las infecciones y fallecimientos provocados por el COVID-19 sino que, además, se ha proyectado sobre otros ámbitos esenciales como la contratación pública (Gamero Casado, 2020; Miranzo Díaz, 2020). Es precisamente la revisión crítica de la experiencia que hemos vivido en los últimos meses la que nos ha de llevar a plantear no sólo la revisión de las normas cuya efectividad se ha demostrado inexistente sino, sobre todo, la creación de un modelo normativo e institucional adecuado de gestión de la información. Y para ello resulta imprescindible partir de un equilibrio adecuado entre la mayor eficiencia que permite la innovación tecnológica, el refuerzo democrático que facilita el Gobierno Abierto y la inexcusable integración del respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas. En con-

45. De hecho, en la mayoría de los supuestos relativos a reclamaciones recibidas por las autoridades autonómicas de transparencia en relación con las denegaciones de acceso a la información sobre gestión de fondos NGEU —casi siempre por la aplicación de la ficción del silencio negativo—, la estimación ha sido formal, o ha decaído el procedimiento, porque la Administración correspondiente ha resuelto fuera de plazo, pero ha hecho entrega de la información, aunque de manera extemporánea.

secuencia, no es el momento de poner el foco en lo inmediato sino, por el contrario, de adoptar una mirada estratégica dirigida al fortalecimiento institucional del sector público”.

En el momento de cerrar este trabajo está en preparación el nuevo Plan de Gobierno Abierto, que vendrá a sustituir al ya casi finalizado IV Plan de Gobierno Abierto. Sin embargo, muchos de los objetivos y propuestas que se previeron en este IV plan, para su implementación en los años 2020 a 2024, siguen pendientes; entre ellos, y muy especialmente, la reforma y el desarrollo de la LTAIBC. Al mismo tiempo, la Unión Europea sigue profundizando en la Estrategia Europea de Datos, mediante la aprobación de normas como el Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos, el Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, o la Directiva de datos abiertos (Directiva [UE] 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público).

Los fallos de transparencia en la gestión de los fondos NGEU deben servir como acicate para repensar, más pronto que tarde, medidas de modernización de las Administraciones públicas —previstas por el PRTR— que generen nuevos niveles de transparencia y acceso a la información pública.

6 Bibliografía

- Barrero Rodríguez, C. (2023). Ámbitos subjetivo y objetivo. En E. Guichot y C. Barrero Rodríguez. *El derecho de acceso a la información pública*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Blanes Climent, M. Á. (2014). *La transparencia informativa de las Administraciones públicas*. Pamplona: Thomson-Reuters Aranzadi.
- Bouzo, D. (2021). *RELATORIO DEL SEMINARIO La calidad institucional como fundamento de la gestión eficaz y honesta del Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Madrid: Transparency International España. Disponible en <https://transparencia.org.es/estudios-y-publicaciones/relatorio-del-seminario-la-calidad-institucional-como-fundamento-de-la-gestion-eficaz-y-honesta-del-plan-nacional-de-recuperacion-transformacion-y-resiliencia/>.

- Cerrillo i Martínez, A. y Casadesús de Mingo, A. (2018). El impacto de la gestión documental en la transparencia de las Administraciones públicas. La transparencia por diseño. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 19, 6-16.
- Comisión Europea. (2021). *Normas de comunicación y visibilidad para los programas de financiación de la UE 2021-2027 – Guía para los Estados Miembros*. Disponible en <https://femp-fondos-europa.es/documentos/normas-de-comunicacion-y-visibilidad-para-los-programas-de-financiacion-de-la-ue-2021-2027-guia-para-los-estados-miembros/>.
- Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M.^a (2017). *El derecho al acceso a la información pública en España*. Pamplona: Thomson-Reuters Aranzadi.
- Galán Galán, A. (2021). Los Gobiernos locales ante el reto de los fondos europeos de recuperación. *Revista catalana de dret públic*, 63, 101-117.
- Gimeno Feliu, J. M.^a (2021a). De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución. *Cuadernos de Derecho Local*, 55, 88-114.
- (2021b). El desafío de fondos *Next Generation* como elemento de transformación de la gestión pública. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Extra 20, 21-41.
- Guichot, E. (2023). Cuestiones generales. En E. Guichot y C. Barrero Rodríguez. *El derecho de acceso a la información pública*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Linares Muñagorri, I. y Barquero Solanes, I. (2021). Balance y vías de mejora en las medidas previstas por el Real Decreto Ley 36/2020 en materia de gestión económico-administrativa. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Extra 20, 293-319.
- Martín Delgado, I. (2023). IV. Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de transparencia. En A. Egea de Haro (dir.). *Informe sobre la Justicia Administrativa 2023. Indicadores de actividad, Derechos Fundamentales, Transparencia y Defensa de la Competencia* (pp. 115-191). Madrid: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid.
- (2024). Información y datos. *Manual de Derecho Administrativo*. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 703-726. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Mir Puigpelat, O. (2019). *Transparencia y procedimiento administrativo. El derecho de acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a la información pública*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

- Ponce Solé, J. (2001). *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Madrid: Lex Nova.
- Rams Ramos, L. (2019). La normativa estatal y autonómica sobre transparencia en España: valoración de conjunto. *Anuario de Transparencia Local*, 2018, 43-90.
- Secretaría General de Fondos Europeos. (2024). *Manual de comunicación para gestores y beneficiarios del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Disponible en <https://www.fondoseuropeos.hacienda.gob.es/sitios/dgpmrr/es-es/Documents/23112023%20MANUAL%20DE%20COMUNICACION%20PARA%20LOS%20GESTORES%20DEL%20PLAN.pdf>.
- Tribunal de Cuentas Europeo. (2023). *Informe Especial 26/2023: Marco de seguimiento del rendimiento del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia*. Disponible en <https://www.eca.europa.eu/es/publications/sr-2023-26>.
- Valero Torrijos, J. y Cerdá Meseguer, J. I. (2020). Transparencia, acceso y reutilización de la información ante la transformación digital del sector público: enseñanzas y desafíos en tiempos del COVID-19. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, 103-126.

Gestión y control económico-financiero de los fondos *Next Generation EU* en la esfera local

FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO
*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Autónoma de Madrid*

- 1. Introducción**
- 2. Marco regulatorio**
 - 2.1. Normativa europea
 - 2.2. Normativa española
- 3. Aspectos generales sobre la gestión y el control de los fondos**
 - 3.1. La definición de proyectos y subproyectos dirigidos a lograr los hitos y objetivos asociados a cada reforma o inversión
 - 3.2. La planificación y el seguimiento de los proyectos y subproyectos
 - 3.3. Entidades que intervienen en la ejecución del plan: entidades decisoras y ejecutoras
 - 3.4. Obligaciones en el marco de la gestión de la plataforma CoFFEE-MRR
 - 3.5. Sistema de análisis de riesgo de conflictos de intereses: utilización de la plataforma MINERVA cuando los instrumentos jurídicos utilizados para la ejecución de un subproyecto son contratos o subvenciones
- 4. La posición de las entidades locales en la gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia**
- 5. Bibliografía**

Resumen

Este trabajo analiza los aspectos clave de la gestión y del control de los fondos *Next Generation EU* en el ámbito local, con especial énfasis en los provenientes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR). En particular, se examina el sistema de gestión y seguimiento establecido por la Administración General del Estado para acreditar ante las instituciones europeas el cumplimiento de los hitos y objetivos que condicio-

Artículo recibido el 18/09/2024; aceptado el 08/10/2024.

nan el desembolso de los fondos del MRR. Una parte del cumplimiento de estos hitos y objetivos se ha asignado a las entidades locales, a través de diversas transferencias de fondos que se han articulado fundamentalmente mediante el instrumento jurídico de las subvenciones.

Palabras clave: *Next Generation EU; Mecanismo de Recuperación y Resiliencia; Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; hitos; objetivos; subvenciones; CoFFEE-MRR.*

Economic-financial management and control of NextGeneration EU funds at the local level

Abstract

This article analyzes the key aspects of managing and controlling NextGenerationEU funds at the local level, with a particular focus on those from the Recovery and Resilience Facility (RRF). Specifically, it examines the management and monitoring system established by the general and central administration to demonstrate compliance with the milestones and targets required by European institutions for the disbursement of RRF funds. Part of the responsibility for meeting these milestones and targets has been assigned to local entities through various fund transfers, mainly structured through the legal instrument of grants.

Keywords: NextGenerationEU; Recovery and Resilience Facility; Recovery, Transformation, and Resilience Plan; milestones; objectives; grants; CoFFEE-RRF.

1

Introducción¹

En este trabajo analizaremos los aspectos esenciales de la gestión y del control de los fondos *Next Generation EU* (NGEU) en el ámbito local, y par-

1. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación financiado por la Agencia Estatal de Investigación titulado: "La actividad financiera del Estado estratégico" (PIB2023-1491840B-C42). Asimismo, debo señalar que este trabajo es fruto de mi actividad de transferencia desarrollada para la propia Universidad Autónoma de Madrid sobre aspectos

ticularmente los provenientes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR). Como veremos, los fondos gestionados por las entidades locales no proceden de forma directa de la Unión Europea, sino del Estado y, en su caso, de las comunidades autónomas, que los habrán recibido a su vez del Estado. Desde esta perspectiva, las entidades locales intervienen en todo este proceso como entidades ejecutoras, recibiendo los fondos a través de diferentes instrumentos jurídicos (convenios, transferencias, subvenciones, etc.) desde la Administración General del Estado (AGE) o, en su caso, las comunidades autónomas (CC. AA.)².

Son fondos finalistas, en la medida en que se reciben para cumplir algunos de los hitos y objetivos comprometidos por el Gobierno de España con las instituciones europeas. El gasto de estos fondos se articula a través de mecanismos de muy diversa índole, que dependerá en buena medida de la configuración del concreto proyecto y del hito u objetivo al que está vinculado. Así, por ejemplo, en algunos casos será necesario que la entidad local recurra a la contratación pública, y en otros, de forma exclusiva o combinada, el gasto se materializará a través de subvenciones. También resulta posible que la totalidad o parte de un proyecto se ejecute a través de encargos a medios propios.

La recepción y la utilización de los fondos por parte de las entidades locales se rigen por el marco jurídico de los instrumentos utilizados. Desde esta perspectiva, la gestión de estos fondos no presenta características singulares, ya que se aplica el régimen nacional en su totalidad. Sin embargo, se ha implementado una regulación especial para agilizar el uso de algunos de los instrumentos jurídicos preexistentes.

Con todo, la principal especialidad en la gestión de estos fondos radica en el establecimiento de un sistema de seguimiento que facilite a la AGE acreditar ante las instituciones europeas que se han cumplido los hitos y objetivos establecidos, y que los fondos se han empleado de acuerdo con los principios y reglas en ellos previstos, donde destacan los principios de adicionalidad, prohibición de la doble financiación y protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Es importante destacar lo anterior, por-

jurídicos de la gestión de proyectos financiados con fondos del PRTR, actividad que he realizado junto a mis compañeras del Departamento de Derecho Público, las profesoras Silvia Díez Sastre y Ester Marco Peñas. Para un análisis de las implicaciones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en la evolución del derecho público, puede consultarse su trabajo Díez y Marco (2024).

2. En los informes de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) se recogen todas las convocatorias de ayudas que se han distribuido directamente por la AGE a las entidades locales. Sin embargo, no se recoge una información detallada de los programas articulados a través de las comunidades autónomas. FEMP (2024: 42).

que la Unión Europea solo desembolsa los fondos una vez que se acredita el cumplimiento de los hitos y objetivos (HyO). En consecuencia, acreditar el cumplimiento de estos HyO es crucial para cualquier Estado, en la medida en que tienen que anticipar los recursos financieros dirigidos a lograr dichos HyO. De no lograrlos, habrán incurrido en una serie de gastos que no serán compensados con los desembolsos previstos en el marco de estos fondos.

En este trabajo prestaremos especial atención a esta regulación, en la dimensión española, que resulta aplicable a todas las Administraciones que intervengan en la ejecución de estos fondos, entre las que están las entidades locales. La participación de las entidades locales en la ejecución directa de estos fondos no es menor. Según el último informe de seguimiento de los fondos NGEU de la Federación española de Municipios y Provincias (FEMP), de marzo de 2024, se han asignado, para el periodo plurianual 2021 a 2023, 21 460 millones de euros³.

2

Marco regulatorio

2.1

Normativa europea

El Consejo Europeo aprobó en julio de 2020 un instrumento excepcional y temporal denominado *Next Generation EU*, cuyo fin es reforzar y acelerar la recuperación de los Estados miembros tras la pandemia del COVID-19. Este programa está dotado con más de 750 000 millones de euros que los Estados miembros puede recibir, una parte mediante contribuciones o transferencias no reembolsables y otra mediante préstamos.

El programa NGEU se compone de varios fondos. El más relevante, tanto por su volumen como por sus objetivos, es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), aprobado por el Reglamento 241/2021 (Reglamento MRR)⁴.

El MRR es un instrumento basado en resultados que desembolsa fondos en función de la consecución de los hitos y objetivos establecidos para las reformas e inversiones que integran los planes estatales de recuperación, transformación y resiliencia (PRTR).

3. FEMP (2024: 33). De la cifra señalada, tres mil millones de euros corresponden al proyecto estratégico para la recuperación y transformación económica (PERTE) del agua.

4. Pagès y Ferrer (2024: 152).

La obtención de fondos del MRR por parte de los Estados precisa de la presentación de un plan de recuperación y su aprobación por parte de las instituciones europeas. Con todo, la obtención de estos fondos no deriva directamente de su aprobación, toda vez que se establece un calendario de pagos que exige acreditar previamente que los hitos y objetivos comprometidos en el plan se han cumplido debidamente. En suma, para que los desembolsos tengan lugar, es preciso que se cumplan los hitos y objetivos señalados para los distintos proyectos de inversión y de reforma financiados, para lo cual los proyectos se encuentran sujetos a criterios de seguimiento y control. Como ha señalado el Tribunal de Cuentas español (TCU), se trata de “un plan sujeto a una monitorización permanente por parte de los órganos y autoridades de control, europeas y nacionales, designadas específicamente para ello” (TCU, 2024: 76).

El PRTR presentado por el Gobierno de España fue aprobado por el Consejo Europeo el 13 de julio de 2021, a través de la Decisión COM(2021)322 final, de 16 de junio de 2021 (CID). La CID está formada por un anexo con tres secciones, en las que se detallan las reformas e inversiones que deben llevarse a cabo (sección 1), los tramos en que se realizarán los pagos por parte de la Comisión tras acreditar el cumplimiento de los HyO que determinan la realización de las reformas e inversiones de la sección 1 prevista para cada tramo (sección 2), y una serie de disposiciones para el seguimiento, la ejecución y el control del plan español por parte de la Comisión (sección 3).

En particular, en relación con las reformas e inversiones se establecen los componentes en los que se estructura el PRTR, que, a su vez, incluyen los HyO asociados para el cumplimiento del Plan conforme al calendario establecido. El 29 de octubre de 2021 se aprobó el denominado *Operational Arrangement* (OA CID), esto es, las disposiciones operativas de la CID, que especifican con mayor nivel de detalle las exigencias para el cumplimiento de los HyO previstos —calendario para el seguimiento y la ejecución, así como los indicadores pertinentes—. Finalmente, en el transcurso de la ejecución del PRTR, el 17 de octubre de 2023, el Consejo Europeo aprobó la modificación de la CID a través de una adenda por la que se actualiza el calendario de desembolsos, así como los HyO⁵.

5. Las referencias que hacemos a la CID y a la OA CID son a las versiones resultantes tras su modificación en 2023.

2.2 Normativa española

Para la ejecución del PRTR se ha creado un marco jurídico a nivel interno, encabezado por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del PRTR (RDL 36/2020)⁶.

Esta norma establece los principios y directrices de gestión y crea reglas específicas en el ámbito presupuestario, en la contratación pública, la gestión de recursos humanos, la celebración de convenios y la creación de nuevas formas de colaboración público-privada. Asimismo, articula nuevas estructuras de gobernanza para el PRTR.

Las disposiciones de este Real Decreto-ley se concretaron a través de dos órdenes ministeriales: la *Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (Orden 1030/2021); y la *Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información a proporcionar por las Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (Orden 1031/2021). La finalidad de estas órdenes es establecer un sistema integral de gestión y control del plan.

La Orden 1030/2021 prevé un sistema de información de gestión y seguimiento que tiene por objeto “facilitar la coordinación y seguimiento del PRTR por los distintos agentes implicados en su ejecución, dando respuesta a las necesidades de planificación, gestión, control y rendición de cuentas” (art. 11.1). Aunque este sistema está dirigido principalmente a reportar sobre el cumplimiento de los HyO asignados a cada proyecto, se recogen también un conjunto de medidas para garantizar el cumplimiento de una serie de principios y criterios específicos de obligatoria consideración en la ejecución del plan de recuperación.

Se trata de los principios que recoge el art. 2.2 de la Orden 1030/2021, que se desarrollan a lo largo de su articulado y los anexos: etiquetado verde y digital; análisis de riesgo en relación con posibles impactos negativos significativos en el medioambiente (*do no significant harm*, DNSH), seguimiento y verificación de resultado sobre la evaluación inicial; refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y

6. Para un análisis general de esta norma, *vid.* Velasco Caballero (2021).

los conflictos de interés; compatibilidad del régimen de ayudas de Estado y prevención de la doble financiación; e identificación del perceptor final de los fondos. Como señalaremos posteriormente, algunos de estos principios han tenido un desarrollo ulterior a través de la aprobación de diversas disposiciones legales. Finalmente, cabe destacar que se establecen una serie de reglas de comunicación, con el fin de informar y dar publicidad de las acciones financiadas con el MRR.

La segunda de las órdenes regula el procedimiento, formato y periodicidad de la información de seguimiento del logro de los HyO, así como la ejecución contable de los gastos incurridos en el desarrollo de los proyectos, subproyectos y las líneas de acción, que conforman los componentes financiables a cargo del MRR (art. 1 Orden 1031/2021). Este sistema se articula técnicamente a través de una herramienta informática denominada Plataforma CoFFEE-MRR⁷, cuya finalidad principal es establecer un sistema de información único de reporte de cara a la Comisión Europea.

Estas órdenes disciplinan las responsabilidades de las distintas entidades públicas involucradas en la gestión del PRTR, toda vez que este plan, especialmente en cuanto a su ejecución, se configura como un sistema piramidal de colaboración entre los tres niveles administrativos que existen en España. Esta circunstancia es destacada por otra disposición de relevancia sobre la configuración de este sistema de seguimiento y distribución de responsabilidad, como es la *Resolución 1/2022, de 12 de abril, de la Secretaría General de Fondos Europeos, por la que se establecen instrucciones a fin de clarificar la condición de entidad ejecutora, la designación de órganos responsables de medidas y órganos gestores de proyectos y subproyectos, en el marco del sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (Resolución 1/2022).

Otra norma que hay que tener en cuenta es la *Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (Orden 55/2023). Esta orden, al igual que lo que dispone el art. 6 de la Orden 1030/2021, contribuye a reforzar los mecanismos de prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, exigidos por el art. 22 del Reglamento del MRR. A tal efecto se establecen medidas para analizar con carácter previo la existencia de riesgo de conflicto de interés. En la orden se fijan las bases de funcionamiento de una herramienta informática de *data mining* con sede en la Agencia Estatal

7. Esta herramienta cuenta con un manual elaborado por la Secretaría General de Fondos Europeos (SGFE). *Vid.* SCFE (2024).

de Administración Tributaria (AEAT), que ayuda a llevar a cabo el análisis del riesgo de conflicto de interés en la ejecución del PRTR: la plataforma MINERVA. Este sistema contribuye a detectar la existencia de posibles conflictos de intereses, cuando los instrumentos jurídicos utilizados para ejecutar fondos del plan consisten en contratos o subvenciones. Este sistema se completa con otras reglas que establece el art. 6 de la Orden 1030/2021, como son la obligación de que todas las entidades que participen en la ejecución del PRTR elaboren un “Plan de medidas antifraude”, y la obligación de suscribir una Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI) por parte de las personas que intervengan en la gestión de estos fondos.

Las disposiciones señaladas se complementan con otros instrumentos, fundamentalmente de carácter interpretativo, aprobados por el órgano de la AGE al que se le atribuido la coordinación de la ejecución del MRR, esto es, la Secretaría General de Fondos Europeos (SGFE) del Ministerio de Hacienda.

Aquí destacamos la Metodología de gestión de hitos y objetivos del PRTR, elaborada por el gabinete técnico de la SGFE, cuya última actualización se produjo el 6 de febrero de 2023. Esta guía desarrolla e interpreta las órdenes ministeriales que se han relacionado. Además de esta guía se destacan otros documentos de importancia en la gestión del plan:

- La Instrucción de 23 de diciembre de 2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del PRTR.
- Orientaciones para el Refuerzo de los mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, referidos en el art. 6 de la Orden 1030/2021, aprobadas por la SGFE el 24 de enero de 2022.
- Orientaciones en relación con la prevención de la doble financiación en el ámbito del PRTR, aprobadas por la SGFE el 6 de marzo de 2023.

También la SGFE ha publicado un manual del usuario CoFFEE-MRR y una guía práctica para la aplicación de la Orden 55/2023, que contiene precisiones para la utilización tanto del sistema CoFFEE como de MINERVA.

3

Aspectos generales sobre la gestión y el control de los fondos

3.1

La definición de proyectos y subproyectos dirigidos a lograr los hitos y objetivos asociados a cada reforma o inversión

El PRTR incorpora una agenda de inversiones y reformas estructurales en torno a cuatro ejes transversales, esto es, la transición ecológica y digital, la cohesión social y territorial y la igualdad de género. Estos cuatro ejes orientan diez políticas palancas, que contienen 31 componentes, que se dedican a distintos ámbitos de la economía. Estos componentes se desglosan en un total de 251 medidas, que se corresponden con reformas (111) e inversiones (140) conexas, donde el Gobierno de España se compromete a cumplir una serie de HyO.

Para hacer efectivo el cumplimiento de estos HyO se diseña un modelo de gestión orientado a resultados⁸, que se canaliza a través de la planificación de una serie de proyectos, que se definen como un conjunto de acciones, recursos y medios dirigidos a la consecución, en un plazo determinado, de la finalidad o los resultados para los que se determinan las medidas⁹.

Los proyectos pueden desagregarse en subproyectos, que son la descomposición de un proyecto que lleva asociada la transferencia de recursos económicos y el cumplimiento de HyO. Asimismo, los subproyectos pueden descomponerse en otros subproyectos en las mismas condiciones: que se produzca una transferencia de recursos económicos, así como de la responsabilidad en el cumplimiento de HyO previstos en el PRTR.

Con carácter general, todas las medidas del plan requerirán para su ejecución más de un proyecto que, a su vez, se subdividirá en múltiples subproyectos, especialmente cuando para la ejecución intervengan diversas Administraciones públicas, entre las que están las entidades locales.

En el plano de la gestión y del seguimiento del PRTR conviene destacar que dentro de un proyecto o un subproyecto caben varios niveles de descomposición. La actuación es el primer grado. Así, todo proyecto o subpro-

8. Castejón y Font (2021: 14).

9. Como ha señalado Pazos Vidal (2021: 58), hay que tener en cuenta que, a diferencia de otros fondos europeos preexistentes, donde la Unión Europea no se centra en los resultados sino en la realidad y corrección de los costes reembolsables a los Estados, el MRR dirige su regulación hacia la consecución de los hitos y objetivos contenidos en el plan de recuperación de cada país.

yecto debe descomponerse, al menos, en una actuación, salvo que se trate de proyectos o subproyectos de reducido alcance, poca complejidad y que no comporten la ejecución de gasto. Cuando se emplea un instrumento jurídico para transferir recursos económicos, se debe definir una actuación para su gestión y seguimiento. De hecho, cuando se utilizan instrumentos jurídicos de naturaleza distinta, por cada uno de ellos deberá darse de alta una actuación. La aplicación CoFFEE recoge en la actualidad hasta seis tipos de instrumentos jurídicos: contratos, encargos a medios propios, convenios, subvenciones, conferencias sectoriales y cualquier otra actuación que implique una transferencia de crédito no recogida en las modalidades anteriores.

El conjunto de actuaciones de un mismo proyecto o subproyecto puede agruparse opcionalmente en una fase. También de forma opcional, podrán dividirse los proyectos y subproyectos en un segundo nivel, en actividades; y en un tercer nivel, en tareas. Los tres niveles señalados —actuación, actividad y tarea— constituyen una línea de acción.

3.2

La planificación y el seguimiento de los proyectos y subproyectos

Para hacer un seguimiento desde una perspectiva teleológica, se configuran HyO, que se definen como metas a alcanzar en momentos determinados y que ayudan a verificar que los proyectos, subproyectos, medidas o líneas de acción logran los fines o resultados a los que se vinculaban. El grado de cumplimiento de estos HyO se mide a través de indicadores. Para la gestión y el seguimiento a nivel europeo, la CID establece un conjunto de HyO (HyO CID), que se corresponden con reformas (hitos) y con inversiones (objetivos).

Los indicadores relativos a los hitos tienen carácter cualitativo; los indicadores vinculados a los objetivos tienen naturaleza cuantitativa. Cada HyO CID se asocia a una única medida. En total se prevén 595 HyO CID, que se desglosan en 306 hitos y 289 objetivos.

La consecución de los HyO CID es crucial para la financiación del plan, pues las instituciones europeas solo realizan los desembolsos de los fondos del MRR tras acreditar el cumplimiento de los HyO previstos para cada tramo. Para monitorizar los HyO CID se establecen los HyO OA, que son *monitoring indicators*, incluidos en las disposiciones operativas u *operational arrangements*. Cada HyO OA se corresponde con un HyO CID, que, a su vez, se vincula a una única medida.

El siguiente cuadro recoge un ejemplo de la utilización de estos conceptos en el ámbito de medidas dirigidas al ámbito local:

Componente	Medida (reforma / inversión)	Hito / Objetivo	Nombre	Indicadores (cualitativos para hitos / cuantitativos para objetivos)	Tiempo
	Número de la medida				
C2: Implementación de la Agenda Urbana Española: Plan de rehabilitación de vivienda y regeneración urbana	C2.R1	Hito	Implementación de la Agenda Urbana Española	Cualitativo: aprobación y entrada en vigor de la norma que regula la Agencia Urbana	2020 (Q2)
	21				
	C2.I5	Objetivo	Programa de impulso a la rehabilitación de edificios públicos (PIREP)	Cuantitativo: rehabilitación de al menos 290.00 m ² de edificios públicos, con una reducción media de la demanda de energía primaria de al menos el 30 %.	2026 (Q4)
	36				

Para la gestión y el seguimiento a nivel interno se crean HyO de gestión. Cada proyecto, subproyecto o línea de acción tiene uno o más HyO de gestión. Estos HyO de gestión pueden ser de dos tipos: críticos o no críticos. Los HyO críticos son aquellos cuya consecución es imprescindible para el cumplimiento de los HyO CID. Lógicamente, cada HyO CID debe tener asignado, al menos, un HyO crítico, aunque será frecuente que tenga asignados varios, cuyo cumplimiento conjunto permitirá, a su vez, el logro del HyO CID. En el ejemplo que hemos puesto anteriormente, el objetivo CID son el número de metros cuadrados de edificios públicos rehabilitados con mejora de su eficiencia energética.

Los HyO no críticos son aquellos HyO de gestión de proyectos y subproyectos cuyo incumplimiento no supone el incumplimiento directo de un HyO CID. Estos HyO no críticos tienen tres funciones: la primera es prevenir o corregir posibles incumplimientos de HyO CID; la segunda es determinar el grado de cumplimiento de los indicadores OA, puesto que su consecución es el resultado directo de la medición de uno o varios indicadores de los HyO no críticos; finalmente, la tercera es permitir el seguimiento de acciones específicas contempladas en las medidas con coste asociado que no forman parte de los HyO CID.

El análisis de las medidas que contempla el plan revela, especialmente cuando se trata de inversiones, la necesidad de que intervengan un número muy amplio de Administraciones públicas.

En la inversión que hemos puesto como ejemplo anteriormente, entre otras, intervendrán todas las entidades locales que reciban fondos para mejorar la eficiencia energética de sus edificios, en los términos descritos. Así,

para el ámbito local, la AGE aprobó mediante la Orden TMA/178/2022, de 28 de febrero, una convocatoria de subvenciones para financiar obras y otras actuaciones dirigidas a la rehabilitación del parque público edificado de las entidades locales. Se trata de una convocatoria compleja, que exige presentar un proyecto de renovación que reúna los requisitos necesarios para que los metros cuadrados del edificio público objeto de renovación cumpla los parámetros de eficiencia energética descritos en la CID.

Las solicitudes formuladas por parte de las entidades locales que sean objeto de financiación darán lugar, cada una, a un subproyecto, cuyo órgano ejecutor será la propia entidad local. La ejecución de este proyecto por parte de la entidad local exigirá que registre en el CoFFEE-MRR todos los instrumentos jurídicos a través de los cuales la lleve a efecto. Dado que el instrumento jurídico para la creación del subproyecto ha sido el de la subvención, deberán cumplirse también todas las exigencias asociadas a este instrumento en el derecho interno. De este modo, con independencia de cómo se cumpla el objetivo atribuido a la entidad local, solo podrán ser objeto de subvención las partidas que específicamente se detallan en la convocatoria (gastos elegibles), salvo que se haya establecido un sistema de control distinto, que podría basarse en el cumplimiento de determinados objetivos. De hecho, el art. 30.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS) permite utilizar sistemas de justificación similares a los utilizados en el MRR, esto es, sistemas que pivotan sobre la consecución de un hito u objetivo, y no tanto sobre el establecimiento de una lista de gastos elegibles¹⁰. Con todo, la realidad de la ejecución del PRTR pone de manifiesto que, en la generalidad de los casos, se ha seguido empleando el sistema de gastos elegibles, que se complementa con la obligación de cumplir el objetivo CID asignado a entidad local en el contexto de la concesión de la subvención correspondiente.

3.3

Entidades que intervienen en la ejecución del plan: entidades decisoras y ejecutoras

La configuración del sistema de programación, gestión y seguimiento distingue entre los tipos de entidades: las decisoras y las entidades ejecutoras.

Las entidades decisoras son siempre los departamentos ministeriales de la AGE, que son los responsables de los componentes y de las medidas

10. Esta idea ha sido apuntada por Díez y Marco (2024).

que comprende cada uno, que son los distintos HyO. Un mismo componente puede desarrollarse por varias entidades decisoras, esto es, varios departamentos ministeriales. En suma, por cada componente hay una entidad decisoras y, a vez, también hay otra por cada medida, que siempre se atribuyen a los departamentos ministeriales. En cada entidad decisoras existirá un órgano responsable de las actuaciones que se requieran para la gestión y el seguimiento de las medidas y los componentes.

En concreto, deberá elaborar, firmar y tramitar el informe de gestión del componente o de la medida. En el supuesto del componente, el órgano responsable es la subsecretaría del departamento ministerial. En el caso de la medida, esto es, la concreta reforma o inversión, el órgano responsable será un órgano superior o directivo, en este último caso, con rango mínimo de Director General o asimilado (instrucción quinta.3 Resolución 1/2022).

En el seguimiento de las medidas, el órgano responsable se ocupará también de emitir los informes de previsiones y los certificados de cumplimiento de HyO CID y OA asociados a la medida.

En un plano inferior, las entidades ejecutoras se ocupan de la ejecución de proyectos y subproyectos bajo los criterios y directrices de las entidades decisoras. Son entidades ejecutoras de proyectos los departamentos ministeriales y las entidades de la Administración General del Estado.

Por otro lado, de acuerdo con el Anexo I de la Orden 1030/2021, el art. 3 de la Orden 1031/2021 y la instrucción tercera de la Resolución 1/2022, también pueden ser entidades ejecutoras de subproyectos: los departamentos ministeriales que aparezcan específicamente identificados como tales en la descripción de los componentes del PRTR; las entidades del sector público institucional vinculadas o dependientes de los ministerios que aparezcan también citadas en los componentes del PRTR; las consejerías de las comunidades autónomas o división análoga; las entidades locales que tengan asignado un subproyecto, esto es, cuando reciban fondos destinados a la realización de acciones del PRTR, independientemente de la naturaleza del instrumento jurídico empleado; y otros participantes del sector público.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, las entidades locales, con carácter general, intervendrán como entidades ejecutoras, en el marco de subproyectos que cuelgan directamente de proyectos gestionados por los departamentos ministeriales, o de subproyectos de los que son responsables otras Administraciones territoriales, fundamentalmente las comunidades autónomas.

En las entidades ejecutoras tanto de proyectos como de subproyectos, el órgano gestor es el responsable de elaborar, firmar y tramitar el informe de gestión del proyecto o del subproyecto. Asimismo, firmará los informes de

previsiones y los certificados de cumplimiento de HyO críticos y no críticos del proyecto o subproyecto. Y también se encargará de elaborar la planificación operativa y de suministrar información de previsión, seguimiento y cumplimiento del proyecto o subproyecto.

En el Anexo I de la Orden 1030/2021 se especifica cuál es el órgano gestor de la entidad ejecutora de proyectos o subproyectos en cada nivel territorial cuando exista coste asociado. La orden especifica quién tendrá la consideración de órgano gestor en los diferentes ámbitos de las Administraciones, señalando para el ámbito local que será “el Secretario, secretario accidental, funcionario interino o cargo que desempeñe dichas funciones análogas” (instrucción quinta.8 Resolución 1/2022). También se hace referencia a la determinación de quién tendrá la condición de órgano gestor cuando se trata de otras entidades públicas de carácter instrumental, señalando que lo será el cargo con funciones análogas a las de un Secretario de Administración local, esto es, quien tenga a su cargo velar por el cumplimiento de la legalidad de la actuación de la entidad.

Como puede verse, en la ejecución del plan de recuperación entre los órganos responsables de las entidades decisoras de las medidas —departamentos ministeriales— y los órganos gestores de las entidades ejecutoras de proyectos y subproyectos —donde, entre otras Administraciones, estarán las entidades locales—, no es necesario que exista dependencia jerárquica u orgánica. Ahora bien, el órgano gestor recibirá indicaciones del órgano responsable de la medida respecto a “cómo encajar el diseño del proyecto en la política pública referida en dicha medida” (instrucción quinta.5 Resolución 1/2022). Además, la designación de órganos responsables y gestores se realizará conforme al Manual del usuario CoFFEE-MRR, que determina que los titulares de estos órganos serán los responsables de los respectivos nodos (SGFE, 2024: 18-19). El nodo es simplemente el localizador o la referencia que identifica a cada uno de los elementos en los que se segmenta el PRTR, esto es, componentes, medidas, proyectos, subproyectos, subproyectos instrumentales y subproyectos dependientes de otros subproyectos. En consecuencia, por lo que respecta al ámbito local, cada subproyecto del que sea responsable una entidad local tendrá su propio nodo o código de identificación en la plataforma CoFFEE-MRR.

A los conceptos definidos en las órdenes ministeriales —entidad decisor (órgano responsable) y entidad ejecutora (órgano gestor)— se suma la noción de entidad instrumental, que aparece en la Resolución 1/2022 al referirse a las entidades del sector público que desarrollan actuaciones en colaboración con entidades ejecutoras del PRTR, tanto de proyectos como de subproyectos (instrucción cuarta).

La entidad instrumental se caracteriza como una entidad del sector público que lleva a cabo acciones previstas en el PRTR “bajo la responsabilidad y la dirección de la entidad ejecutora”. Su participación en el sistema de gestión de la Orden 1030/2021 se considera meramente instrumental.

Para ser entidad instrumental se exigen varios requisitos y se imponen distintas obligaciones (instrucción cuarta.3 Resolución 1/2022):

- a) Tener personalidad jurídica propia distinta de la de la entidad ejecutora.
- b) Comprometerse a realizar las acciones asignadas para ayudar a la entidad ejecutora y, en concreto, a cumplir los HyO asignados como parte de la Decisión CID, conforme a sus indicadores de seguimiento, en la forma y los plazos previstos “y bajo las directrices de la entidad ejecutora”.
- c) Facilitar a la entidad ejecutora la información de seguimiento que precise y, en especial, la necesaria para el sistema de información del CoFFEE-MRR.
- d) Cumplir con los principios transversales del MRR y con los principios de gestión del PRTR con el mismo nivel de exigencia que el requerido para las entidades ejecutoras, incluida la obligación de disponer de un plan de medidas antifraude y de exigir las declaraciones de ausencia de conflicto de interés (DACI) previstas en el Anexo IV Orden 1030/2021.

Además, se prevé que la entidad ejecutora podrá añadir requisitos ulteriores a estos. Todos ellos, tanto los requisitos y obligaciones previstos en la Resolución 1/2022 como los que pueda adicionar la entidad ejecutora, “deberán constar en el instrumento jurídico por el que se transfieran recursos económicos y obligaciones de cumplimiento a la entidad del sector público con participación instrumental en el PRTR” (apartado 4.4 de la Resolución 1/2022).

La utilización de entidades instrumentales, y por tanto la conformación de subproyectos instrumentales en el ámbito local, es perfectamente posible, lo cual sucederá, fundamentalmente, cuando se canalicen de entes que tengan la consideración de medios propios.

3.4

Obligaciones en el marco de la gestión de la plataforma CoFFEE-MRR

La Orden 1031/2021 regula el procedimiento, formato y periodicidad de la información de seguimiento del logro de HyO y de ejecución contable de los

gastos llevados a cabo en los proyectos, subproyectos o líneas de acción del PRTR (art. 1). Ese sistema de seguimiento se articula a través de la plataforma CoFFEE-MRR.

Los usuarios principales son las entidades decisoras, las entidades ejecutoras y las entidades instrumentales. En concreto, existe una figura clave, el responsable del nodo, que será: a) el titular del órgano responsable de la entidad decisora —en componentes y medidas—; y b) el titular del órgano gestor de cada entidad ejecutora —en proyectos y subproyectos—. Estos serán los responsables de los nodos en el sistema de información CoFFEE-MRR (SGFE, 2024: 19).

Así las cosas, la obligación de participar, como usuario, en la cumplimentación del CoFFEE-MRR es consecuencia directa de la atribución de la condición de entidad decisoras, entidad ejecutora o entidad instrumental.

Respecto a los informes de seguimiento de control de hitos y objetivos, existen a nivel de subproyecto tres tipos de informes que deberán elaborarse y registrarse en esta plataforma.

En primer lugar, están los informes mensuales de seguimiento, que se elaboran automáticamente por el CoFFEE a partir de la información que conste en la herramienta.

Seguidamente, en segundo lugar, están los informes de gestión semestrales, donde el órgano gestor del subproyecto debe acreditar el estado de ejecución del hito atribuido a hora de generar el subproyecto (objetivo CID y/o OA CID).

Finalmente, en tercer lugar, trimestralmente debe elaborarse un informe de previsión. En este informe se identifican los posibles riesgos de incumplimiento y las desviaciones respecto a la planificación, y se establecen, en cada caso, acciones preventivas o correctoras, al efecto de recoger las desviaciones y su corrección previstas para los nueve meses siguientes (SGFE, 2023: 6).

Una vez cumplido de forma completa el objetivo atribuido a la entidad en el subproyecto concreto, la plataforma CoFFEE genera de manera automática un certificado de cumplimiento, que debe acompañarse de un documento resumen justificando tal cumplimiento¹¹. Los pasos siguientes son ya ajenos al órgano ejecutor, pues pasa a la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) para ser objeto de control y auditoría. Dado que difícilmente un subproyecto gestionado por una entidad local

11. Documento DRC, tal y como lo denomina la SGFE (SGFE, 2023: 5). Se define así: "documento de síntesis en el que se justifica debidamente cómo se ha cumplido satisfactoriamente el hito u objetivo CID (incluidos todos los elementos constitutivos), con los enlaces adecuados a las pruebas subyacentes".

da cumplimiento a la totalidad de un concreto objetivo comprometido con la AGE en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, las fases siguientes que se prevén solo se darán cuando su cumplimiento sea total (lo cual será resultado de agregar los objetivos cumplidos por todos proyectos y subproyectos generados a tal efecto).

Llegados a este punto la SGFE, como autoridad responsable del plan, elaborará una declaración de gestión, que se presentará a la Comisión para formular una solicitud de pago dentro de los plazos establecidos en la CID.

3.5

Sistema de análisis de riesgo de conflictos de intereses: utilización de la plataforma MINERVA cuando los instrumentos jurídicos utilizados para la ejecución de un subproyecto son contratos o subvenciones

Entre los instrumentos que requiere el art. 22 del Reglamento del MRR para proteger los intereses financieros de la Unión Europea, está la necesidad de que exista un mecanismo para evitar los conflictos de intereses, que permita también determinar su existencia *ex ante*.

Con este fin, además de todo lo previsto en el art. 6 de la Orden 1030/2021, se ha establecido un procedimiento de análisis sistemático y automatizado del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el PRTR. Este procedimiento se apoya en una herramienta de *data mining* que gestiona la AEAT. La Orden 55/2023 regula el contenido mínimo de la DACI, describe el procedimiento de carga de información de la herramienta informática de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (MINERVA), la devolución de los resultados del análisis, y la concreción de los efectos de la identificación de existencia de una situación de riesgo de conflicto de interés, que se señala con una bandera roja.

El ámbito de aplicación objetivo de estas normas son los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y los procedimientos de concesión de subvenciones, siempre que estén vinculados a la ejecución del PRTR. El ámbito de aplicación subjetivo varía en atención a cada tipo de procedimiento. En los procedimientos de contratación, estarán vinculados por estas reglas los “decisores de la operación” (art. 3.1 Orden 55/2023), que serán: el órgano de contratación —en concreto, el titular del órgano, si es unipersonal, y los miembros del órgano, si es colegiado—; y el órgano de asistencia al órgano de contratación, normalmente la mesa de contratación (art. 326 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

—LCSP—), en las Administraciones públicas, o el órgano equivalente, en los entes del sector público que no sean Administración pública —serán decisores sus miembros—.

En los procedimientos de concesión de subvenciones, estarán sujetos a las obligaciones de la Orden 55/2023 los órganos competentes para la concesión y los miembros de los órganos colegiados de valoración de solicitudes en las fases de valoración de solicitudes y resolución de concesión (art. 3.1 b) Orden 55/2023). Las personas mencionadas, tanto en los procedimientos de contratación como en los de concesión de subvenciones, deben firmar electrónicamente las DACI respecto de los participantes en estos procedimientos, una vez que se conozcan (art. 3.2 Orden 55/2023).

Hay que destacar que la Orden 55/2023 establece la vinculación a sus reglas de estos órganos, con independencia de que la entidad a la que se adscriben se someta a las reglas de la LCSP o de la LGS. Esto significa que, por ejemplo, en el ámbito de contratos excluidos de la LCSP, como pueden ser los contratos patrimoniales, que se rigen por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, estarían también vinculados a estas reglas.

A diferencia de lo que sucede en el CoFFEE-MRR, el análisis del conflicto de interés debe llevarse a cabo respecto a los empleados que participen en los procedimientos de contratación o de concesión de subvenciones en el marco de cualquier actuación del PRTR, tanto si forman parte de una entidad ejecutora o una entidad instrumental como si no. Esto significa que las personas que puedan participar en estos procedimientos, bien participando en su tramitación directa, bien realizando tareas de consultoría o asesoramiento, deberán cumplir con las obligaciones establecidas en la Orden 55/2023.

Los requisitos descritos son aplicables a las entidades locales, en la medida en que sean responsables de subproyectos financiados con fondos del PRTR, y ejecuten estos fondos utilizando contratos y subvenciones. La información derivada de MINERVA se incorpora también a la plataforma CoFFEE-MRR, con el fin de acreditar que se han tomado medidas para evitar el conflicto de intereses.

4

La posición de las entidades locales en la gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

El PRTR, en cuanto a su diseño general, es obra del Gobierno de España y de su negociación con las instituciones europeas. En este ámbito las entidades

locales no han tenido un papel principal, al igual que otras Administraciones territoriales, todo ello sin perjuicio de su participación en esta fase a través de los diferentes foros y canales de consulta¹².

Con todo, la ejecución de los 31 componentes del plan y del conjunto de reformas e inversiones que se detallan exige la colaboración de todas las Administraciones públicas. Por lo tanto, la Administración General del Estado no es el único actor en este ámbito, si bien es verdad que tiene un papel prioritario, pues, a través de los diferentes departamentos ministeriales, actúa como entidad decisora en los tres primeros elementos de desagregación del PRTR, esto es, Componente, Medida y Proyecto.

El papel principal reservado para las entidades locales es la posibilidad de participar como entidades ejecutoras, asumiendo la responsabilidad de subproyectos. Estos subproyectos dependerán de un proyecto —cuya entidad decisora pertenece siempre a la AGE— o de un subproyecto, cuya gestión puede corresponder también a la AGE o a otra Administración territorial, generalmente a la comunidad autónoma en la que se integre la entidad local.

De la información que obra en la página web de la AGE del PRTR y de la FEMP, no se aprecia la posibilidad de desagregar el conjunto de subproyectos en los que intervienen las entidades locales en razón del instrumento jurídico utilizado para transferir recursos económicos y el compromiso de cumplimiento de los hitos y objetivos asociados a un concreto subproyecto.

Con todo, de un repaso general del último informe de seguimiento de la FEMP (FEMP, 2024) se aprecia que el instrumento jurídico utilizado, casi de forma exclusiva, ha sido la subvención.

En la mayoría de los casos se han realizado convocatorias de subvenciones que exigían la presentación de una solicitud y un proyecto determinado por parte de las entidades locales¹³. Desde esta perspectiva, la obtención de fondos del PRTR por parte de las entidades locales se caracteriza por su carácter voluntario.

La posibilidad de acceder a este tipo de fondos por parte de las entidades locales depende, por lo tanto, de contar con los medios personales y

12. Pagès y Ferrer (2024: 157) señalan que “resulta más criticable es la escasa relevancia que se da las entidades locales en la planificación de los fondos NG. Y es que, a pesar de que el grueso de las finalidades pretendidas por los Fondos NG inciden en competencias de las entidades locales, sus gobiernos se han visto reducidos a una mera administración indirecta del Estado, poniéndose así de manifiesto una tendencia exageradamente centralista”.

13. Pagès y Ferrer (2024: 154) destacan que “para solicitar los fondos NG se requiera elaborar por parte de los Ayuntamientos proyectos que puedan resultar elegibles pues las ayudas comunitarias no van dirigidas al global de infraestructuras, sino a las inversiones que cumplan los requisitos que se contemplen en cada fondo”.

materiales necesarios para concurrir a las múltiples convocatorias de subvenciones que financian actuaciones dirigidas a cumplir los HyO del PRTR.

Asimismo, la recepción de fondos del PRTR por parte de una entidad local que suponga tener la condición de entidad ejecutora requiere también tener la capacidad de cumplir todos los requisitos de la normativa aquí descrita, entre ellos el planificar y dar seguimiento a la ejecución a través de la herramienta CoFFEE-MRR. Correlativamente, cuando los instrumentos jurídicos utilizados por la entidad local para dar cumplimiento al subproyecto del que es responsable como entidad ejecutora consisten en contratos y subvenciones, debe realizar el control previo de conflicto de intereses a través de la plataforma MINERVA.

Dada esta situación, es evidente que el acceso a los fondos del MRR resulta complejo para muchas entidades locales, especialmente si carecen de los medios materiales y personales necesarios, tanto para presentarse a las convocatorias de subvenciones como para gestionar el subproyecto en caso de ser beneficiarias. Esto explica que la SGFE haya puesto en marcha un sistema de asistencia técnica, dirigido especialmente a las entidades locales de menos de cinco mil habitantes, que es realizado como medio propio por parte de la empresa pública Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A. (TRAGSATEC). Para ello la entidad local debe adherirse a un protocolo con esta entidad, que comprende la prestación de los siguientes servicios:

- dinamización de la participación en las diferentes convocatorias financiadas con fondos del PRTR;
- asistencia técnica en la participación, el seguimiento y la ejecución de subproyectos, incluyendo la utilización del sistema de información integrado CoFFEE-MRR;
- asistencia técnica en el cumplimiento de las obligaciones de gestión del PRTR.

Finalmente, merece la pena dar cuenta en este trabajo sobre la problemática surgida al hilo de la existencia de remanentes en el marco de las subvenciones dirigidas a financiar subproyectos de los que son responsables las entidades locales.

Las convocatorias de subvenciones existentes hasta la fecha se han articulado a través de un sistema de verificación en atención a la realización efectiva de un gasto, y siempre que este sea elegible. En este contexto, en aquellos casos en los que la entidad local haya logrado el objetivo CID asignado con el otorgamiento de la subvención, no le exonerará de la obligación de acreditar los gastos efectivamente realizados y su elegibilidad. Siendo esto así, es posible que se produzcan situaciones en las que, a pesar de haberse logrado el objetivo CID, la entidad local no haya empleado todos los

recursos públicos transferidos en el marco de la subvención. Cuando sucede lo anterior, la entidad local tendrá que reintegrar a la Administración concedente de la subvención (que será la AGE o una comunidad autónoma, según de quién dependa el subproyecto) el remanente o cantidad no gastada.

De acuerdo con el régimen general previsto en la LGS, el reintegro de este tipo de remanentes podría venir acompañado de la obligación de abonar los intereses de demora devengados por dicho monto desde la fecha en que se hubiera percibido la subvención. De hecho, así se ha venido produciendo, como pone de manifiesto los diversos informes de la FEMP sobre la ejecución en el ámbito local del MRR (FEMP, 2024: 309-310). La FEMP pone, entre otros ejemplos, los siguientes programas de subvenciones en el marco del MRR que han generado remanentes por haberse ejecutado la subvención por debajo de la cantidad concedida: ayudas para la rehabilitación de edificios de titularidad pública (PIREP local); ayudas para el impulso del comercio en zonas turísticas, zonas rurales y mercados sostenibles; y el programa de rehabilitación energética para edificios existentes en municipios de reto demográfico.

De acuerdo con lo expuesto, no parece razonable que se imponga a las entidades locales la obligación de pagar intereses cuando se producen remanentes en la gestión de la subvención, máxime cuando los objetivos CID asumidos en el marco de esta se han cumplido debidamente. Entre otras razones, esta consideración se justifica por el hecho de que el Gobierno de España no está obligado a acreditar ante las instituciones europeas los gastos realizados para recibir los distintos pagos, sino que solo debe demostrar que se han cumplido los hitos y objetivos de cada medida del PRTR.

Esta situación se ha resuelto en el marco de la normativa de subvenciones, exonerando de la obligación de pagar intereses cuando el coste de las actuaciones financiadas ha sido inferior al importe subvencionado, siempre que no concurra ninguna otra causa de reintegro de las previstas en la LGS. Así lo establece la disposición adicional duodécima del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía:

“Disposición adicional duodécima. Reintegro de subvenciones a favor de entidades locales y universidades públicas concedidas en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

1. Las subvenciones concedidas en el marco del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia a favor de entidades locales, entes locales supramunicipales que agrupen a varios municipios o agrupaciones de entidades locales, quedarán excluidas de la aplicación de los intereses

de demora previstos en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, a las cuantías a reintegrar como consecuencia de que el coste de las actuaciones financiadas haya sido inferior al importe subvencionado, siempre y cuando no concurren otras causas de reintegro. Esta disposición resultará de aplicación a todas las subvenciones concedidas en el marco del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia cuyo reintegro no se haya producido a la entrada en vigor, con independencia de su fecha de concesión”.

Esta disposición exime de la obligación de pagar intereses en los reintegros que se realicen en el futuro. Sin embargo, no tiene efectos retroactivos, por lo que las entidades locales que ya hayan efectuado reintegros con intereses no tendrán derecho a una devolución.

La situación descrita convierte a las entidades locales, en el marco del PRTR, en meras ejecutoras de subvenciones. El sistema interno actualmente vigente para nada prima la eficiencia de las entidades locales en la ejecución de las subvenciones recibidas, en la medida en que, a pesar de que cumplan los objetivos CID atribuidos, tendrán la obligación de reintegrar al Estado o a las comunidades autónomas los remanentes no gastados. Esta situación les coloca en una posición muy distinta a la que tiene el Estado frente a las instituciones europeas, toda vez que los desembolsos previstos en el PRTR se llevarán a efecto de forma completa si se acredita el cumplimiento de los HyO, incluso en aquellos casos en que los costes efectivamente soportados sean inferiores al monto previsto para cada desembolso.

Parece razonable que, en el plano interno, se hubiera hecho participe a las entidades locales de los remanentes que puede generar la ejecución eficiente de los fondos. Esta situación, sin duda, fortalecería la eficiencia en la ejecución de estos recursos, no solo en el ámbito local, sino también en la ejecución del PRTR en su conjunto.

5 Bibliografía

- Castejón González, J. y Font Miret, J. (2021). El sistema de gestión y control del MRR. *Revista Española de Control Externo*, 69, 10-25.
- Díez Sastre, S. y Marco Peñas, E. (2024). El Derecho del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: ¿Evolución del Derecho público a través de un nuevo *spending power*? *Revista Práctica de Derecho. CEFlegal*, 285, 41-78.

- FEMP. (2024). *Informe de seguimiento de los fondos Next Generation EU* (marzo 2024). Madrid: FEMP.
- Pagès i Galtés, J. y Ferrer Vidal, D. (2024). El gasto público local derivado de los fondos *Next Generation*. *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, 2, 150-167.
- Pazos Vidal, S. (2021). El Plan de Recuperación de la UE. Oportunidades para las Administraciones locales. *Anuario de Derecho Municipal*, 14, 49-87.
- SGFE (2023). *Metodología de gestión de hitos y objetivos del PRTR*. Madrid: SGFE.
– (2024). *Manual de Usuario CoFFEE-MRR*. Madrid: SGFE.
- TCU. (2024). *Informe de fiscalización de los planes antifraude aprobados por las entidades locales que participan en la ejecución de las medidas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Madrid: TCU.
- Velasco Caballero, F. (2021). Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos *Next Generation EU* a las entidades locales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, 16, 33-52.

El papel de las diputaciones provinciales ante los fondos *Next Generation EU*

MARIA LURIA ROIG
*Responsable de la Unidad Next Diba.
Diputación de Barcelona*

- 1. La participación de los Gobiernos locales en la captación y gestión de fondos *Next Generation EU***
 - 1.1. Arquitectura de gestión y gobernanza multinivel
 - 1.2. Manifestaciones de interés y convocatorias de subvención
 - 1.3. El rol de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional
- 2. Las diputaciones provinciales como agentes facilitadores y de oportunidad**
 - 2.1. Competencias de las diputaciones provinciales y fondos *Next Generation EU*
 - 2.2. Oportunidades para los Gobiernos locales intermedios
 - 2.3. Los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia en las diputaciones provinciales: evidencias de una encuesta
- 3. Lecciones aprendidas y oportunidades**
- 4. Bibliografía**

Resumen

Los fondos *Next Generation EU* han brindado una oportunidad única para el desarrollo local en España. Este estudio analiza cuál ha sido el papel de los entes locales y, en particular, de las diputaciones provinciales en la captación y gestión de estos fondos desde la aprobación del Plan de Recuperación. Se examinan la arquitectura de gestión y la gobernanza multinivel prevista, los mecanismos de participación impulsados en la práctica, así como los principales ámbitos de inversión y su alineamiento con las competencias de este nivel de gobierno. Para ello, el estudio también se apoya en los resultados de una encuesta realizada al conjunto de diputaciones provinciales. Su rol como agentes facilitadores para contribuir a la captación de recursos en sus territorios de referencia es palpable. Sin embargo, se ha perdido la oportunidad de impulsar a las diputaciones provinciales

Artículo recibido el 14/09/2024; aceptado el 01/10/2024.

como gestoras directas de proyectos de ámbito supramunicipal. Ello nos invita a tener en cuenta las lecciones aprendidas de cara al diseño de una futura arquitectura de fondos europeos que otorgue a las diputaciones provinciales un mayor protagonismo en la coordinación, el diseño y la gestión de este tipo de ayudas.

Palabras clave: *Next Generation EU; Gobiernos locales; Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; diputaciones provinciales; fondos europeos.*

The role of intermediate local governments in the NextGeneration EU funds

Abstract

The NextGenerationEU funds present a unique opportunity for fostering local development in Spain. This article explores the involvement of local entities, particularly provincial councils, in acquiring and managing these funds following the approval of the Recovery Plan. It examines the multi-level governance structure, participation mechanisms, key investment areas, and how these align with the responsibilities of intermediate local governments. Additionally, the article draws on data from an original survey conducted among intermediate local governments, highlighting their significant role in facilitating resource allocation for their territories. Despite this, the potential to position intermediate local governments as direct managers of supra-municipal projects has been overlooked. This emphasizes the need to learn from these experiences and design a future framework for European funds that grants intermediate local governments a more prominent role in coordinating, designing, and managing such resources.

Keywords: NextGenerationEU; intermediate local governments; Recovery, Transformation and Resilience Plan; European funds.

1

La participación de los Gobiernos locales en la captación y gestión de fondos *Next Generation EU*

El instrumento *Next Generation EU* (en adelante NGEU) nace en un contexto excepcional: la crisis provocada por la pandemia de COVID-19 en 2020.

Ante la grave situación económica y social que afrontaba la Unión Europea (en adelante UE) era necesario impulsar un plan de recuperación extraordinario a la altura del desafío.

Así, el NGEU ha resultado ser el mayor paquete de estímulo económico de la historia de la UE, el cual fue aprobado por el Consejo Europeo en julio de 2020. Se concibió como un plan de recuperación integral, con un presupuesto total de 750 000 millones de euros, centrado en apoyar a los Estados miembros en aquellas inversiones y reformas necesarias para lograr una recuperación sostenible y resiliente. Sus pilares fundamentales fueron dos: por un lado, reparar el daño económico y social causado por la pandemia, lo cual implicaba proporcionar apoyo inmediato a las empresas y a los trabajadores más afectados por la crisis, así como invertir en atención sanitaria y otros servicios esenciales; y, por otro lado, preparar a las economías europeas para el futuro a través del impulso de la transición ecológica y digital, reforzando la competitividad y la resiliencia de la UE a largo plazo.

Para alcanzar dicha recuperación, los fondos NGEU se basaron en una combinación de varios instrumentos, entre los cuales destacan:

- a) El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (en adelante MRR): este mecanismo central es el que proporciona las principales subvenciones y préstamos a los Estados miembros para financiar reformas e inversiones.
- b) El Instrumento de Ayuda a la Recuperación y la Resiliencia (REACT-EU): este paquete complementario adicional brindó apoyo inmediato en 2021 y 2022 para abordar las consecuencias más urgentes de la crisis, especialmente en el ámbito sanitario y educativo.
- c) Otros programas de la UE existentes, como la política agrícola común y los fondos estructurales.

La distribución de los fondos NGEU entre los Estados miembros se basó en un método que consideró varios factores, entre ellos el impacto económico de la pandemia en términos de contracción del PIB y el desempleo, la capacidad de absorción según la calidad de la Administración pública de cada Estado miembro y su experiencia en la gestión de fondos, así como en base al compromiso de los países con las reformas e inversiones a impulsar.

De acuerdo con estos criterios, además de otros indicadores de tipo socioeconómico, España junto con Italia fueron los principales beneficiarios. Concretamente, la asignación total prevista para España fue de 163 000 millones de euros, de los cuales 140 000 millones de euros corresponden al MRR, 12 000 millones de euros al instrumento del REACT-EU, y 36 700 millones de euros a los fondos estructurales para el marco financiero 2021-2027.

A pesar de la existencia de este conjunto de instrumentos de financiación principales, el presente capítulo se centra en analizar cuál ha sido el rol que han tenido los Gobiernos locales, y concretamente las diputaciones provinciales españolas, en las distintas fases de desarrollo del MRR.

1.1 Arquitectura de gestión y gobernanza multinivel

Para que un Estado miembro recibiera la contribución financiera de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento del MRR¹ tenía que presentar a la Comisión un plan de recuperación y resiliencia nacional, que incluyera aquellas reformas e inversiones alineadas con los retos y prioridades de cada país y compartidas en el marco del Semestre Europeo, a la vez que con las principales prioridades europeas, especialmente en el ámbito de la Transición justa y de los programas operativos dentro de los fondos de la Unión².

Asimismo, a pesar del enfoque eminente de país, el Reglamento del MRR establece en su considerando 34 la necesidad de consultar y de contar con la participación de las autoridades regionales y locales a lo largo de todo el proceso de conformidad con el marco jurídico nacional de aplicación. Se trata de una referencia aislada a pesar de que, durante la elaboración del Reglamento del MRR, el Comité Europeo de las Regiones propuso numerosas enmiendas orientadas a incluir a los entes regionales y locales en el proceso de diseño de prioridades y de monitorización de los fondos. Apelaba a los principios de asociación y subsidiariedad, así como al impacto directo de las reformas e inversiones previstas en las competencias definidas a nivel nacional para estos entes³.

Con el fin de poder acometer la elaboración y posterior ejecución del plan de recuperación y resiliencia español, el 31 de diciembre de 2020 se publicó en el BOE el *Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (en adelante PRTR). Es en el Capítulo II del Título III de dicha disposición normativa donde se prevén varias estructuras de gobernanza, articuladas principalmente a través de órganos de la Administración General del Estado. Más allá de las encargadas de la dirección, del segui-

1. Véase el artículo 18 del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

2. Véase art. 17, *op. cit.*

3. Díez Sastre (2021).

miento y del control del PRTR, la única estructura que de forma indirecta permite canalizar los intereses del mundo local es la Conferencia Sectorial del PRTR. Dicha estructura se crea como órgano de cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas para encauzar adecuadamente la participación de estas en la implementación de los proyectos del PRTR. La participación de las entidades locales queda relegada a un segundo plano, pues únicamente se prevé la posibilidad de convocar a sus reuniones a los representantes de la Administración local que sean designados por la Federación Española de Municipios y Provincias, como asociación de entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación.

En este sentido, en sesión constitutiva de 21 de enero de 2021⁴, la Conferencia Sectorial del PRTR acordó incluir a un representante de la FEMP, a su presidente, con voz y voto. Dicha conferencia se ha convocado dos veces más, el 19 de abril de 2021⁵ y el 2 de agosto de 2021⁶; un período en el que el PRTR ya estaba definido y durante el cual fue aprobado por las instancias europeas correspondientes, pero todavía no se había empezado a implementar. Así pues, a nivel formal los Gobiernos locales quedaron al margen de las nuevas estructuras creadas. Su única participación, circunscrita a la Conferencia Sectorial del PRTR, fue marginal debido a la escasa frecuencia de las reuniones y a la falta de una representación directa con capacidad de influencia evidente.

A este respecto, varios autores coinciden en señalar la escasa participación de los Gobiernos locales durante el proceso de formulación del PRTR, a pesar de la centralidad que ocupaban en ámbitos de inversión clave, como la Agenda Urbana Española, la movilidad sostenible, la vivienda, o las infraestructuras y los servicios básicos, por poner algunos ejemplos⁷.

Cierto es que, además de las estructuras previstas por el Real Decreto-ley 36/2020, el Estado asigna parte de los recursos del PRTR a las comunidades autónomas y a las entidades locales mediante la distribución aprobada en las diferentes conferencias sectoriales, las cuales son en la práctica el principal eje de participación territorial. En estas es también la FEMP quien acude en representación del sector público local. Sin embargo, la cuestión es si el funcionamiento interno de dichas conferencias está realmente salvaguardando las competencias autonómicas y locales, y si estas tienen la capacidad de negociar en igualdad de condiciones, cuando en muchos casos dependen del voto favorable del Estado para la adopción de acuerdos⁸.

4. Ministerio de Hacienda (2021a).

5. Ministerio de Hacienda (2021b).

6. Ministerio de Hacienda y Función Pública (2021).

7. Colás Tenas (2021: 43); Galán Galán (2021: 105); Fernández de Losada (2023: 21).

8. Díez Sastre (2021).

Así las cosas, el 27 de abril de 2021 el Consejo de Ministros de España aprobó su Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, también conocido como “Plan España Puede”, el cual fue aprobado el 16 de junio por la Comisión Europea y pocos días después por el Consejo Europeo. Una vez aprobado, y a pesar de la escasa participación del mundo local en la fase de diseño, el Plan fue visto como una oportunidad única para impulsar proyectos transformadores de ámbito local que permitieran modernizar sus servicios, mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos y abordar los desafíos de la transición ecológica, la cohesión social y la transformación digital. Los fondos europeos asociados al PRTR se consideraron un catalizador para acelerar la implementación de iniciativas que, de otra manera, habrían sido difíciles de llevar a cabo o se hubieran dilatado en el tiempo. Las inversiones previstas eran realmente favorables para los Gobiernos locales.

En este contexto, surgieron varias iniciativas orientadas a reencauzar la ausencia del mundo local en el desarrollo del PRTR hasta entonces. Se trataba de acciones en las que, de forma paralela a las estructuras formales, los Gobiernos locales se autoorganizaron para reivindicar un mayor protagonismo en esta fase de ejecución del PRTR. La ausencia de un marco de gobernanza real y efectivo en la fase previa de preparación del Plan precipitó este tipo de iniciativas.

Con un enfoque más integral, a mediados de 2020 surgió el movimiento #DipuPower⁹. Este movimiento, impulsado por personal de múltiples diputaciones, cabildos y consejos insulares, busca visibilizar y potenciar el papel de estas instituciones. Organizados en grupos de trabajo, como el dedicado a los fondos NGEU, comparten experiencias y buscan soluciones conjuntas para fortalecer la acción de estos Gobiernos locales.

Asimismo, en el ámbito concreto de los fondos NGEU, cabe destacar el Manifiesto de posicionamiento de los Gobiernos locales intermedios en el despliegue de los fondos *Next Generation EU*, liderado por la Diputación de Barcelona, y firmado por las asociaciones nacionales de Gobiernos locales intermedios de Europa miembros de la Confederación Europea de Autoridades Locales Intermedias (CEPLI), en junio de 2021. Dicha iniciativa pretendía visibilizar la importancia de las entidades supramunicipales a la hora de absorber y desplegar los fondos, reclamando una dotación de recursos suficiente para llevar a cabo las transformaciones necesarias a nivel local, así como mecanismos efectivos y permanentes de diálogo para poder incidir en la planificación, la ejecución y el seguimiento de los respectivos planes de recuperación. Dicho manifiesto se envió a varias instancias europeas, en-

9. Para más información consulte la página web: <https://www.dipupower.org/>.

tre las cuales cabe destacar la Comisión Europea, el Comité de las Regiones, o la Representación Permanente de España ante la UE.

Por otro lado, en marzo de 2021, la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) aprobó por unanimidad la “Declaración institucional de la FEMP sobre la participación de los Gobiernos locales en la reconstrucción económica de España”, la cual reclamaba una distribución de los fondos suficiente y garantizada para el conjunto de Administraciones locales españolas. En este sentido, fueron varias las asociaciones de entidades locales españolas que expresaron su apoyo a dicha declaración.

Finalmente, mucho más reciente ha sido la firma del convenio marco entre las cuatro diputaciones catalanas y la Generalitat de Cataluña, en julio de 2024, para mejorar la gestión de los fondos NGEU en el ámbito local. El acuerdo busca optimizar la absorción de estos fondos a través de un espacio de intercambio de información y análisis. Las diputaciones analizarán las dificultades y propondrán mejoras, mientras que la Generalitat proporcionará datos y apoyo técnico. Aunque llega tarde, esta iniciativa, si resulta exitosa, podría sentar un precedente para futuras colaboraciones intergubernamentales en el ámbito de los fondos europeos.

1.2

Manifestaciones de interés y convocatorias de subvención

El considerando 34 del Reglamento del MRR reconoce la importancia de las autoridades regionales y locales como socios relevantes. A este respecto, a pesar de la escasa participación de los Gobiernos locales en la fase de diseño del PRTR, su protagonismo en el despliegue de este ha ido en aumento de forma progresiva. En una primera fase, mediante las manifestaciones de interés (MDI) y otras consultas públicas, estos han influido en el contenido de algunas de las convocatorias de subvención que se iban a publicar posteriormente, aunque han sido pocas las ocasiones que han tenido para hacerlo.

Las MDI son un mecanismo de consulta impulsado por los distintos ministerios para recoger posibles ámbitos de actuación con el objetivo de lograr que las inversiones y ayudas del PRTR se adecuen a las necesidades de las empresas, de los actores sociales, de la Administración pública y de la ciudadanía en general. El instrumento de las MDI es una herramienta novedosa en España, aunque frecuentemente utilizada por la Comisión Europea. Cabe destacar que, de las más de 30 MDI impulsadas, 4 de ellas iban especialmente dirigidas a las comunidades autónomas y las entidades locales, puesto que versaban sobre políticas estrechamente vinculadas con

sus competencias: zonas de bajas emisiones y apoyo al transporte público, impulso para la rehabilitación de edificios públicos, programa de rehabilitación para la recuperación económica y social de entornos residenciales, y digitalización de las AP regionales y locales. Para los Gobiernos locales dicho sistema de consulta ha resultado ser, quizá, el más efectivo a la hora de incidir y orientar las bases reguladoras y posteriores convocatorias de subvención hacia aquellos ámbitos con proyectos más avanzados y con una mayor probabilidad de éxito, optimizando así la asignación de recursos y acelerando la materialización de iniciativas concretas.

Además de las MDI, también cabe destacar la consulta pública que lanzó el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico en junio de 2023 sobre las bases reguladoras de la segunda convocatoria de subvenciones dentro del PERTE de digitalización del ciclo urbano del agua. Las aportaciones formuladas por la Diputación Provincial de Barcelona durante el proceso de consulta fueron mayoritariamente aceptadas y tuvieron su traslación al texto normativo definitivo.

En una segunda fase, se ha demostrado cómo los Gobiernos locales han jugado un papel clave en la absorción de recursos, llegando a captar más del 30 % del total según datos publicados por el Ministerio de Economía, Comercio y Empresa en diciembre de 2023¹⁰. Los principales instrumentos que han tenido a su alcance para lograr dicha absorción han sido mayoritariamente las convocatorias de subvención por concurrencia competitiva, y en menor medida los convenios de colaboración.

Hasta el primer semestre de 2024, se han publicado más de 70 convocatorias de subvención, tanto a nivel estatal como autonómico, de interés para el mundo local. Mas de 8000 Gobiernos locales se han beneficiado de estas subvenciones, entre las cuales cabe destacar las relativas al impulso de planes de acción de la Agenda Urbana Española, la rehabilitación de edificios públicos y, a nivel de barrio, la implantación de zonas de bajas emisiones y la transformación digital y sostenible del transporte urbano, el apoyo a mercados y a la actividad comercial, la transformación digital de la Administración local o la recogida selectiva de residuos.

En este contexto, las entidades locales han accedido a las ayudas a través de convocatorias dirigidas al conjunto de los Gobiernos locales, especialmente a los de primer nivel, sin distinción. Así, han sido unas pocas las convocatorias específicamente destinadas a las grandes ciudades, a los municipios de reto demográfico de forma específica, o según otras especificidades. Ello ha puesto de manifiesto cómo las convocatorias del PRTR

10. Vicepresidencia Primera y Ministerio de Economía, Comercio y Empresa (2023).

han considerado a los Gobiernos locales como un actor único y monolítico, obviando sus particularidades y contextos concretos.

1.3

El rol de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional

La Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y la Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información a proporcionar por las Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, constituyen la normativa de aplicación general que regula los procedimientos y la estructura de ejecución del PRTR.

A nivel local, dicha ejecución se realiza mediante los denominados subproyectos, los cuales conllevan la asignación de unos recursos económicos hacia las entidades locales encargadas de llevarlos a cabo. De este modo, serán consideradas entidades ejecutoras del PRTR todas las entidades locales contempladas en el artículo 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que tengan asignado un subproyecto.

Como se ha detallado en el subapartado anterior, las subvenciones han resultado ser el principal instrumento jurídico a través del cual se transfieren estos recursos, y están condicionadas al cumplimiento de una serie de hitos y objetivos¹¹, bajo los criterios y directrices de las entidades decisoras, que son los ministerios¹².

Las órdenes ministeriales anteriormente citadas atribuyen a los “órganos gestores” a nivel de subproyecto, y encuadrados en la entidad ejecutora correspondiente, la responsabilidad de firma y tramitación de los certificados e informes que acrediten el avance del subproyecto en cuanto a los principios transversales de gestión, entre los cuales se encuentra el cumplimiento de los hitos y objetivos. Y a efectos operativos se asimila al órgano gestor el secreta-

11. Cabe decir que la introducción de hitos y objetivos en la gestión de fondos europeos marca un giro radical hacia una gestión orientada a resultados. Se abandona así un modelo centrado en la justificación *a posteriori* del gasto realizado, hacia otro nuevo que prioriza la consecución de objetivos e hitos medibles dentro de un plazo definido.

12. Dichos hitos y objetivos fueron aprobados en la Decisión de Ejecución del Consejo (CID) el 13 de julio de 2021. Con posterioridad, algunos de los hitos y objetivos han sido modificados con la adenda al PTRT aprobada por la Comisión Europea el 2 de octubre de 2023.

rio, secretario accidental, funcionario interino o cargo que desempeñe dichas funciones análogas, conforme a lo establecido en el *Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional*. Este cargo certifica el resultado del subproyecto mediante la firma de los certificados e informes correspondientes, conforme a la documentación administrativa, contable y de cualquier otra naturaleza facilitada por las concejalías¹³.

Por lo tanto, el procedimiento de gestión y rendición de cuentas relativo al nivel de avance del subproyecto atribuye a la figura de la secretaria un rol protagonista y nuevo con respecto a las funciones que había desempeñado hasta la fecha en el ámbito de la gestión de fondos europeos. Sin embargo, tanto a nivel sustantivo como operativo, la designación de la secretaria como órgano gestor de los subproyectos de la entidad local suscita ciertos interrogantes en cuanto a si resulta adecuado de acuerdo con sus funciones legalmente atribuidas.

A nivel sustantivo, el alcance de los informes y certificados previstos en el esquema de gestión del PRTR excede las funciones previstas en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 128/2018. Asimismo, desde un punto de vista operativo, en la práctica se le ha atribuido un volumen de trámites muy elevado, más allá de la firma de informes. También es responsable de dar de alta a los usuarios de cada subproyecto en CoFFEE (plataforma de gestión de los fondos NGEU) y al responsable del órgano de contratación para cada contrato, así como de la validación de las distintas etapas de avance de un subproyecto (definición, planificación, ejecución y seguimiento del proyecto/subproyecto), entre otros.

De este modo, y ante la inoperancia de este esquema de gestión, varias entidades locales han diseñado sus propias estrategias para poder encauzar el desarrollo de estas tareas. Dichas organizaciones han entendido que las funciones previstas en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, son delegables de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Y que también lo son las funciones que se atribuyen a la secretaria general como órgano gestor en el marco del PRTR, de acuerdo con la Orden HFP 1030/2021, de 29 de septiembre, puesto que no se refieren a ninguna de las competencias indelegables previstas en el artículo 9.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Del mismo modo, cabría tener en cuenta que la Orden HFP 1030/2021, de 29 de septiembre, no es una norma con rango de ley.

13. Léase la Resolución 1/2022, de 12 de abril, de la Secretaría General de Fondos Europeos, por la que se establecen instrucciones a fin de clarificar la condición de entidad ejecutora, la designación de órganos responsables de medidas y órganos gestores de proyectos y subproyectos, en el marco del sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Por todo ello, el esquema de gestión previsto para el nivel local, cuya supervisión recae esencialmente en la secretaría, es susceptible de ser revisado de cara a los programas de financiación europeos futuros.

2

Las diputaciones provinciales como agentes facilitadores y de oportunidad

En el punto anterior se ha explorado cuál ha sido la participación de los Gobiernos locales en el diseño y la implementación del PRTR. Así, se ha observado cómo, en la fase de definición, las entidades locales no estuvieron presentes en las estructuras de gobernanza diseñadas a tal efecto, de modo que poco pudieron influir a la hora de configurar el PRTR.

Sin embargo, a pesar de no haber participado en esta fase inicial, gran parte de las inversiones propuestas hacían referencia a competencias locales. Así, a medida que avanzaba la implementación del Plan, los Gobiernos locales fueron adquiriendo un papel más relevante, primero con la participación en varias MDI y después demostrando una gran capacidad de absorción de recursos provenientes del MRR, a través de las convocatorias de subvención. Sin embargo, este protagonismo no fue igual para todas las entidades locales. Las posibilidades de captación de recursos para Administraciones supramunicipales como las diputaciones provinciales fueron más limitadas.

No obstante, si bien las diputaciones provinciales no han podido acceder directamente a todas las convocatorias de subvenciones dirigidas al mundo local, han desempeñado un papel fundamental en el acompañamiento y asesoramiento a las Administraciones locales de primer nivel, principalmente a los ayuntamientos. De esta manera, aunque no siempre han sido agentes captadores directos, han contribuido de forma clara a optimizar la llegada de estos recursos a los territorios y a garantizar que se inviertan en proyectos para el desarrollo local.

2.1

Competencias de las diputaciones provinciales y fondos *Next Generation EU*

Los fines propios y específicos de la provincia, entidad local determinada por la agrupación de municipios cuyo gobierno y administración corresponde a la diputación provincial u otra corporación de carácter representativo, se

establecen en el artículo 31 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), sin padecer modificaciones desde su redacción originaria. Dichos objetivos son garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales en el marco de la política económica y social y, en particular, asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal, así como participar en la coordinación de la Administración local con la de la comunidad autónoma y la del Estado.

De este precepto se deduce la posición institucional que corresponde a las diputaciones provinciales como Gobierno local intermedio entre el municipio y las Administraciones estatal y autonómica, orientada a garantizar los servicios municipales. Este fin constituye el núcleo esencial de sus funciones y competencias.

El artículo 36.1 de la LBRL diferencia dos tipos de competencias propias: las que determina el propio precepto y las que con tal carácter atribuyan las leyes del Estado y de las comunidades autónomas a los diferentes sectores de la acción pública. De entre todas ellas, destaca su función de coordinación, y de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los ayuntamientos, especialmente a aquellos de menor tamaño o con menos recursos. Se trata de una competencia general que, de hecho, se proyecta sobre cualquier competencia o servicio¹⁴.

En esta misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene a corroborar la función más distintiva de las diputaciones provinciales previamente apuntada, la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica con los municipios. Un ejemplo es la reciente Sentencia 124/2023, de 26 de septiembre¹⁵. A pesar de no estar exenta de polémica¹⁶, puesto que dicha sentencia concluye que la mayoría de los preceptos impugnados de la Ley 5/2021 son constitucionales¹⁷, reafirma que las diputaciones provinciales tienen un papel crucial en la asistencia y cooperación con los municipios, lo que es esencial para el funcionamiento eficiente de las entidades locales.

Ello las convierte en actores clave a la hora de facilitar la absorción y gestión de los fondos procedentes del MRR en el ámbito local y, especialmente, a nivel municipal. Su conocimiento del territorio, su experiencia en la gestión de proyectos y su capacidad para coordinar a múltiples actores, les permiten asesorar a los ayuntamientos a la hora de identificar las oportunidades de financiación, diseñar proyectos que cumplan con los requisitos de

14. Carbonell Porras (2023: 21-23).

15. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-22419>.

16. Léase Zafra Víctor (2023).

17. Cofrades Aquilué (2024).

las convocatorias, así como facilitar la ejecución de las ayudas recibidas de acuerdo con unos criterios de gestión novedosos y complejos, que requieren de estructuras especializadas.

2.2

Oportunidades para los Gobiernos locales intermedios

Como ya se ha comentado anteriormente, la implementación del PRTR ha evidenciado una creciente participación de los Gobiernos locales. A pesar de su escasa presencia en la fase inicial de diseño, las entidades locales han logrado involucrarse de manera más activa en su ejecución. A través de las diversas convocatorias de subvenciones, los ayuntamientos y diputaciones han tenido la oportunidad de presentar proyectos y acceder a estos fondos, lo que ha permitido fortalecer su papel en la implementación de las reformas y las inversiones previstas en el PRTR.

De este modo, en el ecuador de ejecución de los fondos del MRR, es evidente que desde la mayoría de las diputaciones provinciales se ha apostado por maximizar la captación de estos fondos en los territorios de referencia mediante la concurrencia a todas aquellas convocatorias de subvención compatibles con su marco competencial y acción de gobierno.

No obstante, las diputaciones provinciales han visto limitado su acceso a los fondos del PRTR en comparación con los ayuntamientos. Por un lado, las convocatorias han estado diseñadas mayoritariamente para proyectos de ámbito municipal, restringiendo así las posibilidades de las diputaciones para financiar iniciativas que abarquen un territorio más amplio y heterogéneo. Asimismo, en pocas ocasiones se han previsto fórmulas para que las diputaciones pudieran ejecutar proyectos por cuenta de los ayuntamientos. Por otro lado, también han tenido escasas oportunidades para presentar proyectos propios en el marco de sus competencias. Ello ha generado la necesidad de reforzar su actuación como entidades intermediarias en la gestión de los fondos destinados a los municipios.

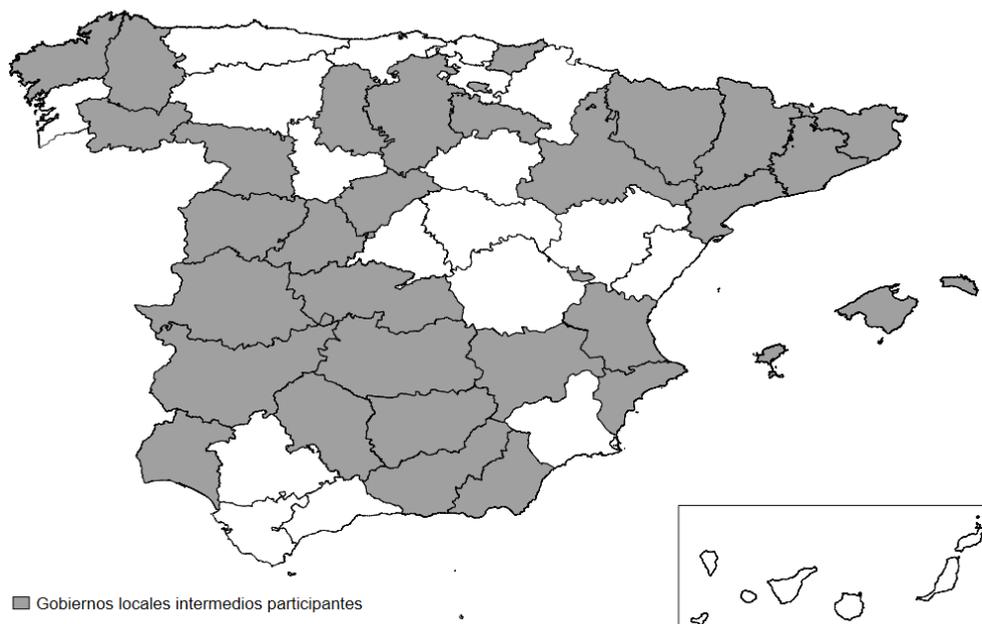
2.3

Los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia en las diputaciones provinciales: evidencias de una encuesta

Para el desarrollo del presente trabajo, entre abril y junio de 2024 se llevó a cabo una encuesta en línea dirigida a los responsables de fondos europeos

o figuras análogas dentro de las organizaciones, con el objetivo de poder conocer empíricamente cuál ha sido el papel de las diputaciones provinciales españolas en la captación y gestión de los fondos procedentes del MRR¹⁸. Se diseñó un cuestionario que fue enviado al conjunto de diputaciones provinciales españolas y demás Administraciones públicas que asumen sus competencias, obteniendo, tal como se puede observar en el mapa 1, un índice de respuesta del 75,6 % (31 respuestas)¹⁹.

Mapa 1. Administraciones públicas participantes



Fuente: Elaboración propia, a partir de las respuestas al cuestionario.

Las preguntas abordaban cuatro ejes principales orientados a conocer: a) las estructuras organizativas previstas para coordinar la captación y gestión de estos fondos; b) los proyectos propios de las diputaciones financiados con estas ayudas; c) los servicios de apoyo que las diputaciones han puesto a disposición de los ayuntamientos; y, finalmente, d) las principales percepciones de este nivel de gobierno supramunicipal acerca de los obs-

¹⁸. Es importante tener en cuenta que las respuestas que aquí se facilitan hacen referencia a un período en el cual la ejecución de los fondos NGEU todavía no ha finalizado.

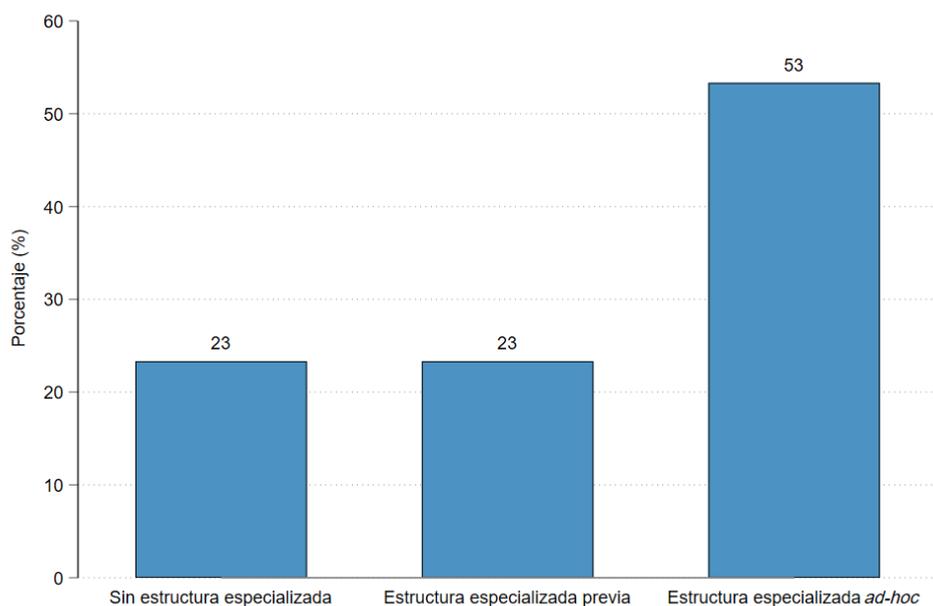
¹⁹. Existen 41 diputaciones provinciales en España. De ellas, 38 son de régimen común y 3 de régimen foral. Las comunidades autónomas uniprovinciales y, en las islas, los cabildos insulares canarios y consejos insulares de las Islas Baleares, asumen las competencias de las diputaciones provinciales.

táculos, los mecanismos de coordinación y la financiación del MRR prevista para las entidades locales.

A) ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS

Según los resultados de la encuesta, la tipología de estructuras organizativas previstas por parte de las diputaciones a la hora de coordinar la captación y gestión de fondos del MRR ha sido bastante heterogénea.

Gráfico 1. Tipología de estructuras



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos de la encuesta.

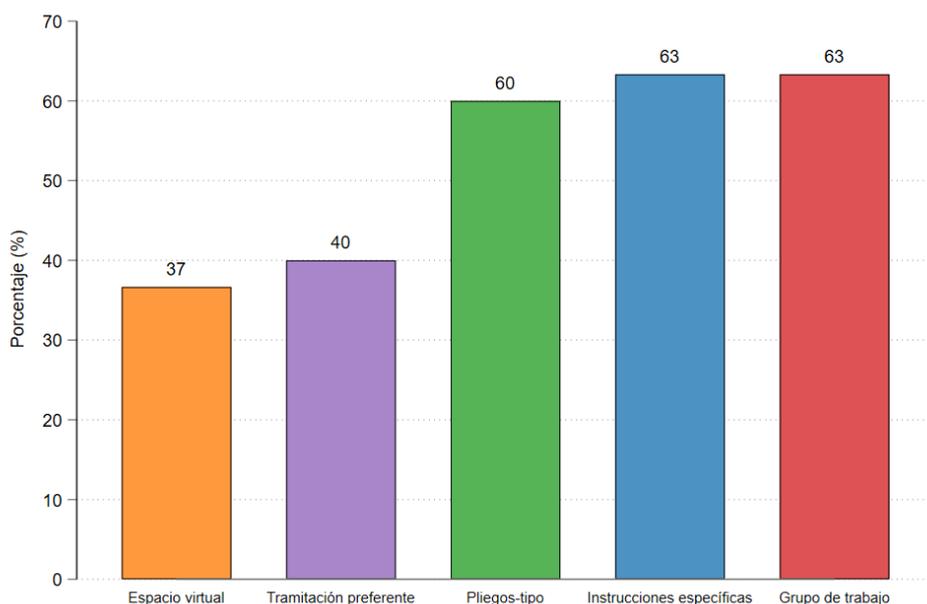
De acuerdo con el gráfico 1, si bien es cierto que la mayoría de las diputaciones provinciales (el 53 %) ²⁰ han optado por crear estructuras específicas *ad hoc* en materia de captación y gestión de fondos NGEU que fijan los criterios y establecen los procedimientos generales de aplicación para el conjunto de la organización, el 47 % restante no ha tomado medidas de organización específicas para abordar la llegada de estos fondos. En este sentido, en un 23 % de los casos, las estructuras previas existen-

²⁰. De ahora en adelante, el término "diputaciones provinciales" hace referencia a aquellas diputaciones provinciales y demás Administraciones públicas que asumen sus competencias que han participado en la encuesta.

tes especializadas en fondos europeos han asumido la coordinación de los fondos NGEU y las demás tareas vinculadas, mientras que en el 23 % restante no existe ninguna unidad especializada en este ámbito y son los distintos servicios o áreas responsables quienes están aplicando sus propios criterios y directrices.

Ahora bien, más allá del tipo de estructuras organizativas existentes, merece la pena conocer de qué tipo de instrumentos de acompañamiento se han dotado las diputaciones para acompañar a la propia organización a la hora de captar y gestionar estos fondos.

Gráfico 2. Instrumentos y otros recursos de apoyo a la organización



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos de la encuesta.

A nivel general, en el gráfico 2 se observa cómo los grupos de trabajo y la existencia de instrucciones de gestión específicas son los dos recursos implementados en mayor medida. Teniendo en cuenta que la gestión de los fondos NGEU requiere de un nivel de especialización elevado, así como de la adaptación de ciertos procedimientos, es lógico observar cómo las organizaciones se han dotado de instrucciones específicas que detallan responsabilidades y procesos de trabajo, así como de equipos de trabajo transversales. Sin embargo, resulta sorprendente que, a pesar de que todas las diputaciones provinciales participantes en la encuesta gestionan fondos

NGEU y la normativa en el ámbito de estos fondos exige procedimientos específicos²¹, no todas cuentan con instrucciones de gestión propias.

Asimismo, cabe decir que el uso de pliegos-tipo como base para preparar los procedimientos de contratación también es un instrumento ampliamente utilizado (en un 60 % de los casos). Ello es especialmente oportuno en la medida en que los plazos de ejecución de estos fondos son muy cortos, mientras que las licitaciones conllevan unos plazos de tramitación largos, requiriendo de la incorporación de requisitos de gestión específicos²².

En cambio, a pesar de la existencia de disposiciones normativas que promueven la celeridad en los procedimientos de contratación para proyectos financiados con fondos NGEU, únicamente el 40 % de las diputaciones provinciales han implementado mecanismos de tramitación preferente para estos expedientes²³. Finalmente, solo en el 37 % de los casos se dispone de una intranet corporativa orientada a facilitar la gestión de las ayudas recibidas.

Ahora bien, cuando se comparan los instrumentos y otros recursos previstos según los tres tipos de estructuras organizativas definidas anteriormente, se observa cómo, a mayor especialización de estas, mayor es el número de herramientas disponibles.

De acuerdo con el gráfico 3, las diputaciones provinciales que han creado unidades *ad hoc* especializadas en materia de captación y gestión de fondos NGEU son, a su vez, las que disponen de un mayor número de recursos e instrumentos de apoyo, siendo la configuración de grupos de trabajo especializados el más implementado (en el 88 % de los casos). La elevada utilización de diversas herramientas sugiere un enfoque más integral y sistemático en la gestión de los fondos, buscando optimizar los procesos y agilizar la tramitación. Es lógico pensar que la creación de estructuras *ad hoc* permita una mayor flexibilidad para adoptar nuevas herramientas y procedimientos según las necesidades específicas vinculadas a la gestión de estos fondos.

Para el caso de las diputaciones provinciales con unidades administrativas previas especializadas en la gestión de fondos europeos estructurales, el volumen de recursos y herramientas utilizados es más equilibrado, sin

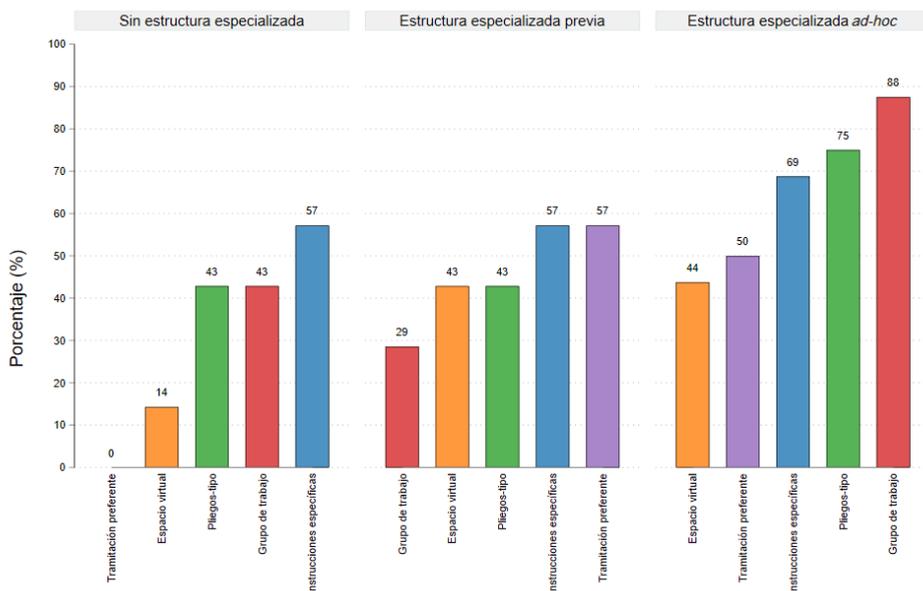
21. Véanse arts. 2.4; 6, apdos. h) e i); 7.4 y 12.5 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

22. Véase *op. cit.*, art. 8.2.

23. Véase el capítulo II del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

destacar significativamente ninguno de ellos, siendo la tramitación preferente y la elaboración de instrucciones de gestión específicas los de mayor alcance (en un 57 % de los casos). En este contexto, la existencia previa de una estructura especializada podría explicar una cierta inercia a la hora de gestionar estos fondos siguiendo el mismo patrón que para los fondos estructurales, sin que se aprecie la necesidad de tener que adoptar nuevos instrumentos y herramientas.

Gráfico 3. Instrumentos y otros recursos según tipo de estructura

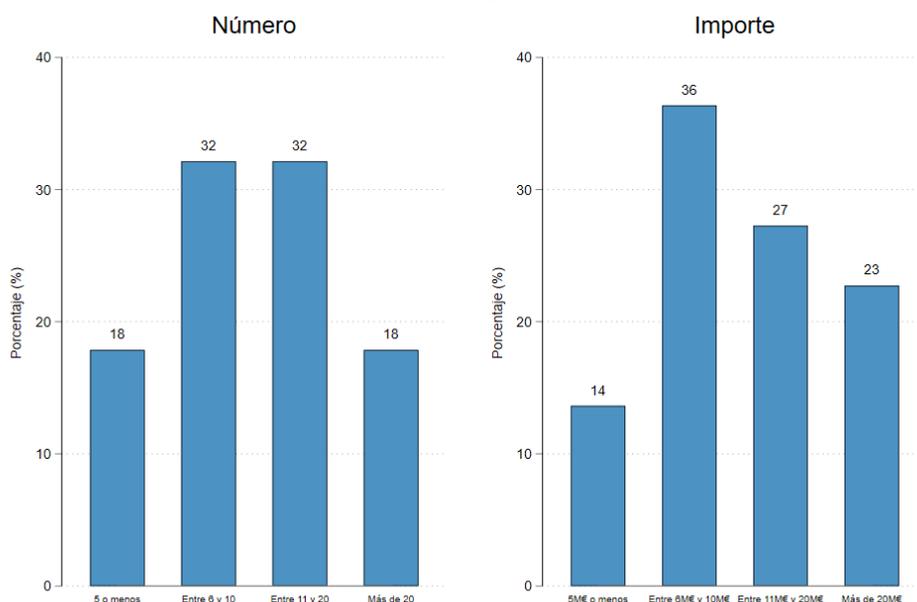


Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos de la encuesta.

En último término, las diputaciones provinciales sin estructuras especializadas son, a su vez, aquellas con un menor número de instrumentos y recursos de apoyo a la gestión. En este sentido, la ausencia de este tipo de estructuras impide identificar y hacer un seguimiento continuo de los requisitos de gestión propios de los fondos NGEU, dificultando así la identificación de las necesidades de adaptación y la implementación de medidas acordes con los principios específicos de estos fondos.

B) PROYECTOS PROPIOS

A pesar de contar con menos opciones de financiación que los ayuntamientos, las diputaciones provinciales han aprovechado las convocatorias de subvención disponibles para impulsar proyectos propios.

Gráfico 4. Número e importe de proyectos corporativos financiados

Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos de la encuesta.

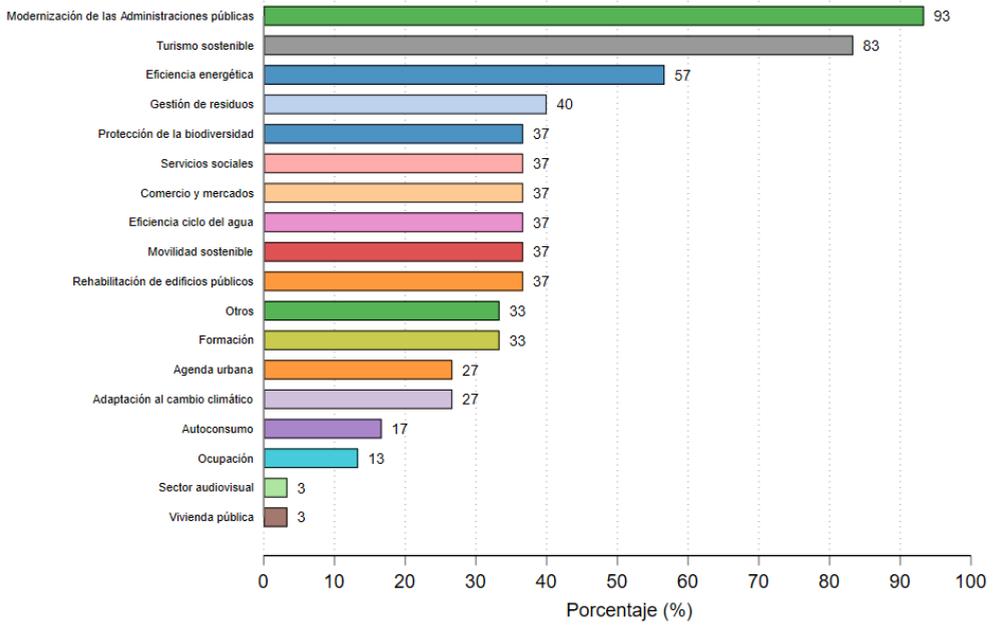
El gráfico 4 muestra cómo, en la mayoría de las diputaciones provinciales participantes en el estudio, el número de proyectos financiados con fondos NGEU se encuentra en los rangos intermedios tanto en términos de número como de importe, de modo que un 64 % de las diputaciones provinciales encuestadas cuentan con entre 6 y 20 proyectos, y un 63 % con entre 6 y 20 M€ en concepto de subvención.

En cuanto a las materias de los distintos proyectos financiados, es importante tener en cuenta que están muy condicionadas por el tipo de convocatorias a las que las diputaciones provinciales se han podido presentar.

Tal como se puede observar en el gráfico 5, los proyectos para los que las diputaciones provinciales encuestadas han recibido recursos de forma generalizada se centran en las materias relativas a la modernización de las Administraciones públicas (en un 93 % de los casos), seguida del turismo sostenible y la eficiencia energética, mientras que la vivienda pública y el sector audiovisual han sido los dos ámbitos en los que un menor porcentaje de diputaciones provinciales han recibido fondos para financiar sus proyectos (en un 3 % de los casos, respectivamente).

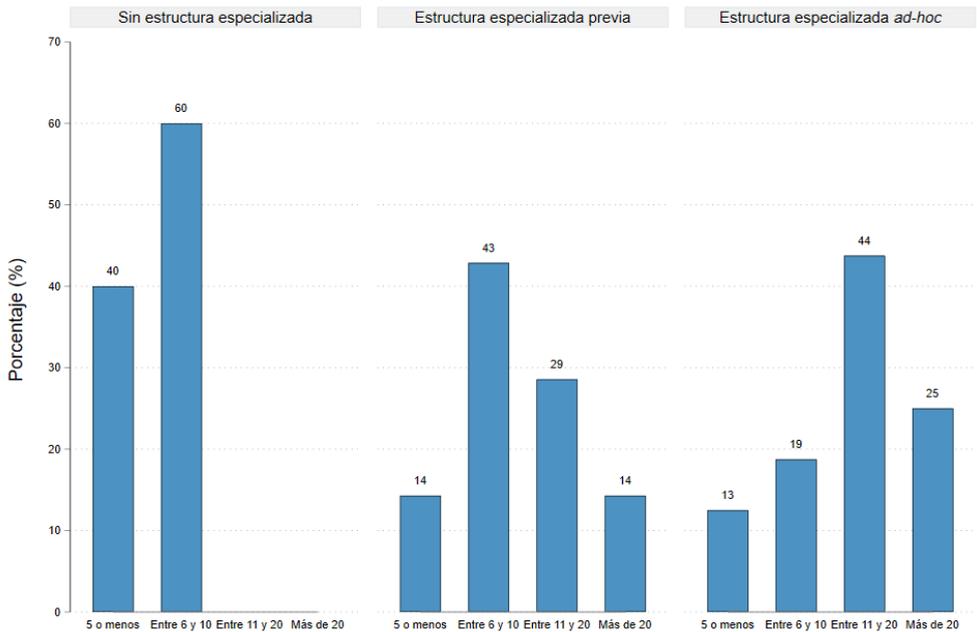
Más allá de conocer esta distribución de forma agregada, es también interesante observar posibles diferencias según las estructuras organizativas con las que cuentan las diferentes diputaciones provinciales (ver gráfico 6).

Gráfico 5. Proyectos financiados según materia



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos de la encuesta.

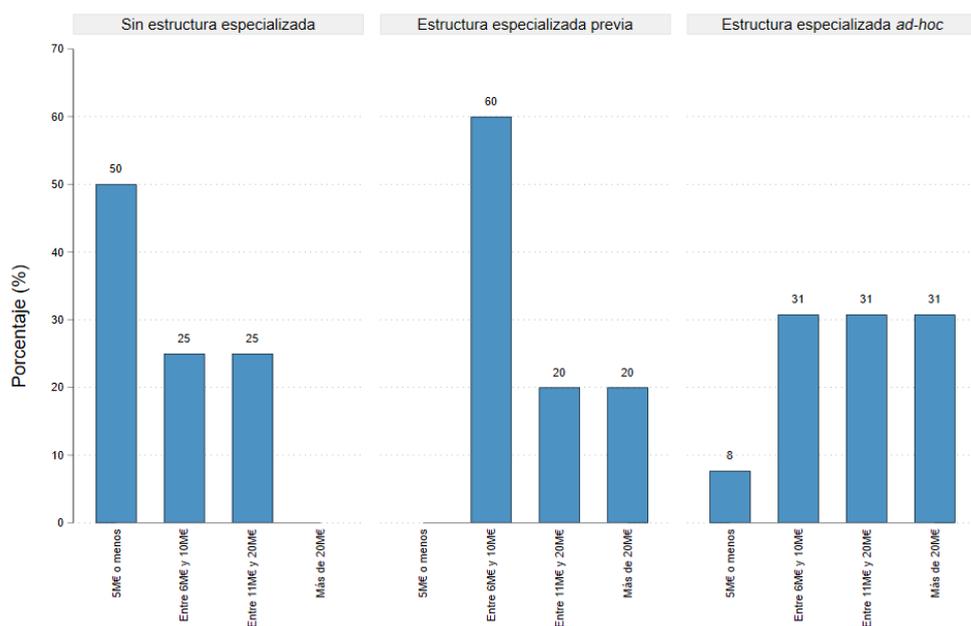
Gráfico 6. Proyectos financiados según estructura organizativa



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos de la encuesta.

En el gráfico 6 se puede observar cómo el tipo de estructura organizativa se correlaciona con el número de proyectos que gestiona la organización. A mayor especialización, mayor es el número de proyectos financiados con fondos NGEU. Así, el 100 % de las diputaciones provinciales sin una estructura especializada en fondos gestionan entre 1 y 10 proyectos, mientras que para las organizaciones con estructuras creadas *ad hoc* el número de proyectos es superior a 10 en un 69 % de los casos, llegando a más de 20 proyectos en un 25 % de los casos. Asimismo, el 72 % de las diputaciones provinciales con estructuras previas especializadas en fondos europeos gestionan entre 6 y 20 proyectos.

Gráfico 7. Importe subvenciones recibidas según estructura organizativa



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos de la encuesta.

Por otro lado, los datos del gráfico 7 revelan una clara relación entre el nivel de especialización de la estructura organizativa y el importe total de subvenciones recibidas. Así, el volumen de fondos obtenidos tiende a ser más elevado cuanto más especializada es su estructura organizativa. Destaca el hecho de que el 50 % de las diputaciones provinciales encuestadas sin una estructura especializada cuentan con 5 M€ o menos de subvención, y ninguna con más de 20 M€; el 60 % de las que tenían una estructura especializada previa han recibido entre 6 M€ y 10 M€, y ninguna menos de 5 M€,

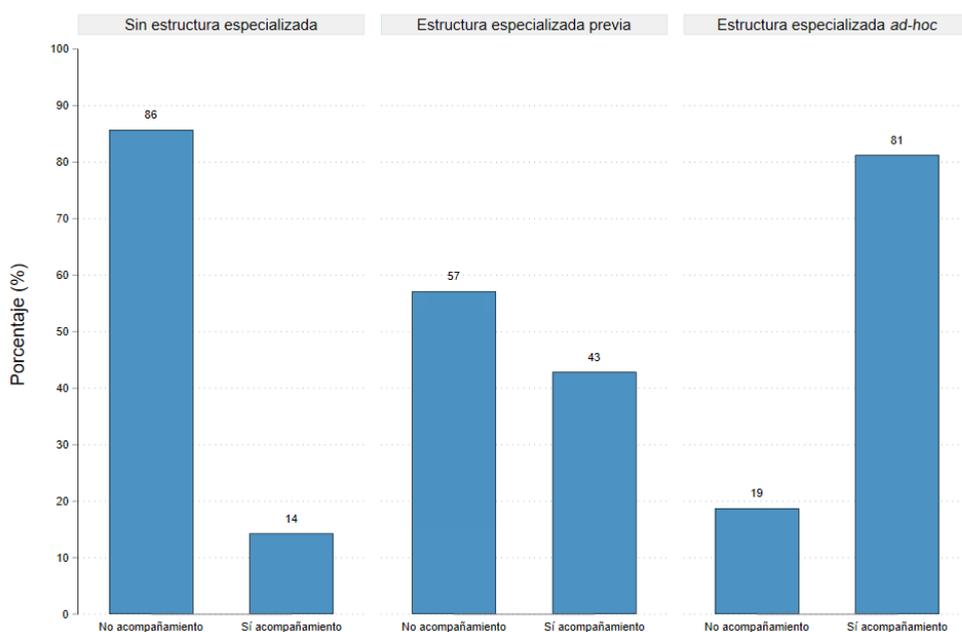
mientras que el 62 % de aquellas con estructuras especializadas *ad hoc* han recibido 11 M€ o más.

C) ACOMPAÑAMIENTO A LOS AYUNTAMIENTOS

Considerando que las diputaciones provinciales no han podido asumir un papel de liderazgo en la gestión directa de los fondos del MRR a escala local, resulta pertinente examinar su contribución como entidades facilitadoras en la captación y gestión de estos fondos en sus respectivos territorios de referencia.

De acuerdo con los datos globales de la encuesta realizada, un 57 % de las diputaciones provinciales ofrecen acompañamiento a los ayuntamientos. En un 35 % de los casos, este va dirigido únicamente a la fase de solicitud, en un 18 % se orienta solo al acompañamiento en la fase de gestión, y en el 47% de los casos restantes se dirige tanto a la fase de presentación de solicitudes como a la de gestión de las subvenciones una vez concedidas.

Gráfico 8. Acompañamiento según estructura organizativa



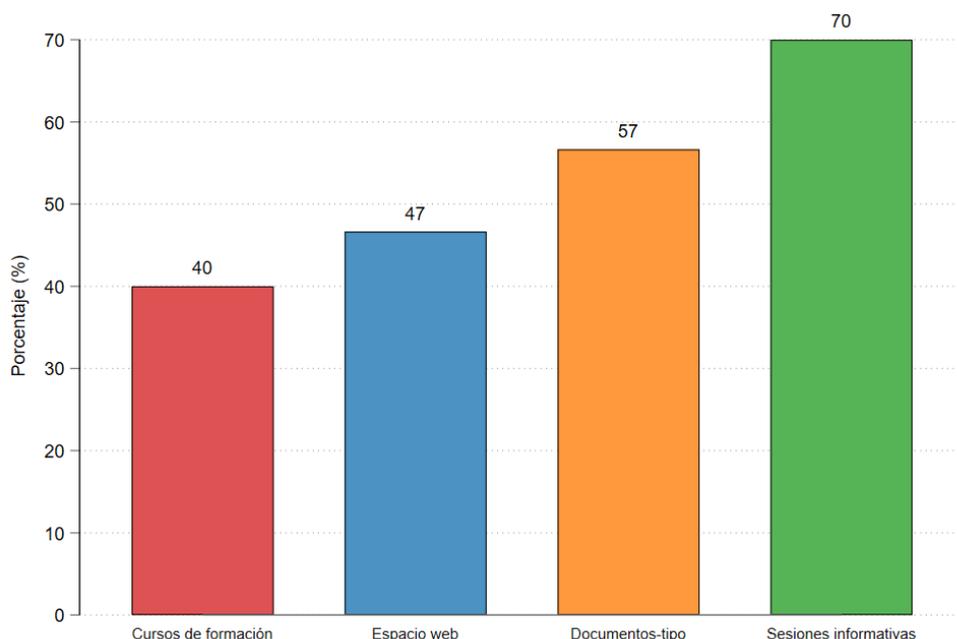
Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos de la encuesta.

Ahora bien, de nuevo, si los datos se analizan según el tipo de estructura organizativa con la que cuentan las diputaciones provinciales, se observa claramente cómo las diputaciones con una estructura especializada, ya sea previa o creada *ad hoc*, ofrecen acompañamiento a los municipios en un

porcentaje significativamente mayor. De hecho, tal como se puede observar en el gráfico 8, solamente en las diputaciones provinciales con estructuras *ad hoc* el acompañamiento a los ayuntamientos es mayoritario (en el 81 % de los casos).

Por otro lado, existen otros servicios de apoyo a los ayuntamientos más allá del acompañamiento en las fases de solicitud y gestión de subvenciones. En un 70 % de los casos, las diputaciones provinciales encuestadas también ofrecen sesiones informativas, mientras que un 57 % cuentan con documentos-tipo adaptados a los distintos requerimientos vinculados con los principios transversales de gestión. Sin embargo, menos de la mitad disponen de un espacio específico en la web sobre fondos NGEU u ofrecen cursos de formación (gráfico 9).

Gráfico 9. Otros servicios para los ayuntamientos



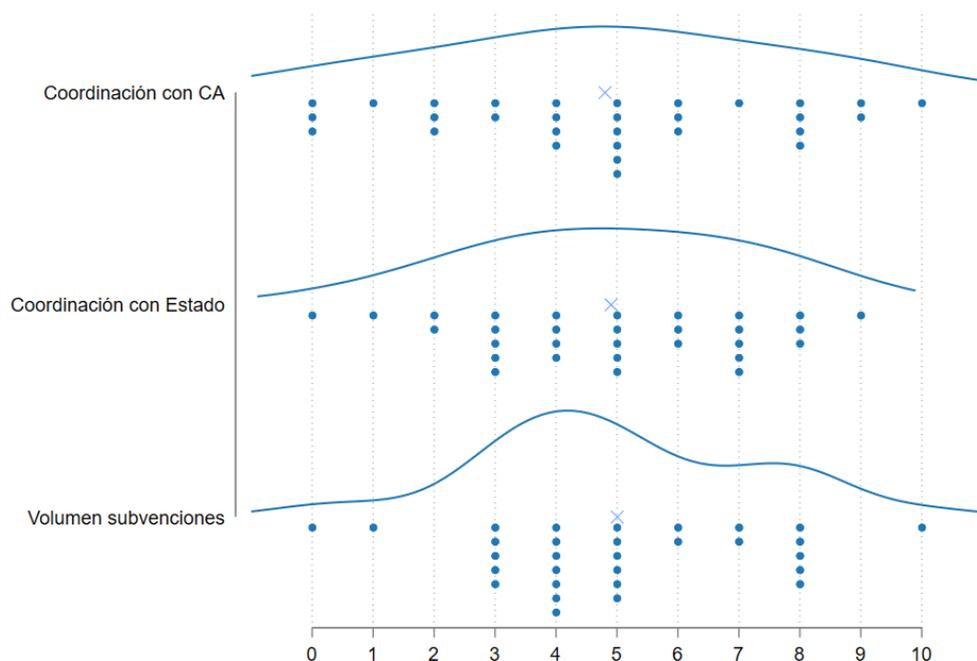
Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos de la encuesta.

D) PERCEPCIONES GENERALES ACERCA DEL MRR

El último bloque de preguntas de la encuesta iba dirigido a indagar en las percepciones que los responsables de fondos de las diputaciones provinciales tienen sobre los mecanismos de coordinación existentes con la comunidad autónoma correspondiente y con el Gobierno estatal, y sobre la

distribución suficiente o no de recursos destinada a las Administraciones de ámbito local.

Gráfico 10. Percepciones sobre niveles de coordinación y recursos destinados al ámbito local



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos de la encuesta.

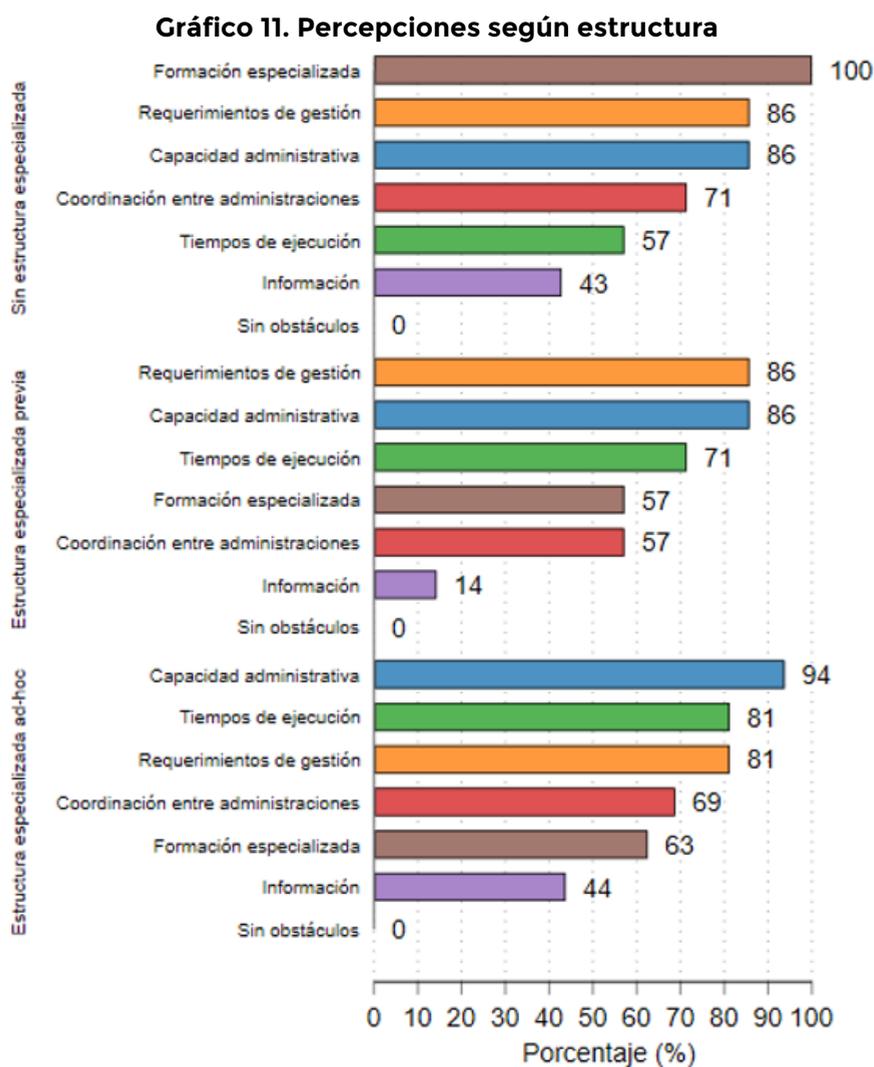
El gráfico 10 evidencia que la percepción de la coordinación con las comunidades autónomas y el Estado se sitúa alrededor del aprobado, lo cual indica un amplio margen de mejora. Algo superior es la puntuación media alcanzada respecto a la valoración del volumen de recursos destinado a las Administraciones locales, aunque las diferencias son mínimas.

No obstante, la diversidad de respuestas individuales pone de manifiesto la heterogeneidad de las experiencias vividas por cada diputación. Seguramente, esta diversidad se explica, en gran medida, por la complejidad del entramado institucional involucrado en la gestión de los fondos y por las marcadas diferencias entre las distintas convocatorias, las cuales cuentan con presupuestos muy dispares, criterios de gestión y plazos de ejecución diferentes, entre otros.

Por otro lado, entre los principales obstáculos a los que las diputaciones provinciales consideran que se enfrentan a la hora de ejecutar los proyectos

financiados con fondos del MRR, destacan de forma prácticamente unánime la baja capacidad administrativa (en un 90 % de los casos) y los requerimientos de gestión (en un 83 %), mientras que son también mayoritarios los obstáculos vinculados con los tiempos de ejecución (73 %), la falta de formación especializada (70 %) y la falta de coordinación entre Administraciones (67 %).

Sin embargo, en el gráfico 11 se puede observar que, si se analizan dichas percepciones según el tipo de estructura organizativa existente en cada diputación, el tipo de obstáculos varía sensiblemente, sobre todo en las primeras posiciones.



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos de la encuesta.

Así, el 100 % de las diputaciones sin una estructura organizativa especializada identifican como principal obstáculo la falta de formación especializada, lo cual es lógico teniendo en cuenta que las acciones formativas que se han ofrecido normalmente se han dirigido a aquellas estructuras organizativas responsables de este ámbito en cada Administración. Si esta especialización no existe y cada servicio gestiona sus proyectos, el acceso a la formación es más costoso.

Por el contrario, aquellas estructuras especializadas creadas de forma *ad hoc* identifican como principal obstáculo la baja capacidad administrativa (un 94 % de los casos). Lo más probable es que la dotación inicial de recursos humanos de estas unidades sea baja teniendo en cuenta que son estructuras de nueva creación y orientadas a un ámbito de trabajo muy específico. Por otra parte, las diputaciones con estructuras especializadas ya existentes identifican los requerimientos de gestión como el principal obstáculo (un 87 % de los casos). Seguramente, el hecho de que una unidad preexistente asuma la gestión de unos fondos con unas reglas del juego diferentes dificulta el aprendizaje inicial, puesto que es preciso adaptar a nuevas normas procesos y procedimientos ya asentados.

En conjunto, a pesar de existir diferencias en la primera posición, cabe decir que en mayor o menor medida la falta de formación especializada, la baja capacidad administrativa, los requerimientos de gestión y la coordinación interinstitucional son desafíos recurrentes, independientemente del tipo de estructura.

3

Lecciones aprendidas y oportunidades

En un contexto marcado por la necesidad de una reconstrucción económica y social tras la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, los fondos europeos NGEU, y concretamente el instrumento del MRR, ha brindado una oportunidad única e irreplicable para las entidades locales a la hora de financiar proyectos locales propios.

Aunque la arquitectura de gobernanza ha dejado de lado a los Gobiernos locales sin posibilidad alguna de poder participar en la definición de la agenda de inversiones estratégicas del PRTR, estos han sabido aprovechar la oportunidad de captar fondos presentándose a todas aquellas convocatorias que han tenido a su alcance. Así, las Administraciones locales, especialmente los ayuntamientos, han ido ganando protagonismo a medida que los recursos se han ido transfiriendo en forma de convocatorias a nivel nacional y ha-

cia los distintos territorios a través de las conferencias sectoriales respectivas. No obstante, las diputaciones provinciales, al igual que otras entidades supramunicipales, han encontrado obstáculos para acceder a las convocatorias de subvenciones, lo que ha limitado su capacidad para coordinar y gestionar directamente estos fondos.

Igualmente, el diseño de las convocatorias ha tendido a considerar a los ayuntamientos, y a las diputaciones provinciales cuando ha sido el caso, como un actor único y homogéneo, obviando sus particularidades. Asimismo, en ocasiones han presentado un alcance muy limitado en cuanto al tipo de proyectos subvencionables, muy atomizados y específicos, lo que ha restringido las posibilidades de inversión y ha confrontado la lógica de reactivación del MRR con la lógica transformadora orientada hacia el impulso de proyectos integrales. Siendo ello así, y a la luz de una tendencia a la recentralización del gasto en el ámbito de los fondos europeos, las manifestaciones de interés emergen como una herramienta valiosa de futuro a la hora de plasmar las necesidades reales de los territorios en el diseño de las convocatorias.

En este contexto, son varias las estrategias organizativas alcanzadas por parte de las diputaciones provinciales. Las expectativas iniciales fueron enormes y en la mayoría de los casos optaron por crear estructuras *ad hoc* específicas especializadas en estos fondos, anticipando la necesidad de contar con equipos expertos en la materia y ágiles a la hora de hacer frente a la complejidad de gestión y a los cortos plazos de ejecución establecidos.

Los resultados empíricos obtenidos en el presente estudio evidencian una correlación positiva entre la creación de estructuras organizativas específicas por parte de las diputaciones provinciales y la captación y gestión de fondos NGEU. Aquellas organizaciones que han invertido en fortalecer sus capacidades institucionales a través de la designación de equipos especializados y la implementación de procedimientos ágiles, parecen ser más eficientes en la obtención de recursos y en el acompañamiento a los municipios en sus respectivos procesos. Estos hallazgos corroboran la literatura existente sobre la importancia de la capacidad institucional de las organizaciones, la cual sostiene que contar con una Administración eficaz es un requisito indispensable para la adecuada gestión de fondos públicos, particularmente en el contexto de la contratación pública y la ejecución de proyectos financiados con fondos europeos²⁴.

Prácticamente ya no quedan fondos por repartir y habrá que analizar de forma exhaustiva si esta ventaja organizativa de partida se traduce también en una mayor capacidad de ejecución de las ayudas. De ser así, el conocimiento adquirido en dichas organizaciones supramunicipales y los nuevos sistemas de

24. Navarro y González (2023).

trabajo impulsados serán un excelente punto de partida para promover, de cara al futuro, una mayor innovación en la gestión de fondos europeos a nivel local. Tal y como se ha expuesto en el presente trabajo, la definición de una arquitectura de gestión desde el nivel estatal que no ha tomado en consideración las especificidades de las Administraciones locales ha entorpecido la tramitación. Conocer cuáles han sido las estrategias que han implementado dichas organizaciones para minimizar dichos obstáculos ha de servir para diseñar un sistema de gestión que, sin renunciar a los principios del buen gobierno y la integridad institucional, se adapte a la realidad de las Administraciones locales.

Ante este contexto, parece razonable reivindicar una mayor participación de las diputaciones en la coordinación, captación y gestión directa de fondos europeos como una solución viable para garantizar una distribución equitativa y una utilización eficaz de los recursos, especialmente en aquellos territorios donde los ayuntamientos carecen de la capacidad administrativa e institucional necesaria para afrontar los desafíos de la gestión directa. No se trata de que las diputaciones provinciales puedan ejecutar solo proyectos por cuenta de los ayuntamientos, sino también proyectos propios de mayor alcance, con una mayor proyección e impacto territorial.

Por todo ello, el momento actual es clave para que las diputaciones influyan en las posiciones de las instituciones nacionales y europeas antes del inicio del proceso legislativo de reforma de la política de cohesión post-2027. Y es preciso orientar la acción hacia tres frentes: reivindicar estructuras de gobernanza a nivel europeo y nacional que garanticen una participación real y efectiva del mundo local en la definición de la agenda de prioridades, mejorar el sistema de gestión de acuerdo con la experiencia adquirida a nivel local, así como exigir una financiación suficiente para el desarrollo de proyectos locales como motor para llevar a cabo las principales transformaciones que marca la agenda europea.

4

Bibliografía

- Carbonell Porras, E. (2023). Las competencias locales diez años después de la LRSAL. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 8-28. Disponible en <https://doi.org/10.24965/reala.11192>.
- Cofrades Aquilué, L. (2024). La coordinación como técnica para exigir la participación provincial en un fondo autonómico de cooperación municipal (a propósito de la STC 124/2023, de 26 de septiembre). *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 200-217. Disponible en <https://doi.org/10.24965/reala.11347>.

- Colás Tenas, J. (2021). Los Gobiernos locales intermedios en la gestión de los fondos europeos para la recuperación. *QDL*, 55, 37-51. Disponible en https://www.gobiernolocal.org/publicaciones/2021/QDL55/QDL55_02_Jesus_Colas.pdf.
- Comisión de Seguimiento de los Fondos Next Generation EU. (2024). *Informe de seguimiento de los fondos Next Generation EU*. Madrid: FEMP. Disponible en https://femp-fondos-europa.es/wp-content/uploads/2024/03/femp-informe-seguimiento-fngeu-marzo-2024_c4.pdf.
- Díez Sastre, C. (2021). El Programa Next Generation EU y su aplicación territorial. *Blog Nueva Icaria*, 8-10-2021. Disponible en <https://idpbarcelona.net/el-programa-next-generation-eu-y-su-aplicacion-territorial/>.
- Fernández de Losada, A. (2023). The Spanish recovery strategy, an urban paradox. The case of Barcelona. En R. Martínez y P. Reviglio (eds.). *Urban Recovery Watch. Empowering Cities in the EU Green and Digital Transition* (pp. 21-28). Barcelona: CIDOB. Disponible en https://www.cidob.org/sites/default/files/2024-06/21-28_AGUSTI%CC%81%20FERNA%CC%81NDEZ%20DE%20LOSADA.pdf.
- Galán Galán, A. (2021). Los gobiernos locales ante el reto de los fondos europeos de recuperación. *Revista catalana de dret públic*, 63, 101-117. Disponible en <https://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-rcdp.i63.2021.3727/n63-galan-es.pdf>.
- Ministerio de Hacienda. (2021a). *La ministra de Hacienda preside la constitución de la Conferencia Sectorial del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* [nota de prensa, 21-1-2021]. Disponible en <https://www.hacienda.gob.es/GabineteMinistro/notas%20prensa/2021/s.e.hacienda/21-01-21%20np%20conferencia%20sectorial%20plan%20recuperacion.pdf>.
- (2021b). *Hacienda presenta el Plan de Recuperación a las CCAA y a la FEMP en la Conferencia Sectorial* [nota de prensa, 19-4-2021]. Disponible en <https://www.hacienda.gob.es/GabineteMinistro/notas%20prensa/2021/s.e.%20presupuestos%20y%20gastos/19-04-21-np-plan-de-recuperacion-conferencia-sectorial.pdf>.
- Ministerio de Hacienda y Función Pública. (2021). *Las CCAA ya tienen asignados más de 7.250 millones de los fondos UE para la transición ecológica, la vivienda o la educación* [nota de prensa, 2-8-2021]. Disponible en <https://www.hacienda.gob.es/GabineteMinistro/notas%20prensa/2021/s.e.%20presupuestos%20y%20gastos/02-08-21-np-conferencia-sectorial-plan-recuperacion-agosto-2021.pdf>.
- Navarro Gómez, C. y González Medina, M. (2023). Capacidad institucional para la absorción de los fondos europeos en los municipios. En J. Hernández Moreno y C. Ares Castro-Conde (coords.). *Gobernanza y administraciones territoriales para la próxima generación* (pp. 141-163). Madrid: INAP.

Vicepresidencia Primera y Ministerio de Economía, Comercio y Empresa. (2023). *Los 100 mayores perceptores de fondos europeos Next Generation EU han recibido unos 5.100 millones de euros, en torno al 14% del total recibido por España* [nota de prensa, 1-12-2023]. <https://portal.mineco.gob.es/RecursosNoticia/mineco/prensa/noticias/2023/20231201%20NdP%20Listado%20de%20100%20mayores%20perceptores%20Next%20Generation.pdf>.

Zafra Víctor, M. (2023). La provincia: Administración periférica de la comunidad autónoma antes que entidad local constitucionalmente garantizada: STC 124/2023. *Acento Local* [blog], 15-12-2023. Disponible en <https://www.gobiernolocal.org/acento-local/la-provincia-administracion-periferica-de-la-comunidad-autonoma-antes-que-entidad-local-constitucionalmente-garantizada-stc-124-2023/>.

Responsabilidad administrativa y contable respecto a los fondos Next Generation EU en la esfera local

ROBERTO FERNÁNDEZ LLERA*
*Síndico mayor de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias.
Profesor de Economía (acreditado a titular) de la Universidad de Oviedo*

1. Introducción
2. Aspectos esenciales de la responsabilidad contable
3. La jurisdicción contable y sus procedimientos
 - 3.1. Institucionalidad y jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas
 - 3.2. Los procedimientos jurisdiccionales
 - 3.3. Legitimación y garantías de defensa
 - 3.4. La jurisdicción contable en el panorama internacional
 - 3.5. Esbozando una reforma de la jurisdicción contable española
4. Responsabilidad contable y sector público local
 - 4.1. Algunas constataciones
 - 4.2. ¿Nueva responsabilidad contable con viejos odres?
5. Reflexiones finales
6. Bibliografía

Resumen

La responsabilidad contable es un instituto tradicional en España que la Constitución sitúa en la jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, aunque también se puede ventilar en vía administrativa. En el panorama internacional son varias las entidades fiscalizadoras superiores con doble función fiscalizadora y de enjuiciamiento contable. Al hilo de la experiencia acumulada, se exponen algunas líneas de reforma, partiendo de la complejidad del asunto y con la vista puesta en el sector público local, incluyendo retos clásicos —sin

Artículo recibido el 23/09/2024; aceptado el 11/10/2024.

* Las opiniones del autor no representan necesariamente las de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, contenidas en los informes aprobados por dicha institución. A Ulpiano Villanueva Rodríguez, *in memoriam*.

duda, su encaje territorial— y otros novedosos derivados del *Next Generation EU* (NGEU).

Palabras clave: *sector público local; responsabilidad contable; Tribunal de Cuentas; fiscalización.*

Administrative and accounting responsibility regarding NextGenerationEU funds at the local level

Abstract

Accounting responsibility is a traditional concept in Spain, with the Constitution placing it under the jurisdiction of the Court of Auditors, though it can also be addressed through administrative channels. On the international stage, several supreme audit institutions have both auditing and accounting adjudication functions. Drawing from accumulated experience, this article outlines some reform proposals, acknowledging the complexity of the issue and focusing on the local public sector. It includes classic challenges—such as territorial integration—and new ones arising from the NextGenerationEU (NGEU) funds.

Keywords: local public sector; accounting responsibility; Court of Auditors; auditing.

1

Introducción

Recuerda el *Diccionario de la lengua española* que responsabilidad es, ante todo, “cualidad de responsable”. La etimología conduce al latín medieval *responsabilis* (que requiere respuesta), a su vez, derivado del latín *responsāre* (responder). En una segunda acepción, la misma fuente equipara responsabilidad a “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”. La tercera nos habla de “cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado”. Un cuarto significado alude a la “capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”. Si

seguimos explorando la cuestión y acudimos al *Diccionario panhispánico del español jurídico*, encontraremos una definición general de responsabilidad que introduce la “obligación de resarcir”, cuestión clave a los efectos que nos ocupan¹.

Como es natural, la persona responsable de gestionar fondos públicos tiene que hacer frente a diversas responsabilidades, caso de la penal (a dilucidar por los tribunales de justicia), la disciplinaria (en cada ámbito administrativo) o la de buen gobierno económico (ex leyes de transparencia y buen gobierno), entre otras. Todo ello, sin olvidar una envolvente democrática de amplio espectro, ventilada en elecciones, así como en otros mecanismos o procedimientos de participación y rendición de cuentas a la ciudadanía.

La responsabilidad contable es una peculiar subespecie de la responsabilidad civil frente a las Administraciones públicas (Sala Sánchez, 2007; Fernández García, 2013), exigible de quienes ordenan, gestionan, manejan o intervienen caudales o efectos públicos. Siguiendo con esta analogía de la taxonomía biológica, la responsabilidad contable forma parte del vasto género de la responsabilidad patrimonial, pero con algunos caracteres morfológicos propios². El primero —no exclusivo— es su naturaleza indemnizatoria o de resarcimiento y, por tanto, no sancionadora. El segundo, su derivación de las cuentas públicas (en sentido amplio), de las que se deduce y en las que tiene origen. El tercero, la exigencia de que se sustancie y acredite una vulneración de las leyes presupuestarias o contables. Finalmente, su peculiar depuración, por doble vía, administrativa o jurisdiccional.

En el presente trabajo, se analiza en exclusiva la responsabilidad contable desde una doble óptica general y aplicada al mundo local. En la sección segunda se formulan sus aspectos esenciales y en la sección tercera se describen la jurisdicción contable y sus procedimientos, recogiendo su situación en el panorama internacional y esbozando las principales líneas de reforma partiendo de los consensos técnicos más sólidos. En la cuarta sección se vuelve la vista específicamente al sector público local y una quinta sección concluye.

1. Es casi obligado acudir al glosario dirigido y coordinado por Mendizábal Allende (2019).

2. Cubillo Rodríguez (2019: 284-287) relativiza las diversas opiniones doctrinales y jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad contable: responsabilidad civil extracontractual, variante de la responsabilidad administrativa patrimonial, variante de la responsabilidad civil contractual y tipo de responsabilidad autónoma en derecho. Reconoce que la primera opinión es la mayoritaria, si bien añade que “lo único relevante de verdad” es que tiene origen en una gestión ilegal y dolosa o gravemente negligente de fondos públicos, y su final en una obligación de resarcimiento.

2

Aspectos esenciales de la responsabilidad contable

A efectos de clarificar el ámbito de la responsabilidad contable, debemos partir de un marco legal que incluye tres leyes que la regulan:

- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP).
- Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCU).
- Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCU).

La LGP adelanta en su exposición de motivos algunas cuestiones muy relevantes. La primera es la definición amplia del ámbito subjetivo, incorporando como eventuales responsables al conjunto de autoridades y personal al servicio de las entidades del sector público estatal. La segunda es la clarificación de los supuestos de infracción, los tipos de responsabilidad, la distinción entre el dolo y la culpa, y los supuestos de solidaridad y mancomunidad en la responsabilidad. La tercera es la regulación de la responsabilidad específica de los interventores y los ordenadores de pagos. La cuarta, el régimen procedimental de la exigencia de responsabilidad contable, distinguiendo la competencia atribuida al Tribunal de Cuentas y la correspondiente al conducto administrativo. Por último, se contempla el régimen jurídico de los reintegros derivados de la responsabilidad y las diligencias previas tendentes a asegurar su exigencia.

El artículo 176 de la LGP rubrica el principio general de responsabilidad, según el cual “las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder”. Nótese que la LGP no tiene carácter básico³, por eso su régimen de responsabilidades queda acotado al sector público estatal (artículo 2). Se debe acudir al artículo 49.1 de la LFTCU para despejar dudas, al quedar claro con una definición más detallada y comprensiva que “la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, origina-

3. Corona Martín (2004) defiende *de lege ferenda* el carácter básico de la LGP, al menos con respecto al marco contable público y al régimen de las responsabilidades.

ren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector”.

Las notas comunes entre la LGP y la LFTCU son evidentes⁴, advirtiéndose sin embargo la mayor discrepancia en los respectivos ámbitos objetivos (más amplio en la LFTCU, incluida la responsabilidad por omisión y no solo por acción) y subjetivos (sector público estatal en la LGP; todo el sector público en la LFTCU). De la lectura conjunta de estos preceptos, así como de la aquilatada doctrina y jurisprudencia contenida en las resoluciones del Tribunal de Cuentas y en las sentencias del Tribunal Supremo⁵, se pueden extraer los elementos calificadores (todos ellos, sin que pueda faltar uno solo) para que una conducta pueda concluir en declaración final de responsabilidad contable:

- Que sea por acción u omisión atribuible a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.
- Que se desprenda de las cuentas (en sentido amplio) que deben rendir los gestores de caudales públicos.
- Que constituya una infracción vulneradora de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate.
- Que sea consecuencia de dolo, o culpa o negligencia graves.
- Que produzca un daño o menoscabo efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos públicos, y sea evaluable económicamente.
- Que exista relación de causalidad entre la infracción y el menoscabo.

4. La diferencia nominal entre “Hacienda pública” y “caudales y efectos públicos” no es relevante (Pascual García, 2014: 1007).

5. El listado sería profuso. Basten, por todas, las sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas números 29/2009, de 15 de diciembre, y 10/2022, de 21 de septiembre. Del Tribunal Supremo, la Sentencia de la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de octubre de 2004.

Cuadro 1. Infracciones y órgano competente para exigir responsabilidad

Infracción	Órgano competente	Procedimiento
Alcance o malversación en la administración de los fondos públicos	Tribunal de Cuentas	Jurisdiccional
Administración de los recursos y demás derechos de la Hacienda pública sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro	Administración	Administrativo
Compromiso de gastos, liquidación de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la LGP o en la ley de presupuestos aplicable	Administración	Administrativo
Autorización de pagos indebidos	Administración	Administrativo
No justificación de la inversión de los fondos por anticipos de caja fija, fondos de maniobra, pagos a justificar y subvenciones	Administración	Administrativo
Cualquier otro acto o resolución con infracción de la LGP, según lo señalado en el artículo 176	Administración	Administrativo
Prescripción de créditos de la Hacienda pública*	Administración	Administrativo

* Artículo 15.4 de la LGP. Fuente: elaboración propia.

El artículo 177 de la LGP tipifica las infracciones que pueden derivar en responsabilidad patrimonial-contable y, en tal caso, la consecuente obligación de indemnizar a la Hacienda pública. A tal efecto, el artículo 180 clarifica el órgano competente para exigir dicha responsabilidad por una doble vía, jurisdiccional o administrativa, lo que no deja de ser una peculiaridad en el ordenamiento jurídico (cuadro 1). Los expedientes de responsabilidad contable tramitados en vía administrativa —cierto es que en la praxis habitual no son muy abundantes— deben comunicarse al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento avocar hacia sí el conocimiento del asunto (artículo 41.1 de la LOTCU), actuando sobre el mismo con plena facultad legítima y no como mero destinatario de la información. Por otro lado, las resoluciones de finalización son recurribles ante la Sala de Justicia de esta institución. En materia de subvenciones, la disposición adicional primera de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, remite al régimen de responsabilidad contable que dispone la dupla de la LOTCU y la LFTCU.

Adviértase que las conductas tipificadas en el LGP implican acción, pero no omisión, si bien dicha laguna queda cubierta por la LOTCU y la LFTCU en sus respectivos artículos 38 y 49.1. Ahí se señala como infractores a quienes

originen menoscabo de caudales o efectos públicos por sus acciones o por sus omisiones, cuando sean contrarias a la ley.

El artículo 178 de la LGP establece que la responsabilidad cuando medie dolo “alcanzará a todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la resolución adoptada con infracción de esta ley”. Cuando sea por culpa grave, solo se responderá “de los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del acto o resolución ilegal”, siendo preceptivo el proceder administrativo previo “contra los particulares para el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas”. Asimismo, la LGP establece como norma general la responsabilidad mancomunada de quienes hayan participado en la resolución o en el acto, pero será solidaria en los casos de dolo. Finalmente, los artículos 38, 42 y 43 de la LOTCU establecen la distinción entre responsabilidad directa y subsidiaria. La primera será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados; la segunda queda limitada a los perjuicios que sean consecuencia de los actos atribuibles a los responsables subsidiarios —por negligencia o demora en el cumplimiento de sus obligaciones— y “podrá moderarse en forma prudencial y equitativa”. Además, el Tribunal de Cuentas “sólo conocerá de las responsabilidades subsidiarias, cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable” (artículo 49.1 de la LFTCU). Ambos tipos de responsabilidades —directa y subsidiaria— se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, con el límite del importe líquido de la misma.

Muy relevante es la acotación del artículo 179 de la LGP, cuando señala la obligación de indemnizar a la Hacienda pública de los interventores y ordenadores de pagos, equiparando su responsabilidad a la de quienes “adopten la resolución o realicen el acto determinante de aquélla”. La concreta para los interventores “en el ejercicio de la función interventora, respecto a los extremos a los que se extiende la misma”, y para los ordenadores de pagos “que no hayan salvado su actuación en el respectivo expediente, mediante observación escrita acerca de la improcedencia o ilegalidad del acto o resolución”.

En otros dos artículos de la LOTCU se establecen salvaguardas no menores con respecto a la responsabilidad contable que debe enjuiciar el Tribunal de Cuentas. En el 39 se deja exentos a “quienes actúen en virtud de obediencia debida”, a quienes puedan alegar que “el retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas y en la solvencia de los reparos sea debido al incumplimiento por otros de sus obligaciones específicas”, y a quienes hubiesen cometido actos amnistiados por ley⁶. En el 40 se especifica

6. En los dos primeros supuestos se exige advertencia motivada o constancia por escrito. El tercero ha sido introducido por la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la

que no habrá lugar a la exigencia de responsabilidad subsidiaria “cuando se pruebe que el presunto responsable no pudo cumplir las obligaciones, cuya omisión es causa de aquélla, con los medios personales y materiales que tuviere a su disposición en el momento de producirse los hechos”. Incluso “cuando no existiere imposibilidad material para el cumplimiento de tales obligaciones, pero el esfuerzo que hubiera de exigirse al funcionario para ello resultara desproporcionado por el correspondiente a la naturaleza de su cargo, podrá atenuarse la responsabilidad”.

Es preciso recordar de nuevo que la LGP no tiene carácter básico y, por tanto, tampoco su régimen de responsabilidades, que se aplica solo al sector público estatal. Con todo, no es menos cierto que las leyes autonómicas de Hacienda no se alejan demasiado de la legislación estatal en este punto⁷, pero sí el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), que no recoge un listado semejante. En su artículo 223, referido a la rendición de cuentas, se da por supuesta la exigencia de responsabilidad contable, pero sin añadir más. Como casos particulares, el TRLRHL alude a la responsabilidad en sus artículos 40 (subvenciones), 173 (compromisos de gasto) y 190 (pagos a justificar). El artículo 188 sí establece con claridad⁸ que “los ordenadores de gastos y de pagos, en todo caso, y los interventores de las entidades locales, cuando no adviertan por escrito su improcedencia, serán personalmente responsables de todo gasto que autoricen y de toda obligación que reconozcan, liquiden o paguen sin crédito suficiente”.

3

La jurisdicción contable y sus procedimientos

3.1

Institucionalidad y jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas

La LOTCU, dictada en desarrollo del artículo 136 de la Constitución, señala en su artículo segundo como funciones propias del Tribunal de Cuentas las de fiscalización y enjuiciamiento de la responsabilidad contable. Sobre la segunda se extiende el artículo 15, estableciendo una jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas (ex artículo 136.2 de la Constitución), ejercida respecto

normalización institucional, política y social en Cataluña.

7. Baste como ejemplo el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña.

8. Muy en la línea del precitado artículo 179 de la LGP.

de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos. De igual forma, extiende la jurisdicción contable a los alcances de caudales o efectos públicos, así como a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión.

Por delimitación negativa, el artículo 16 de la LOTCU excluye de la jurisdicción contable el enjuiciamiento de los asuntos atribuidos al Tribunal Constitucional, así como a las jurisdicciones contencioso-administrativa, penal, civil, laboral “o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del Poder Judicial”. Ello no obsta para que la jurisdicción contable, en virtud de su especialidad constitucional⁹ y de su especialización técnica, sea compatible con los órdenes citados —singularmente, el penal y el contencioso-administrativo— y no quede vulnerada la prohibición del *non bis in idem*, ni contrariado el principio de unidad jurisdiccional que consagra el artículo 117 de la Constitución. El artículo 18 de la LOTCU explicita la compatibilidad de la jurisdicción contable “respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal”, y, aún más, clarifica que “cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia”.

Los artículos 24 a 26 de la LOTCU regulan la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, con las siguientes notas características:

- Se organiza en salas¹⁰, integradas por una persona que desempeña la presidencia y dos consejeros o consejeras de cuentas, asistidos por una o más personas en las secretarías. Las salas conocen de las apelaciones contra las resoluciones en primera instancia dictadas por los consejeros de cuentas en los juicios de cuentas, los procedimientos de reintegro por alcance y los expedientes de cancelación de fianzas; y, en instancia o por vía de recurso, de los asuntos que determina la LFTCU.
- Compete a los consejeros de cuentas, en la forma que determine la LFTCU, la resolución en primera o única instancia de los juicios de las cuentas, los procedimientos de reintegro por alcance y los expedientes de cancelación de fianzas.
- La instrucción de los procedimientos de reintegro por alcance se efectuará por los delegados instructores, nombrados por la Comisión de Gobierno (artículo 22.2 de la LOTCU) entre personal fun-

9. Regulada en el Título VII (Economía y Hacienda), no en el Título VI (Del Poder Judicial).

10. En la práctica, se ha constituido una única Sala de Justicia.

cionario que preste servicio en la provincia en que hayan ocurrido los actos que puedan constituir alcance, o del funcionariado del propio Tribunal de Cuentas.

No cabe duda a estas alturas de que el enjuiciamiento contable es una actividad de naturaleza jurisdiccional, aunque la cuestión en su momento fue objeto de interpretación constitucional¹¹. Sin embargo, se da la aparente paradoja de que el Tribunal de Cuentas es un órgano de relevancia constitucional que depende de las Cortes Generales, por lo que no es un tribunal de justicia (aunque acoge procedimientos jurisdiccionales), ni tampoco una Administración pública (aunque en su actuación administrativa deba actuar como tal). Lo que queda claro es que el Tribunal de Cuentas se entronca en la estructura general del Poder Judicial, al menos, por el sólido sistema de garantías procesales que incorpora, por la supletoriedad normativa de las leyes reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa y de enjuiciamiento civil y criminal (disposición final segunda de la LOTCU), por la previsión de resolución de conflictos entre jurisdicciones (artículo 50 de la LFTCU), por la posibilidad de recabar el auxilio de jueces y tribunales de todo orden para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (artículo 51 de la LFTCU) y, en la cúspide, por los recursos de casación y revisión sobre las resoluciones del Tribunal de Cuentas ante el Tribunal Supremo (artículos 49 de la LOTCU y 81 a 84 de la LFTCU).

Desde otro punto de vista, la LOTCU reconoce pronto el papel desempeñado por los órganos de control externo autonómicos (OCEX), si bien su artículo 1.2 utiliza la denominación de “órganos fiscalizadores de cuentas” (sic) y solo alude a los que estén previstos en los respectivos estatutos de autonomía¹². En el artículo 26.3 —y en los artículos concurrentes de las legislaciones reguladoras de los OCEX— hay una importante concreción, cuando se habilita la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas pueda delegar en los OCEX “la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales para el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos”. Superado ese estadio inicial, el OCEX debe trasladar al Tribunal de Cuentas los expedientes para que esta institución continúe con el procedimiento jurisdiccional de enjuiciamiento.

El Tribunal Constitucional resolvió el dilema territorial-competencial del Tribunal de Cuentas, sintetizado su doctrina en una conocida expresión¹³:

11. Sentencia del Tribunal Constitucional 215/2000, de 18 de septiembre de 2000. Para un análisis detallado de la misma, Delgado del Rincón (2001).

12. El primer estatuto de autonomía en prever un OCEX fue el de Cataluña (Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña), pero algunos OCEX no tienen naturaleza estatutaria (Tribunal Vasco de Cuentas Públicas y Cámara de Cuentas de Castilla-La Mancha).

13. Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1991, de 31 de enero (fundamento jurídico 2).

“el Tribunal de Cuentas es supremo, pero no único, cuando fiscaliza, y único, pero no supremo cuando enjuicia la responsabilidad contable”. Es claro que la función fiscalizadora se comparte y coordina con los OCEX¹⁴, y no es menos evidente que el Tribunal Supremo culmina lo que Vacas García-Alós (2006) ha denominado como “judicialización” del Tribunal de Cuentas, mediante los citados recursos de casación y revisión.

En definitiva, volviendo al significado de las palabras, el Tribunal de Cuentas absuelve o condena, emite resoluciones que son sentencias o autos, es tribunal *revisor* (de resoluciones administrativas) y tribunal *revisable* (por el Tribunal Supremo). También es el encargado de ejecutar coactivamente su decisión. Dicho en corto: no es un tribunal de justicia, pero se le parece bastante.

3.2

Los procedimientos jurisdiccionales

La depuración de la responsabilidad contable no es un cometido sencillo, ni una tarea barata. Pero no son esas las cuestiones que deben orientar la jurisdicción contable, sino, en todo caso, los principios y criterios constitucionales de eficacia (en su objetivo de lograr la indemnización por los fondos públicos menoscabados) y eficiencia (de tal forma que el objetivo se logre con transparencia y plenas garantías procesales, pero también con agilidad suficiente y a un coste razonable). Viene al caso esta introducción que el propio presidente a la sazón del Tribunal de Cuentas, con motivo de una comparecencia parlamentaria, recogió en términos aún más expresivos como una opinión (Nieto de Alba, 2006): “desde la ley de funcionamiento el ilícito contable ha quedado tan restringido que me atrevería a decir que hay que buscarlo casi con un candil”.

En similar línea de argumentación, Biglino Campos (2019) muestra su sorpresa por el “poco interés” que, “al menos desde el derecho constitucional”, se ha prestado al Tribunal de Cuentas desde finales del siglo pasado. El matiz es muy atinado, puesto que desde el derecho administrativo —en obvia simbiosis con el derecho civil y el derecho penal— sí se han hecho numerosos análisis doctrinales y estudios de caso, amén de la jurisprudencia contenida en las múltiples resoluciones del Tribunal de Cuentas y del

14. La Sentencia del Tribunal Constitucional 187/1988, de 17 de octubre (fundamento jurídico 8) ya había establecido que “si bien la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas puede extenderse a todo el sector público, incluidas las corporaciones locales, el ámbito principal y preferente de su ejercicio es el de la actividad financiera del Estado y del sector público estatal”.

Tribunal Supremo sobre procedimientos de enjuiciamiento contable. En el derecho procesal son variados los análisis, como es natural, puesto que las claves para que una gestión culmine en condena firme por responsabilidad contable se sitúan en cada una de las fases intermedias del procedimiento jurisdiccional, incluidos los sucesivos recursos, en los que están en juego los fondos públicos, obvio, pero también algunos derechos fundamentales, en particular, los consagrados en los artículos 24 y 25 de la Constitución. Ante la crucial importancia del procedimiento de enjuiciamiento contable, sometido “a las garantías que la Constitución anuda a todo proceso”¹⁵, conviene repasar sus principales hitos y estadios.

Para empezar, debe acudir al artículo 182 de la LGP¹⁶, el cual esboza el inicio teórico de todo procedimiento de depuración de la responsabilidad contable, cuando establece las diligencias previas sobre estas premisas: “Tan pronto como se tenga noticia de que se ha producido un hecho constitutivo de las infracciones a que se refiere el artículo 177.1 o hayan transcurrido los plazos señalados en los correspondientes artículos de esta ley sin haber sido justificadas las órdenes de pago o los fondos a que el mismo se refiere, los jefes de los presuntos responsables y los ordenadores de pagos, respectivamente, instruirán las diligencias previas y adoptarán, con igual carácter, las medidas necesarias para asegurar los derechos de la Hacienda Pública estatal o los de la respectiva entidad, dando inmediato conocimiento al Tribunal de Cuentas o al Ministro de Hacienda, en cada caso, para que procedan según sus competencias y conforme a los procedimientos establecidos”.

Siguiendo el hilo conductor de la LFTCU y la propia práctica sedimentada durante años, se pueden distinguir tres supuestos de responsabilidad contable: alcance, malversación contable y otras responsabilidades por infracciones de la legislación presupuestaria y contable, distintas de las anteriores¹⁷. Con honestidad, el preámbulo de la LFTCU reconoce que el alcance es “fácilmente constatable en un mero examen y comprobación de la [cuenta] y que, por esa razón, puede sin dificultad discurrir por los cauces del juicio declarativo que corresponda a su cuantía”, mientras que “los demás

15. Sentencia del Tribunal Constitucional 215/2000, de 18 de septiembre de 2000 (fundamento jurídico 6).

16. De aplicación al sector público estatal, pero con carácter supletorio para las entidades locales, así como para las comunidades autónomas (aunque casi todas ellas tienen disposiciones similares en sus respectivas leyes de hacienda; verbigracia, artículo 83.4 de la precitada ley catalana).

17. En otro ámbito, los expedientes de cancelación de fianzas, donde no se ejercitan pretensiones de responsabilidad contable, sino que se limitan a la devolución del depósito o a que se deje sin efecto la garantía constituida (artículo 59.2 de la LFTCU).

supuestos de responsabilidad implican, las más veces, un complejo proceso de fiscalización y constatación de datos [...], que sólo a través de un proceso declarativo, como el ordinario contencioso-administrativo, pueden ser clarificados con las adecuadas garantías”.

El alcance se define en el artículo 72.1 de la LFTCU como “el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas”. Como recuerda Torres Morato (2023), el alcance en los fondos públicos “se produce también cuando el destino que se haya dado a los mismos es ajeno a las finalidades públicas propias de la entidad pública de que se trate”. Y apunta otro criterio aún más matizado y de reciente raigambre que, con fundamento en el artículo 31.2 de la Constitución, señala¹⁸ que “la ineficiencia extrema en la gestión de los bienes y derechos de titularidad pública implica despilfarro y puede generar responsabilidad contable”. González Soler (2016) ya había denominado a este enfoque como “la olvidada perspectiva constitucional de la responsabilidad contable”, cuyo objetivo, sin dejar de ser eminentemente resarcitorio, iría más allá de la justificación de la legalidad del gasto público, para adentrarse en la inexplorada vía del control de su necesidad, basado en los criterios constitucionales de eficiencia y economía¹⁹.

Por lo que se refiere a la malversación contable de caudales o efectos públicos, el artículo 72.2 de la LFTCU la define a partir de “su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo”. Inevitablemente, es preciso conectar esta modalidad de la responsabilidad contable con el delito homónimo recogido en los artículos 432 a 435 bis del Código Penal, el cual, a su vez, ha sido objeto de dos importantes modificaciones en 2015 y 2022. La primera²⁰, en un contexto de especial preocupación social por la corrupción, introdujo una nueva tipificación de la malversación penal como un supuesto de administración desleal de fondos públicos (y no solo como sustracción o desviación). Por el contrario, la siguiente reforma²¹ —que sigue en vigor—

18. Citando la Sentencia del Departamento Primero de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas 4/2021, de 2 de junio.

19. El Tribunal Supremo parece haber acogido este planteamiento, al menos, a tenor de sus sentencias de la Sala 3.ª, de 30 de enero de 2012 (fundamento de derecho 19), y de Sala 2.ª, de 8 de junio de 2018 (fundamento de derecho 3).

20. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

21. Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea,

supuso el regreso al modelo tradicional español, compartido con Francia, Italia y Portugal, en el que la malversación se sistematiza dentro de los delitos contra la Administración pública, cometidos por el personal funcionario público en el ejercicio de sus cargos. Mientras, la malversación contable ha mantenido su carácter resarcitorio definido en la LFTCU para casos de apropiación de fondos públicos, pero también en los de administración desleal que produzca un menoscabo, y con independencia de la causa penal que investigue los mismos hechos.

En la categoría de otras responsabilidades contables distintas del alcance o la malversación, se debe estar a lo dispuesto en la LGP y la demás normativa presupuestaria y contable del nivel de gobierno que corresponda. De igual modo, puesto que este bloque normativo se dirige hacia “autoridades y demás personal” (artículo 176 de la LGP), debe incorporarse la más novedosa normativa estatal y autonómica de buen gobierno, aplicable a “altos cargos o asimilados”, con el objeto de que ningún gestor de fondos públicos, *lato sensu*, sea ajeno a estas responsabilidades. En concreto, el artículo 28 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG), enumera las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria, entre las que algunas son reiteradas con lo dispuesto en la LGP, pero otras se refieren a incumplimientos de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Por su importancia, merece una mención especial la inclusión expresa como infracción muy grave en el citado artículo 28 de la LTAIPBG del incumplimiento de la obligación de rendir cuentas, regulada en el artículo 137 de la LGP y en otra normativa presupuestaria aplicable (para el sector público local, el artículo 223 del TRLRHL). Cabe recordar que esta infracción desapareció de la LGP²², cuando su antecesora sí la recogía para supuestos de ausencia de rendición de cuentas o presentación con graves defectos²³. Incluso la pretérita Ley de la Hacienda Pública de 1911 había tenido un planteamiento de este tenor y aún más duro²⁴. Desde estas líneas abogamos por

y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.

22. Ciertamente que subsiste una categoría final abierta de infracciones en el artículo 177.1 de la LGP frente a “cualquier otro acto o resolución con infracción de esta Ley”.

23. Artículo 141.1 de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria.

24. Artículo 87: “Todo funcionario a quien las leyes o instrucciones impongan la obligación de rendir o examinar cuentas que dejare de hacerlo en el plazo marcado, las rindiere o examinare con graves defectos de forma, omisión de cargo o admisión indebida de data, errores o equivocaciones indisculpables, o no solventara los reparos que su examen ofrezca, incurrirá en la responsabilidad pecuniaria que fijará el Reglamento [...]” (*Gaceta de Madrid* del 4 de julio de 1911).

indagar —y modificar lo que proceda— para que la ausencia o las carencias severas en la rendición de cuentas puedan ser constitutivas de responsabilidad contable directa o subsidiaria. Esta propuesta tendría encaje legal (LGP, LFTCU, TRLRHL y LTAIPBG) y vendría a ampliar la que esbozó Pérez Tórtola (2007), apostando por una eventual responsabilidad contable cuando quede acreditado que la deficiente rendición de cuentas ha ocultado información esencial que dificulta la persecución de las infracciones, o cuando el incumplimiento de la obligación legal impide el obligado resarcimiento de los fondos públicos²⁵. En la misma línea, podría ser extensible este planteamiento al incumplimiento del deber general de colaboración con el control externo en cualesquiera de sus fases y estadios intermedios, no solo en la rendición de cuentas *stricto sensu*, sobre todo si implica obstrucción de la función fiscalizadora.

Retomando el procedimiento, la LFTCU establece dos actuaciones obligadas en la fase de actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables, tratando en ambos casos de incardinar la función fiscalizadora con el enjuiciamiento contable.

En el artículo 46.1 indica que “los hechos supuestamente constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos, tanto si su conocimiento procede del examen y comprobación de cuentas, o de cualquier otro procedimiento fiscalizador, como si es consecuencia de una gestión de aquéllos que hubiera tenido lugar al margen del proceso normal de rendición de cuentas al Tribunal, se pasarán a la Sección de Enjuiciamiento [...]”.

Para las responsabilidades distintas al alcance o la malversación, el artículo 45.1 introduce la pieza separada en los siguientes términos: “una vez concluido el examen y comprobación de cualquier cuenta, grupos de cuentas, o los correspondientes procedimientos de fiscalización, si aparecieran hechos que pudieran ser no constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos, en los términos definidos en la presente Ley, pero que pudieran dar lugar a otro tipo de responsabilidades contables, el Consejero de Cuentas [...] acordará la formación de pieza separada con la finalidad de concretar los hechos, los posibles responsables, tanto directos como subsidiarios, y el importe total de los perjuicios ocasionados [...]”.

Al abordar la conexión entre las secciones y funciones de fiscalización y enjuiciamiento (García y Silvestre, 2023), debe atenderse a las normas jurídicas y a las normas técnicas²⁶. La Fiscalía y el Servicio Jurídico del Estado en

25. También han expuesto argumentos muy valiosos, no circunscritos a la responsabilidad contable, Mas Cladera (2008) y Cabello y Ferrán (2011).

26. Normas de fiscalización del Tribunal de Cuentas (www.tcu.es/es/fiscalizacion/Normas-ManualesGuias; consultado el 1 de julio de 2024).

el Tribunal de Cuentas cumplen en buena medida ese papel, entre otros aspectos, por su deber de emitir dictamen al proyecto de resultado de la fiscalización antes de su elevación al Pleno (artículo 44.3 de la LFTCU), indicando, si los hubiera, los indicios de responsabilidad contable. Del mismo modo, en el desarrollo de la fiscalización, si cualquiera de las personas integrantes del equipo fiscalizador aprecia irregularidades supuestamente constitutivas de responsabilidad contable, las normas técnicas establecen la obligación de documentar las actuaciones realizadas y elevarlas de forma inmediata a sus superiores jerárquicos, haciendo constar esa circunstancia, para su traslado por la dirección técnica a la consejera o al consejero de cuentas. En caso de que se aprecien irregularidades cuyo conocimiento pudiera corresponder a una instancia especializada distinta del Tribunal de Cuentas (penal, tributaria o administrativa, entre otras), se seguirá un proceso idéntico, pero en este caso, además, el consejero o la consejera ponente valorará la oportunidad de elevar la información y documentación detallada de las actuaciones al Pleno, para que este decida sobre su traslado a la instancia especializada que corresponda.

En lo que atañe a los OCEX, la filosofía de coordinación es la misma. Tanto sus leyes de creación²⁷ como sus reglamentos de funcionamiento²⁸, y las normas técnicas y guías prácticas de fiscalización²⁹, dejan clara la obligación del equipo auditor de documentar los indicios de responsabilidad contable durante el trabajo de campo y, si son sólidos, hacer un pronunciamiento expreso en el informe definitivo de fiscalización, con traslado inmediato al Tribunal de Cuentas³⁰. En cualquier caso, la Fiscalía del Tribunal de Cuentas tiene la obligación de examinar todos y cada uno de los informes de los OCEX, a lo cual ayudan de forma muy eficaz los protocolos bilaterales suscritos entre dicha Fiscalía y cada OCEX. A través de estos instrumentos jurídicos se normaliza la remisión de los informes y se clarifica el procedimiento para promover la exigencia de responsabilidades contables o de otra naturaleza, partiendo de los hechos contenidos en esos trabajos y recabando las aclaraciones necesarias, antes de proceder, según el caso, al archivo de las

27. Como muestra, en el Principado de Asturias el artículo 5.5 de la Ley 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas.

28. Por ejemplo, el artículo 61 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Cámara de Cuentas de Andalucía (*Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* del 11 de enero de 2012).

29. Específicamente, la GPF-OCEX 1241 sobre responsabilidades del auditor en la fiscalización con respecto al fraude (<https://asocex.es/normativa/>; consultado el 1 de septiembre de 2024).

30. El órgano interventor local tiene similares deberes con respecto al Tribunal de Cuentas (artículo 5.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local).

diligencias abiertas o su envío a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas. Como reconoce el propio Ministerio Público (Fiscalía General del Estado, 2024: 377-378), las fuentes de conocimiento “primordial” de los ilícitos contables son los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas y de los OCEX y, en menor medida, el ejercicio de la acción pública y los traslados procedentes de otras instituciones. Sigue la Fiscalía diciendo que su característica común es que “los hechos que generan responsabilidad contable no se conocen con precisión, tanto en lo que se refiere a la dinámica de su realización como en lo que respecta al resultado del daño causado”, debiendo así los delegados instructores transitar “de ser meros liquidadores de la responsabilidad contable [...], para empezar a convertirse en investigadores de la misma”.

En definitiva, para una misma finalidad (el reintegro al erario de los fondos menoscabados), la responsabilidad contable se exige mediante dos procedimientos jurisdiccionales principales: el procedimiento de reintegro por alcance y el juicio de cuentas³¹. La LFTCU reserva el primero para la persecución de alcances o malversaciones de caudales públicos, mientras que el segundo queda para los demás supuestos comentados. En el procedimiento de reintegro por alcance se seguirán los trámites del juicio declarativo que corresponda a la cuantía del alcance, según la ley de enjuiciamiento civil (artículo 73.2 de la LFTCU), mientras que en el juicio de cuentas el procedimiento se desarrollará de acuerdo con los trámites del contencioso-administrativo ordinario (artículos 68.1 y 71 de la LFTCU).

3.3 Legitimación y garantías de defensa

Analizadas las principales cuestiones de naturaleza esencial y procedimental sobre la responsabilidad contable, es preciso interrogarse sobre la configuración procesal de su exigencia o, más en concreto, la legitimación activa para pedir la actuación de la jurisdicción contable.

En primer lugar, podrán hacerlo de manera indubitada quienes tuvieran interés directo en el asunto o fueren titulares de derechos subjetivos relacionados con el caso (artículo 47.1 de la LOTCU), entre quienes se encuentran, como es natural, las Administraciones o entidades públicas perjudicadas (artículo 55.1 de la LFTCU). En segundo lugar, el Ministerio Fiscal (artículo 55.1 de la LFTCU). Y en tercer lugar, cualquier persona, física o jurídica, en el ejercicio

31. Hay otro para expedientes de cancelación de fianzas (artículos 75 a 77 de la LFTCU).

de la acción pública y sin necesidad de prestación de fianza o caución de clase alguna, sin perjuicio de la responsabilidad criminal y civil en que pudiera incurrir el que ejercite la acción indebidamente (artículos 47.3 de la LOTCU y 56.1 de la LFTCU) y/o las costas que le pudieran ser impuestas (artículo 56.3 de la LFTCU). Por otro lado, siguiendo el artículo 55.2 de la LFTCU, gozan de legitimación pasiva “los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso”.

En lo que atañe a los modos de terminación de los procedimientos jurisdiccionales ante el Tribunal de Cuentas, el artículo 78 de la LFTCU enumera las siguientes posibilidades: por sentencia (en cuyo caso se procederá a su ejecución), auto de sobreseimiento, allanamiento, desistimiento o caducidad. Por su parte, el régimen de prescripción se regula en la disposición adicional tercera de la LFTCU, estableciendo como norma general un plazo de cinco años, contados desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos que las originen (Villaverde Gómez, 2022).

Para concluir este epígrafe, dejaremos anotada una reflexión crítica que suele formar parte de las quejas habituales de las personas encausadas en la jurisdicción contable y que, por extensión, puede degenerar en un reproche social que debilite su propio rol constitucional y, quizás aún peor, su eficacia como institución recuperadora de fondos públicos. Una acerada crítica en este sentido —no teórica, sino fundamentada en la propia experiencia como abogado defensor en esta jurisdicción— la formula Entrena Fabré (2021), partiendo de la tesis de “una clara vis expansiva” de la intervención jurisdiccional del Tribunal de Cuentas en los últimos años —en concreto, conduciendo a través del procedimiento de responsabilidad por alcance otras infracciones contables— que, sin embargo, no ha venido acompañada “de un incremento en la tutela de los derechos y las garantías de las personas físicas afectadas por los procedimientos de responsabilidad contable, sino todo lo contrario”. Propone el autor una revisión de los mecanismos para que en las fases preprocesales (diligencias preliminares y actuaciones previas) los cuentadantes puedan comparecer desde su incoación y actuar “con igualdad de armas” (sic) con respecto a quienes les atribuyan responsabilidad contable. La naturaleza no jurisdiccional de tales actuaciones —declarada por el propio Tribunal de Cuentas— no puede ir en ningún caso contra el derecho de defensa, algo de lo que sería buena prueba “la sistemática inadmisión o desestimación de prácticamente todo recurso presentado”. Al hilo de esta cuestión, Torres Morato (2023) ha recordado que “si bien, en los primeros años de la entrada en vigor de la LOTCU y de la LFTCU, la jurisdicción contable afirmaba la procedencia de aplicar el principio de presunción de inocencia, posteriormente la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha

consagrado el criterio de que, en materia de responsabilidad contable, no procede aplicar dicho principio, sino el de reparto de la carga de la prueba, como corresponde a la naturaleza de las pretensiones que se enjuician ante esta jurisdicción”. Otros modelos cercanos de jurisdicción contable –caso de Portugal– mantienen otras interpretaciones³².

3.4

La jurisdicción contable en el panorama internacional

La doble faceta fiscalizadora y jurisdiccional del Tribunal de Cuentas goza de larga tradición en España³³. Además, en perspectiva internacional comparada, el Tribunal de Cuentas de España, lejos de constituir una rareza, forma parte del grupo de entidades fiscalizadoras superiores (EFS) con funciones jurisdiccionales que, aproximadamente, suponen una cuarta parte del total de las integradas en la Organización Internacional de EFS (Intosai).

Cuadro 2. Modelos de instituciones fiscalizadoras superiores

De Westminster o parlamentario	De consejo o colegiado	Judicial o napoleónico
<ul style="list-style-type: none"> Organismo independiente, adscrito al Parlamento. Audita las cuentas gubernamentales y evalúa las políticas públicas en nombre del poder legislativo. Originario del Reino Unido, se ha generalizado en todos los países de cultura británica o anglosajona, incluidos los Estados Unidos, así como los países escandinavos. 	<ul style="list-style-type: none"> Tribunales de cuentas con organización colegiada, sin competencias jurisdiccionales. Desarrollado en Alemania, desde donde se ha extendido a Europa Central y Oriental. 	<ul style="list-style-type: none"> Funciones fiscalizadora y jurisdiccional. Órgano equidistante entre el Parlamento y el Gobierno. Cultura de la prueba y del procedimiento contradictorio. Matriz en Francia, se ha difundido por el Mediterráneo, hasta Oriente Medio, y a todas las naciones de habla francesa o portuguesa, incluido Brasil, así como países hispanoparlantes.

Fuente: Miller (2004b).

32. “El principio de presunción de inocencia está amparado por la Constitución [...]. Por lo que se refiere a la ejecución de las responsabilidades financieras, el Tribunal de Cuentas hace suyo este principio en todas sus dimensiones” (Tribunal de Contas de Portugal, 2024).

33. Para una síntesis evolutiva de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, Mendizábal Allende (1965), Sala Sánchez (1984), y Medina y Pajares (2005).

Como recuerda Miller (2024b), en el mundo coexisten tres modelos genéricos de EFS, atendiendo a sus competencias y funciones, aun con todas las mixturas que acontecen en la práctica (cuadro 2). El modelo napoleónico —o latino— es mayoritario en regiones del mundo de habla francesa, española o portuguesa, aunque hace tiempo que ha trascendido estas estrictas lindes culturales o lingüísticas³⁴. Lo que resulta indudable es la influencia del modelo español sobre las instituciones análogas de América Latina.

A finales de 2015 se constituyó en París el Foro de EFS con Funciones Jurisdiccionales, surgido a partir de un anterior grupo de trabajo. En la misma capital francesa fue suscrita un año después la llamada Declaración de París, en la que colaboraron cuarenta EFS, con el fin de consensuar aspectos técnicos que se pudieran plasmar en guías y procedimientos comunes. En 2019 se aprobó la norma internacional³⁵ que guía las actividades jurisdiccionales de las EFS (cuadro 3) y que condensan siete ventajas principales (Gettliffe, 2024):

- Un órgano jurisdiccional que puede desarrollar y complementar los hallazgos y las recomendaciones del auditor.
- Una garantía adicional de gestión rigurosa para la ciudadanía y los contribuyentes.
- Una señal tangible de la responsabilidad de las personas que gestionan fondos públicos y de las exigencias asociadas a la rendición de cuentas.
- Una alternativa pertinente al enfoque *tout-pénal* (todo por lo penal).
- Una independencia reforzada que beneficia al conjunto de misiones a cargo de la entidad fiscalizadora superior.
- La cultura original de la prueba y la verificación (principio de contradicción).
- Unas exigentes normas de procedimiento y unas normas profesionales y éticas que garantizan un control de calidad integrado.

En 2024 nacía la nueva entidad Jurisai, agrupando las EFS con modelo mixto de fiscalización y enjuiciamiento, incluida la española³⁶.

34. Cuestión diferente es el esquema territorial adaptado a la respectiva estructura federal de cada Estado. Para el caso de España, Fernández Llera (2015).

35. La INTOSAI-P 50 sobre principios fundamentales de las actividades jurisdiccionales de las EFS (www.issai.org, consultado el 1 de agosto de 2024).

36. Las referencias citadas se encuentran en el número monográfico de 2024 de la revista de la Intosai sobre las EFS con funciones jurisdiccionales, disponible en <https://intosaijournal.org/fr/issue/q2-2024> (consultado el 1 de septiembre de 2024).

Cuadro 3. Principios fundamentales de las jurisdiccionales contables

Sobre prerequisites y marco legal	
1.	La ley define el régimen de responsabilidad y sanción aplicable a las personas responsables en virtud de la ley ante las EFS.
2.	Los miembros de las EFS que participen en las actividades jurisdiccionales deben gozar de garantías legales que garanticen explícitamente su independencia frente a las autoridades públicas.
3.	Las EFS deben tener facultades o derechos legales que garanticen su acceso a la información.
4.	Una irregularidad o una infracción puede ser atribuida a un gestor, administrador o funcionario público y castigada solo antes de transcurrido un tiempo razonable, computado desde el momento en que fue cometida o descubierta.
5.	Toda sentencia de las EFS debe estar abierta para ser objetada y reconsiderada y está sujeta a apelación o anulación de acuerdo con la regulación nacional.
Sobre reglamento interno y organización de las EFS	
6.	Las EFS deben garantizar que las personas responsables ante ellas tengan un juicio justo garantizado por los procedimientos legales.
7.	La imparcialidad del proceso de juicio debe estar garantizada por las normas que rigen las actividades de las EFS jurisdiccionales y los procedimientos resultantes.
8.	El ejercicio de la función jurisdiccional debe manifestarse en decisiones jurídicas notificadas y ejecutadas. La sanción de la responsabilidad personal del litigante debe ser efectiva.
9.	Una persona responsable en virtud de la ley no puede ser condenada por la misma irregularidad a varias sanciones de la misma naturaleza impuestas por la EFS. Una persona responsable en virtud de la ley solo puede ser condenada por la misma irregularidad a sanciones de distinta naturaleza impuestas por la EFS y otros tribunales si la ley lo permite.
Sobre procedimientos jurisdiccionales	
10.	Las EFS deben garantizar la calidad de los procedimientos jurisdiccionales mediante un control de calidad eficiente y sistemático.
11.	Las EFS deben completar el procedimiento jurisdiccional en un plazo razonable.
12.	Las EFS deben garantizar que las sentencias, al igual que cualquier decisión judicial, se dicten públicamente, respetando el secreto y las restricciones vinculadas a la confidencialidad que son legalmente obligatorias, así como la protección de los datos personales.

Fuente: INTOSAI-P 50 y Miller (2024a).

3.5

Esbozando una reforma de la jurisdicción contable española

No es el objetivo de este artículo manifestar ideas disruptivas sobre la jurisdicción contable española, ni tan siquiera valorar *in extenso* algunas propuestas de reforma formuladas por reputadas personas especialistas en la materia, maduras a partir de años acumulados de estudio y trabajo e ins-

piradas en las guías de Intosai. Vaya por delante el informe de revisión entre pares que el Tribunal de Cuentas encargó sobre su propio orden y funcionamiento (Tribunal de Contas de Portugal y Tribunal de Cuentas Europeo, 2015), cuyos resultados siguen siendo un excelente plan de actuación. Y la monografía integral de quien ha acumulado trienios de conocimiento, rigor y profesionalidad en diferentes departamentos y áreas del Tribunal de Cuentas (Cubillo Rodríguez, 2019), sin menosprecio de otras luminosas colaboraciones de este mismo autor y otros. También cabe destacar la llamada Declaración de Toledo³⁷, suscrita en el marco de un congreso profesional de auditoría pública en 2016, cuyo *leitmotiv* es la necesidad de una nueva legislación estatal que desarrolle el artículo 136 de la Constitución para regular el rol del Tribunal de Cuentas y su mejor encaje dentro del complejo ecosistema de control —interno y externo— en España.

Por pura simplicidad, podríamos clasificar las posibles reformas del enjuiciamiento contable en dos categorías, en todo caso, conectadas entre sí y con el mismo objetivo: el impulso a la eficacia y la eficiencia de esta jurisdicción, que, de manera automática, devendría en mayor transparencia y legitimación social. Como defiende el aludido Cubillo Rodríguez (2019: 276-277), frente a la teoría de la “decadencia de las jurisdicciones especializadas de los tribunales de cuentas”, la nueva sensibilidad social debe ser aprovechada para reforzar estas instituciones en su función de enjuiciamiento contable, no solo para ir contra quienes produzcan un menoscabo, digamos, *tradicional*, sino también para “exigir responsabilidades jurídicas a los gestores corruptos o manirroto”.

La primera categoría de reformas implicaría cambios en el núcleo duro de la legislación orgánica y ordinaria reguladora del Tribunal de Cuentas³⁸, dictadas hace cuatro décadas y en un contexto político, social y económico-financiero muy diferente al actual. Aquí estarían cuestiones largamente demandadas, muchas de las cuales se resumen en un renovado modelo de Tribunal de Cuentas. Para empezar, sería adecuada una sistematización jurídica en una sola ley del Tribunal de Cuentas (orgánica, ex artículo 136.4 de la Constitución), la incorporación más profusa del elemento territorial del control externo (habida cuenta de que a la fecha hay trece OCEX en funcionamiento), un mayor énfasis en la especialización técnica de los miembros del Tribunal de Cuentas (con valoración de elementos de auditoría, economía, evaluación de políticas públicas y competencias digitales), la ampliación del concepto de responsabilidad contable, la redefinición del alcance, la unifica-

37. Consultada en <https://fiscalizacion.es/2016/11/19/declaracion-de-toledo-2016/> el 15 de julio de 2024.

38. Excusaremos en este momento hipotéticos e improbables cambios en la Constitución.

ción de procedimientos de depuración, la no avocación sistemática de cuestiones que pueden resolverse en vía administrativa, o la clarificación legal de los regímenes de transmisión y prescripción, entre otras. Una referencia que viene al caso es la reciente reforma radical del régimen de responsabilidades de los gestores públicos en Francia, cambiando un modelo vigente desde hacía décadas y señalando así la necesaria adaptación al discurrir de los tiempos (Gautier, 2024).

La segunda categoría de reformas incluiría la modificación de los procedimientos jurisdiccionales, que, aun no excluyendo del todo algunos ajustes en la legislación, sobre todo vendrían dados por cambios reglamentarios en el Tribunal de Cuentas y/o por un nuevo paradigma doctrinal, reflejado en una renovada jurisprudencia³⁹. Por eso es apropiado el sugerente planteamiento de Íñiguez Hernández (2022: 48): “los criterios jurisprudenciales de los órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, la realidad viva de sus ámbitos normativo y material, evolucionan a medida que se suceden en aquellas personas con experiencias profesionales, culturas jurídicas e incluso edades distintas [...]. También influyen razones humanas, que nunca lo son demasiado: una Sala integrada por personas capaces de trabajar como el jurista colectivo que debería ser un tribunal, que se aprecien y estimulen profesionalmente y se comporten con la cordialidad y hasta la simpatía necesarias para todo trabajo cooperativo, será más productiva que una integrada por jueces menos impregnados de la humildad que produce la conciencia de que, como la generación de las hojas, la de los jueces...”.

En realidad, habría una tercera categoría, llamémosla rupturista, la cual parece sugerir que la jurisdicción contable quede arrumbada, quedando la depuración de este tipo de responsabilidades subsumida dentro de la propia Administración (como ya prevé la LGP) o en otros ordenes jurisdiccionales (penal, civil o contencioso-administrativo). Solo dos opiniones significativas en este punto. La de Chaves García (2017), para quien la conceptualización del alcance y la estricta limitación del Tribunal de Cuentas a la hora de enjuiciar, “ya que éste tiene vedado el control de la legalidad ajena al ámbito contable y presupuestario”, provocan una “situación clamorosa de impunidad práctica, [...] cuya red es incapaz de atrapar a quienes se amparan en tinglados de reglamentos y actos administrativos irregulares”, muchas veces adoptados por órganos colegiados⁴⁰. García Muñoz (2018: 453-454) es aún más categórico, cuando sostiene la tesis de que “todas las causas

39. Sin ánimo de exhaustividad, pero sí por ser referencias inexcusables, se cita a Pérez Tórtola (2003), Villanueva Rodríguez (2011), Cortell Giner (2012), González Soler (2015, 2016), Jiménez Rius (2017) y Suárez Robledano (2017).

40. Resalta los ejemplos de plenos municipales y consejos de gobierno de universidades.

abiertas por responsabilidad contable por alcance podrían (y deberían) ser enjuiciadas por la jurisdicción penal”, añadiendo a continuación que “la existencia de dolo es, *per se*, motivación suficiente para que el infractor deba afrontar más pena que la mera restitución de caudales públicos”. Remata su reflexión criticando el uso “intencionadamente inadecuado de la jurisdicción contable para eludir penas (de cárcel) por la disfunción del Tribunal de Cuentas en el pase del tanto de culpa al orden penal”.

4

Responsabilidad contable y sector público local

4.1

Algunas constataciones

Afirma con razón González Soler (2013: 379) que la gestión de los fondos públicos en las entidades locales no presenta peculiaridades susceptibles de recibir un especial tratamiento por los órganos de la jurisdicción contable. Siendo este un hecho incontrovertible, no lo es menos que la actuación jurisdiccional del Tribunal de Cuentas se viene ocupando preferentemente —*de facto*, no *de iure*— de la gestión de los fondos públicos del sector público local, algo que parece lógico, al menos a tenor de la atomización de la planta municipal, con más de 8100 entidades, de las cuales una inmensa mayoría tiene tamaño ínfimo, y en demasiadas ocasiones, además, con un sistema de control interno mejorable. Esta última opinión la sostiene la Fiscalía General del Estado (2015: 181-182), cuando advierte que los elevados importes relativos de las actas de liquidación provisional relativas al sector público local, en comparación con el sector público estatal o autonómico, se explican de manera coyuntural por algunos casos concretos⁴¹, pero “es indudable que dicha diferencia también puede estar expresando la diferencia de rigor existente entre el control interno de la gestión de los caudales públicos que lleva a cabo en la Administración Local y en los otros sectores de la Administración Pública [...]”.

En el cuadro 4 se muestra un dato significativo de la importancia del sector público local en la jurisdicción contable, a través del número de procedimientos de reintegro por alcance y por niveles de gobierno. Es fácil ver que, en promedio, más del 40 % se dirigen al sector público local, si bien

41. En aquel momento, determinados municipios de la Costa del Sol.

en los últimos años la proporción se ha elevado de forma notable, hasta un máximo del 63,9 % en 2023.

Cuadro 4. Procedimientos de reintegro por alcance

	Sobre el sector público local (1)	Total (2)	(1)/(2) %
2012	94	256	36,7 %
2013	112	301	37,2 %
2014	120	334	35,9 %
2015	134	391	34,3 %
2016	140	402	34,8 %
2017	106	218	48,6 %
2018	77	150	51,3 %
2019	48	151	31,8 %
2020	65	158	41,1 %
2021	111	223	49,8 %
2022	110	223	49,3 %
2023	124	194	63,9 %
Promedio	103	250	41,4 %

Fuente: Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado (www.fiscal.es).

Otro dato aún más ilustrativo de la importancia del sector público local en la actividad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas lo ofrecen las cifras de sentencias dictadas por la Sala de Justicia (cuadro 5), donde se observa que, en promedio, dos de cada tres de este tipo de resoluciones son del ramo local⁴². Cuestión diferente sería el análisis coste-eficacia de las cantidades recuperadas para el erario⁴³, partiendo de procedimientos en sí muy costosos, dirigidos a recuperar cantidades pequeñas, y que al final, en no pocas ocasiones, terminan en autos de sobreseimiento, sentencias desestimatorias o condenas de baja cuantía (algunas luego rebajadas por el Tribunal Supremo). Otro aspecto sobre el que a menudo se llama la atención —este no exclusivo del mundo local— es la dependencia que tienen las cifras globales de unos casos puntuales —y casi siempre muy mediáticos— que suelen im-

42. Las proporciones no serían muy diferentes en las sentencias de los tres departamentos de enjuiciamiento o en los autos de las diferentes instancias. Se obvian ahora por simplicidad expositiva.

43. En 2023, la cuantía total reintegrada a las entidades perjudicadas ascendió a 10 917 694,56 euros (Tribunal de Cuentas, 2024). El presupuesto inicial del Tribunal de Cuentas fue de 78 372 360,00 euros, y las obligaciones reconocidas ascendieron a 68 262 406,96 euros (www.tcu.es/es/transparencia).

plicar cuantías verdaderamente significativas. Todo esto añade una especial dificultad para evaluar con rigor la estadística de fondos recuperados, ante el carácter errático de la senda temporal de dichos importes. En cualquier caso, no olvidemos a los clásicos, para no incurrir en la necedad de confundir “valor” (incluido el intangible valor preventivo del instituto de la responsabilidad contable) y “precio” (coste puro y duro del procedimiento).

Cuadro 5. Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas

	Relativas al sector público local (1)	Total (2)	(1)/(2) %
2007	18	24	75,0 %
2008	10	18	55,6 %
2009	26	31	83,9 %
2010	20	25	80,0 %
2011	15	18	83,3 %
2012	14	22	63,6 %
2013	16	22	72,7 %
2014	8	13	61,5 %
2015	8	10	80,0 %
2016	12	18	66,7 %
2017	22	36	61,1 %
2018	11	17	64,7 %
2019	8	20	40,0 %
2020	5	22	22,7 %
2021	4	9	44,4 %
2022	11	14	78,6 %
2023	8	10	80,0 %
Total	216	329	65,7 %
Promedio	13	19	68,4 %

Fuente: Tribunal de Cuentas (www.tcu.es).

4.2

¿Nueva responsabilidad contable con viejos odres?

Ante la diversidad del mapa de entidades locales y la variedad de supuestos de responsabilidad contable (según su delimitación objetiva y subjetiva), es claro que la casuística puede ser, si no infinita, sí inconmensurable. Por ello, son muy meritorios los esfuerzos de sistematización de

la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, como el realizado por Gutiérrez García (2010) para el ámbito local. La autora señala algunos supuestos habituales, como los que traen causa de gastos de representación, retribuciones de órganos de gobierno, subidas salariales del personal, daciones en pago, prestación de servicios sin causa ni sustento jurídico válido, complementos específicos en las relaciones de puestos de trabajo, o subvenciones y otras ayudas públicas. Además, todas estas áreas de riesgo se pueden ver extendidas y multiplicadas si se tiene en cuenta la complejidad interna de algunas entidades locales de mayor tamaño, dotadas de más personal (directivo, funcionario, laboral y eventual), así como de un sector público institucional en el cual conviven con la Administración General varias sociedades mercantiles públicas, organismos autónomos, fundaciones y otras fórmulas de colaboración con el sector público y/o con las empresas privadas. En el caso de empresas públicas mixtas, opina Sánchez Lerma (2014) que “puede afirmarse la posibilidad de existencia de responsabilidad contable [...], entendiendo que su pertenencia al sector público y su finalidad de creación para la gestión de servicios públicos de competencia de la administración matriz *publica* la empresa, *publicando* los fondos de la misma en su totalidad”.

Otra cuestión de especial manejo en el ámbito local son las responsabilidades contables en que pueden incurrir las personas que desempeñan el control interno local, ya sea por acciones expresas u omisiones en el desempeño de la función interventora, o por una inexistente o insuficiente segregación de funciones (por ejemplo, uniendo en la misma persona la llevanza de la contabilidad y la fiscalización, caso típico de los pequeños municipios). Muñoz Juncosa (2017) ha extractado algunos de los principales riesgos asociados, algunos de los cuales son compartidos con el órgano gestor, aunque obviamente cambien los fundamentos de la eventual infracción⁴⁴. El autor, partiendo de su “experiencia de 34 años dedicados a la función interventora, once de ellos como interventor general del Ayuntamiento de Barcelona” (página 3), sitúa en primer lugar los riesgos relativos a la contratación, por la conjunción de su elevada importancia cuantitativa y su alta complejidad jurídico-administrativa que, en la mayor parte de los ayuntamientos y entidades locales menores, casa muy mal con la carencia de recursos técnicos y humanos para llevarla a cabo en condiciones mínimas de seguridad. El órgano interventor local no solo ejerce su función interventora típica, sino que es también el encargado de emitir informes en las diferentes fases de

44. Señala los gastos de personal por diferentes conceptos retributivos, las subvenciones, los gastos de representación y los ingresos públicos (por prescripción).

la contratación (planificación, preparación, licitación, adjudicación y ejecución) y de participar como miembro de un órgano colegiado (mesa de contratación). En las entidades locales más pequeñas todas esas funciones se entremezclan en la práctica, elevando el potencial riesgo de incurrir en vicios de incompatibilidad, conflicto de interés y, para el caso que nos ocupa, también de responsabilidad contable, si se llegan a constatar los citados elementos calificadores establecidos por la ley y la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas.

Finalmente, cabe preguntarse si con la innovadora gestión que implican los fondos NGEU⁴⁵ —basada en el cumplimiento de hitos y objetivos— el instituto de la responsabilidad contable podría tener algún cambio sustancial a corto plazo. La respuesta inmediata ha de ser negativa, aunque quizás todo sea una cuestión de *tempo* o, si se prefiere, de paciencia y evolución doctrinal. García y Silvestre (2023: 82-84) alertan de que la configuración legal y la forma de distribución de estos nuevos fondos europeos pueden implicar riesgos de gestión por tres aspectos: la falta de indicadores claros para la acreditación del cumplimiento de hitos y objetivos, la disminución de los controles previos de gasto y la tramitación de los expedientes de contratación por procedimientos más ágiles y, por tanto, restrictivos de la publicidad y la libre concurrencia. Si de todo ello —o de alguna de las cuestiones— deriva responsabilidad contable, está por ver. Lo que parece claro es que si, entre otras negativas consecuencias, se generalizan los sobrecostes, se desvirtúan las ayudas públicas, proliferan los problemas en la ejecución de determinados contratos o se descuida en exceso la función interventora, será preciso entonces reforzar el control financiero (interno) y la fiscalización (externa). Y ya se sabe que en el sector público local esto no resulta nada sencillo.

El control externo está obligado a cambiar, y de hecho ya lo está haciendo. En un primer momento, el papel del Tribunal de Cuentas y de los OCEX se centró en la fiscalización específica de las medidas preparatorias adoptadas para la implementación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁴⁶. Al cierre de este trabajo, las instituciones de control externo habían aprobado los primeros informes sobre la ejecución de dichos fondos y otros trabajos seguían en curso, con un enfoque operativo y evaluador dirigido a resultados (Rego Vilar, 2021; Quirós Castro, 2021). Cuando

45. Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. También sendas órdenes ministeriales de desarrollo, publicadas en el BOE del 30 de septiembre de 2021.

46. Para el sector público local, Tribunal de Cuentas (2023).

los fondos NGEU lleguen a su fin, o al menos lo hagan en algunas áreas de gestión, será el momento de activar plenamente los resortes de la fiscalización externa en todas sus modalidades, para controlar la legalidad de las actuaciones, pero también el grado de eficacia, eficiencia y economía, por más que una de las principales críticas sea la indefinición o la generalidad de algunos objetivos. En última instancia, al final del proceso, la responsabilidad contable se habrá de depurar en la línea sugerida más arriba, es decir, comprobando su acomodo a la legalidad (enfoque aparente), pero también su adecuación a los hitos y objetivos planificados, sin incurrir en sustracción por quien los tenga a su cargo y/o en desviación hacia fines distintos de los previstos (enfoque material).

En definitiva, los NGEU implican una nueva forma de gestión y un reto de control, con las conocidas tres líneas de defensa: en la propia gestión, en órganos interventores independientes de la propia gestión, y en el control *ex post* mediante auditorías especializadas. Aunque el legislador básico ha “olvidado” las instituciones de control externo, su papel sigue siendo clave como cuarta línea de defensa y, en el caso de la jurisdicción contable, como una vía cualificada para este cometido, complementaria de la fiscalizadora. Sin embargo, los procedimientos de enjuiciamiento contable no habrán cambiado sustancialmente (salvo súbito giro normativo o repentino vuelco doctrinal), a pesar de los nuevos riesgos que afloran, de manera muy concreta en subvenciones y contratación, por ser en estos dos ámbitos donde los fondos NGEU cobran mayor protagonismo práctico, sin olvidar todo lo relacionado con transparencia, prevención del fraude y gestión en sistemas digitalizados (Ruiz García, 2021).

5

Reflexiones finales

La función de enjuiciamiento contable completa y complementa la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas y de los OCEX, si bien la primera es exclusiva del supremo órgano fiscalizador.

La extraordinaria complejidad del instituto de la responsabilidad contable es una circunstancia que dificulta algunos procedimientos hasta el extremo, condicionando su desarrollo y su resolución exitosa, entendiendo por tal éxito la recuperación de los fondos públicos menoscabados, con pleno respeto a todas las garantías procesales y al derecho de defensa de las personas encausadas. La exquisitez jurídico-procesal debe ser salvaguardada como un valor supremo, pero ha de procurarse mayor agilidad, eficacia y

eficiencia de los procedimientos. Esta recomendación general de simplificación y transparencia es una vía de legitimación social para esta jurisdicción tan especial.

La responsabilidad contable no empieza ni termina en el Tribunal de Cuentas. De hecho, la legislación presupuestaria prevé la vía administrativa para expedientes por infracciones distintas del alcance o la malversación, que en la práctica, cierto es, no suelen ser muy abundantes.

Es preciso reflexionar sobre el futuro de la jurisdicción contable con parámetros elevados y máximo rigor, tomando como punto de partida la rica experiencia acumulada. Las cuatro décadas transcurridas desde la aprobación de la LOTCU y —casi— de la LFTCU habilitan un buen momento para ello. Una de las principales vías de reforma es el encaje más afinado entre la fiscalización —compartida por el Tribunal de Cuentas y trece OCEX— y el enjuiciamiento contable. Un nuevo modelo territorial-federal del control externo se debe abrir paso, como por otra parte ya funciona en la praxis habitual. Y todo ello, sin perjuicio de los ajustes que procedan en el sistema de control interno, donde el sector público local ha recorrido ya un buen camino, tras la aprobación del actual reglamento⁴⁷.

Algunas reformas exigirían —o harían muy recomendable— una modificación constitucional, si bien no parece viable en el corto plazo. Otras requerirían la modificación de la LOTCU, la LFTCU, la LGP, la LTAIPBG y otras leyes estatales y autonómicas, lo cual exige un amplio consenso técnico y político, algo que no debería ser quimérico en un país democrático avanzado. Para el sector público local, es preciso recordar que, si bien su gestión no presenta peculiaridades susceptibles de recibir un especial tratamiento por los órganos de la jurisdicción contable, sería preciso revisar algunos preceptos del TRLRHL. Finalmente, otro tipo de reformas dependen casi en exclusiva de cambios reglamentarios o doctrinales en el seno del Tribunal de Cuentas.

A los retos comentados se deben añadir algunas demandas de la sociedad, entre las que se han señalado de manera expresa el eventual enjuiciamiento contable del “despilfarro” por ineficiencia o ineficacia, así como la responsabilidad a dilucidar por falta de rendición de cuentas o de colaboración. En el caso de los fondos NGEU los desafíos se amplían a nuevas formas de gestión y exigencia de resultados que no se pueden —ni deben— soslayar. Y, cómo no, es preciso insistir en la aplazada reforma de la planta municipal y de los sistemas de financiación, para dotar de mayor *músculo* institucional a los municipios, la mayoría de ellos en riesgo de inanición e incapaces de cumplir sus exigencias.

47. BOE del 12 de mayo de 2017.

El avance es obligado. Diríamos que una oportunidad histórica. *Tempus fugit*.

6 Bibliografía

- Biglino Campos, P. (2019). El Tribunal de Cuentas como garantía del Estado Social, del Estado Democrático y del Estado de Derecho. *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 77-100.
- Cabello, M.^a L. y Ferrán, J. (2011). Una aproximación a las responsabilidades derivadas de la obligación legal de rendir las cuentas generales en la Administración Local. *Revista Española de Control Externo*, 38, 157-196.
- Chaves García, J. R. (2017). La urgente reconstrucción del enjuiciamiento contable del reintegro por alcance. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 6, 730-748.
- Corona Martín, R. M.^a (2004). La nueva Ley General Presupuestaria y el Tribunal de Cuentas. *Revista Española de Control Externo*, 18, 15-28.
- Cortell Giner, R. (2012). Propuestas de reforma en materia de responsabilidad contable. *Auditoría Pública*, 58, 77-84.
- Cubillo Rodríguez, C. (2019). *Aspectos jurídicos del despilfarro en la gestión de los fondos públicos*. Madrid: Dykinson.
- Delgado del Rincón, L. E. (2001). A propósito del carácter jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas: comentario a la STC 215/2000, de 18 de septiembre. *Revista Española de Control Externo*, 9, 89-126.
- Entrena Fabrè, R. (2021). El derecho de defensa en las actuaciones previas al procedimiento de reintegro por alcance del Tribunal de Cuentas. *Cuadernos de Derecho Local*, 56, 206-224.
- Fernández García, J. F. (2013). La responsabilidad contable: el reintegro por alcance. *Revista de Administración Pública*, 192, 339-379.
- Fernández Llera, R. (2015). Reflexiones federalistas para un nuevo modelo de control externo. *Auditoría Pública*, 65, 59-70.
- Fiscalía General del Estado. (2015). *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos / Ministerio de Justicia.
- (2024). *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial*. Madrid: Fiscalía General del Estado / Ministerio de Justicia.

- García Martínez, S. y Silvestre Delgado, S. (2023). Las relaciones entre las secciones de Fiscalización y Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas desde el punto de vista del control externo. *Revista Española de Control Externo*, 73, 64-85.
- García Muñoz, J. (2018). *Gobernanza, gestión de riesgos y cumplimiento normativo en la universidad pública*. Salamanca: Amarante.
- Gautier, L. (2024). El nuevo régimen de responsabilidad financiera de los gestores públicos, el corazón del ecosistema de integridad pública. *International Journal of Government Auditing*, 51 (2), 54-57.
- Gettcliffe, D. (2024). Las siete ventajas esenciales del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las EFS. *International Journal of Government Auditing*, 51 (2), 29-34.
- González Soler, O. E. (2013). El control de legalidad y la responsabilidad contable en el ámbito municipal. En J. L. Rodríguez-Vigil Rubio y R. Fernández Llera (coords.). *Crisis de los ayuntamientos, crisis de la democracia. Ideas para una reforma del Régimen Local en Asturias* (pp. 365-385). Oviedo: Real Instituto de Estudios Asturianos.
- (2015). Reflexiones sobre la reforma de la jurisdicción contable. *Auditoría Pública*, 66, 85-92.
 - (2016). El modelo español de control externo: algunas propuestas para su reforma. *Presupuesto y Gasto Público*, 82, 49-68.
- Gutiérrez García, C. (2010). Doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable en el ámbito local. *Revista de Estudios Locales / Cunal*, 132, 280-310.
- Íñiguez Hernández, D. (2022). Evolución y reforma de la jurisdicción contable. *Revista Española de Control Externo*, 71, 44-49.
- Jiménez Rius, P. (2017). La responsabilidad contable: modificaciones y mejoras imprescindibles. *Presupuesto y Gasto Público*, 86, 75-89.
- Mas Cladera, P. A. (2008). Sobre las consecuencias de la no rendición de cuentas: comentarios a la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2008. *Revista Española de Control Externo*, 30, 103-118.
- Medina Guijarro, J. y Pajares Giménez, J. A. (2005). La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su “propia jurisdicción” en la historia y en la Constitución Española. *Revista Española de Control Externo*, 21, 33-68.
- Mendizábal Allende, R. de (1965). Función y esencia del Tribunal de Cuentas. *Revista de Administración Pública*, 46, 13-68.

- (dir. y coord.). (2019). *Glosario de términos de fiscalización y de enjuiciamiento contable*. Madrid: Boletín Oficial del Estado / Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

- Miller, G. (2024a). La norma INTOSAI-P 50. *International Journal of Government Auditing*, 51 (2), 21-25.
- (2024b). Panorámica de los diferentes modelos de EFS con especial atención al modelo jurisdiccional. *International Journal of Government Auditing*, 51 (2), 15-20.

- Muñoz Juncosa, A. (2017). *El interventor en la administración local: control interno y responsabilidad contable* [tesis doctoral]. Universitat de Barcelona. Disponible en <http://hdl.handle.net/10803/665622> (consultada el 1 de septiembre de 2024).

- Nieto de Alba, U. (2006). Comparecencia del presidente del Tribunal de Cuentas ante la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, 27 de junio.

- Pascual García, J. (2014). *Régimen jurídico del gasto público. Presupuestación, ejecución y control* (6.ª edición). Madrid: Boletín Oficial del Estado.

- Pérez Tórtola, A. (2003). Perspectivas del enjuiciamiento contable en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española. *Revista Española de Control Externo*, 15, 55-72.
- (2007). Rendición de cuentas y responsabilidad contable. Ponencia presentada en las V Jornadas Eurosai-Olacefs. Lisboa.

- Quirós Castro, C. (2021). La (tan) necesaria auditoría de resultados en el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XX, 347-367.

- Rego Vilar, S. (2021). Os OCEX e a auditoría dos fondos Next Generation: novo modelo de control? *Revista Administración & Cidadanía*, 16 (2), 65-83.

- Ruiz García, E. (2021). Next Generation UE: riesgos y oportunidades de cambio en el control interno y la fiscalización. En S. Rego Vilar (coord.). *Auditoría y control de la respuesta al COVID-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE* (pp. 165-179). Cizur Menor: Aranzadi.

- Sala Sánchez, P. (1984). *La jurisdicción contable: las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva ley orgánica del Tribunal de Cuentas de España*. Madrid: Tribunal de Cuentas, Servicio de Publicaciones [reproducido en *Revista Española de Control Externo*, 21 (2005), 87-122].
- (2007). A responsabilidade contable na nova lei xeral orzamentaria. *Revista Galega de Economía*, extra, 139-156.

- Sánchez Lerma, G. A. (2014). Responsabilidad contable y gestión en las sociedades públicas. *Auditoría Pública*, 64, 105-122.
- Suárez Robledano, J. M. (2017). El futuro del Tribunal de Cuentas (especial referencia a la jurisdicción contable). *Revista Española de Control Externo*, 19, 13-41.
- Torres Morato, M. Á. (2023). La responsabilidad contable. *Revista Española de Control Externo*, 73, 10-47.
- Tribunal de Contas de Portugal. (2024). La relación entre la auditoría y la ejecución de la responsabilidad financiera: experiencias de la EFS de Portugal. *International Journal of Government Auditing*, 51 (2), 86-91.
- Tribunal de Contas de Portugal y Tribunal de Cuentas Europeo. (2015). *Informe. Revisión entre pares*. Tribunal de Cuentas. Disponible en www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/content/pdf/transparencia/Report_PR_2015_06_19-fim-es.pdf (consultado el 1 de junio de 2024).
- Tribunal de Cuentas. (2023). *N.º 1.528. Informe de fiscalización de los planes anti-fraude aprobados por las entidades locales que participan en la ejecución de las medidas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Madrid: Tribunal de Cuentas.
- (2024). *Informe anual 2023*. Madrid: Tribunal de Cuentas.
- Vacas García-Alós, L. (2006). La judicialización del Tribunal de Cuentas y su dimensión constitucional. *Cuadernos de Derecho Público*, 29, 19-57.
- Villanueva Rodríguez, U. L. (2011). Notas sobre la responsabilidad contable. *Auditoría Pública*, 55, 11-27.
- Villaverde Gómez, M.^a B. (2022). Responsabilidad contable y la necesidad de su reforma. Dos ejemplos a la luz de la jurisprudencia contable. En S. Rego Vilar (coord.), *Auditoría y control de la respuesta al COVID-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE* (pp. 197-235). Cizur Menor: Aranzadi.

Fondos Next Generation EU, distribución de la riqueza y responsabilidad penal. Especial consideración del papel de la Fiscalía Europea*

LUIS ROCA DE AGAPITO

*Profesor titular de Derecho Penal.
Universidad de Oviedo*

1. **Introducción**
2. **La tutela penal de los intereses financieros de la Unión Europea**
3. **La Fiscalía Europea como garante de los intereses financieros de la Unión Europea**
4. **Delitos relacionados con los fondos europeos y la competencia de la Fiscalía Europea para conocerlos**
 - 4.1. Los delitos que perjudican los intereses financieros de la Unión Europea
 - 4.2. La competencia de la Fiscalía Europea dentro de España
5. **Bibliografía**

Resumen

Estudio de la normativa europea relativa a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea a través del derecho penal. En particular se aborda el papel de la Fiscalía Europea como principal garante de tales intereses.

Palabras clave: *fondos europeos; fraude comunitario; Fiscalía Europea; tutela penal de los intereses financieros de la Unión Europea; Next Generation EU.*

Artículo recibido el 12/09/2024; aceptado el 10/10/2024.

* Este artículo se enmarca en el Proyecto PID2022-138770OB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE, titulado: *Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica (II)*, cuya IP es Paz Mercedes de la Cuesta Aguado (catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cantabria).

NextGenerationEU, wealth distribution, and criminal liability: special consideration of the role of the European Public Prosecutor's Office

Abstract

This article examines European regulations aimed at safeguarding the financial interests of the European Union through criminal law, with a specific focus on the role of the European Public Prosecutor's Office as the primary protector of these interests.

Keywords: European funds; EU financial protection; community fraud; European Public Prosecutor's Office (EPPO); criminal protection of EU financial interests; NextGenerationEU.

1

Introducción

La vigencia de un Estado social y democrático de derecho, como proclama el art. 1.1 CE, presupone que los poderes públicos cuenten con suficientes recursos personales y materiales para poder cumplir con las exigencias que dicha configuración política entraña. Una adecuada financiación de las Administraciones públicas no es solo una cuestión de gestión económica, sino también de justicia social. Por tanto, la redistribución de la riqueza, a través de una equitativa política de ingresos y de gastos en los presupuestos públicos, es una verdadera forma de promover la libertad, la igualdad y la justicia como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, y si fuese necesario, habrá que recurrir incluso al derecho penal para contribuir a su tutela.

La redistribución de la riqueza es “un fin inspirador de determinados preceptos penales, como lo es de la propia Constitución y debe servir para interpretar la constitucionalidad de otros” [de la Cuesta Aguado (2023: 40)]. Y es que un país con mayor justicia distributiva de la riqueza —añado yo— no es solo un país más igualitario y democrático, sino también más libre y seguro. Qué duda cabe que el ejercicio de los derechos y libertades por los ciudadanos precisa de cierta capacidad económica, y cuanto más igualitaria sea esta mayor será el ejercicio efectivo de aquellos por todos. Pero es que, además, una sociedad más justa en la distribución de su riqueza es también una sociedad menos conflictiva y, por tanto, también con menores índices de delincuencia. Bastaría con comparar las tasas de criminalidad por

países con sus índices de desigualdad en la distribución de la riqueza para comprobar la correlación que existe entre ambas magnitudes. Así, países de América central y del sur y países africanos, que presentan las mayores desigualdades en el reparto de la riqueza, son a su vez los que tienen mayores tasas de criminalidad; y a la inversa, los países europeos, que tienen un menor índice de desigualdad, son también los que tienen menores tasas de criminalidad. Y es que, sin descartar obviamente la influencia de otros factores (biológicos, psicológicos y sociológicos) en la aparición de la delincuencia, existen muchas teorías criminológicas que han destacado el vínculo entre desigualdad económica y crimen¹.

La autora antes citada pone de relieve que, aunque desde la gran crisis económica de 2008 se está produciendo una fuerte acumulación del capital, España es un país relativamente igualitario. En 2022, mientras que el 1 % más rico de la población mundial acapararía el 38 % de toda la riqueza y el 10 % más rico acumularía el 75 %, en cambio, el 50 % de la población mundial sería depositaria tan solo del 2 % de toda la riqueza. Por el contrario, en España los datos serían bien diferentes: el 10 % más rico captaría el 34,5 % de los ingresos, el 50 % inferior el 21 %, y el 40 % medio tendría el 44,4 %, lo cual nos situaría, además, en la media de Europa². Quizás por ello, como

1. Dicha relación ha sido remarcada por diversas teorías explicativas del crimen clásicas. Así, la teoría económica de Becker (1968), desarrollada luego por Ehrlich (1973) y otros, considera que los individuos hacen un cálculo económico entre el beneficio que pueden obtener por el tiempo invertido en trabajar o en dedicarse a cometer delitos, teniendo en cuenta en dicho cálculo la posibilidad y severidad del castigo. En estos modelos la desigualdad conduce al crimen, al situar a individuos con bajos ingresos que obtienen pocos beneficios por su trabajo al lado de individuos con altos ingresos y que tienen bienes que compensa quitárselos. No obstante, otros estudios empíricos posteriores han matizado esta relación y distinguen entre desigualdad y pobreza [vid., p. ej., Kelly (2000)]. La desigualdad no tendría efecto sobre los delitos contra la propiedad, pero sí en los delitos violentos. En cambio, la pobreza y la actividad policial tendría más bien un efecto en los delitos contra la propiedad y poco en los delitos violentos. Por ello, parece que habría que complementar dicha vinculación entre desigualdad y delincuencia con otro tipo de teorías criminológicas, como la teoría de la anomia de Merton (1938) o las teorías de la desorganización social de la Escuela de Chicago con Shaw y McKay (1942), entre otros, por no hablar de las teorías del conflicto y de la criminología crítica, de base marxista, que consideran que el derecho representa los valores e intereses de las clases dominantes, no los intereses de la sociedad en general, y que la aplicación de las leyes se efectúa de acuerdo con dichos intereses, por lo que el comportamiento desviado es una reacción al desigual e injusto reparto de poder y riqueza en la sociedad. Pero volviendo a la teoría de la anomia de Merton, este autor considera que los individuos de la clase social baja se frustran al verse incapaces de alcanzar el éxito social, que consiste en acumular la mayor riqueza posible. Este fracaso sería más frustrante cuando observan el éxito de quienes les rodean, lo que les conduciría a alienarse de la sociedad y, en respuesta a ello, cometerían delitos. Dicha alienación individual puede surgir de la desigualdad de ingresos o por pertenecer a una minoría racial. Por su parte, las teorías de la desorganización social vinculan la aparición de la criminalidad a diversos factores que debilitan las redes de control social informal, como la pobreza, la heterogeneidad étnica, la movilidad residencial o la inestabilidad familiar. Para esta teoría la desigualdad causaría el delito de manera indirecta al asociarse con la pobreza.

2. De la Cuesta Aguado (2023: 33). Respecto de la desigualdad en la distribución de la riqueza en España puede consultarse el *Anuario Estadístico de España 2023* que elabora el

decíamos, España presente una de las menores tasas de delincuencia a nivel mundial.

Está por ver el impacto económico y social de la COVID-19 y de la guerra de Ucrania en esta distribución de la riqueza, pues sin duda lo tendrán, y el efecto que a su vez puedan tener en las tasas de delincuencia, pero en este contexto de dificultades e incertidumbres económicas, la Unión Europea decidió activar en julio de 2020 un instrumento excepcional y colosal de ayudas públicas, conocido como *Next Generation EU*, dotado con nada más y nada menos que 750 000 millones de euros (a precios de 2018). Los dos instrumentos de mayor volumen de estos fondos son el Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia (MRR), dotado con 672 500 millones de euros, y el Fondo de Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-EU), dotado con 47 500 millones. Además, *Next Generation EU* aportará fondos adicionales a otros programas europeos, como el Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural (FEADER) o el Fondo de Transición Justa (FTJ). De todo ello se previó que España pudiese recibir 140 000 millones de euros correspondientes al MRR, de los que 60 000 millones corresponderían a transferencias no reembolsables y hasta un máximo de 80 000 millones de euros a préstamos. En cuanto al resto de los fondos *Next Generation EU*, España puede recibir algo más de 12 000 millones en el Fondo REACT-EU, 720 millones en el FEADER y 450 millones en el FTJ.

Para acceder a estos fondos, los Estados miembros debían presentar planes nacionales de recuperación y resiliencia, que luego la Comisión Europea evaluaría y aprobaría. El Gobierno de España presentó en abril de 2021 su *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, que se descompone en 4 ejes (Transición ecológica, Transformación digital, Cohesión territorial y social e Igualdad de género), que a su vez se proyectan sobre 10 políticas palanca con un total de 31 componentes³. A fecha de 26 de julio de 2024 España ya ha recibido cuatro pagos y transferencias de prefinanciación que suman casi 48 000 millones de euros, además de 340 millones en préstamos. Según el calendario previsto por el Ministerio de Economía, la mayor parte de los préstamos se han pospuesto para 2025 y 2026.

INE y que en el capítulo "Nivel, calidad y condiciones de vida" incluye, entre otros parámetros, el coeficiente de Gini que mide la desigualdad salarial (disponible en <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?tpx=66300&L=0>).

3. Véase el detalle de estos 31 componentes en el último anexo revisado de la Decisión de Ejecución del Consejo, de 14 de mayo de 2024 (ST 9303/24 ADD 1), por la que se modifica la Decisión de Ejecución del Consejo (UE), de 13 de julio de 2021, relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España (ST 10150/2021; ST 10150/2021 ADD 1 REV 1).

La importancia de los fondos *Next Generation EU* está fuera de toda duda, pero, como se comprenderá, la protección de los intereses financieros de la UE trasciende a dichos fondos y se proyecta sobre toda conducta que pueda causar un perjuicio al presupuesto de la Unión, tanto en lo que se refiere a su vertiente de ingresos como a la de los gastos. No es de extrañar, por tanto, el especial interés que la UE ha tenido y sigue teniendo en la protección de sus intereses financieros, y trata de que se persiga toda aquella conducta fraudulenta que pueda perjudicarlos, recurriendo incluso al derecho penal.

2

La tutela penal de los intereses financieros de la Unión Europea

Resulta difícil cuantificar el perjuicio que por diversas conductas ilícitas experimenta todos los años el presupuesto de la UE. No obstante, según el último informe al respecto de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo publicado en julio de 2024⁴, el monto total del fraude a la UE podría ascender a más de 1900 millones de euros. Por ello, no es de extrañar que la propia UE se haya preocupado de que se tutelen estos intereses financieros y se trate de poner coto a este tipo de conductas, recurriendo incluso al derecho penal si fuese preciso, como hemos dicho. Y ello no solo porque perjudica, obviamente, su capacidad para llevar a cabo las políticas europeas, sus objetivos y valores, sino también porque dicho fraude merma la confianza de los ciudadanos europeos en el propio sistema impositivo de la UE.

Hace ya más de tres décadas, en 1987, fue creado el primer organismo comunitario para combatir dicho fraude a los presupuestos europeos, con la *Unidad de Coordinación de Lucha contra el Fraude* (UCLAF). Pero la UCLAF no tenía una naturaleza independiente y se integraba dentro de la Secretaría General de la Comisión Europea. No tenía competencia para realizar investigaciones por propia iniciativa, sino que simplemente colaboraba con los departamentos nacionales antifraude y ofrecía coordinación y

4. Vid. el 35.º Informe anual sobre la protección de los intereses financieros de la UE [COM(2024) 318 final]. Según el art. 325(5) TFUE, la Comisión Europea, en cooperación con los Estados miembros, tiene que elevar al Parlamento y al Consejo un informe anual sobre la protección de los intereses financieros de la Unión (los llamados "Informes PIF", disponibles en <https://anti-fraud.ec.europa.eu/about-us/reports>). Concretamente, en 2023 ha habido un ligero incremento en el número de irregularidades reportadas en comparación a 2022 y en el importe total del fraude (+4,6 %) (p. 16 del 35.º Informe PIF).

asistencia para luchar contra el fraude transnacional. No obstante, es cierto que con posterioridad se ampliarían sus competencias.

Un hito trascendental en la protección de los intereses financieros de la UE fue la STJCE de 21 de septiembre de 1989 (as. 68/88) (ECLI:EU:C:1989:339), más conocida como el *caso del maíz griego*⁵. En virtud de esta resolución se impuso en las Comunidades Europeas la vigencia del principio de asimilación, es decir, la obligación para los Estados miembros de otorgar una protección jurídica a los intereses comunitarios en grado equivalente a la dispensada por el Estado miembro para proteger sus intereses nacionales. Este principio de asimilación en la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas fue luego recogido expresamente por el Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 1992 en su art. 209A, el cual también introdujo el principio de coordinación entre los Estados y la UE en este ámbito. Con posterioridad, el Tratado de Ámsterdam de 1997 mantuvo estos principios en el art. 280; y en la actualidad el Tratado de Lisboa, en el art. 325 TFUE, prevé la obligación de la UE y de los Estados miembros de luchar contra el fraude y contra cualquier otra actividad ilegal que pueda afectar a los intereses financieros de la Unión, considerándolas materias en las que la UE tiene competencia legislativa ordinaria. Así pues, se puede decir que la sentencia del maíz griego fue el “detonante de que se empezara a hablar en serio del derecho penal europeo” [Nieto Martín (2016; 2018: 75)].

Pero volviendo al Tratado de Maastricht, tras su entrada en vigor y sobre la base del art. K.3, apdo. 2, letra c) del TUE, los Estados miembros decidieron establecer un instrumento de cooperación entre ellos y suscribieron un *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995* (en adelante Convenio PIF), en virtud del cual se previó por primera vez en un texto legal la obligación de tipificar penalmente conductas de fraude que pudieran afectar a los intereses de la antigua CEE. En este sentido, por ejemplo, el CP español, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, cumplió con dicha obligación incluyendo en su articulado diversos delitos y faltas de fraude a las Comunidades Euro-

5. Por aquel entonces la CEE imponía aranceles a los productos agrícolas procedentes de países terceros con el fin de proteger a sus agricultores. Estos aranceles aduaneros constituían, y siguen constituyendo, un recurso propio con el que se financia el presupuesto de la UE. En aquel caso sucedió que funcionarios griegos, durante un largo período de tiempo y pese a las advertencias de la Comisión, falsificaron los certificados de origen de partidas de maíz que se exportaban desde la antigua Yugoslavia, evitando así el pago de los correspondientes aranceles aduaneros. La Comisión interpuso ante el TJCE un recurso por incumplimiento, alegando que Grecia no hacía todo lo posible para evitar el fraude, y el Tribunal europeo estableció que los intereses de la UE, especialmente los financieros, debían tutelarse de manera similar a los propios intereses nacionales, y en cualquier caso de manera proporcionada, eficaz y disuasiva. Sobre este caso, entre otros, Bueno Armijo (2023).

peas (arts. 305.3, 306, 309, 627 y 628 CP/1995). Sin embargo, el Convenio PIF solo se refería a las conductas de fraude a los presupuestos y no aludía a otro tipo de conductas que podían resultar igualmente perjudiciales para los intereses financieros de la UE, como las prácticas corruptas de funcionarios públicos en la gestión de los fondos europeos. Por ello, para cubrir dicha laguna se añadió un *Protocolo al Convenio PIF de 27 de septiembre de 1996* (en adelante 1.º Protocolo PIF), en virtud del cual cada Estado miembro se comprometía a incriminar como infracciones penales actos de corrupción pasiva (de un funcionario) y actos de corrupción activa (de un particular), siempre que ello causase o pudiese causar perjuicio a los intereses de las Comunidades Europeas. Hasta entonces la corrupción había sido un asunto exclusivamente nacional, pero con el 1.º Protocolo PIF se dio un gran paso adelante en la lucha contra la corrupción, al considerarla un problema transnacional y encuadrarla dentro de la política criminal de la UE de persecución de delitos que pudiesen afectar a sus intereses financieros⁶. Aun así, a pesar de estos compromisos internacionales, quedaban por abordar todavía algunas otras cuestiones relativas a la lucha contra el fraude y la corrupción que perjudicaban los intereses financieros de la UE. Por ello, se suscribió un *2.º Protocolo al Convenio PIF de 19 de junio de 1997*, en el que se abordó la responsabilidad penal de las personas jurídicas por estos actos delictivos y también se extendió la obligación para los Estados miembros de incriminar el blanqueo de capitales procedentes de estos delitos que perjudican los intereses financieros de la UE. A ello hay que sumar todavía un *3.º Protocolo al Convenio PIF de 29 de noviembre de 1996*, en el cual se previó la competencia del TJCE para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales acerca de la interpretación del Convenio PIF y del 1.º Protocolo PIF.

A pesar de los notables avances que ha supuesto la elaboración del Convenio PIF y de sus protocolos en la tutela penal de los intereses financieros de la UE, sin embargo, algunos Estados han sido reacios a ratificar estos instrumentos, por lo que también su entrada en vigor se demoró. Conforme a ello, el Convenio PIF no entró en vigor hasta más de 7 años después de su aprobación: el 17 de octubre de 2002, junto con el 1.º Protocolo PIF. Pero es que el 2.º Protocolo PIF dilató todavía más su entrada en vigor, hasta el 19 de mayo de 2009, e incluso se puede decir que, después de la completa entrada en vigor, el nivel de aplicación y de implementación de estas obligaciones relativas a la protección de los intereses financieros de la UE no fue equivalente en todos los Estados miembros. No perdamos de vista que estos textos internacionales no eran propiamente derecho de la UE, sino un

6. *Vid.* al respecto, entre otros, Roca de Agapito (2009).

mero instrumento de cooperación entre los Estados miembros, muy importante, sí, pero sin la posibilidad por parte de la UE de activar los mecanismos de control con que cuenta para garantizar el cumplimiento de su derecho. Por ello, la Comisión decidió dar un nuevo impulso para luchar contra el fraude comunitario y elaboró una propuesta de directiva en 2001.

La Comisión pretendía enmarcar la protección de los intereses financieros de la UE dentro del Tercer Pilar (la cooperación en los ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior — JAI), y por eso proponía una directiva. Sin embargo, el Parlamento no compartió este punto de vista y consideró que debía enmarcarse en el Primer Pilar (las Comunidades Europeas), y por eso enmendó esta propuesta y entendía que debía regularse por medio de un reglamento⁷. Debido a este motivo, dicha propuesta de 2001 cayó en saco roto.

No obstante, recordemos la coyuntura política y económica en que se encontraba la UE entonces, con el proyecto de ampliación a nuevos países y la consolidación de una unión monetaria, con el euro, que hacían desparecer en el mercado interior fronteras nacionales, pero a la par seguían subsistiendo fronteras jurídicas que complicaban la acción policial y judicial, sin obstaculizar la actividad de los delincuentes en este terreno. Por ello, la Comisión Europea emprendió otro camino, fruto también —hay que decirlo— de las denuncias de corrupción y favoritismo que afectaron a algunos de sus comisarios y que dieron lugar a la dimisión de la propia Comisión en marzo de 1999. En sendos informes de comités de expertos independientes, creados a instancias del Parlamento, se puso de relieve que el marco legal para combatir el fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas era incoherente e incompleto⁸, lo que daría lugar a la reconver-

7. La inicial Propuesta de Directiva PIF [COM(2001) 272 final] fue posteriormente modificada [COM(2002) 577 final], fruto de los dictámenes del Tribunal de Cuentas y del Parlamento Europeo. En esta Propuesta modificada de Directiva PIF se indicaba: "Con arreglo al artículo 280 del Tratado CE, la Comunidad es competente para adoptar medidas que permiten proteger los intereses financieros comunitarios de manera efectiva y equivalente en todos los Estados miembros. Ante la considerable amplitud del perjuicio infligido a estos intereses por el fraude y la criminalidad económica y financiera internacional, conviene reforzar el dispositivo jurídico actual, teniendo en cuenta, en particular, el retraso en la ratificación por los Estados miembros de los instrumentos que se adoptaron en el marco del título VI del Tratado UE. Efectivamente, mientras que el Convenio de 1995 y los Protocolos de 1996 relativos a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas han sido finalmente ratificados y se espera que entren pronto en vigor, el Protocolo de 1997 todavía no ha sido ratificado por todos los Estados miembros. La propuesta de la Comisión, que recoge todas las disposiciones de esos instrumentos referentes a las incriminaciones, a la responsabilidad, a las sanciones y a la cooperación con la Comisión, presenta, en particular, la ventaja de que permite recurrir a los mecanismos de control previstos en el Tratado CE para velar por la correcta transposición y aplicación del Derecho comunitario por los Estados miembros".

8. Según el *Segundo Informe sobre la Reforma de la Comisión* relativo al *Análisis de la práctica actual y propuestas para atajar la mala gestión, irregularidades y el fraude*, de 10 de septiembre de 1999, el Comité ponía de relieve que la Comisión "poseía sólo poderes y competencias de Derecho administrativo, lo cual, sin embargo, tenía importantes implicaciones

sión de la UCLAF en la *Oficina Europea de Lucha contra el Fraude* (OLAF —por sus siglas en francés—)⁹, con mayor independencia y con mayores poderes de investigación y de persecución del fraude. En un principio, la Comisión optó por dar un enfoque global e integrado en la lucha contra el fraude basándose en una cultura de cooperación reforzada entre los niveles nacional y comunitario¹⁰. Pero, enseguida advirtió que lo más adecuado para la protección de los intereses financieros de la UE sería optar por impulsar una legislación penal europea única en este ámbito. En este sentido, la Comisión también decidió encargar a otro grupo de expertos (bajo la dirección de la prof.^a Delmás-Marty) la tarea de elaborar una propuesta sobre los principios que debían inspirar la política criminal en la protección de los intereses financieros de la UE en el marco de un espacio jurídico europeo único. La idea era ambiciosa, pues se pretendía prácticamente construir un auténtico derecho penal federal en el seno de la UE, al menos en este ámbito PIF.

Este encargo fructificaría en la presentación en 1997 de un *Corpus iuris* que establece disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la UE, revisado luego en 2000 y conocido como la “versión Florencia”¹¹, y que vendría a ser hasta el momento la máxima expresión de esa idea de un derecho penal federal europeo¹². Esta propuesta se limitaba a la protección de los intereses financieros de la UE, pero también han existido luego otras propuestas de “eurodelitos”, que han pretendido extender la unificación del derecho penal europeo en otros ámbitos¹³.

en el ámbito del Derecho penal. Por eso —decía—, el marco existente (i) fracasa en reconocer y adecuar la verdadera naturaleza de la UCLAF/OLAF, (ii) deja ineficaces los instrumentos legales para la investigación, persecución y castigo del fraude y (iii) fracasa a la hora de proveer garantías suficientes para los derechos individuales” (p. 16) (disponible en <https://anti-fraud.ec.europa.eu/about-us/reports>).

9. Creada por Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom, de 28 de abril, cuyos objetivos y funciones se regularon por el Reglamento (CE) 1073/1999, de 25 de mayo, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), luego reemplazado por el Reglamento (UE, Euratom) 883/2013, de 11 de septiembre, relativo a las investigaciones efectuadas por la OLAF.

Sobre la trayectoria de la OLAF en la protección de los intereses financieros de la UE, *vid.*, entre otros, Hofmann y Stoykov (2019).

10. Véase la *Comunicación de la Comisión por un enfoque estratégico global en la protección de los intereses financieros de las Comunidades y en la lucha contra el fraude* [COM(2000) 358 final].

11. Véase, al respecto, Delmas-Marty (2000: 1654). Una versión en español del *Corpus Juris* en Delmas-Marty y Vervaele (2004).

12. El *Corpus Iuris* está compuesto por 35 artículos: 17 dedicados a aspectos de derecho penal sustantivo, relativos a la parte general y a la parte especial, y 18 relativos al procedimiento penal, incluyendo la propuesta de creación de un Fiscal Europeo —a este respecto, entre otros, Queralt Jiménez (1999)—.

A propósito del *Corpus Iuris*, *vid.* Choclán Montalvo (1998), García Arán (1999), Morales Prats (1999) y Vervaele (2002), entre otros.

13. En este sentido cabe destacar la propuesta de otros “eurodelitos” encabezada por Tiedemann (2003), la cual, además de otros 22 preceptos de la parte general del derecho penal

La Comisión tomó el testigo de los expertos y abrió un profundo debate sobre el futuro de la protección de los intereses financieros de la UE al presentar a finales de 2001 un *Libro Verde* [COM(2001) 715 final] en la línea del *Corpus Iuris*, con la idea de revisar los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y poder avanzar en la creación de ese espacio penal europeo homogéneo, al menos, como decíamos, en el ámbito de la protección de los intereses financieros de la UE.

Aunque el Tratado de Niza de 2001 no cambió nada en este punto, el Tratado de Lisboa de 2007 sí que lo hizo y estableció la base legal para alcanzar aquel propósito. El art. 83 TFUE prevé la potestad para el Parlamento Europeo y el Consejo, en un procedimiento legislativo ordinario o de codecisión, de establecer unas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones, o de una necesidad de combatirlas con criterios comunes. El TFUE enumera en este artículo específicamente cuáles son estos ámbitos delictivos (terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual, tráfico de drogas y de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada), entre los que no se encuentra, curiosamente, el fraude a los intereses financieros de la UE. Sin embargo, a continuación, el apdo. 2 del art. 83 TFUE recoge una competencia aneja [ya establecida en la STJUE de 13 de septiembre de 2005 (as. 176/03) (ECLI:EU:C:2005:542), en el *caso de la Comisión c. Consejo*], en virtud de la cual allí donde el derecho de la UE tiene competencias para regular una determinada materia (v. gr., el presupuesto de la UE, sus ingresos y sus gastos) tiene competencia también para armonizar los derechos penales nacionales si ello resulta imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de la política de la UE. Esta armonización en cuanto a infracciones y sanciones penales se adoptará mediante directivas, a través del procedimiento legislativo ordinario. En todo caso, el apdo. 4 del art. 325 TFUE lo deja claro, y prevé expresamente esta facultad legislativa ordinaria¹⁴.

sustantivo, comprendía otros 35 artículos relativos a delitos pertenecientes a ámbitos distintos, como el laboral, el del consumo y la competencia, del medio ambiente, de las insolvencias punibles y delitos societarios, del bursátil, entre otros.

Asimismo, posteriormente cabe destacar la ampliación de la propuesta de "eurodelitos" encabezada por Arroyo y Nieto (2006a), relativa al delito de estafa y a los fraudes y corrupción.

14. Art. 325.4 TFUE: "El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión".

Sobre esta nueva base legal (arts. 83 y 325 TFUE), la Comisión decide retomar el procedimiento para armonizar las legislaciones penales de los Estados miembros¹⁵, y en julio de 2012 presenta una Propuesta de Directiva [COM(2012) 363 final]¹⁶ que, tras una larga tramitación, acabaría aprobándose como la *Directiva (UE) 2017/1371, de 5 de julio, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal* (en adelante DirPIF)¹⁷. Más adelante haremos referencia al contenido sustantivo de esta directiva (*infra* 4.), pero baste con decir ahora que la DirPIF sustituye al Convenio PIF y sus protocolos (art. 16), pero impone a los Estados obligaciones adicionales de incriminación más estrictas (p. ej., incluye la malversación entre los delitos PIF), y, además, prevé otras reglas comunes relativas al sujeto activo de estos delitos (el concepto de funcionario), a las formas de aparición de estos delitos (tentativa, participación), a sus penas, a la prescripción y al decomiso. Algunas de las nuevas obligaciones previstas en la DirPIF ya se habían cumplido en España por medio de las LL. OO. 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo, y otras fueron traspuestas por medio de la LO 1/2019, de 20 de febrero, de reforma del CP¹⁸.

Pero para que la tutela de los intereses financieros de la UE resultase plenamente efectiva, la armonización de las legislaciones penales nacionales debería completarse con otros mecanismos procesales que hiciesen posible dicha unidad jurídica. Para este fin el TFUE introdujo en su art. 86 la posibilidad de crear mediante un reglamento adoptado con arreglo a un procedimiento legislativo especial, que exigía unanimidad del Consejo tras aprobación del Parlamento, una Fiscalía Europea.

El camino para la instauración de la Fiscalía Europea no fue fácil, como tampoco lo fue el de la armonización del derecho penal PIF, según hemos

15. Ya lo anunció en la Comunicación de la Comisión de 26 de mayo de 2011, "sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal y de las investigaciones administrativas. Una política integrada para salvaguardar el dinero de los contribuyentes" [COM(2011) 293 final] (p. 11), y en la Comunicación de la Comisión de 24 de junio de 2011, "sobre la Estrategia de Lucha contra el Fraude de la Comisión" [COM(2011) 376 final] (p. 4).

16. Sobre esta propuesta de directiva, véase, entre otros, Kuhl (2012).

17. Sobre esta directiva, véanse, entre otros, Juszczak y Sason (2017); de la Mata Barranco (2017).

18. *Vid.* un análisis sobre la trasposición de esta directiva al ordenamiento penal español, entre otros, en Benito Sánchez (2019), quien considera que el legislador español lo ha hecho correctamente en términos generales, aunque advierte que en casos leves de fraude, al prever una pena de multa como alternativa a la pena de prisión, el CP español iría en contra de la DirPIF, que expresamente requiere que la sanción sea privativa de libertad. Esta autora también concluye que la DirPIF, al dejar un gran margen de discrecionalidad a los Estados en lo concerniente a la definición de los delitos, de las sanciones y de los plazos de prescripción, puede provocar que la actual disparidad entre las legislaciones nacionales persista, siendo ello un importante obstáculo para lograr una estrategia coordinada contra esta delincuencia. Por tanto, la DirPIF "parece que se encuentra lejos de alcanzar el propósito de armonizar los sistemas penales" (2019: 150).

visto. A la Propuesta inicial de la Comisión [COM(2013) 534 final], once Estados miembros se opusieron esgrimiendo los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad (art. 5 TUE)¹⁹ y requiriendo a la Comisión para que revisase su propuesta. Tuvieron que transcurrir cuatro años más de debates y complejas negociaciones para que, tras recurrir al mecanismo de cooperación reforzada²⁰ que prevé el párr. 3.º del art. 86.1 TFUE en caso de no alcanzarse la unanimidad en el Consejo, se aprobase el *Reglamento 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea* (en adelante Rgto-FE), quedando fuera de ella inicialmente países como Dinamarca, Irlanda, Hungría, Malta, Países Bajos, Polonia y Suecia²¹. Aun así, hubo que esperar otros cuatro años más hasta su puesta en funcionamiento oficial el 26 de mayo de 2021.

En los siguientes epígrafes analizaremos brevemente esta regulación de la Fiscalía Europea, pero para concluir este apartado habría que destacar que tan importante como toda esta normativa armonizadora de las infracciones y sanciones penales para la protección de los intereses financieros de la UE es que los Estados cuenten con recursos suficientes y eficaces para la prevención del fraude, y, en su caso, para su detección y persecución. Con este fin la UE activó en 2004 el primer Programa Hércules, en virtud del cual se financia con fondos europeos la mejora de la capacidad operativa de las autoridades nacionales competentes para la lucha contra el fraude²². A dicho Programa le siguieron el Hércules II (2007-2013), el Hércules III (2014-2020), y en estos momentos está en marcha el *Programa de la UE de Lucha contra el Fraude* previsto dentro del MFP (2021-2027), integrado por tres compo-

19. El principio de subsidiariedad implica que la armonización del derecho nacional solo resulta admisible cuando la intervención de la UE proporcione una mejor protección a los intereses comunes; y el principio de proporcionalidad implica, además, que la armonización ha de realizarse del modo menos invasivo posible para las competencias nacionales.

Sobre estos argumentos en contra de la Propuesta inicial, *vid.*, entre otros, de Angelis (2019: 274).

20. Diversos autores han puesto en cuestión si recurrir al mecanismo de la cooperación reforzada no puede acabar siendo una solución insatisfactoria. *Vid.*, entre otros, di Francesco Maesa (2017).

21. En la actualidad, 24 de los 27 Estados miembros de la UE se han adherido a la Fiscalía Europea. Los últimos en hacerlo, en 2024, han sido Suecia, en julio, y Polonia, en febrero. Antes ya lo habían hecho Malta y Países Bajos, en agosto de 2018. Solamente Hungría ha decidido no adherirse a la Fiscalía Europea; y Dinamarca e Irlanda tienen una cláusula de exclusión voluntaria del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

22. El componente Hércules del Programa de la UE de Lucha contra el Fraude consiste principalmente en ayudar financieramente a las autoridades competentes de los países de la UE para reforzar su capacidad operativa y técnica en la investigación de actividades perjudiciales para el presupuesto de la Unión. El apoyo financiero se utiliza para adquirir equipos y herramientas técnicas, como equipos de investigación y vigilancia, herramientas forenses y herramientas para analizar datos.

mentales: 1) Hércules; 2) Sistema de Información Antifraude (AFIS)²³; y 3) Sistema de Gestión de Irregularidades (IMS)²⁴.

En definitiva, la idea central de la política criminal acerca de la protección de los intereses financieros de la UE debe ser prevenir dicha criminalidad, por supuesto, pero también evitar que esta se desplace hacia otros países en cuyos ordenamientos existan regímenes punitivos menos severos, en lo que se ha denominado como “turismo fiscal”²⁵. De ahí la importancia de la armonización de las legislaciones europeas en este ámbito a través de las distintas obligaciones de incriminación que se han ido imponiendo (Convenio PIF y sus protocolos primero, y luego DirPIF). Pero estos aspectos sustantivos en la protección de los intereses financieros de la UE deben complementarse con instrumentos procesales de investigación y persecución a lo ancho y largo de todo el territorio de la UE, para que ese “turismo fiscal” no redunde en impunidad. Es en este punto donde cobra una especial importancia la Fiscalía Europea (o por sus siglas en inglés: EPPO – *European Public Prosecutor’s Office*).

3

La Fiscalía Europea como garante de los intereses financieros de la Unión Europea

Como no existen jueces penales europeos de carácter supranacional que puedan enjuiciar hechos delictivos que perjudiquen los intereses financieros de la UE, la competencia para el conocimiento y fallo de los procedimientos penales por estos delitos tiene que ser necesariamente de los jueces y tribunales nacionales. Esto es lógico, pero de ahí surge, como hemos explicado, la necesidad de armonizar las legislaciones de los diferentes Estados en lo referente a estos delitos para que no se produzca ese fenómeno de turismo fraudulento que pueda acabar dañando los intereses financieros de la UE. Y

23. El componente AFIS es un conjunto de aplicaciones informáticas gestionadas por la OLAF en el marco de una infraestructura técnica común. El objetivo de estas aplicaciones es intercambiar información relacionada con el fraude entre las Administraciones nacionales y de la UE.

24. El componente IMS es un sistema electrónico de intercambio de información de datos que facilita la notificación de irregularidades en diversos ámbitos (agricultura, asilo, cohesión, pesca, personas desfavorecidas, vecindad, preadhesión, y el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia). Es utilizado por 35 países, no solo los Estados miembros, sino también los países candidatos y otros países no pertenecientes a la UE. Las autoridades notificantes facilitan información sobre las personas infractoras, el programa o la línea presupuestaria donde se cometieron las infracciones, el importe, cómo, cuándo, dónde se cometieron, el método de detección, el seguimiento y las sanciones impuestas.

25. de la Mata Barranco (2017).

de ahí brota también la conveniencia de la creación de una Fiscalía Europea para perseguir e investigar desde el propio seno de la UE este tipo de delitos, pues ella es la principal interesada en hacerlo. Por tanto, la Fiscalía Europea viene a erigirse en el principal garante de los intereses financieros de la UE.

Conviene no perder de vista tampoco que la necesidad de la creación de una Fiscalía Europea obedece asimismo a otro tipo de razones, más bien de carácter práctico, en cuanto que al formar parte de ella fiscales procedentes de diferentes países y especializados en fraudes de gran dimensión que puedan afectar a dos o más Estados miembros, se encuentra en mejores condiciones para llevar a cabo una investigación simultánea en varios Estados que desde un juzgado nacional, además, de poder disponer de más y mejores medios para hacerla.

Con ser todo esto cierto, sin embargo, tampoco lo es menos que el papel que tiene la Fiscalía Europea en la protección de los intereses financieros de la UE ha quedado en alguna medida mermado por el complicado proceso de su establecimiento. Como ya hemos visto, la Fiscalía Europea se creó por el RgtoFE tras un largo y complicado proceso de debates y negociaciones en el seno de la UE, coincidiendo en el tiempo también con la aprobación de la DirPIF. La coincidencia en el tiempo de la aprobación de ambas disposiciones resulta lógica, pues las dos están estrechamente unidas. Por un lado, la Fiscalía Europea es la responsable de investigar y perseguir los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, y, por otro lado, se deben armonizar estos delitos en todo el territorio de la UE para que haya una legislación penal homogénea. Así pues, la función de la Fiscalía Europea, tal y como viene establecida en el art. 4 RgtoFE, depende de la definición que prevén los arts. 3 y 4 DirPIF para todo el territorio de la UE de los delitos contra los intereses financieros de esta. Esta interconexión entre ambos textos normativos es lo que explica en gran medida la dificultad que ha existido en la propia creación de la Fiscalía Europea y también la estructura y las atribuciones con que al final se configuró.

Y es que entre los delitos que pueden perjudicar los intereses financieros de la UE se incluyen no solo el fraude a los presupuestos y el fraude de subvenciones europeas, sino también otros más propios de la corrupción política, como el cohecho y la malversación si es que afectan a fondos europeos. Es por ello por lo que durante el proceso de alumbramiento de la Fiscalía Europea ha existido desde un principio cierta reticencia por parte de los políticos nacionales a que los Estados perdiesen competencias a la hora de investigarles y perseguirles en este tipo de delitos que afectan al núcleo duro de la corrupción política. Se puede decir que, en el fondo y por este motivo, ha habido un interés político por nacionalizar en buena medida la

configuración y el funcionamiento de la Fiscalía Europea, lo cual se puede observar en su estructura y en la complicada y alambicada atribución de competencias que se le ha otorgado, con numerosas condiciones, excepciones y requisitos que a la postre complican la labor de la Fiscalía Europea como garante de los intereses financieros de la UE.

En este sentido, aunque la Fiscalía Europea es completamente independiente (art. 6 RgtoFE), cabe destacar que su estructura es dual, organizada en dos niveles: el central y el nacional o descentralizado (arts. 8 y ss. RgtoFE). A nivel central, la Fiscalía Europea, con sede en Luxemburgo, está integrada por el Fiscal General Europeo y el Colegio de Fiscales Europeos, que es el que se encarga de definir la estrategia general de actuación y las normas internas de la Fiscalía Europea y de garantizar la coherencia de la acción penal entre los asuntos de los que conoce. El Colegio está compuesto por el Fiscal General y por veintidós fiscales de los Estados miembros participantes (faltan los de Suecia y Polonia, pero en breve se unirán). La estructura central está formada también por otros órganos colegiales llamados salas permanentes, que supervisan y dirigen las investigaciones y acusaciones realizadas a escala nacional por los fiscales europeos delegados. Asimismo, se encargan de la coordinación de las investigaciones y acciones penales en los asuntos transfronterizos y garantizan la ejecución de las decisiones tomadas por el Colegio. El nivel nacional está formado por los fiscales europeos delegados, que son los responsables de investigar los delitos y de ejercer la acción penal sobre el terreno. No obstante, siempre actuarán bajo la dirección e instrucciones de la Sala Permanente a cargo del caso, en la cual el Estado miembro involucrado en una investigación tiene que estar representado por “su” Fiscal Europeo²⁶. En definitiva, va a ser este quien sea la pieza clave de las investigaciones que los fiscales europeos delegados de “su” Estado miembro lleven a cabo.

Además, pese a la primacía del derecho de la UE que proclama el RgtoFE, se ha tratado de ser muy respetuosos con el derecho penal y procesal de cada uno de los Estados miembros, pues no en vano el ejercicio del *ius puniendi* forma parte del núcleo de la soberanía nacional de cada uno de ellos [así, Narváez Rodríguez (2020: 95 y ss.)]. Pese a que durante el proceso de gestación de la Fiscalía Europea se barajó la posibilidad de establecer una regulación supranacional de la fase de investigación, con un papel supletorio y residual del derecho nacional, al final, el consenso al que se llegó

26. El procedimiento de nombramiento del Fiscal Europeo y de los fiscales europeos delegados se encuentra regulado en los arts. 16 y 17 RgtoFE, y para España en el RD 882/2022, de 18 de octubre.

fue que la Fiscalía Europea utilizase la normativa procesal de cada país²⁷. Y es que, según el art. 30.5 *in fine* RgtoFE, la legislación nacional aplicable regirá los procedimientos y las modalidades para adoptar las medidas de investigación (entradas y registros, interceptación de comunicaciones, seguimientos...). Asimismo, el Fiscal Europeo Delegado encargado podrá solicitar u ordenar la detención o prisión preventiva del sospechoso o acusado, con arreglo a la legislación nacional aplicable en casos nacionales similares (art. 33.1 RgtoFE). Y los actos procesales de la Fiscalía Europea destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros serán objeto de control jurisdiccional por los órganos jurisdiccionales nacionales competentes de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos en el derecho nacional (art. 42.1 RgtoFE). El TJUE solo será competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre algunas cuestiones: concretamente el cuestionamiento de la validez de los actos procesales de la Fiscalía sobre la base del derecho de la Unión y la interpretación que se deba hacer del propio Rgto FE (art. 42.2)²⁸. Son, por tanto, los jueces del país donde actúa el Fiscal Delegado quienes deben autorizar las medidas de investigación o cautelares que afecten a derechos fundamentales²⁹.

Por todo ello, se aprobó la LO 9/2021, de 1 de julio, en virtud de la cual se adaptó el ordenamiento español al RgtoFE, completando sus disposiciones y regulando un procedimiento especial para la investigación por parte de los fiscales europeos delegados de aquellos delitos cuyo conocimiento les correspondiera llevar a cabo en España³⁰.

Si nos atenemos al resultado final, pese a la primera impresión que tenemos de haberse conseguido la creación de una agencia europea de per-

27. El considerando 13 del RgtoFE dice que se establece un sistema de competencias compartidas entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales encargadas de combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, basado en el derecho de avocación de la Fiscalía Europea. Y en el considerando 15 insiste en que el presente reglamento no afecta a los sistemas nacionales de los Estados miembros en lo que respecta al modo en que se organizan las investigaciones penales. Además, añade el considerando 63 que, dado que la Fiscalía Europea debe ejercer la acusación ante los órganos jurisdiccionales nacionales, su competencia debe definirse por referencia al derecho penal de los Estados miembros, en el que se tipifican los actos u omisiones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión y se determinan las sanciones aplicables.

28. *Vid.*, por ejemplo, el Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de 26 de abril de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:4726A) planteando una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre si no vulnera el art. 42 RgtoFE y otros preceptos de derecho de la UE el art. 90 de la LO 9/2021, de 1 de julio, que excluye de control jurisdiccional un acto procesal de la Fiscalía Europea como es la decisión de citar a unas personas como testigos, máxime cuando se aprecia una expectativa razonable de participación en los hechos investigados por parte de uno de ellos.

29. Sobre la obligación de la Fiscalía Europea de respetar los derechos fundamentales establecidos tanto a nivel europeo como a nivel nacional, *vid.*, entre otros, Díaz Abad (2018); Moreno Catena (2014); Lara López (2023); Narváez Rodríguez (2020).

30. Extensamente sobre esta normativa, por todos, Guerrero Palomares (2023).

secución supranacional de los delitos contra los intereses financieros de la UE, casi parece un trampantojo. La estructura en cuatro capas de la Fiscalía Europea (Fiscal General, Colegio, salas permanentes y fiscales delegados), así como la nacionalización de las reglas de investigación y de procedimiento en los asuntos de su competencia, hacen que su naturaleza se asemeje en cierta medida a la cooperación propia de Eurojust (la Agencia de la UE para la Cooperación Judicial Penal), a partir de la cual, por cierto, se creó (art. 86.1 TFUE). Y es que, en definitiva, resulta muy complicado que se pueda construir dicha agencia europea sin un auténtico espacio jurídico común europeo³¹.

En cualquier caso, la creación de Fiscalía Europea es sin duda un gran avance en la protección de los intereses financieros de la UE, diseñada fundamentalmente para investigaciones complejas de carácter eminentemente supranacional, con una aparente independencia orgánica y funcional, y con una gran capacidad para decidir dentro de un proceso penal nacional, sin que se encuentre sujeta a órdenes o instrucciones que puedan provenir de los Estados miembros o de la propia UE. Eso sí, para cumplir con sus objetivos —como advierte el Preámbulo de la LO 9/2021—, la Fiscalía Europea debe mantener una estrecha cooperación con organismos de la UE ya existentes, como Europol, Eurojust y la OLAF.

4

Delitos relacionados con los fondos europeos y la competencia de la Fiscalía Europea para conocerlos

Los delitos que pueden perjudicar los intereses financieros de la UE y de los que puede conocer la Fiscalía Europea son aquellos previstos en la DirPIF. Por tanto, es esta norma la que delimita el ámbito de tipicidad de las conductas delictivas que puede conocer la Fiscalía Europea. Pero luego el Rgto-FE establece una serie de reglas concretas de competencia de la Fiscalía Europea, que en unos casos la amplían a otros delitos, pero en otros la restringen. Veamos estas dos cuestiones por separado y cómo se resolvió un conflicto de competencia planteado en España por la Fiscalía Europea para investigar un presunto caso de corrupción relacionado con la adquisición con fondos europeos de mascarillas durante la pandemia, que todavía está *sub iudice*.

31. Como pone de relieve Vervaele (2023). También se muestra crítico en este punto, entre otros, Kuhl (2017: 138 y ss.).

4.1

Los delitos que perjudican los intereses financieros de la Unión Europea

El art. 22.1 RgtoFE atribuye competencia a la Fiscalía Europea respecto de los delitos contemplados en la DirPIF, tal y como se hayan transpuesto por la legislación nacional. Los delitos PIF serían básicamente cuatro³²: el fraude, el blanqueo de capitales, la corrupción (activa y pasiva) y la malversación cuando afecten a los intereses financieros de la UE.

Todas estas conductas solo serán consideradas delito de conformidad con la Directiva si se cometen de forma intencional (arts. 3.1, 4.2 y 4.3 DirPIF) y causan un daño al presupuesto de la Unión superior a 10 000 euros (art. 7.4 DirPIF), lo que no impide que los Estados miembros puedan fijar umbrales más bajos, o incluso no establecer umbrales, a la hora de transponer la Directiva al derecho interno³³. El ámbito de lo punible comprende otras formas de intervención delictiva más allá de la autoría, como la inducción y la complicidad, y alcanza también a aquellos estadios imperfectos de ejecución que puedan ser considerados como tentativa (art. 5 DirPIF). También se

³². Sobre las normas de la DirPIF relativas a estos delitos, *vid.*, entre otros, Benito Sánchez (2019); Requejo Naveros (2023); Vilas Álvarez (2018).

³³. El art. 25.2 RgtoFE limita la competencia de la Fiscalía en estos casos inferiores a 10 000 € a que el asunto tenga repercusiones a escala de la Unión, o a que los sospechosos sean funcionarios u otros agentes de la UE. E incluso está previsto en el art. 27.8 RgtoFE que se excluyan asuntos del ámbito de competencias de la Fiscalía Europea, según las orientaciones y pautas fijadas internamente por el Colegio de Fiscales Europeos, cuando el perjuicio sea inferior a 100 000 € y no se considere oportuno asumir la investigación. Según el Anexo 4 de la Decisión del Colegio de Fiscales Europeos 029/2021, de 21 de abril, adoptando las pautas operativas sobre la investigación, la política de avocación y la remisión de casos a las autoridades nacionales (reformada posteriormente por la Decisión 026/2022, de 29 de junio) (disponible en <https://www.eppo.europa.eu/en/about/legal-framework>), establece que por debajo de esa cantidad el caso se remitirá a las autoridades nacionales, salvo que haya funcionarios públicos que sean sospechosos de haber cometido la infracción; que la investigación involucre a una organización criminal; que la investigación pueda tener repercusión a nivel de la Unión o que pueda mermar la reputación de la Unión, incluso aunque pueda ser a nivel nacional o local; que la investigación tenga una dimensión transfronteriza y sitúe a la Fiscalía Europea en mejor posición para investigar y perseguir; que haya razones para creer que la autoridad nacional no va a tomar las acciones oportunas para recobrar completamente el daño causado a los intereses financieros de la UE; o que haya una urgente necesidad de actuar en las siguientes situaciones y no haya razones para creer que la autoridad nacional vaya a tomar las acciones pertinentes: 1) peligro concreto de desaparición de los bienes que pueden ser objeto de decomiso; 2) peligro concreto de fuga de los sospechosos; 3) peligro concreto para uno o más de los testigos clave; 4) peligro concreto de destrucción de pruebas importantes; 5) riesgo de que el daño a los intereses financieros de la UE pueda incrementarse.

A este respecto, habría que cuestionar estas remisiones al poder de autorreglamentación de la Fiscalía [*vid.* Martínez Santos (2018)], pues se trata de una institución que puede adoptar algunas decisiones que afectan a los derechos fundamentales y libertades públicas de los individuos y de las empresas, y la Fiscalía Europea no cuenta con suficiente legitimidad democrática en este terreno, por lo que sería aconsejable que esas normas internas tuviesen el visto bueno de otras instituciones europeas que sí posean dicha legitimidad.

exige que la responsabilidad penal alcance a las personas jurídicas responsables de cualquiera de estas infracciones penales (art. 6 DirPIF), y en caso de que se cometiesen en el seno de una organización criminal, que esta circunstancia opere como agravante (art. 8 DirPIF). En España ello daría lugar a un concurso de delitos, pues la integración en una organización criminal o en un grupo criminal ya está tipificada como delito autónomo (arts. 570 bis y ter CP).

A. En cuanto al *fraude*, el art. 3 DirPIF distingue entre fraude en materia de gastos, según estén relacionados o no con contratos públicos (en el primer caso se exige que se cometan con ánimo de lucro y causando una pérdida para los intereses financieros de la Unión, y en el segundo no), y fraude en cuanto a los ingresos, procedan estos o no de los recursos propios del IVA (en el primer caso se exige que la conducta sea cometida en una trama fraudulenta transfronteriza, y en el segundo no)³⁴. Las acciones y omisiones previstas son las enumeradas en las letras a), b), c) y d) del apdo. 2 del citado artículo, y consisten en lo siguiente:

- el uso o la presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos que tenga por efecto la malversación o la retención infundada de fondos o activos del presupuesto de la UE

34. Quizás el problema más importante para los intereses financieros de la UE sea el fraude del IVA. Sin embargo, solo indirectamente se puede entender que afecta a los intereses financieros de la UE, por cuanto parte de las contribuciones de los Estados miembros al presupuesto de la UE se calcula en función de sus ingresos correspondientes al IVA, pero, en realidad, el IVA es un impuesto nacional. Por este motivo algunos Estados miembros han sido reticentes a incluir el fraude del IVA dentro de los delitos PIF. Por el contrario, la Comisión y el Parlamento sí eran partidarios de incluirlo, por considerarlo un recurso propio tradicional de la UE. La STJUE de 8 de septiembre de 2015 (as. C-105/14) (ECLI:EU:C:2015:555), en el caso *Taricco*, consideró que el fraude del IVA debía incluirse dentro del ámbito de definición de fraude del art. 1 del Convenio PIF. Al final, en la DirPIF se ha previsto una solución de compromiso, en virtud de la cual el fraude del IVA entraría dentro de su ámbito, pero únicamente si se trata de una infracción grave que atente contra el sistema común del IVA, lo cual solo se daría si concurren dos condiciones a la vez: que el fraude esté relacionado con el territorio de dos o más Estados miembros, y que suponga un perjuicio total de 10 millones de euros como mínimo (art. 2.2 DirPIF).

Por tanto, la defraudación del IVA (tipificada en el art. 305.1 CP, que exige que la cuantía del fraude supere los 120 000 €/año), en principio, no sería competencia de la Fiscalía Europea, salvo que concurriesen los citados requisitos.

En cambio, el fraude a los presupuestos de la UE, tipificado en el art. 305.3 CP y que es punible en cuanto supera los 10 000 €, sí puede ser competencia de la Fiscalía Europea, pero quedaría reservado únicamente para los aranceles de aduanas, que son los únicos recursos propios tradicionales del presupuesto de la UE que se mantienen, tras la supresión de los gravámenes sobre el azúcar en 2017. Alguna de estas conductas de fraude comunitario cabría subsumirla a su vez en el delito previsto en el art. 2 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, por lo que también podría ser competencia de la Fiscalía Europea. Por el contrario, no podría conocer delitos de contrabando que no impliquen una pérdida de ingresos financieros, como, por ejemplo, cuando el tráfico del objeto es ilegal, lo que ocurre en el tráfico de drogas o en el de las copias no autorizadas de productos de propiedad intelectual.

Vid. también el art. 4.2 LO 9/2021, de 1 de julio, que concreta los delitos de los que conocerá la Fiscalía Europea conforme al CP español.

- o de presupuestos administrados por la Unión, o en su nombre, o la disminución ilegal de tales recursos;
- el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto;
 - el uso indebido de esos fondos o activos para fines distintos de los que motivaron su concesión inicial, en relación con los gastos no relacionados con los contratos públicos;
 - el uso indebido de esos fondos o activos para fines distintos de los que motivaron su concesión inicial y que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, en relación con los gastos relacionados con los contratos públicos;
 - el uso indebido de un beneficio obtenido legalmente en relación con los ingresos distintos de los que proceden de los recursos propios del IVA;
 - la presentación de declaraciones del IVA correctas con el fin de disimular de forma fraudulenta el incumplimiento de pago o la creación ilícita de un derecho a la devolución del IVA.

B. También puede suceder que el fraude comunitario se encuentre ligado a la *corrupción* de funcionarios públicos encargados de la gestión de fondos de la UE, a quienes se soborna para que actúen de una determinada manera, que no necesariamente tiene que ser ilícita, pero que beneficia a alguien. El art. 4.2 DirPIF no requiere, a diferencia de lo que hacía el 1.º Protocolo PIF, que el funcionario actúe “de forma contraria a los deberes del cargo”, sino simplemente que pida, reciba ventajas de cualquier tipo, para él o para terceros, o acepte la promesa de una ventaja, a fin de que actúe o se abstenga de actuar, “de acuerdo con su deber o en el ejercicio de sus funciones”, de modo que perjudique o pueda perjudicar los intereses financieros de la Unión. Ello ha supuesto que la DirPIF amplíe el ámbito de conductas punibles como *corrupción pasiva* e incluya cualquier conducta relacionada con el cohecho de funcionarios públicos, no solo el cohecho propio (para llevar a cabo una conducta ilícita) (lo que se correspondería con nuestros arts. 419 y 421 CP), sino también el cohecho impropio (para realizar un acto propio del cargo) (previsto en los arts. 420, 421 y 422 CP). Aunque este no quebrante los deberes del cargo, se entiende que puede poner en peligro el presupuesto de la UE al infringir el deber general de actuar imparcialmente, como pueda ser dando un trato preferencial acelerando la tramitación del expediente, por ejemplo. Asimismo, el art. 4.2 DirPIF abarca los actos de *corrupción activa*, referidos al particular que promete, ofrece o concede al funcionario un soborno de cualquier tipo (previstos en el art. 424 CP).

Quisiera poner aquí de relieve que existen estudios económicos [Roman *et al.* (2023)] que constatan una relación entre la absorción de fon-

dos de la UE y la corrupción y el fraude, de tal manera que en Estados con un nivel de fraude y corrupción bajo y controlado dicha absorción tiende a ser mayor, y a la inversa, donde el nivel de fraude y corrupción es mayor, el nivel de absorción de los fondos europeos es menor. Los ejemplos paradigmáticos serían Finlandia, por un lado, y en el otro extremo, Rumanía. No obstante, también observan que Dinamarca y Grecia parece que se desmarcarían de este patrón. Aun así, concluyen que el porcentaje de absorción de los fondos es significativamente más dependiente del Índice de Fraude de los Fondos Europeos (los casos de fraude reportados por la Comisión Europea) que del Índice de control de la corrupción (compilado por el Banco Mundial), por cuanto que aquel es objetivo (casos reportados) y este subjetivo (percepción de la corrupción).

C. La conducta más grave que puede cometer un funcionario público en perjuicio de los intereses financieros de la UE es que directamente este se apropie de dichos fondos y no puedan destinarse al fin previsto o no lleguen a sus destinatarios. Pero la *malversación* se define de un modo más amplio y comprende no solo actos de apropiación indebida en sentido estricto, sino también de lo que denominaríamos administración desleal (en nuestro CP, tras la reforma operada por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, podríamos hablar de una malversación por apropiación del art. 432 y otra malversación por distracción de los arts. 432 bis y 433). Así, la malversación en perjuicio de los intereses financieros de la UE comprende cualquier acto intencionado realizado por funcionario a quien se haya encomendado directa o indirectamente la gestión de fondos o activos, de comprometer o desembolsar fondos, de apropiarse o de utilizar activos de forma contraria a los fines para los que estaban previstos y que perjudique de cualquier manera los intereses financieros de la UE. Como se puede comprobar, en esta definición no se exige que el funcionario actúe con ánimo de lucro, que ha vuelto a estar previsto en la malversación por apropiación del art. 432 CP tras la reforma de 2022 y que está dando lugar a problemas interpretativos [Roca de Agapito (2023)].

Conviene advertir que los delitos de cohecho y malversación se investigan y enjuician en España a través del procedimiento del jurado, pero no parece conveniente que si caen bajo la competencia de la Fiscalía Europea se siga dicho procedimiento, por lo que ha sido correcto que la LO 9/2021 los excluya de las normas del jurado (art. 1.3 LOTJ) [así, Segura Rodrigo (2020: 8)].

D. En lo que se refiere al *blanqueo de capitales*, el art. 4 DirPIF se remite al art. 1.3 de la Directiva 2015/849, de 20 de mayo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo [modificada posteriormente por las directivas

2018/843, de 30 de mayo; 2019/2177, de 18 de diciembre; y 2024/1640, de 31 de mayo]³⁵. Según el artículo al que se remite, se considerarán blanqueo de capitales:

- la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad o un hecho delictivo o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto;
- la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de los bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que aquellos proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;
- la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;
- la participación en alguna de estas acciones, la asociación para cometerlas, sus tentativas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución.

La persecución penal del blanqueo de capitales en este ámbito tiene una importancia trascendental, pues las cantidades obtenidas en perjuicio de los intereses financieros de la Unión, en cualquiera de las modalidades previstas por la DirPIF, se convierten, por la ilicitud en su obtención, en bienes de origen ilícito a los efectos previstos por el art. 301 CP y la Ley 10/2010, de 28 de abril, sobre prevención del blanqueo de capitales.

4.2

La competencia de la Fiscalía Europea dentro de España

Con carácter general, en España el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia para conocer de los hechos investigados por la Fiscalía Europea va a ser la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional [art. 65.1.f) LOPJ], actuando en estos casos los juzgados centrales de instrucción como jueces de garantías (art. 88 LOPJ), salvo que debido a algún aforamiento ello

³⁵. El art. 1.2 de la Directiva (UE) 2018/1673, de 23 de octubre, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal, expresamente excluye de su ámbito de aplicación el blanqueo de capitales referido a bienes provenientes de delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión, el cual está sujeto a las normas específicas de la DirPIF.

corresponda al Tribunal Supremo o a un tribunal superior de justicia de una comunidad autónoma (arts. 57.3, 61.2, 73.4 LOPJ). Quien actúe como juez de garantías, como es lógico, no podrá formar parte del tribunal de enjuiciamiento.

La Fiscalía Europea ejercerá su competencia iniciando una investigación conforme a lo dispuesto en el art. 26 RgtoFE, o bien, si ya estuviese iniciada, ejerciendo su derecho de avocación según lo previsto en el art. 27 RgtoFE.

En principio, tal y como dispone el art. 26.4 RgtoFE, los casos serán iniciados y conocidos por un Fiscal Europeo Delegado del Estado miembro en el que se sitúe “el centro de la actividad delictiva”, o, si se han cometido varios delitos conexos que sean competencia de la Fiscalía Europea, por un Fiscal Europeo Delegado del Estado miembro en el que se haya cometido “la mayor parte de los delitos”³⁶. Por tanto, lo fundamental será determinar que el delito PIF o la mayor parte de ellos se haya cometido en España³⁷.

Pero el art. 22.3 RgtoFE prevé también una competencia por conexidad y extiende igualmente la competencia de la Fiscalía Europea respecto de “cualquier otro delito que esté indisociablemente vinculado” con los que son propiamente de su competencia. No resulta fácil interpretar a qué supuestos alcanza esta expresión, y, de hecho, ya ha dado lugar a más de una cuestión de competencia entre los órganos judiciales españoles y la Fiscalía Europea³⁸.

La interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo español de esta cláusula competencial ha sido, en mi opinión, bastante restrictiva y en cualquier caso dando preferencia a los órganos judiciales de instrucción españoles frente a la Fiscalía Europea, particularmente en los casos de corrupción. Salvo que se trate de delitos que afecten únicamente a fondos europeos, como un fraude exclusivamente de subvenciones europeas, o un fraude

³⁶. No obstante, a continuación, dicho artículo también permite que un Fiscal Europeo Delegado de un Estado miembro distinto de aquel que tenga competencia sobre el caso pueda iniciar una investigación, o que la Sala Permanente competente pueda ordenarle que la inicie, cuando esté debidamente justificado desviarse de la norma establecida con carácter general, teniendo en cuenta los siguientes criterios, por orden de prioridad: a) el lugar de residencia habitual del sospechoso o acusado; b) la nacionalidad del sospechoso o acusado; c) el lugar donde se haya producido el principal perjuicio financiero.

Por ello, también se ha previsto en nuestro ordenamiento la competencia extraterritorial de los tribunales españoles conforme al principio de personalidad activa, estableciendo como requisito que la Fiscalía Europea ejerza efectivamente su competencia [art. 23.2.b) LOPJ].

³⁷. Debe tenerse en cuenta también el art. 25.3 RgtoFE, que prevé una serie de excepciones a esta regla general (y a su vez de excepciones a las excepciones) en función de la pena máxima establecida para el delito PIF y de que el perjuicio causado a otras víctimas sea mayor que el causado a la UE.

³⁸. *Vid.* los autos del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:9109A), de 20 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1764A) y de 26 de julio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:10345A).

aduanero, o una malversación que afecte a fondos europeos, o que haya un gran fraude del IVA transfronterizo cuya principal actividad se haya producido en España, o que se soborne en España o por un español a funcionarios de la UE, no parece que la Fiscalía Europea vaya a tener competencias de investigación en España en muchos más delitos.

Quizás en estos momentos el caso más mediático que afecta a fondos europeos sea el conocido como *caso Koldo*, en el que se investiga un supuesto uso irregular de fondos públicos en varias compras de mascarillas sanitarias durante la pandemia, de los cuales una parte serían fondos europeos para el desarrollo regional (FEDER). Debido a esto, el 30 de mayo de 2024 la Fiscalía Europea dictó un decreto por el que ejercía su derecho de avocación (art. 27 RgtoFE) respecto de las diligencias previas n.º 65/2023 abiertas en el Juzgado Central de Instrucción n.º 2 de la Audiencia Nacional. El 24 de junio de 2024 dicho juzgado dictó auto en el que no accedía a lo instado por la Fiscalía Europea y acordaba el planteamiento de una cuestión de competencia positiva ante el Tribunal Supremo (arts. 25.6 RgtoFE y 9 LO 9/2021). El 26 de julio de 2024 el Tribunal Supremo dicta un auto (ECLI:ES:TS:2024:10345A) dirimiendo la cuestión de competencia y asignando al Juzgado Central de Instrucción n.º 2 la competencia para el conocimiento de todos los delitos, excepto en lo relativo exclusivamente a la determinación de la posible comisión de un delito de fraude a la UE en los contratos de los servicios de salud balear y canario, en que sería competente la Fiscalía Europea.

El procedimiento se inició a raíz de una denuncia presentada por un diputado de la Asamblea de Madrid el 10 de marzo de 2022 ante la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. Tras la investigación efectuada por esta fiscalía especial, se presenta querrela por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado Central de Instrucción por las supuestas irregularidades cometidas en la adjudicación de varios contratos de suministro de mascarillas por parte de Puertos del Estado, ADIF y la Secretaría de Estado de Seguridad a la empresa “Soluciones de Gestión y Apoyo a las Empresas, S.L.”, cuyo objeto social no tenía que ver con esos contratos, no había acreditado su solvencia, y experimentó un incremento en su facturación de 0 € en 2019 a 53,13 millones en 2020, precisamente por el monto total de esos contratos. Estas irregularidades estarían indiciariamente relacionadas con el papel que habrían tenido en dichas adjudicaciones diversos cargos públicos, con pagos y contrapartidas que estos podrían haber recibido por su intervención y/o mediación en la obtención de dichas adjudicaciones. La querrela pedía que se investigasen posibles delitos de cohecho, tráfico de influencias, organización criminal, blanqueo de capitales y delitos contra la Hacienda pública.

La misma persona que denunció estos hechos ante la Fiscalía Anticorrupción, el 29 de febrero de 2024 (casi dos años después) presentó denuncia ante la Fiscalía Europea por presuntas irregularidades en los contratos adjudicados a la misma empresa “Soluciones de Gestión”, pero esta vez a raíz de contratos similares por parte de los servicios de salud balear y canario³⁹.

Con independencia de la corrección de la decisión finalmente adoptada por parte del TS, que nosotros compartimos, puesto que en el fondo la investigación se encontraba ya “en un estado avanzado y su ritmo y eficacia, dada su evidente complejidad, podría verse mermada con la modificación, en este momento, del órgano investigador” (FJ 4.2), lo interesante es que, según el Alto Tribunal, para poder atribuir la competencia a la Fiscalía Europea en España habrá que constatar que se trate de un asunto a escala europea y que, además, la Fiscalía Europea esté en mejores condiciones para su investigación y persecución que los órganos judiciales españoles. “Cualquier interpretación —dice— que se realice del alcance de la competencia material de la Fiscalía Europea debe partir de esta premisa: los delitos competencia de esta Fiscalía, lo serán, si existe ese perjuicio a los intereses financieros de la Unión en el sentido expuesto y si su mejor y más eficaz persecución exige que aquella asuma su investigación y persecución” (FJ 4.1).

Interpreta las normas que delimitan la competencia material de la Fiscalía Europa [normativa a la que, por cierto, califica de “especialmente alambicada, sinuosa y oscura”, “con reglas generales, en ocasiones formuladas en negativo, excepciones, condiciones y remisiones, que no favorecen su comprensión” (FF. JJ. 1.2 y 3)] a tenor de los considerandos 58 y 59 RgtoFE. Según estos, la competencia de la Fiscalía Europea respecto de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión debe, por regla general, tener prioridad sobre las reclamaciones nacionales de competencia, de forma que dicha Fiscalía pueda orientar y garantizar la coherencia de las investigaciones en el ejercicio de la acción penal a escala de la Unión. Y debe considerarse que un asunto va a tener repercusión a escala de la Unión cuando se trate de un delito que tenga carácter y magnitud transnacionales, o cuando implique a una organización criminal, o cuando, dado el carácter

³⁹. Según consta en la documentación obrante en autos, los fondos que habrían sido empleados para el pago de las mascarillas serían los siguientes:

- Puertos del Estado: 20 000 000 de € de fondos nacionales.
- ADIF: 12,5 millones, de los cuales 1 631 132,53 € serían de la UE.
- Secretaría de Estado de Seguridad: 3 479 355 € de fondos nacionales.
- Servicio Canario de Salud: 12 317 580,24 € con fondos de la UE.
- Servicio Balear de Salud: 3 701 500 € con fondos de la UE, si bien, el 28 de febrero de 2024, el Gobierno balear procedió a su reembolso a la UE.

específico del delito, este pueda representar una grave amenaza para los intereses financieros de la Unión o para el prestigio de sus instituciones y la confianza que sus ciudadanos depositan en ellas.

Por ello concluye en ese caso que de lo actuado hasta el momento no cabe afirmar que se estén investigando delitos intrínsecamente ligados al fraude de los intereses financieros de la Unión que, por su dimensión, pudieran justificar la intervención de un órgano supranacional como la Fiscalía Europea. Más bien, las actuaciones practicadas parecen estar dirigidas a investigar la posible existencia de una trama de corrupción a nivel nacional que afectaría a diversas Administraciones y organismos públicos, también nacionales, que debe y puede ser investigada más eficazmente por órganos de la misma naturaleza, dada su falta de conexión material con cualquier interés supranacional (FJ 4.2).

En definitiva, respecto de la regla de conexidad del art. 22.3 RgtoFE el TS considera que “el concepto de conexidad parece, en principio, mucho más limitado que el que establece la legislación procesal nacional. No se hace referencia a criterios subjetivos o temporales, sino únicamente a criterios materiales: el delito conexo debe estar indisociablemente vinculado con el delito que sea competencia de la Fiscalía Europea”. Y añade: “La indisociable vinculación del delito conexo con el principal obliga a la Fiscalía Europea a asumir inexcusablemente la competencia cuando aquel sea instrumental para la ejecución de éste..., pero también puede abarcar otras situaciones diferentes: por ejemplo, que ambos delitos (principal y conexo) obedezcan a un mismo plan criminal; o que sea necesaria su investigación y enjuiciamiento conjunto por razones de eficacia; o que la investigación separada de ambos delitos genere perjuicios irreparables para la Administración de Justicia” (FJ 4.3.). El considerando 56 RgtoFE vincula la relación de instrumentalidad a que ese otro delito se haya cometido con el objetivo principal de crear las condiciones necesarias para cometer el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión, como un delito estrictamente dirigido a asegurarse los medios materiales o legales para cometer el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión, o para asegurarse el beneficio o producto de dicho delito.

Así pues, para el TS, en el caso Koldo, la indisolubilidad parece predicarse de manera inversa, es decir, aquellos hechos objeto de investigación por la Fiscalía Europea (ajenos a la posible comisión de un delito contra los intereses financieros de la Unión) aparecen intrínsecamente vinculados a los que se están investigando en el JCI, que deberá asumir también su competencia sobre ellos (FJ 4.3).

5 Bibliografía

- de Angelis, F. (2019). The European Public Prosecutor's Office (EPPO). Past, Present, and Future. *Eucrim*, 4, 272-275.
- Arroyo Zapatero, L. A. y Nieto Martín, A. (2002). La protección de los intereses financieros de la UE: una nueva vuelta de tuerca. En L. Zúñiga Rodríguez, C. Méndez Rodríguez y M.ª R. Diego Díaz-Santos (coords.). *El derecho penal ante la globalización* (pp. 151-170). Madrid: Colex.
- (coords.). (2006a). *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
 - (2006b). Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. En L. A. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín (coords.). *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo* (pp. 11-40). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Bachmaier Winter, L. (dir.) (2018). *La Fiscalía Europea*. Madrid: Marcial Pons.
- Becker, G. S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76, 169-217.
- Benito Sánchez, D. (2019). The Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests and its Transposition into the Spanish Law. *Perspectives on Federalism*, 11 (3), 122-154.
- Bueno Armijo, A. M. (2023). El amargo sabor del maíz griego: subvenciones, principio de equivalencia y protección de los intereses financieros de la Unión en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 230, 99-130.
- Choclán Montalvo, J. A. (1998). Hacia la unificación del Derecho Penal Comunitario. El Corpus iuris europeo. *Diario La Ley*, 1, 1916-1927.
- Conde-Pumpido Tourón, C. (2006). El Fiscal en la Constitución Europea. En M. Bajo Fernández (dir.). *Constitución Europea y Derecho Penal Económico* (pp. 29-38). Madrid: Ceura.
- de la Cuesta Aguado, P. M. (2023). Derecho penal y redistribución de la riqueza. En P. M. de la Cuesta Aguado y B. San Millán Fernández (coords.). *Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica* (pp. 21-42). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Delmas-Marty, M. (2000). Necesidad, legitimidad y factibilidad del Corpus iuris. *Diario La Ley*, 3, 1654-1658 (trad. Morenilla Allard).

- Delmas-Marty, M. y Vervaele, J. A. E. (eds.). (2004). *Un Derecho Penal para Europa. Corpus Juris 2000*. Madrid: Dykinson.
- Díaz Abad, N. (2018). El marco legal de la protección de los derechos fundamentales de los acusados o sospechosos en los procesos de la Fiscalía Europea. En L. Bachmaier Winter (coord.). *La Fiscalía Europea* (pp. 255-276). Madrid: Marcial Pons.
- Ehrlich, I. (1973). Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation. *Journal of Political Economy*, 81, 521-565.
- di Francesco Maesa, C. (2017). Repercussions of the Establishment of the EPPO via Enhanced Cooperation. EPPO's Added Value and the Possibility to Extend Its Competence. *Eucrim*, 3, 156-160.
- García Arán, M. (1999). Hacia un derecho penal europeo: la propuesta del "Corpus Iuris". *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 1, 167-180.
- Guerrero Palomares, S. (dir.) (2023). *Tratado sobre la Fiscalía Europea y el procedimiento penal especial de la L.O. 9/2021, de 1 de julio*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Hofmann, M. y Stoykov, S. (2019). OLAF – 20 Years of Protecting the Financial Interests of the EU. *Eucrim*, 4, 268-271.
- Juszczak, A. y Sason, E. (2017). The Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law (PFI Directive). *Eucrim*, 2, 80-87.
- Kelly, M. (2000). Inequality and Crime. *Review of Economics and Statistics*, 82 (4), 530-539.
- Kuhl, L. (2012). The Initiative for a Directive on the Protection of the EU Financial Interests by Substantive Criminal Law. *Eucrim*, 2, 62-66.
- (2017). The European Public Prosecutor's Office – More Effective, Equivalent, and Independent Criminal Prosecution against Fraud? *Eucrim*, 3, 135-143.
- Kühn, W. M. (2023). The European Public Prosecutor's Office – The protection of the EU's financial interests as supranational integration project. *Revista General de Derecho Europeo*, 59.
- Lara López, A. M.^a (2023). La aplicación de la Carta, el CEDH, las directivas europeas sobre derechos procesales y las garantías de la Constitución española al procedimiento del Reglamento 2017/1939, de 12 de octubre y de la LO 9/2021, de 1 de julio. En S. Guerrero Palomares (dir.). *Tratado sobre la Fiscalía Europea y el procedimiento penal especial de la L.O. 9/2021, de 1 de julio* (pp. 155-198). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

- Martínez Santos, A. (2018). El estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías. En L. Bachmaier Winter (dir.). *La Fiscalía Europea* (pp. 23-51). Madrid: Marcial Pons.
- de la Mata Barranco, N. J. (2017). La próxima Directiva de lucha contra el fraude en la UE. *Almacén de Derecho*, 15 de junio. Disponible en www.almacenederecho.org.
- Merton, R. (1938). Social Structure and Anomie. *American Sociological Review*, 3, 672-682.
- Morales Prats, F. (1999). Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión Europea: Reflexiones a propósito del "Corpus Iuris". *Revista Penal*, 3, 29-35.
- Moreno Catena, V. M. (2014). *Fiscalía Europea y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Narvárez Rodríguez, A. (2020). Dirección de la investigación por el Fiscal Europeo: limitaciones de derechos fundamentales y secreto de las actuaciones. *Revista del Ministerio Fiscal*, 9, 83-107.
- Nieto Martín, A. (2016). Lecciones: Derecho Penal Económico Europeo. *Almacén de Derecho*, 3 de junio. Disponible en www.almacenederecho.org.
- (2018). Derecho penal económico y de la empresa europeo e internacional. En N. J. de la Mata Barranco, J. Dopico Gómez-Aller, J. A. Lascuraín Sánchez y A. Nieto Martín. *Derecho penal económico y de la empresa* (pp. 61-85). Madrid: Dykinson.
- Queralt Jiménez, J. J. (1999). El Ministerio Público europeo en el "Corpus Iuris". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 418, 1-5.
- Quintero Olivares, G. (1999). La unificación de la Justicia Penal en Europa. *Revista Penal*, 3, 51-60.
- Requejo Naveros, M.^a T. (2023). Los delitos para la protección de los intereses financieros de la Unión. En S. Guerrero Palomares (2023). *Tratado sobre la Fiscalía Europea y el procedimiento penal especial de la L.O. 9/2021, de 1 de julio* (pp. 227-266). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Roca de Agapito, L. (2009). La influencia de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción pública. En F. J. Álvarez García (dir.). *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea* (pp. 759-800). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2023). Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado. *Diario La Ley*, 10230.
- Roman, F. A., Popescu, D. y Achim, M. V. (2023). The impact of fraud and corruption on the level of absorption of EU Funds (2014-2020). *Journal of Law and Sustainable Development*, 11 (2), 1-26.

- Sabadell Carnicero, C. (2023). La competencia material de la Fiscalía Europea. *Diario La Ley*, 10298.
- Segura Rodrigo, M. (2020). El proceso penal español en el que interviene la Fiscalía Europea. *Revista del Ministerio Fiscal*, 9, 6-29.
- Shaw, C. y McKay, H. (1942). *Juvenile Delinquency and Urban Areas*. Chicago: University of Chicago Press.
- Tiedemann, K. (dir.). (2003). *Eurodelitos: el derecho penal económico de la Unión Europea*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Vervaele, J. A. E. (2002). La UE y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea. *Revista Penal*, 9, 134-148.
- (2023). La Fiscalía Europea: ¿una agencia europea sin espacio europeo común? En J. Muñoz Sánchez, O. García Pérez, A. I. Cerezo Domínguez y E. García España (dirs.). *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés* (pp. 1983-1995). Valencia: Tirant lo Blanch.
- VilasÁlvarez, D. (2018). La competencia material de la Fiscalía Europea. En L. Bachmaier Winter (coord.). *La Fiscalía Europea* (pp. 53-76). Madrid: Marcial Pons.
- Zaragoza Aguado, J.-A. (2020). El Ministerio Fiscal Español y la Fiscalía Europea. Su configuración institucional. La autonomía y la independencia en su estatuto jurídico. Conflictos de competencia y mecanismos de resolución. La Fiscalía Europea y la orden europea de detención. *Revista del Ministerio Fiscal*, 9, 58-82.

A large, stylized tree graphic in shades of blue. The tree has a thick trunk and a large circular hole in the lower part of the trunk. The branches are filled with many small, leaf-like shapes. The text 'QDI 66' is positioned in the upper right area of the tree's canopy.

QDI 66

II. Sección general

La valoración de las prestaciones en la contratación verbal irregular de la Administración: valor de mercado, precio o enriquecimiento

IGNACIO CALATAYUD PRATS
Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Administrativo
CUNEF UNIVERSIDAD.
Abogado

1. Introducción

2. La liquidación del contrato nulo: restitución de prestaciones y valoración de estas

- 2.1. Nulidad de contratos y restitución. Restitución por equivalente
- 2.2. El valor de la restitución por equivalente en la nulidad: el valor de mercado

3. Contratación verbal y enriquecimiento injusto

- 3.1. Las razones prácticas por las que se acude al enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones que permite exigir la prestación realizada en la contratación verbal
- 3.2. La subsidiariedad del enriquecimiento injusto y su posible aplicación a la restitución contractual verbal. Distinción entre restitución y enriquecimiento
- 3.3. Distinción entre restitución derivada de nulidad y enriquecimiento injusto
- 3.4. La medida del enriquecimiento
- 3.5. La inexistencia del contrato como vía para justificar la acción de enriquecimiento injusto y evitar la revisión de oficio. Crítica a las leyes de las comunidades autónomas que regulan la inexistencia como cauce para el pago de las prestaciones realizadas

4. Conclusiones

5. Bibliografía

Artículo recibido el 30/07/2024; aceptado el 10/09/2024.

Resumen

El estudio tiene como objetivo analizar cuál es el precio, contraprestación, valor o cuantía que se ha de satisfacer al contratista por la obra o servicio efectivamente realizado en casos de contratación verbal irregular. Un análisis de la doctrina administrativa y de la jurisprudencia pone de relieve la confusión existente a la hora de determinar el importe a abonar al contratista por las prestaciones efectivamente realizadas, lo que, sin duda alguna, da lugar a una gran inseguridad jurídica y a un aumento de la litigiosidad. En el artículo se demuestra que el importe a satisfacer al contratista varía notablemente si se acude a la liquidación derivada de un contrato nulo o si se acude al enriquecimiento injusto. Para el autor es necesaria la introducción de una legislación sustantiva en la contratación pública que regule los efectos derivados de la invalidez del contrato, regulación que se debe desmarcar de las soluciones adoptadas por el derecho civil.

Palabras clave: *contrato administrativo verbal; nulidad; invalidez; inexistencia; restitución; liquidación; enriquecimiento injusto; ahorro de gastos; modificación; prórroga.*

The valuation of services in irregular verbal contracting by the administration: market value, price or cost savings

Abstract

This article examines the valuation of work or services provided under irregular verbal contracts with public administrations, focusing on the price, value, or compensation owed to the contractor. An analysis of administrative doctrine and case law highlights the confusion surrounding the determination of compensation for services rendered, which inevitably leads to legal uncertainty and an increase in litigation. The study reveals that the compensation due to the contractor can vary significantly depending on whether it is based on the liquidation of a void contract or on the principle of unjust enrichment. The article argues for the introduction of substantive legislation in public contracting to regulate the consequences of contract invalidity, distinct from the solutions typically found in civil law.

Keywords: verbal administrative contract; nullity; invalidity; non-existence; restitution; unjust enrichment; cost savings; modification; extension.

1

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar dos cuestiones que están relacionadas entre sí: en primer lugar, cuál es el precio, contraprestación, valor o cuantía que se ha de satisfacer al contratista por la obra o servicio efectivamente realizado en casos de contratación verbal irregular, y, en segundo lugar, si es viable acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para el pago de facturas por servicios u obras o si, por el contrario, la vía adecuada es la liquidación del contrato nulo¹.

Debemos adelantar que cuando nos referimos a contratación verbal irregular nos referimos a aquella contratación en virtud de la cual los entes del sector público sometidos a la Ley de Contratos del Sector Público solicitan y adquieren obras, suministros o servicios sin ajustarse a las normas y los procedimientos que regulan la preparación y adjudicación de contratos; en concreto, nos referimos a los siguientes supuestos: contratación menor de forma irregular (adjudicación sin ajustarse a las normas de preparación del contrato menor, fraccionamiento de contratos menores, etc.); adjudicación de un contrato acudiendo a una tramitación de emergencia sin que dicha emergencia exista; modificación contractual sin que se den los presupuestos necesarios para proceder a tal modificación; y, finalmente, prórroga de contratos una vez finalizados, para garantizar la continuidad del servicio, sin que se den los presupuestos legalmente establecidos².

Se trata de contrataciones, de actuaciones de hecho, en las que la obtención por parte de los entes del sector público de una prestación —bien sea obra, servicio o suministro— se realiza de forma casi absoluta al margen de la normativa que regula los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos. Estas contrataciones se realizan no solo prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido, sino que, además,

1. En un trabajo anterior, al que nos remitimos, hemos analizado y criticado la posibilidad de acudir a la responsabilidad patrimonial de la Administración para obtener el pago de las prestaciones realizadas en un contrato verbal irregular, en concreto en Calatayud Prats (2023a).

2. Como indica González Sanfiel (2023: 102-103): "En un mundo perfecto ninguna de estas situaciones tendría que haberse dado: se habría cumplido con la legislación de contratación pública. La Administración habría planificado adecuadamente su compra pública; habría licitado aplicando los procedimientos correspondientes; contaría con los recursos públicos para poder dar la cobertura presupuestaria adecuada a sus necesidades; antes de la extinción de los contratos de servicios, ya se había planificado la nueva contratación de los mismos; en fin, contaría con los recursos económicos, con el personal suficiente y cualificado y con las herramientas tecnológicas adecuadas para poder cumplir eficazmente con la legislación de contratación pública. Desgraciadamente, esa no es la situación en la que se encuentran todas las Administraciones públicas que no siempre cuentan con los medios necesarios ni con las plantillas, estables y cualificadas, para responder a todas esas necesidades".

se realizan en multitud de ocasiones por órgano manifiestamente incompetente, sin cumplir con la publicidad y sin que exista el crédito oportuno para el pago de la prestación efectivamente realizada³.

El problema de la contratación verbal se hace visible, con carácter general, tras la presentación por parte del contratista de las facturas una vez ha realizado efectivamente el trabajo requerido por la Administración. Así, el momento en que se detecta el problema de la contratación verbal irregular se produce, precisamente, en el ejercicio de la función interventora, cuando se fiscaliza el pago de las facturas presentadas por los contratistas por trabajos efectivamente realizados, pero sin cobertura legal⁴.

La cuestión, una vez se presenta la factura para su pago, estriba en determinar si se ha de abonar la misma o no, y, fundamentalmente, cuál es la cuantía que se ha de abonar: ¿el precio del contrato extinto pero que se ha prorrogado irregularmente?⁵; ¿el valor de mercado del servicio prorrogado?⁶; ¿el valor de mercado del contrato prorro-

3. Cfr. Pérez López (2019: 91-92).

4. Pérez López (2019: 101).

5. Este es el parecer del Dictamen del Consejo de Estado 606/2020, de fecha 21 de mayo de 2021, en un supuesto de prórroga ilegal en el que el contratista continuaba la prestación de un servicio de grúa que se había extinguido. El Consejo de Estado considera que el precio a abonar ha de ser el precio del contrato primitivo. En sus palabras:

“En efecto, en la medida en que ese pago toma en consideración una relación contractual precedente, la retribución de las prestaciones debería atender, como regla general, al precio establecido en el extinto contrato. Ello posibilita que la compensación de los servicios prestados sin título contractual habilitante se haga con carácter de restitución más que de resarcimiento [...] Dicha pauta general de atender al precio fijado en el previo contrato puede, no obstante, quedar exceptuada o modulada en dos casos concretos.

1) En primer lugar, en caso de que exista un acuerdo expreso y mínimamente formalizado entre la Administración y el contratista, será ese acuerdo y no el contrato ya finalizado el que debería tomarse en consideración para determinar el importe de la compensación a satisfacer [...]. Se trataría, en estos casos, de dar efectividad a una relación acordada atípica e irregularmente entre las partes, lo que afectaría tanto al plazo como a otras condiciones, si bien para ello sería necesario, según doctrina y jurisprudencia, una prueba clara e incuestionable de la voluntad de ambas partes de otorgarla y consentirla.

2) En segundo lugar, el importe de la compensación puede reducirse en atención a la conducta de la empresa contratista, en la medida en que esta pueda influir en la apreciación del nexo causal”.

6. Esta es la decisión adoptada por la Sentencia núm. 28/2021, de 26 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona (Comunidad Autónoma de Cataluña), JUR 2021\177096, cuando indica:

“Constituye el objeto del recurso, si debe declararse o no la conformidad a derecho de la reclamación efectuada por la entidad actora a que el [...] le abone la cantidad de 136.235,84 euros en concepto de las facturas correspondientes a los meses de Enero a Junio de 2017, y ello partiendo de las siguientes premisas según las posiciones de las partes en tanto que la entidad actora sostiene que la vigencia de los precios que fueron aplicados durante la vigencia del contrato entre el 1 de Enero de 2013 y 31 de Diciembre, de 2016 agotaron su vigencia con la expiración del referido plazo contractual, debiéndose aplicar los precios nuevos a partir del inicio de la prórroga forzosa del Contrato esto es desde Enero de 2017, en cambio el [...] sostiene que los precios han de ser los mismos que los vigentes durante el plazo contractual inicial al considerar que la prórroga forzosa es una mera extensión que obliga a seguir las mismas condiciones contractuales [...] Luego a partir de ese instante con la prórroga forzosa

gado menos el beneficio industrial?⁷; ¿el precio del contrato primitivo en el modificado?⁸; ¿el valor de mercado de los precios del modificado?⁹; ¿el valor de mercado del modificado verbal irregular menos el beneficio industrial?¹⁰;

debían de haberse actualizado los precios en base a las nuevas prestaciones generadas por la misma como así, mantuvo el perito [...] quien se ratificó en el informe aportado en las actuaciones y que de manera gráfica concluyó que había sido un suicidio empresarial porque la empresa cobraba con precios de 2013 y pagaba con precios de 2017 en suma debía de haberse actualizado los precios en base a los valores reales del mercado / puesto que ni los precios ni los salarios eran los mismos en el periodo de cinco años desde el año 2013 a 2016”.

7. Este es el criterio utilizado por la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña en el Dictamen 257/2022, de 14 de julio, al indicar lo siguiente:

“En definitiva, la finalidad buscada por el artículo 42.1 de la LCSP es que ambas partes vuelvan al estado anterior al encargo verbal y la realización de la prestación. Es por este motivo que debe lograrse que el contratista quede indemne mediante el abono del coste efectivo de su actuación, pero sin ir más allá, en particular, sin obtener el beneficio industrial propio de una contratación regular”.

Parte de la doctrina académica señala que del importe a abonar al contratista se debe de- traer el posible beneficio industrial. Así, por ejemplo, se expresa Bauzá Martorell (2016: 97).

8. Así lo indica la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª) en la Sentencia núm. 203/2015, de 10 de julio, JUR 2015\192368, cuando señala:

“No debemos olvidar, como indica el Consejo de Obras Públicas, que “por una irregularidad en la tramitación de este proyecto de obras, no puede producirse un resultado favorable para el contratista, mayor que al que habría correspondido de haberse tramitado conforme a la normativa vigente”. En consecuencia, la cantidad resultante asciende a 11.746.355,16 euros, IVA incluido, comprensiva del presupuesto de ejecución material más gastos generales y beneficio industrial, menos el coeficiente de baja, ya indicado, cantidad aceptaba por la Abogacía del Estado”.

9. Así lo señala el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª) en su Sentencia de 21 de julio de 2000, RJ 2000\7759, al indicar que se ha de pagar el valor de mercado de la obra realizada en exceso, incluidos gastos generales y beneficio industrial:

“[...] el Ayuntamiento demandado es el responsable del exceso de obra litigioso, y, además de haber promovido su realización de manera irregular, no puede pretender que el precio que le incumbe abonar sea inferior al que le correspondería si la realización de la parte de obra a que se refiere ese exceso hubiera sido contratada en debida forma. De admitirse tal pretensión, es claro que el Ayuntamiento experimentaría un beneficio de manera injustificada, y, simultáneamente, la mercantil que realizó ese exceso de obra sufriría, en el precio recibido, una merma igualmente carente de justificación”.

10. Es el supuesto analizado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrati- vo, Sección 4.ª) en su Sentencia de 11 de mayo de 2004, RJ 2004\3500, cuando señala:

“Y a este respecto, como la cuestión se reduce a determinar si el contratista debía o no percibir el beneficio industrial y los intereses de las obras no incluidas en el primitivo proyecto, pero que se realizaron ante las conveniencias o necesidades surgidas en el curso de ejecución del proyecto primitivo, y que fueron ordenadas y aceptadas por la Administración sin formular reserva alguna, es claro que conforme a lo más atrás expuesto y de acuerdo con la doctrina de la sentencia citada de 28 de octubre de 1997, y con lo dispuesto en los artículos 12 y 47 de la Ley de Contratos del Estado y artículos 67 y 68 del Reglamento General de Contratación cabe reconocer al recurrente el derecho del abono del beneficio industrial y de los intereses que le correspondan.

[...] Las valoraciones anteriores obligan, a estimar el recurso de casación y casar la sentencia recurrida y al tiempo a estimar sustancialmente el recurso contencioso administrativo, anulando las Ordenes de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía de 13 de junio de 1996, en cuanto deniegan el abono del beneficio industrial e intereses, en relación con las obras ejecutadas y no contempladas en el proyecto primitivo de ejecución de obras del denominado proyecto básico de restauración del Palacio de San Telmo, reconociendo el derecho que el recurrente tiene a que le sean abonados el beneficio industrial y los intereses del importe de tales obras no incluidas en el proyecto primitivo, y para su efectividad, en ejecución de sentencia, se realizará la oportuna liquidación a partir de la forma de pago propuesta en reso-

¿el valor de mercado del contrato verbal irregular menos el beneficio industrial?¹¹.

Cabe destacar que la casuística tanto de la doctrina administrativa (fundamentalmente Consejo de Estado, consejos consultivos de las comunidades autónomas y juntas consultivas de contratación) como de la jurisprudencia es absolutamente dispar y confusa a la hora de determinar el importe a abonar al contratista por las prestaciones efectivamente realizadas, lo que, sin duda alguna, da lugar a una gran inseguridad jurídica y a un aumento de la litigiosidad. El hecho de acudir y mezclar conceptos e instituciones distintos —como por ejemplo la restitución derivada de la liquidación del contrato nulo y el enriquecimiento injusto— para resolver el problema del pago de las prestaciones realizadas sin cobertura legal da lugar a situaciones injustas, contradictorias y, en muchos casos, contrarias a la propia LCSP.

Nuestra jurisprudencia a la hora de resolver el pago de las prestaciones efectivamente realizadas derivadas de una contratación verbal irregular utiliza los distintos conceptos y las distintas instituciones de forma poco dogmática y con falta de rigor técnico¹², pensando en dar, las más de las veces, una solución práctica y de justicia material y equidad al problema¹³, en vez de aplicar la figura jurídica adecuada que permita dar una respuesta exacta y legal al problema planteado¹⁴.

lución de 13 de junio de 1994, del Director General de Bienes Culturales, aceptada por la entidad recurrente el 30 de junio de 1994 descontando obviamente las cantidades ya percibidas”.

11. Así, por ejemplo, se expresa al Dictamen núm. 270/2002, de 23 de octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía, que tenía por objeto la posible declaración de nulidad de la contratación verbal realizada con diferentes empresas constructoras y mediante la cual les encomendó la realización de distintos tramos de obras con motivo de la Exposición Universal del año 1992. En dicho dictamen se señala que procede la nulidad de pleno derecho de los contratos, con la consiguiente restitución de las prestaciones, pero trayendo el beneficio industrial. En sus palabras:

“En el mismo plano de los efectos que produce la declaración de nulidad, el artículo 47 del Reglamento General de Contratación, prevé que la parte que resulte culpable indemnice a la contraria de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido. Este precepto plantea la cuestión relativa a si la violación de deberes de diligencia en la celebración del contrato puede servir de fundamento a alguna pretensión adicional a la puramente restitutoria nacida de la nulidad de los contratos, en concreto, el abono del beneficio industrial.

En este caso, la exclusión del pago del beneficio industrial deriva del hecho de que también los contratistas deben reputarse cocausantes de la nulidad, pues resulta altamente improbable que contratistas de la Administración desconozcan, por mínima que sea su diligencia, que no existe contratación verbal cuando de establecer relaciones contractuales con la Administración se trata”.

12. Compartimos la idea de Umerez Argaña (2020: 462) cuando indica: “En ocasiones, sin embargo, se enredan los distintos conceptos y, al igual que sucede con los órganos consultivos y tribunales, se confunde la fuente de la obligación de pago con el procedimiento a seguir para su reconocimiento”.

En términos similares se expresa Menéndez Sebastián (2020: 107), al afirmar: “Como ya se ha apuntado, no parece haber unanimidad ni entre la doctrina, la jurisprudencia y la doctrina administrativa de los órganos consultivos, ni en las propias normas, en cuanto a qué institución da cobertura al pago de las prestaciones ejecutadas a favor del ‘contratista’, aunque bien es cierto que en torno a que dicho pago debe efectuarse sí que hay cierta avenencia”.

13. En el mismo sentido se expresan Blanco y Busquets (2024).

14. Vid. De Vicente González (2005: 415).

Pues bien, a la hora de determinar el importe a abonar al contratista resulta del todo fundamental determinar previamente la fuente de la obligación de pago, esto es, de donde nace el derecho de crédito del contratista que ha realizado efectivamente su prestación, debiendo advertir y anticipar que el contenido e importe del derecho de crédito del contratista no es el mismo si el crédito deriva de la liquidación de un contrato nulo que si consideramos que el derecho del contratista deriva del enriquecimiento injusto del ente del sector público que ha realizado el contrato verbal irregular y percibido la prestación.

Podemos afirmar que no es ni mucho menos indiferente determinar el importe de la prestación efectivamente realizada acudiendo a una vía u otra, no siendo equivalentes los distintos cauces que por parte de los operadores jurídicos se están empleando para resolver las peticiones de pago de prestaciones efectivamente realizadas al margen de las normas de preparación y adjudicación de los contratos.

No podemos, de ningún modo, compartir aquella posición doctrinal y jurisprudencial que confunde y mezcla los conceptos, las normas y los principios que rigen la restitución de las prestaciones derivadas de la liquidación del contrato nulo con el principio de enriquecimiento injusto¹⁵ o con la indemnización y la tutela resarcitoria¹⁶, ni que considera que con la aplicación

15. Un ejemplo de confusión de conceptos lo encontramos en la reciente Sentencia núm. 722/2022, de 13 de junio, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), RJ 2022\4262, en la que se mezclan sin rigor la restitución derivada de la liquidación de un contrato nulo, la indemnización y el enriquecimiento injusto. En sus palabras:

“En el supuesto examinado en este recurso, en el que la Administración siguió un procedimiento de revisión de oficio, con declaración de nulidad de las actuaciones de ejecución de unidades de obra en las que se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al haberse omitido los trámites previstos en el artículo 217.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, para los casos en los que el Director facultativo de la obra considere necesaria la modificación del proyecto, la naturaleza del pago de las unidades de obra ejecutadas fuera de proyecto tuvo un carácter indemnizatorio, como resulta de la propia resolución de declaración de nulidad, que fijó una indemnización en favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración”.

Dicha confusión lleva años produciéndose, como se desprende de la Sentencia de 9 de febrero de 1979 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), RJ 1979\907, cuando indica:

“[...] aunque ciertamente el contrato merecía ser conceptuado como radicalmente nulo al faltar al mismo toda formalidad legitimadora de la forma del concierto directo en que tuvo lugar, puesto que ninguno de los trámites de excepción de licitación del art. 42-3 del Reglamento de Contratación (RCL 1953\1054 y NDL 22515) se cumplieron, también es cierto que se hallaba en avanzada ejecución por ambas partes lo estipulado y en consecuencia a la situación de hecho es de aplicar, junto a la doctrina de la nulidad radical citada, la que asimismo ha formulado repetidamente la Jurisprudencia de esta Sala -v. gr. SS. de 22 enero 1975 (RJ 1975\8) y 21 abril 1976 (RJ 1976\2346)- o sea la de que en esos casos el principio del enriquecimiento sin causa determina, pese a la invalidez del contrato, la obligación de indemnizar”.

16. Véase Calatayud Prats (2023b), donde indicamos: “en numerosos casos, la restitución de las prestaciones con sus frutos derivada de la invalidez satisfará completamente a las partes, en ocasiones la restitución (contratos no ejecutados o ejecutados parcialmente) puede no elimi-

del principio de enriquecimiento injusto se llega al mismo resultado que con la liquidación derivada de la nulidad, pero evitando la complejidad del cauce formal de la revisión de oficio.

En efecto, la seguridad jurídica constituye un mandato constitucional y un valor jurídico de primer orden. Precisamente, el derecho se orienta a la construcción de sistemas estables, determinados y previsibles, que permitan garantizar la seguridad jurídica. Las exigencias del principio de seguridad jurídica están directamente conectadas con la construcción conceptual. Esto es así porque los conceptos cumplen naturalmente una función de estabilización de la realidad (al igual que la propia dogmática jurídica) que cobra una especial trascendencia en el ámbito jurídico. Los conceptos son útiles en la medida en que logran cierta continuidad en su capacidad para ordenar, dirigir o explicar la realidad. Junto a la estabilidad, la certeza es otro de los valores más importantes del derecho ligado a la seguridad jurídica. La proyección de las exigencias de la certeza sobre la formación conceptual exige que los conceptos tengan un significado claro y unívoco. Por esa razón es preciso garantizar su capacidad para delimitar realidades diversas. Esta exigencia se proyecta especialmente sobre los conceptos jurídicos tradicionales, encaminados a clasificar y ordenar la realidad para anudar determinadas consecuencias jurídicas¹⁷.

El objetivo de este artículo no es otro que el de poner de manifiesto cómo el importe o cuantía que ha de abonar la entidad del sector público que ha realizado el contrato irregular varía notablemente en función de la fuente de obligación, siendo distintos la cuantía y los presupuestos que dan lugar a misma si se aplica la restitución derivada de la liquidación del contrato nulo que si se aplica el enriquecimiento injusto.

Sin duda alguna, el importe a abonar al contratista en los contratos verbales —reiteramos— va a variar en función de la acción o fuente genera-

nar todo el daño causado. De este modo, mientras que la obligación de restitución tiene como finalidad la eliminación de los efectos jurídicos producidos y nacidos del contrato, reconstruyendo y restaurando los derechos patrimoniales de las partes a la situación que tendrían de no haberse producido el contrato y ello independientemente de la buena o mala fe de los contratantes, por el contrario, la indemnización de los daños y perjuicios tiene como objetivo resarcir los daños y perjuicios que el contratante que actúa con negligencia o dolo ha causado, con ocasión del contrato, a la parte perjudicada. Precisamente la acción de resarcimiento y la solicitud de indemnización va a tener como objetivo cubrir aquellos importes económicos (daños) que no se ven resueltos con la restitución de las prestaciones”.

17. Cfr. Díez Sastre (2018: 58-59). Tal y como señala la autora, en las pp. 118, 123, 124, 171 y 172: “la función principal de los conceptos jurídicos es la clasificación y la prescripción, esto es, la anudación de consecuencias jurídicas. Es necesario conocer con precisión cuales son los atributos o notas definitorias que componen la definición del concepto. La formación o elaboración de conceptos consiste habitualmente en un proceso de selección de sus atributos que conforman la intensión del concepto. Esto supone elegir ciertos aspectos de la realidad y rechazar otros. La herramienta utilizada para llevar a cabo esta tarea es la abstracción. La determinación de los atributos es esencial para determinar cuando se producirán o no ciertos efectos jurídicos”.

dora del derecho utilizada. Cada una de las acciones utilizadas, cada una de las instituciones confundidas, lleva a una medida de la obligación distinta, incluso con un sentido diferente: restitutorio, enriquecimiento, resarcitorio¹⁸.

Ya adelantamos que la vía correcta para la restitución de las prestaciones realizadas derivadas de la contratación verbal irregular es la liquidación del contrato nulo, a través de la revisión de oficio, y ello porque es la vía establecida expresamente en el artículo 42 de la LCSP y porque a través de la misma es posible realizar un reproche externo a la actuación ilegal de la Administración; por el contrario, el enriquecimiento injusto como fuente de la obligación que permite la restitución de las prestaciones es una acción subsidiaria y residual solo empleable en nuestro ordenamiento jurídico cuando no existen otras acciones, acción que, además, impide o no lleva insito el reproche a la conducta ilegal de la Administración.

Cuestión distinta es, como vamos a comprobar, que las soluciones a las que se llega con la aplicación de la Ley no gusten o no se adecuen a los intereses de la Administración, en cuyo caso lo que debe hacerse es un cambio normativo por parte del legislador estatal y no, por el contrario, inaplicar la Ley y acudir a otras instituciones que permiten alcanzar los resultados queridos, pero que difieren de los legalmente establecidos.

2

La liquidación del contrato nulo: restitución de prestaciones y valoración de estas

2.1

Nulidad de contratos y restitución. Restitución por equivalente

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la LCSP, las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente¹⁹. De este modo, con

18. Como señala Rebollo Puig (1995: 178-180), con su habitual lucidez, la determinación del enriquecimiento, valor de la prestación, precio del contrato nulo o indemnización puede que varíe en función de la vía empleada para exigir la prestación realizada de un contrato verbal.

19. Dicho art. 37, que lleva por título: "Carácter formal de la contratación del sector público", señala:

1. Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia.

2. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 153, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 118.

3. Los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas cuando sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44 deberán formalizarse en los plazos establecidos en el artículo 153".

carácter general, incurren en causas de nulidad de pleno derecho aquellos supuestos en los que por parte del sector público se acude a una contratación menor sin seguir procedimiento alguno (adjudicación sin ajustarse a las normas de preparación del contrato menor, fraccionamiento ilícito de contratos menores, etc.); igualmente, incurren en casusa de nulidad aquellos otros supuestos en los que se lleva a cabo la adjudicación de un contrato acudiendo a una tramitación de emergencia sin que dicha emergencia exista, o los supuestos en los que se lleva a cabo una modificación contractual sin que se den los presupuestos necesarios para proceder a tal modificación, o, finalmente, aquellos supuestos de prórroga de contratos una vez finalizado el contrato para garantizar la continuidad de la prestación sin que se den los presupuestos legalmente establecidos.

En todos estos supuestos el contrato es nulo²⁰, bien por haberse realizado la adjudicación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, bien por haberse realizado la adjudicación por órgano manifiestamente incompetente (ejecución de obras, suministros o servicios, efectivamente realizado y entregado a la Administración, como consecuencia de actos de la propia Administración o de la dirección facultativa de la obra), bien por carencia o insuficiencia de crédito (la obtención por parte de la Administración o de sus entes de una prestación implica la existencia de un gasto para cuya atención no existe el crédito oportuno, como consecuencia lógica de la ausencia de procedimiento), bien por falta de publicación del anuncio de licitación.

Los efectos derivados de la nulidad de los contratos del sector público vienen recogidos en el actual artículo 42.1 de la LCSP, el cual dispone:

“La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que

20. De conformidad con lo dispuesto en el art. 39 de la LCSP:

1. Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicatarios en los que concurra alguna de las causas siguientes: [...]

b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

c) La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135”.

resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

Cabe señalar que la regulación del actual artículo 42 de la LCSP no es sino un trasunto de los artículos 1303 y 1307 del Código Civil (CC) y que regulan los efectos de la nulidad de los contratos.

En este sentido el artículo 1303 señala lo siguiente:

“Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

Del mismo modo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1307: “Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha”.

De acuerdo con la teoría general de la invalidez, el contrato nulo “no vale”, no siendo idóneo para dar vida a los efectos que el derecho reconoce a los contratos válidos. Sin embargo, el contrato nulo se ha realizado instalándose en el mundo de la realidad jurídica en contra del deber ser. De este modo, cuando el negocio inválido ha producido una mutación, un cambio en la realidad, en definitiva, los efectos propios del contrato si hubiera sido válido, hay que destruir esos efectos.

La nulidad de un contrato tiene aparejados una serie de consecuencias o efectos, el efecto destructivo que consiste en la eliminación de los efectos jurídicos del acto, y el efecto reconstructivo o restitutorio que consiste en obligar a reconstruir la situación jurídica anterior a la producida por el acto anulado.

Precisamente, cuando tiene lugar una situación contraria al ordenamiento jurídico surge una exigencia básica de restablecimiento de la legalidad que es consustancial a la idea de Estado de derecho. Este tipo de tutela es denominada tutela restitutoria, porque tiene como objetivo restituir o reintegrar una posición jurídica violada o, en general, el ordenamiento jurídico vulnerado; de este modo, la situación creada por una actuación contraria a derecho se debe eliminar para restablecer las cosas a su situación originaria —es la denominada *restitutio in integrum*—. Por ello la tutela restitutoria o tutela primaria tiene por finalidad eliminar situaciones de hecho ya producidas que no se corresponden con el derecho a través del restablecimiento del estado de cosas anterior a la vulneración del ordenamiento, el *statu quo ante*²¹.

21. Cfr. Díez Sastre (2012: 73-74).

El efecto típico de la nulidad es la obligación de restitución²². De este modo, la nulidad no solo tiene como consecuencia el que las partes no tengan el deber jurídico de cumplir las obligaciones derivadas del contrato, sino que en el caso de que todas o parte de las obligaciones derivadas del contrato se hayan cumplido es preciso deshacer lo hecho, restablecer la situación primitiva, mediante la devolución o restitución de lo entregado, para que todo vuelva a quedar como si el contrato no se hubiera realizado jamás.

Por ello, cuando un contrato es declarado inválido, ya sea por una causa de nulidad o de anulabilidad, las partes están obligadas a restituir las prestaciones realizadas —y si no fuera posible la restitución *in natura*, su valor— con sus frutos e intereses a contar desde el momento de la realización de la prestación; ambas, por tanto, tienen carácter retroactivo.

En consecuencia, y en principio, declarada la nulidad de los actos de preparación y adjudicación y, por tanto, del contrato, quedan —ya sea por nulidad o por anulabilidad— sin soporte jurídico todas las prestaciones y consecuencias que han tenido causa del acto declarado inválido. Las partes deben así ser restituidas al estado anterior al que se encontraban a la entrada de vigencia del acto de adjudicación.

De este modo, si se entregó una cosa determinada ha de restituirse o reintegrarse el mismo objeto que se recibió, en el estado en que se encuentre, haya mejorado o se haya deteriorado. En principio, por tanto, procede la restitución *in natura*.

Muchas veces, sin embargo, las prestaciones intercambiadas no pueden restituirse *in natura*. Cuando la restitución física de la cosa no resulta posible, el sistema restitutorio “primario” (art. 1303 CC) se “conforma” con una restitución “secundaria”, inspirada por los mismos principios (integridad y reciprocidad) y que, como regla general, impone una restitución del valor de la cosa.

En efecto, en aquellos supuestos en los que la declaración de nulidad se realiza con posterioridad a que el contratista haya realizado su prestación y cuando dicha prestación no es restituible —como sería el caso del contrato de obra a la Administración (pues dicha obra es propiedad de la Administración, dominio público, generalmente, y es, por tanto, inalienable), y como sería el caso de los servicios (pues una vez los mismos han

22. Como indica Santamaría Pastor (2004: 395), la restitución recíproca de las prestaciones constituye el más clásico de los efectos de la invalidez, “debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor”.

sido prestados no es posible su restitución)—, tal y como señala el artículo 42 de la LCSP, se devolverá el valor de la prestación.

En estos supuestos, precisamente, ante la imposibilidad de restituir la prestación, la misma se transforma en la obligación de dar una suma de dinero equivalente al valor de la prestación indebidamente percibida²³.

La cuestión que debemos resolver y que es objeto de este artículo es, precisamente, cuál es el valor de la prestación.

2.2

El valor de la restitución por equivalente en la nulidad: el valor de mercado

Tal y como hemos visto al inicio del artículo, un sector de la doctrina académica y de la doctrina administrativa considera que el valor de la prestación que se ha de restituir en los supuestos en que no es posible la restitución *in natura* es el precio primitivo del contrato (modificados y prórrogas ilegales) o los costes efectivos en que haya incurrido el contratista, pero no los demás resarcimientos propios de un contrato válidamente celebrado (como es el beneficio industrial que se entiende improcedente), dado que, al ser los contratos nulos, no producen o no pueden producir los efectos económicos propios del contrato válido.

Del mismo modo, en muchos dictámenes del Consejo de Estado y de consejos consultivos se tiene en cuenta la buena o mala fe del contratista a la hora de cuantificar la medida de la restitución, y se considera que, si la empresa no fue ajena a la irregularidad detectada, el valor a entregar al contratista se calculará detrayendo del precio el beneficio industrial que aquella esperaba obtener.

En definitiva, en muchas resoluciones se considera que se debe pagar el precio del contrato primitivo o el precio del contrato primitivo menos el beneficio industrial, o el valor de mercado menos el beneficio industrial, etc.

Debemos señalar, sin embargo, que dichas consideraciones son erróneas desde un punto de vista legal y dogmático, y que el valor que la Administración o los entes del sector público han de restituir a los contratistas no es ni el precio del contrato (ya sea el precio del contrato verbal

23. Tal y como expresa Ruiz Arranz (2023: 389-392): "Cuando la restitución *física* de la cosa no resulta posible, el sistema restitutorio *primario* (arts. 1303 y 1295 I CC) se «conforma» con una restitución *secundaria*, inspirada por los mismos principios (integridad y reciprocidad) y que, como regla general, impone una restitución del valor de la cosa (arts. 1307 y 1488 CC)".

ilegal o el precio de adjudicación del contrato original en las modificaciones o prórrogas) ni el precio menos el beneficio industrial, sino que se ha de restituir el valor de mercado de la obra, suministro o servicio irrestituible²⁴.

Del mismo modo, como vamos a comprobar, la restitución es una consecuencia derivada de la nulidad independientemente de la conducta que hayan podido tener las partes en relación con la causa de nulidad, en nuestro caso, con la participación en la preparación y adjudicación del contrato, de forma que la buena o mala fe de las partes no influye de ninguna manera en la obligación de restitución ni en la medida de la misma²⁵.

Como indica la doctrina civilista que estudia la restitución en la nulidad de los contratos civiles (preceptos que son el trasunto del artículo 42 de la LCSP), buscar minorar la restitución derivada del contrato nulo en virtud de quien sea la parte responsable o culpable del fracaso del contrato resulta incompatible con el fundamento y los efectos de la nulidad, que no son otros que el regreso al *statu quo ante* que se alcanza a través de la *restitutio in integrum* recíproca. La restitución no tiene como objetivo depurar ninguna responsabilidad derivada del fracaso del contrato, para lo cual existen otros remedios (la indemnización de daños y perjuicios imputable a la parte culpable) que pueden acompañar a la restitución. La restitución es simplemente la consecuencia de la deconstrucción y reconstrucción de la realidad alterada por un contrato nulo; y por eso, porque su función ha de ser dejar a las partes en la situación en que deberían haber estado de no haberse producido y llevado a efecto el contrato declarado nulo, es por lo que debe ser “tan neutra como el contrato que la precede y de cuya ordenación de intereses se nutre la relación obligatoria restitutoria”²⁶. En definitiva, ni la buena fe genera un derecho a no restituir o a restituir en menor medida ni la mala fe impide exigir en su totalidad la restitución de la prestación realizada.

Por lo que respecta al valor de la prestación, hay que señalar que la doctrina civil considera que el valor a restituir es el valor de mercado del

24. Qué duda cabe que ante la prestación de un servicio o la realización de una obra de calidad inferior a lo contratado verbalmente solo debe restituirse el valor de la obra o del servicio efectivamente realizado, y si es de inferior calidad al que se contrató se deberá pagar un precio inferior al de mercado. Cfr. Alonso Pérez (2007: 1015-1016).

25. Vid. Calatayud Prats (2023a: 218-230).

26. Así lo indica Basozabal Arrue (1998: 214-221). Igualmente se expresa Ruiz Arranz (2023: 378-379).

mismo en el momento de la pérdida y no, por el contrario, el que las partes hubieran podido fijar en el contrato²⁷.

Cabe señalar que tanto los artículos 1307 y 1488 CC como el artículo 42 de la LCSP son claros en cuanto a que lo que se restituye es el valor objetivo de la cosa y no el precio del contrato declarado nulo²⁸.

De hecho, tanto en el caso del Código Civil como en el de la LCSP, cuando lo que quieren que se restituya es, bien el enriquecimiento²⁹, bien el precio del contrato, lo indican expresamente.

Así, la LCSP, en su artículo 307, apartado 1³⁰ —que regula los efectos de la resolución contractual—, establece que la resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar esta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad.

Es decir, cuando la LCSP quiere que la Administración restituya el precio, como en los casos de resolución contractual, y no el valor de mercado, como en los casos de nulidad, lo señala expresamente.

Del mismo modo, la LCSP, de forma expresa, diferencia entre el valor de mercado del contrato y el precio del contrato; así, distingue claramente entre el presupuesto base de licitación del contrato regulado en el artículo

27. Así lo entienden Delgado y Parra (2005: 256), cuando indican: “salvo disposición distinta del legislador, mas adecuado es entender obligada la restitución de las prestaciones mediante el pago de valor en dinero, calculado, no de acuerdo con la contraprestación pactada, sino según apreciación objetiva”. En el mismo sentido se manifiesta Ruiz Arranz (2023: 467) al señalar: “El valor de la cosa se cifra objetivamente y se contrapone, por hipótesis, al precio del contrato”. Igualmente lo señala Alonso Pérez (2007: 1009), si bien critica dicho posicionamiento, no estando de acuerdo con el mismo.

28. *Vid.* Basozabal Arrue (2022: 71).

Igualmente se expresa Soler Presas (2018: 1239), cuando indica: “En la mayoría de los sistemas que permiten esta restitución por valor, éste ha de cifrarse objetivamente. El nuestro no es una excepción, afortunadamente, pues nada aconseja vincular esa referencia legislativa al ‘valor’ con el precio pactado; ni mucho menos con el concreto enriquecimiento obtenido por el obligado a la restitución. Es desde luego un valor objetivo en caso de nulidad del contrato, pues esta –la nulidad– afecta también al pacto sobre el precio”.

29. La restitución del enriquecimiento (o mejor dicho la utilidad) en caso de nulidad se regula en el art. 1304 CC para los supuestos de contrato realizado por un menor o persona con discapacidad, en el que se señala que cuando no sea posible la restitución *in natura* se ha de restituir, no el valor de la prestación, sino en cuanto se enriqueció. En concreto, el art. 1304 señala: “Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conecedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta”.

30. El art. 307 establece: “1. La resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar esta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad”.

100 de la LCSP³¹, que deberá adecuarse a los valores o precios de mercado³², y el precio del contrato adjudicado³³, que normalmente se adjudicará con una baja y que puede estar condicionado al cumplimiento de una serie de objetivos de calidad³⁴.

Igualmente, y como no puede ser de otro modo, la LCSP regula en el artículo 242.2 las modificaciones del contrato de obras que lleven aparejadas nuevas unidades, obligando a pactar nuevos precios contradictorios con el contratista que se adecúen, obviamente, a los de mercado, para evitar desequilibrios, desechando, de este modo, los precios primitivos³⁵. Por tanto, podemos considerar que, si la LCSP obliga a pactar nuevos precios en las modificaciones que incluyan unidades no previstas, dicha obligación también ha de regir en las modificaciones realizadas irregularmente.

31. De conformidad con lo dispuesto en el art. 100, que regula el presupuesto base de licitación:

1. A los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario.

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

32. Como indica la Resolución 23/2018, de 12 de enero de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: “La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa”.

33. Como señala Gris González (2019: 147), “el presupuesto base de licitación no es la retribución del contratista, por lo que no es procedente, con carácter general, examinar las partidas presupuestadas –y desglosadas– del mismo para reclamar, en fase de liquidación contractual, el valor estimativo de cada una de ellas, pues la Administración a lo que viene obligada es al abono de la prestación realmente ejecutada con arreglo al precio convenido, no con arreglo al presupuesto de licitación inicial”.

34. El art. 102, apdos. 1 y 6, LCSP, que regula el precio del contrato, señala: “1. Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado [...] 6. Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso”.

35. De conformidad con el art. 242.2 LCSP: “Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este, y no sea necesario realizar una nueva licitación, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley”.

En definitiva, la LCSP establece que en supuestos de nulidad contractual la contraprestación realizada por el contratista se debe valorar a precios de mercado, que por supuesto incluyen el beneficio industrial³⁶, y no, por el contrario, a los precios convenidos en el contrato.

De este modo, si la cosa entregada, la obra realizada o el servicio prestado irrestituible valía más que el precio originario del contrato, saldrá perjudicada la parte que recibió la cosa o el servicio irrestituible³⁷, en nuestro caso la Administración. Por el contrario, si la cosa entregada, la obra realizada o el servicio prestado irrestituible valía menos que el precio originario del contrato, saldrá perjudicada la parte que entregó la cosa o el servicio irrestituible, en nuestro caso el contratista.

Así, por ejemplo, en el caso de que B (contratista) realice a A (Administración) una obra por un precio de 100 unidades monetarias, si después de la ejecución el contrato se declara nulo y no es posible la restitución de la prestación, A tendrá que restituir el valor de la obra y B las 100 unidades monetarias recibidas. De este modo, si el valor de mercado de la obra es de 150 unidades, A se verá perjudicada, pues tendrá que reintegrar 150. Por el contrario, si el valor de mercado de la obra es de 75 unidades monetarias, A se verá beneficiada, pues recibe 100 y restituye 75³⁸.

36. Estamos, pues, de acuerdo con Menéndez Sebastián (2020: 112), cuando afirma: "En efecto, una de las cuestiones más dudosas a mi juicio de este tema es si debe detraerse el beneficio industrial o no al contratista, algo en que tampoco existe unanimidad, ni mucho menos, entre los órganos consultivos. A este respecto, en primer lugar, es preciso recordar que cuando se habla de la restitución o el pago de lo realizado no se refiere, como he dicho, al pago del precio, sino al valor –entendiendo que en el mercado–, pues no debe olvidarse que a ese aspecto aluden también las normas de carácter presupuestario analizadas; cuestión dudosa es si ese valor de mercado incluye o no el beneficio industrial, lo que parece lógico. Sin olvidar que en cuanto a dicho concepto la LCSP lo ha incluido como gran novedad en el artículo 101.2, al regular el valor estimado del contrato, pero sin concretar nada más".

37. Como indica López Beltrán de Heredia (1995: 65-66), en el caso de la nulidad es más adecuado "entender obligada la restitución de las prestaciones irrestituibles in natura mediante el pago de su valor en dinero, según apreciación objetiva y no conforme a la contraprestación pactada, con apoyo en el art. 1307 CC (por analogía) [...] En tal caso, el Juez no quedará vinculado por las estipulaciones contractuales y podrá calcular el valor de las indemnizaciones sobre bases distintas a la pactadas por las partes. Aunque fuera así, cuando ambos contratantes queden obligados a la devolución recíproca, también se producirá la compensación, al menos parcial, entre lo prestado y lo recibido. Solo resultará obligado a devolver uno de los contratantes: aquel que recibió una prestación cuyo valor objetivo sea superior al valor objetivo de la prestación que por su parte ejecutó, quedando obligado a restituir la suma de dinero equivalente al exceso de valor de la prestación recibida".

38. Lo expone con toda claridad el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) en su Sentencia núm. 824/2011, de 15 de noviembre, RJ 2012\755. Dicha sentencia tiene por objeto la nulidad de la donación de un inmueble, al ser una donación encubierta y por no cumplir los requisitos de forma *ad solemnitatem*. En el caso concreto, el donatario había procedido a la venta del inmueble, razón por la cual no cabía la restitución *in natura*. La cuestión estriba en determinar la cantidad a devolver por equivalente; en concreto, si la cantidad a devolver era el precio obtenido por el donante en la compraventa fijado en escritura pública o, por el contrario, el valor de mercado del inmueble. La sentencia señala que es el valor de mercado del inmueble, y ello con la siguiente argumentación: "Dice la sentencia de la Audiencia, con cita de la sen-

Del mismo modo, en el supuesto de que A contrate a B un servicio por un precio de 100 unidades monetarias, si después de la recepción el contrato se declara nulo, dado que la restitución del servicio es imposible, A tendrá que restituir el valor del servicio. De este modo, si el valor de mercado del servicio es de 175 unidades, A se verá perjudicada, pues tendrá que reintegrar 175 y recibir solo 100. Por el contrario, si el valor de mercado del servicio es de 55 unidades, A se verá beneficiada, al recibir 100 y restituir 55 unidades³⁹.

El que la norma acuda en la restitución de las prestaciones en caso de nulidad al valor de mercado (valor objetivo) y no al precio pactado por las partes (valor subjetivo) —como ocurre en la resolución— tiene su razón de ser en que mientras que en la resolución el contrato es válido, pero se extingue por

tencia de esta Sala núm. 81/2003 de 11 febrero (RJ 2003, 1004), que 'resulta incuestionable que el bien debe restituirse *in natura*, es decir el mismo que fue objeto de la transmisión inválida (S 6 Oct. 1994 (RJ 1994, 7459)), pero puede ocurrir que ello no sea posible por causas físicas o jurídicas, y entonces ha de acudirse a la aplicación del art. 1307 CC , cuya normativa rige también para la nulidad radical (no sólo la relativa) y que igualmente que sucede con el art. 1303 es aplicable de oficio como efecto *ex lege*'. A ello añade que el valor del inmueble debe calcularse a la fecha en que se produjo el acto transmisivo, pero precisa que 'el precio será el consignado en la escritura, pues lo cierto es que el mismo es tan solo ligeramente inferior al consignado en el dictamen pericial, y no consta que se hubiese escriturado por precio notoriamente inferior al de mercado, teniéndose en cuenta que como se manifiesta en el recurso la venta se hizo con premura, con el designio de evitar la anotación preventiva de la demanda y por otra parte no cabe en los casos de sustitución de las cosas o su equivalente incurrir en enriquecimiento injusto el que se produciría si efectivamente se pagara un precio superior al percibido realmente'. Dicha conclusión no puede ser compartida y en tal sentido el recurso de los demandantes ha de prosperar. El artículo 1.307 del Código Civil establece que 'siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió , con los intereses desde la misma fecha' y de tal dicción se desprende con claridad que ha de atenderse al valor de la cosa en el momento de su pérdida jurídica para quienes tenían derecho a ella por resultar irrevindicable, ello sin perjuicio de la cantidad que los que dispusieron indebidamente de ella fijaron como precio para su enajenación, sin que en tal caso pueda entenderse producido enriquecimiento alguno de carácter injusto por parte de quienes resultaron ajenos a dicho negocio de compraventa para el que se pudo fijar un precio inferior al verdadero valor de la cosa sin intervención de todos los interesados".

39. Así lo expresa, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Civil), de 11 de enero de 2002, JUR 2002/95982, que, en su fundamento jurídico sexto, coincide con las opiniones que la doctrina mayoritaria mantiene al respecto: "SEXTO: Como consecuencia de la declaración de nulidad, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio, con sus intereses (art. 1.303 del Código Civil). En el caso de autos, es posible, por la naturaleza fungible de la prestación, la devolución del precio que recibió el demandado (642.065 ptas.). No sucede lo mismo con los servicios prestados por el demandado, pues el *facere* no es nunca restituible, razón por la cual debe ser transformado en equivalente pecuniario, y debe serlo, no con arreglo a las bases del contrato (que por nulo es inexistente), sino según valor de mercado. En este sentido, considerando que la suma minutada por el demandado, en tanto que visada por el Colegio de Aparejadores, se corresponde con el valor de los servicios que se presentaron a aprobación y visado de ese colegio (redacción del proyecto aportado con la demanda, y dirección de las obras de ese proyecto); y considerando igualmente que dicho proyecto fue útil para la ejecución de las obras menores que en él se describían, y que dichas obras fueron realmente ejecutadas y dirigidas por el demandado, debemos cifrar en 642.065 pesetas el equivalente económico de los servicios útiles que el demandado prestó al demandante".

incumplimiento, en la nulidad el contrato es inválido y, por tanto, el precio que las partes pudieran haber pactado no ha de ser tenido en cuenta en la restitución, sin perjuicio de que el precio pueda servir de referencia o como indicador del valor objetivo, esto es, como un elemento probatorio del valor de mercado.

Del mismo modo, acudir en la restitución, derivada de nulidad de la contratación verbal, al valor objetivo de mercado tiene la ventaja de evitar que la Administración tenga que abonar el precio acordado por las partes cuando este sea superior al valor de mercado de la prestación⁴⁰, tratándose de una cautela frente a conductas que traten de facturar a la Administración mediante contratos verbales por encima de los precios de mercado.

Precisamente, la Instrucción 5.ª de la Circular 3/1996, de 30 de abril, de la Intervención General de la Administración del Estado, y el artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, ejemplos de la peor confusión conceptual, y que regulan las consecuencias de la omisión de la función interventora, omisión que se produce en los supuestos de contratación verbal irregular, consideran que la Intervención en su informe debe proponer la revisión de oficio cuando el valor de mercado sea inferior a la factura presentada por el contratista, señalando dicho precepto, por el contrario, que en caso de que el precio de la factura sea inferior al de mercado (si bien lo habitual, aunque no siempre, es que factura y valor de mercado coincidan, pues el contratista tratará de facturar el valor de mercado de la prestación en los contratos verbales) no se lleve a cabo la revisión de oficio, por razones de economía procesal⁴¹.

40. Como indica Pérez López (2019: 120-122): "Debe evitarse frivolar sobre la cuestión interpretando que si existiera causa de nulidad de pleno derecho en contratación, daría igual, porque el importe consignado en la factura correspondiente ha de pagarse de todos modos [...] Parece razonable, por lo expuesto, que se calcule en debida forma la liquidación que debe corresponder a los contratos nulos, no dando en ningún momento por hecho que el importe a abonar por la prestación recibida será aquel consignado por el contratista en su factura", si bien luego la autora propone descontar el beneficio industrial.

41. En concreto, el art. 28 indica:

1. En los supuestos en los que, con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos en el presente artículo.

2. Si el órgano interventor al conocer de un expediente observara omisión de la función interventora lo manifestará a la autoridad que hubiera iniciado aquel y emitirá al mismo tiempo su opinión respecto de la propuesta, a fin de que, uniéndose este informe a las actuaciones, pueda el Presidente de la Entidad Local decidir si continua el procedimiento o no y demás actuaciones que en su caso, procedan.

En los casos de que la omisión de la fiscalización previa se refiera a las obligaciones o gastos cuya competencia sea de Pleno, el Presidente de la Entidad Local deberá someter a decisión del Pleno si continua el procedimiento y las demás actuaciones que, en su caso, procedan.

Este informe, que no tendrá naturaleza de fiscalización, se incluirá en la relación referida en los apartados 6 y 7 del artículo 15 de este Reglamento y pondrá de manifiesto, como mínimo, los siguientes extremos:

Precisamente, el que la Administración tenga que abonar el valor de mercado y no el precio fijado por las partes en el contrato da lugar a que en aquellos supuestos en los que el precio es inferior al valor de mercado la Administración tenga que abonar un mayor importe, hecho que, sin duda alguna, debería desincentivar a la Administración a llevar a cabo una contratación verbal.

Pero es más, si en vez de acudir al valor de mercado se acude al precio y se descuenta del mismo el beneficio industrial, como muchas resoluciones del Consejo de Estado y de los consejos consultivos defienden, se estaría incentivando la contratación verbal irregular —como en cierto modo ocurre—, y ello porque la parte garante de los procedimientos, que no es otra que la Administración, se estaría beneficiando de su propio incumplimiento de modo tal que le resultaría más ventajoso acudir a una contratación ilegal que a una contratación conforme al procedimiento establecido⁴².

a) Descripción detallada del gasto, con inclusión de todos los datos necesarios para su identificación, haciendo constar, al menos, el órgano gestor, el objeto del gasto, el importe, la naturaleza jurídica, la fecha de realización, el concepto presupuestario y ejercicio económico al que se imputa.

b) Exposición de los incumplimientos normativos que, a juicio del interventor informante, se produjeron en el momento en que se adoptó el acto con omisión de la preceptiva fiscalización o intervención previa, enunciando expresamente los preceptos legales infringidos.

c) Constatación de que las prestaciones se han llevado a cabo efectivamente y de que su precio se ajusta al precio de mercado, para lo cual se tendrán en cuenta las valoraciones y justificantes aportados por el órgano gestor, que habrá de recabar los asesoramientos o informes técnicos que resulten precisos a tal fin.

d) Comprobación de que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente para satisfacer el importe del gasto.

e) Posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de éstas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, sólo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone.

3. En los municipios de gran población corresponderá al órgano titular del departamento o de la concejalía de área al que pertenezca el órgano responsable de la tramitación del expediente o al que esté adscrito el organismo autónomo, sin que dicha competencia pueda ser objeto de delegación, acordar, en su caso, el sometimiento del asunto a la Junta de Gobierno Local para que adopte la resolución procedente.

4. El acuerdo favorable del Presidente, del Pleno o de la Junta de Gobierno Local no eximirá de la exigencia de las responsabilidades a que, en su caso, hubiera lugar”.

42. Como indica Codina García-Andrade (2019: 262-263), “todo análisis debe partir de situar al poder público como sujeto central encargado de velar por la legalidad del procedimiento. Es el protagonista principal de dar cumplimiento al principio de legalidad [...] el poder público es quien tiene la decisión última respecto a la modificación del contrato ya sea porque puede imponer la modificación o porque puede no acordarla. Un motivo de práctica administrativa y seguridad jurídica: no compensar a los contratistas por los trabajos realizados incentivaría a que el poder público realizase modificaciones irregulares y después negase la compensación de los trabajos sobre la base de una posible nulidad de dicha modificación”.

En definitiva, en la regulación de la restitución, tanto de los artículos 1303 y 1307 del Código Civil como del artículo 42 de la LCSP, cada parte asume el riesgo de que la prestación realizada (y que se recupera mediante la restitución) valga menos que lo recibido, así como el riesgo de que la prestación recibida (y que se tiene que devolver con la restitución) valga más en comparación con la prestación realizada.

Ahora bien, somos conscientes, al igual que la doctrina académica y administrativa, de que aplicar el valor de mercado también supone desventajas: la primera y más importante es que en aquellos casos en que el valor sea mayor que el precio del contrato el abono se hace con cargo al erario público —pago que, quizá, habría sido inferior a la cantidad que se habría satisfecho con una licitación pública—, y, en segundo lugar, que los contratistas pueden obtener el mismo o mayor rendimiento que el que obtendrían en una contratación regular sabiendo, además y en muchas ocasiones, que dicha contratación es irregular. No obstante, para evitar estas desventajas lo procedente es una reforma legal que mitigue o module la medida de la restitución, no siendo viable una interpretación creativa contraria a la Ley.

El problema de fondo, y del que deriva el problema, es que la LCSP copia en el artículo 42 las soluciones aportadas por el derecho civil en los artículos 1303 y 1307 a los efectos derivados de la invalidez de los contratos, y seguramente las necesidades y los intereses que representan las Administraciones públicas y los entes del sector público y, sobre todo, la garantía y tutela de los fondos públicos exigen una sustantividad propia en la regulación de los efectos derivados de la invalidez del contrato.

La ausencia de dicha norma ha dado lugar a que se acuda al empleo de otras instituciones carentes de regulación expresa, pero que, sin embargo, permiten una mejor satisfacción de los objetivos de la Administración: nos referimos al enriquecimiento injusto.

3

Contratación verbal y enriquecimiento injusto

3.1

Las razones prácticas por las que se acude al enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones que permite exigir la prestación realizada en la contratación verbal

Podemos afirmar que el que se acuda al enriquecimiento injusto para llevar a cabo el pago de las prestaciones realizadas por los contratistas en contra-

tos verbales irregulares es debido, fundamentalmente, a la dinámica propia de las relaciones entre Administración y contratista, a evitar acudir a la revisión de oficio de tales actuaciones —debido al reproche que dicha revisión produce en quienes han llevado a cabo la contratación y debido a la saturación que se produciría en el Consejo de Estado y en los consejos consultivos—, a razones de equidad y, por supuesto, a la confusión dogmática y a que la figura del enriquecimiento permite obtener resultados queridos por la Administración, en concreto minorar la restitución.

A través de la acción de enriquecimiento injusto, como fuente de obligaciones jurídicamente diferenciada del contrato, se evita acudir a la liquidación derivada de la nulidad del contrato y se permite a los contratistas de la Administración que puedan reclamar el abono de las prestaciones realizadas como consecuencia y en virtud de una contratación verbal nula⁴³.

Entiende la doctrina que en estos supuestos no es que el contrato verbal sea nulo, sino que el contrato es inexistente⁴⁴; se considera que el contrato no surge por existir un incumplimiento sustancial, o incluso total, de los requisitos formales y materiales exigibles en cuanto al procedimiento a seguir para la selección del contratista⁴⁵; ante contratos verbales entienden que ni siquiera procede la declaración de nulidad de lo inexistente —no siendo necesaria la revisión de oficio ni ningún acuerdo previo de declaración de nulidad de un contrato que no ha tenido lugar—, sino la búsqueda de una fuente de la obligación alternativa a la del contrato, y dicha vía es la acción autónoma de enriquecimiento injusto⁴⁶. La constatación de la existencia de un enriquecimiento injusto, la prestación realizada por el contratista a la Administración sin contraprestación, tiene como consecuencia la obligación restitutoria que impone el ordenamiento jurídico para reequilibrar una si-

43. Este es el parecer expresado por Rebollo Puig (2006: 19), cuando indica: “No hay razón para exigir que, antes de aplicar el enriquecimiento injusto, se deba declarar formalmente la nulidad del contrato y, menos aún, para imponer que la Administración haya debido antes revisar de oficio el contrato o impugnarlo en recurso de lesividad”. En materia civil también concibe la posibilidad de ejercitar una acción de enriquecimiento injusto de manera autónoma a la acción de nulidad Bech Serrat (2019: 146, 152).

44. Como indica el Dictamen del Consejo de Estado de 20 de diciembre de 2017, Expediente 842/2017: “a nada conduce -antes bien, sería una formulación artificiosa- declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro”.

45. Cfr. De Vicente González (2005: 410).

46. Cfr. De Vicente González (2005: 426). Igualmente se manifiesta Martínez Hellín (2019: 5), para quien “todos aquellos supuestos en los que nos encontramos con prestaciones realizadas a la Administración mediante meros encargos verbales requeridas por agentes de la Administración que carecen de competencia material (funcionarios, directores facultativos de obra, concejales delegados sin atribuciones para dictar actos que vinculen a terceros), difícilmente puede admitirse que proceda revisar un acto administrativo o un contrato, que serán inexistentes”.

tuación de desplazamiento patrimonial obtenido por una persona (enriquecido) a costa de otra (empobrecido) carente de justificación.

No obstante, con carácter previo a analizar si es viable acudir al principio de enriquecimiento injusto como fuente de la obligación que da derecho a cobrar las prestaciones realizadas en la contratación verbal, y antes de determinar cuál es la cuantía derivada del enriquecimiento que hay que satisfacer al contratista, resulta necesario poner de manifiesto las razones prácticas, esto es, la dinámica propia de las relaciones entre Administración y contratista por las cuales se acude a dicha institución, razones que dificultan que se acuda a la liquidación del contrato nulo, que consideramos que es el procedimiento correcto y legalmente establecido.

Con carácter general, y como anteriormente vimos, el problema de la contratación verbal se hace visible tras la presentación de las facturas por parte del contratista a la Administración una vez ha realizado efectivamente el trabajo. Así, el momento en que se detecta el problema de la contratación verbal se produce, precisamente, en el ejercicio de la función interventora, cuando se fiscaliza el pago de las facturas presentadas por los contratistas por trabajos efectivamente realizados pero sin cobertura legal.

En estos supuestos, dado que no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido para la contratación (contratación verbal menor sin expediente, modificación sin procedimiento del contrato o prórroga del contrato una vez vencido sin que se cumplan los presupuestos establecidos legalmente), dado que no existe crédito y dado que se ha omitido la función interventora, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión interventora.

En estos casos, tanto en la Administración local como en la estatal, la intervención debe realizar un informe que remitirá a la autoridad competente para resolver, en el que hará constar, entre otras cuestiones, una exposición de los incumplimientos normativos, constatación de que las prestaciones se han llevado a cabo efectivamente y de que su precio se ajusta al precio de mercado, y posibilidad y conveniencia de revisión de los actos, revisión de oficio que, tal y como señalan el artículo 28 del Real Decreto 424/2017 y la Circular 3/1996, de 30 de abril, de la Intervención General de la Administración del Estado, solo recomendará si el valor de mercado de la prestación es inferior a la cantidad facturada.

El órgano competente para resolver debe adoptar una resolución que decida cómo proceder al abono de la cantidad debida: bien a través de una revisión de oficio o bien de un expediente para el reconocimiento de obligaciones irregularmente adquiridas (enriquecimiento injusto y posterior reconocimiento

extrajudicial de crédito). En el caso de que la Administración reconozca la existencia de un enriquecimiento injusto, y levante el reparo de la intervención, la factura se abonará tras un reconocimiento extrajudicial de créditos.

En muchas ocasiones, sin embargo, ocurre que el órgano encargado de resolver el pago no resuelve, con lo que la factura presentada no se abona, en cuyo caso el contratista presenta una demanda por inactividad de la Administración conforme al artículo 199 de la LCSP⁴⁷. Resulta evidente que el contratista no va a exigir el pago de la factura, exigiendo el inicio de una revisión de oficio al considerar que el contrato era nulo.

La razón por la cual el órgano encargado de resolver decide no acudir a la revisión de oficio es que la misma supone un procedimiento engorroso, en el que intervienen los órganos consultivos externos —que se quejan de la avalancha de revisiones de oficio—⁴⁸, y en el que se reconoce expresamente que se ha realizado un contrato sin procedimiento y sin crédito; en definitiva, la revisión de oficio implica un reproche a la Administración⁴⁹ que ha incurrido en ilegalidades, reproche que, en muchas ocasiones, se acompaña de la

47. De acuerdo con el art. 199 LCSP, que regula el procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones públicas: "Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 4 del artículo 198 de esta Ley, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro".

Vid. Sesma Sánchez (2023: 167).

48. Tal y como indica el Dictamen 109/2012, de 7 de noviembre, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares: "[...] el Consejo Consultivo considera que la Administración no puede continuar con el uso generalizado del procedimiento de revisión de oficio [...] para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración. Es decir, el órgano consultante ha convertido en ordinario y ha normalizado un supuesto que debería ser excepcional, por lo que el Consejo Consultivo no puede admitir que se revisen actos nulos de pleno derecho con carácter general. La utilización de la revisión de oficio para dar cobertura formal a la contratación nula constituye una vía claramente inidónea, dado que se utiliza un procedimiento extraordinario y restrictivo para una cuestión de legalidad ordinaria que puede encontrar solución con el mero reconocimiento de deuda, a través del procedimiento del enriquecimiento injusto".

En términos similares se expresa el Dictamen 80/2020, de 3 de marzo de 2020, del Consejo Consultivo de Canarias.

49. Estamos de acuerdo con Díez Sastre (2017: 293) cuando indica: "Las consecuencias derivadas de la declaración de invalidez de un acto deberían constituir un desincentivo para que la Administración cometa ilegalidades en el futuro. De hecho, un argumento a favor de mantener el concepto clásico de invalidez, entendido como desajuste de la realidad con el derecho, es precisamente el juicio de reproche que conlleva. Se entiende que una declaración de nulidad es algo similar a una sanción. Si se ha dictado un acto nulo, con independencia de que se hayan mantenido sus efectos, la Administración debería recibir un mensaje claro de que su actuación no puede desarrollarse de ese modo. El derecho europeo parece tener una aproximación cercana a esta".

recomendación por los órganos consultivos, casi nunca cumplida, de exigir responsabilidades a los funcionarios. Otra razón más, esta última, para no acudir a la revisión de oficio. A estas razones se une, en muchas ocasiones, el no abono de la factura, al considerar que desde un punto de vista político es mejor que sea un juez el que reconozca el derecho del contratista al pago.

Pues bien, es en la demanda de inactividad el momento en el que el contratista, que ha prestado el servicio y que no ha visto satisfecha la prestación, alega e invoca —no la restitución por nulidad del contrato, pues la intención legítima del contratista es cobrar por la prestación realizada— el pago de la factura en cumplimiento del contrato verbal y, en su caso, el pago de la factura en virtud del principio del enriquecimiento injusto.

En la contestación a la demanda, la Administración, tras no haber llevado a cabo la revisión de oficio, puede oponer la nulidad o inexistencia del contrato verbal (a nuestro juicio con desviación procesal, pues siempre pudo y puede acudir a la revisión de oficio), con la errónea intención de no asumir el pago de las facturas. También puede alegar, bien la mala fe del contratista para tratar de minorar o evitar el pago de la factura⁵⁰, bien la inadecuación

50. Es el caso de la Sentencia de 28 de enero de 2016, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), RJ 2016\437. Los hechos que dan lugar a la Sentencia versan sobre la contratación de un curso de *e-learning*, que se contrata como contrato menor y que finalmente, tras distintas modificaciones, acaba costando 150 000 euros. El contratista interpuso recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Dirección General de Tráfico en relación con el pago de la cantidad de 72 894,09 euros. La Sala de instancia considera que la pretensión del contratista no podía ser atendida, y ello al considerar la existencia de mala fe en el empobrecido, con la siguiente argumentación: “es también reiterada la jurisprudencia que entiende que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa requiere la existencia de buena fe en el empobrecido que actúa y se empobrece, como mínimo, siguiendo órdenes de quien en la Administración tenga apariencia de tener legitimación para contratar y obligar con sus actos a la Administración”.

El Tribunal Supremo casa la Sentencia de instancia, al considerar que precisamente en supuestos de contratación verbal es procedente acudir al enriquecimiento injusto para el cobro de las prestaciones, y considera que corresponde a la Administración, y no al contratista, velar por el cumplimiento del procedimiento. En sus palabras:

“Como hemos visto anteriormente el fundamento de la sentencia para negar el enriquecimiento injusto, niega dar validez al documento presentado por la recurrente, en que se admite la cuantía de la deuda reclamada, negando la potestad para el reconocimiento al firmante de la misma, considerando en consecuencia que el exceso de gasto al no estar aprobado debía imputarse a la recurrente, dado que era conocedora del procedimiento de contratación por ser prestadora habitual de servicios, y no debió aceptar, sin proceder al cumplimiento de las exigencias formales de los contratos administrativos la modificación de los términos del contrato original. Sin embargo, la Sala discrepa de la consideración de que para que exista un enriquecimiento injusto sea preciso someterse a los criterios formales de contratación, pues en ese caso no sería necesario acudir a dicha doctrina, sino a la reclamación en términos de cumplimiento contractual. Es evidente que la falta de sometimiento a los criterios formales de contratación no convalidan la actuación de la Administración, ni frente a terceros, ni respecto a una posible responsabilidad de quienes así actúan. Sin embargo de lo que se trata es de determinar sin la Administración puede beneficiarse de los vicios originados por ella misma, aceptando los servicios prestados por el contratista en exceso, a solicitud de la propia Administración, que exige los mismos, aunque no los formalice conforme a derecho. Esta actuación, en efecto como se dice en las sentencias de contraste, supone un enriquecimiento injusto por parte de la Administración que ha de ser debidamente re-

de la cuantía de la factura, por no adecuarse a los trabajos efectivamente realizados o a la calidad necesaria.

En estos supuestos, el órgano jurisdiccional considera, seguramente por razones prácticas y de justicia, adecuado y viable el ejercicio autónomo de una acción de enriquecimiento injusto⁵¹.

La jurisprudencia, en efecto, admite la posibilidad de abonar la prestación realizada y derivada de un contrato verbal nulo sin necesidad de declarar formalmente la nulidad del contrato.

Precisamente, la reciente Sentencia núm. 1275/2023, de 17 de octubre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), JUR 2023\403281, tiene por objeto resolver la cuestión de interés casacional objetivo consistente en determinar “si se puede acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para el pago de facturas por servicios en casos en los que no está permitida la contratación verbal”⁵².

sarcido, máxime si por funcionarios de la propia Administración se acredita la existencia del gasto en la cuantía solicitada por la recurrente”.

51. Si bien entendemos que, en estos casos, lo procedente sería que el órgano jurisdiccional ejerciera lo dispuesto en el art. 33.2 LJCA e introdujera en el debate la posibilidad de declarar nulo el contrato con la consiguiente liquidación del mismo.

52. Los hechos y antecedentes que dan lugar a la Sentencia son los siguientes: D. Saturnino prestó al Ayuntamiento de Moià una serie de servicios jurídicos consistentes en la representación del Ayuntamiento en juicio. Si bien es cierto que no consta contrato suscrito entre las partes para la prestación de los servicios de asistencia jurídica al Ayuntamiento, lo cierto es que constan las designaciones efectuadas en los distintos procedimientos en los que este intervino, designaciones efectuadas por el Ayuntamiento demandado al comparecer en cada uno de aquellos procedimientos constando, igualmente, el reconocimiento de deuda efectuado en fecha 3 de junio de 2011 por el alcalde del Ayuntamiento de Moià por importe total de 118.252,47 euros, y en el que se reconoce de manera explícita la realización de las tareas, así como el importe de los honorarios devengados.

Tras presentar al cobro la factura, el pago no fue atendido por el Ayuntamiento. Contra la inactividad del Ayuntamiento de Moià por no haber satisfecho en tiempo el requerimiento de pago de facturas, se interpuso recurso contencioso. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 16 de Barcelona dicta Sentencia de fecha 20 de febrero de 2018, en la que desestima el recurso interpuesto por el contratista contra la inactividad de la Administración. Recurrída la Sentencia en apelación por el contratista, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dicta Sentencia de 20 de julio de 2020 en la que estima la apelación y revoca la Sentencia con la siguiente argumentación: “si bien es cierto que no consta contrato suscrito entre las partes para la prestación de los servicios de asistencia jurídica al Ayuntamiento, lo cierto es que constan aportadas en el expediente administrativo y en la documental aportada por la actora las designas efectuadas en los distintos procedimientos en los que esta intervino, designas efectuadas por el Ayuntamiento demandado al comparecer en cada uno de aquellos procedimientos, y que vienen a corresponderse con el reconocimiento de deuda efectuado en fecha 3 de junio de 2011 por el Alcalde del Ayuntamiento de Moià que obra al folio 404 de las actuaciones por importe total de 118.252,47 euros y en el que se reconoce de manera explícita la realización de las tareas así como el importe de los honorarios devengados. Por todo ello el recurso debe ser estimado parcialmente en cuanto a dicho importe, más los intereses legales correspondientes, por cuanto lo contrario vendría a suponer la admisión de un enriquecimiento injusto”.

Frente a la Sentencia que reconoce el enriquecimiento injusto como fuente autónoma de obligaciones para el cobro de las prestaciones realizadas en casos de contratación verbal, el Ayuntamiento de Moià recurre, alegando que el pago supondría vulnerar la prohibición de la Administración de contratar verbalmente y, asimismo, alega la mala fe del contratista.

Para el Tribunal Supremo es posible acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa para el pago de facturas por servicios en los casos de contratación irregular o no permitida, como la contratación verbal, siempre que concurren los siguientes requisitos, idénticos a los exigidos en la jurisprudencia civil: a) el enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos; b) el empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplio sentido, siempre que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre; c) la relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que este sea el efecto de aquel (o, dicho en otros términos, que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento); d) la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento.

A los anteriores requisitos —indica la Sentencia— se añade una nueva exigencia, con el fin de evitar que las situaciones en las que puede darse un eventual enriquecimiento injusto o sin causa se conviertan en un fácil medio de eludir las exigencias formales y procedimentales establecidas para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen la contratación administrativa. Esta nueva exigencia requiere que el desequilibrio “ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración”.

Debemos señalar que la Sentencia núm. 1275/2023, de 17 de octubre, del Tribunal Supremo, adolece de muchas lagunas que no son explicadas satisfactoriamente y que, precisamente, vamos a tratar de desentrañar. En primer lugar, no aclara el motivo por el cual abandona el criterio o requisito de subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto, y en segundo lugar, y lo que es más importante para nosotros, no dice qué es el enriquecimiento y qué es el empobrecimiento, cómo se miden y qué circunstancias modulan dicha medición, pues la medida del enriquecimiento es, precisamente, lo que el contratista tiene derecho a cobrar, siendo esta medida el punto más difícil y conflictivo de toda doctrina del enriquecimiento injusto⁵³.

53. Como indica Álvarez-Caperochipi (1993: 169): “Diferente del enriquecimiento como presupuesto es la medida del enriquecimiento, es decir, aquella medida de valor que el que adquirió impropriamente viene obligado a restituir. Este es quizá, el punto más difícil y conflictivo de toda doctrina del enriquecimiento injusto, y además, quizá el menos estudiado. Los ejemplos podrían multiplicarse; quien se apropia de los alambres de espino propiedad del Estado que

Volvemos a preguntarnos: ¿en qué consiste el enriquecimiento?; ¿el enriquecimiento es el precio originario del contrato?; ¿es el valor de mercado?; ¿son los costes menos el beneficio industrial?

No obstante, antes de dar respuesta a dichas preguntas, consideramos conveniente realizar un análisis crítico de la jurisprudencia que admite la posibilidad de acudir al principio de enriquecimiento injusto, como fuente autónoma de obligaciones para exigir las prestaciones realizadas en la contratación verbal.

3.2

La subsidiariedad del enriquecimiento injusto y su posible aplicación a la restitución contractual verbal. Distinción entre restitución y enriquecimiento

Existen distintos supuestos en los que se puede producir un enriquecimiento injustificado que obligue a la parte que se ha enriquecido a restituir el mismo a la parte que se ha empobrecido. Así, el enriquecimiento injusto puede ser consecuencia de lo obtenido por usar o disfrutar de un derecho ajeno; puede derivar de un pago producido por error; puede ser consecuencia de la liberación del deudor por el pago realizado por un tercero; puede derivar de un contrato nulo o anulado, etc.

A la hora de afrontar la solución a todos estos tipos de enriquecimiento existen, tal y como han estudiado los civilistas, distintos modelos de regulación: el unitario, el tipológico y el fragmentado⁵⁴.

Mediante el sistema unitario se pretenden regular todos los supuestos de enriquecimiento injusto desde una perspectiva común. El modelo alemán del BGB lleva a cabo una regulación general del enriquecimiento injustificado que debe adaptarse a las distintas situaciones que pueden dar lugar al mismo. Posteriormente, la doctrina alemana puso de relieve que un tratamiento general de situaciones tan dispares solo era posible mediante un ejercicio de abstracción que dejaba sin atender adecuadamente alguno de los conflictos, razón por la cual propusieron una tipología con los principales conflictos que podían generar enriquecimientos injustos. De aquí surgieron: la *condictio indebiti*, para la restitución de los pagos realizados por

fueron olvidados después del guerra en que fue frente de Guadalajara, se enriquece pero ¿Qué es lo que debe restituir? Unos alambres de la misma especie y calidad, el valor de los alambres cuando fueron encontrados, el precio recibido por su enajenación, el valor en el momento de la demanda o el provecho que se perpetua en el patrimonio del detentador de los mismos”.

⁵⁴. Cfr. Basozabal Arrue (2018: 4).

error; la *condictio* por intromisión, que restituye el enriquecimiento que obtiene quien usa un bien ajeno; la *condictio* por expensas, que se produce en aquellos casos en que se realizan gastos o se incorpora trabajo en una cosa ajena con beneficio del propietario o del poseedor de la misma; la *condictio* de regreso, que ostenta el tercero que paga al acreedor una deuda ajena; y, finalmente, la *condictio* de prestación, que es aquella que se da cuando el desplazamiento patrimonial o el enriquecimiento se produce en virtud de una prestación que ve frustrada la finalidad para la que había sido realizada. La prestación es el desplazamiento patrimonial ocurrido consciente con la finalidad de ejecutar un plan jurídico obligatorio, entendiéndose por plan jurídico obligatorio el negocio jurídico en cuyo cumplimiento la prestación se realiza. Precisamente, uno de los casos que entran dentro de la *condictio* de prestación es la restitución de las prestaciones que hubieran sido realizadas en ejecución de un contrato nulo cuando este es anulado⁵⁵.

Por último, nos encontramos con el sistema fragmentado en cuya virtud cada conflicto cuenta con una regulación específica en el sector o la rama del derecho privado que le corresponda, siendo este, precisamente, el modelo codificado en el derecho español⁵⁶. Así, podemos afirmar que nuestro Código Civil regula distintos supuestos “tipificados” de enriquecimiento injustificado, esto es, supuestos en los que la institución se encuentra incardinada y es reconocible en sus rasgos esenciales, y ello aun cuando no reciba legalmente la denominación formal de tal⁵⁷.

En principio, por tanto, nuestro ordenamiento jurídico, y en concreto el Código Civil, no recogió la prohibición general de enriquecimiento injusto o sin causa, sino que, por el contrario, trasladó los problemas que el enriquecimiento sin causa pretende resolver al derecho de contratos y, en concreto, a

55. Cfr. Díez Picazo (2007: 124-128). Igualmente se estudia en Fariña Fariña (2022).

56. Como indica Basozabal Arrue (2018: 37-38): “Como acaba de apuntarse, así ocurre en la tradición codificada francesa, que es ajena a la existencia de un pretendido ‘Derecho de enriquecimiento injustificado’ y lo que conoce son soluciones restitutorias allá donde se plantean los conflictos concretos, cada uno en su sede correspondiente”. Igualmente, Zumaquero Gil (2017: 19), cuando indica: “El Código Civil español, a diferencia de otros códigos civiles europeos que han seguido el modelo germanista, no contiene una regulación general del enriquecimiento injustificado. En él encontramos distintas manifestaciones de un derecho de restitución, cuyo fundamento último puede situarse en la regla de interdicción del enriquecimiento sin causa, pero que en ningún caso permiten la construcción de una *condictio sine causa generalis*. Su inspiración en el derecho francés, donde la doctrina del enriquecimiento injustificado aparece originariamente regulada en el *Code Civil* de manera residual, a partir de la categoría de los cuasicontratos, explica que la figura llegue a nuestros días desprovista de una regulación unitaria”.

57. Así, por ejemplo, la *condictio* por intromisión: uso y disfrute de una cosa, capital o derecho ajeno o que procede restituir (arts. 453 y ss. CC); *condictio* por prestación, pago de lo indebido consistente en la realización de una obra o un servicio o la transmisión de una cosa (arts. 1895 y ss. CC); *condictio* por impensas, por gastos, trabajo, obras o mejoras en cosa ajena de buena fe o mala fe (arts. 453, 454 y 1898 CC).

la acción de restitución, configurando, además, nuestro Código Civil el cobro de lo indebido como un cuasicontrato de aplicación subsidiaria y residual⁵⁸.

En efecto, siguiendo a Díez Picazo, podemos afirmar que en nuestro derecho, por razones de orden histórico, los problemas de la *condictio* de prestación (enriquecimiento sin causa en supuestos de nulidad de contrato) no pertenecen al derecho del enriquecimiento, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, sino que se regulan en el derecho de contratos y, en concreto, en los artículos 1303 a 1308. Únicamente cuando dichas reglas restitutorias no den completa solución a un problema cabría acudir al enriquecimiento sin causa⁵⁹.

Precisamente, el hecho de que la normativa regule acciones concretas y específicas para la obtención de la restitución tiene como consecuencia el que sean tales preceptos los que deban ser invocados, y no, por el contrario, el principio de enriquecimiento injusto.

Así, la jurisprudencia considera que no puede ejercitarse una acción de enriquecimiento injustificado de carácter general, basada en el principio general que obliga a la restitución de todo enriquecimiento injustificado, cuando exista una acción específica para obtener la restitución de dicho enriquecimiento, la cual, por su especialidad, debe ser ejercitada con carácter prevalente y excluyente⁶⁰, de modo que la acción de enriquecimiento debe entenderse subsidiaria⁶¹, en el sentido de que cuando la ley concede acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento.

Como indica la conocida Sentencia núm. 121/1999, de 19 de febrero, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), RJ 1999\1055: “[...] cuando la propia ley otorga las acciones específicas que crea oportunas para regular la situación, pues de otra manera la acción de enriquecimiento sin causa se convertiría en un medio de destrucción de todo el sistema jurídico positivo. Es por supuesto concebible en abstracto una aplicación del derecho que resida en la

58. Cfr. Ruiz Arranz (2023: 165).

59. Cfr. Díez Picazo (2007: 124-125).

60. Sobre la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento véase Orozco Muñoz (2015: 340-342), para quien: “Si el supuesto de hecho de enriquecimiento injustificado se encuentra específicamente regulado en una disposición normativa y protegido por una determinada acción, procede la aplicación de ésta, sin poder acudir a ningún tipo de analogía, al no existir laguna alguna que integrar. Se trata de lo que venimos denominando supuestos o acciones típicas y específicas de enriquecimiento injustificado”.

61. Se muestra crítica con la posibilidad de acudir al enriquecimiento injusto Sesma Sánchez (2023: 167), cuando indica: “Pues bien, frente al carácter subsidiario y excepcional con que opera en el ámbito civil, sorprende que los tribunales hayan legitimado amplia y generosamente esta vía para pagar al contratista”.

equidad y la buena fe del aplicador, sin sujetarse a ninguna norma positiva. Pero no es concebible en una ordenación jurídica presidida por la sumisión de juez a la ley (art. 117.1 Constitución). Es una pura contradicción pretender mantener junto a cada norma positiva que otorga acciones y fija plazos de ejercicio la vigencia coetánea de la doctrina del enriquecimiento sin causa, que deja aquélla reducida a la nada. De ahí que la acción de enriquecimiento deba entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento”.

Para Basozabal Arrue, “cuando el Derecho de contratos prevé una acción restitutoria la concesión de la acción general de enriquecimiento injustificado convertiría ésta en ‘un medio de destrucción de todo el sistema jurídico positivo’ (en palabras del Magistrado Ponente, Gullón Ballesteros), pues serviría para ‘dar la vuelta’ a cualquier precepto con cuyo contenido no se estuviese conforme (sea el mencionado art. 1483, el 1074, el 487 CC, o el que fuere)”⁶².

En el caso de la contratación verbal irregular, acudir al enriquecimiento injusto no es técnicamente correcto, y ello porque nuestro ordenamiento jurídico regula específicamente la acción de restitución en el actual artículo 42 de la LCSP, artículo que establece las consecuencias y los efectos de la nulidad de los contratos y que establece una acción específica para recuperar la prestación realizada y no abonada, regulando, además, el contenido de dicha acción.

3.3 Distinción entre restitución derivada de nulidad y enriquecimiento injusto

Quizá la razón por la cual la jurisprudencia contencioso-administrativa utilice la noción de enriquecimiento injusto sea que considere equivalente la restitución derivada de la nulidad al enriquecimiento injusto. Así, la jurisprudencia pudiera pensar que la acción de restitución de las prestaciones realizadas en virtud de un contrato inválido no es más que una concreción positiva de la acción de enriquecimiento⁶³.

62. Basozabal Arrue (2019: 109).

63. Ejemplo de esta doctrina es la Sentencia de 9 de febrero de 1979 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), RJ 1979\907, cuando mezcla restitución con enriquecimiento e indica: “aunque ciertamente el contrato merecía ser conceptualizado como radicalmente nulo al faltar al mismo toda formalidad legitimadora de la forma del concierto directo en que tuvo lugar, puesto que ninguno de los trámites de excepción de licitación del art. 42-3 del Reglamento de Contratación (RCL 1953\1054 y NDL 22515) se cumplieron, también es cierto que

Debemos afirmar, sin embargo, que no solo los efectos derivados de la nulidad del contrato (restitución y liquidación de prestaciones) son distintos a los derivados de la aplicación del principio de enriquecimiento injusto (restitución del enriquecimiento), sino que el propio fundamento de la restitución derivado de la nulidad es diverso al fundamento del enriquecimiento injusto.

En efecto, la obligación de restitución derivada de la nulidad encuentra su fundamento en la recuperación del *statu quo ante* tras la nulidad. La nulidad elimina la relación obligatoria surgida, transformándola en otra orientada a la restitución. El objetivo de esta nueva relación obligatoria restitutoria es que las partes recuperen, en la medida de lo posible, la situación existente antes del contrato del que se desvinculan⁶⁴.

Estamos de acuerdo con el profesor Rebollo Puig cuando señala que no resulta exacto o correcto acudir al instituto del enriquecimiento injusto para proceder a la restitución de las prestaciones derivadas de la nulidad de un contrato, y ello porque la acción de restitución del actual artículo 42 de la LCSP—igual que la del artículo 1303 del Código Civil— está dirigida a lograr el *nullum effectum*, a volver a la situación anterior al contrato, y, aunque lo logre deshaciendo los desplazamientos patrimoniales operados, su finalidad no es restablecer el equilibrio patrimonial, que es cosa distinta. Es correcto entender que en supuestos de nulidad contractual la atribución patrimonial ya no tiene causa y debe deshacerse, pero no por enriquecimiento—pues quizá dicho enriquecimiento ni tan siquiera se haya producido, supuesto este que acaece cuando ambas partes han ejecutado las prestaciones del contrato nulo—, sino con el objetivo de recuperar el *statu quo ante* tras la nulidad. En el caso de que ambas partes hayan cumplido no hay enriquecimiento pues, precisamente, ambas partes han llevado a cabo sus prestaciones y, sin embargo, hay restitución⁶⁵. En definitiva, la razón por la cual en los contratos inválidos hay que reintegrar las prestaciones (y liquidar el contrato)

se hallaba en avanzada ejecución por ambas partes lo estipulado y en consecuencia a la situación de hecho es de aplicar, junto a la doctrina de la nulidad radical citada, la que asimismo ha formulado repetidamente la Jurisprudencia de esta Sala -v. gr. SS. de 22 enero 1975 (RJ 1975\8) y 21 abril 1976 (RJ 1976\2346)- o sea la de que en esos casos el principio del enriquecimiento sin causa determina, pese a la invalidez del contrato, la obligación de indemnizar”.

Como señala Rebollo Puig (1995: 345) cuando analiza la acción de restitución y la acción de enriquecimiento injusto: “La jurisprudencia contencioso administrativa parece dar un paso más y, en general, cabría decir, olvida la idea de destrucción de los efectos del contrato y de restitución con ese fin, para tener más presente la de evitación de los enriquecimientos sin causa. A la nulidad del contrato ejecutado sigue más bien una liquidación en la que se tienen en cuenta los enriquecimientos injustos producidos y se persigue su compensación. En cierto modo, la acción de restitución de las cosas objeto del contrato nulo es sustituida por la acción de restitución del enriquecimiento sin causa; así, la destrucción de los efectos del contrato nulo se consigue en su caso deshaciendo los enriquecimientos injustos que haya generado”.

64. Cfr. Ruiz Arranz (2023: 358).

65. Cfr. Rebollo Puig (1995: 343).

no es que se pretenda corregir un enriquecimiento, sino que son los efectos retroactivos de la invalidez, esto es, la obligación de restablecer la situación al momento anterior a la celebración del contrato⁶⁶.

Por lo expuesto, consideramos que no es correcto acudir al enriquecimiento injusto para justificar o fundamentar la restitución en la liquidación de los contratos verbales irregulares, produciéndose, en estos supuestos, una cierta desnaturalización de la invalidez y de la nulidad.

Pero es más, acudir al enriquecimiento injusto va a tener como consecuencia que la medida de la prestación pueda variar con respecto a la regulada en el artículo 42 LCSP, pues los requisitos y presupuestos que determinan y modulan la medida de la prestación varían con respecto a los de la restitución derivada de la nulidad del contrato.

3.4 La medida del enriquecimiento

Tal y como hemos expuesto, el Tribunal Supremo permite acudir al enriquecimiento injusto como fuente que permite a los contratistas exigir el pago de las prestaciones realizadas a través de una contratación verbal. Debemos reiterar, sin embargo, que lo que no dice la jurisprudencia es qué es el enriquecimiento y qué es el empobrecimiento, cómo se miden y qué circunstancias modulan dicha medición, pues la medida del enriquecimiento es precisamente lo que el contratista tiene derecho a cobrar. Entonces, ¿qué es el enriquecimiento?; ¿es el valor de mercado?; ¿es el precio originario del contrato?; ¿son los costes menos el beneficio industrial?

Debemos reiterar que nuestro Código Civil no contiene una regulación expresa y general sobre el enriquecimiento injusto, sino que realiza una regulación fraccionada y *ad hoc* de distintos supuestos típicos en los que se producen enriquecimientos injustos, como es el caso de la regulación del cobro de lo indebido; de restitución de provechos en materia de accesión y de liquidación de estados posesorios, normas que casan mal con la *condictio* de prestación, pero de las cuales se pueden obtener una serie de principios aplicables a supuestos análogos no regulados pero en los que se produzca un enriquecimiento injustificado.

Cabe indicar, no obstante, que ante la ausencia de una regulación del enriquecimiento en nuestro Código Civil, resulta de máximo interés la regulación realizada del enriquecimiento injusto en el Borrador del Marco Común

66. En términos similares se pronuncia Ruiz Arranz (2023: 363-364).

de Referencia para un Derecho Privado Europeo (DCFR), y ello, tal y como señala Morales Moreno, por el uso que del mismo realizan nuestros tribunales en la interpretación de las normas de nuestro derecho, y por ser un buen instrumento para que los jueces puedan cumplir el mandato del artículo 3.1 CC, aproximando las normas a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas⁶⁷. A lo dicho hay que añadir que dicha regulación hace especial referencia a la *condictio* por prestación, esto es, a la derivada de la nulidad de los contratos, razón por la cual puede resultar de especial interés.

La primera cuestión por resolver, a la hora de cuantificar la medida del enriquecimiento, estriba en determinar en qué consisten el enriquecimiento y el empobrecimiento y cómo se valoran o miden estos.

El enriquecimiento se traduce en toda ventaja, utilidad o provecho que una persona haya recibido⁶⁸. El enriquecimiento consiste en la diferencia que existe entre el estado actual del patrimonio y el que presentaría dicho patrimonio si no hubiese ocurrido el desplazamiento de valores o provechos.

El enriquecimiento puede ser consecuencia de un aumento patrimonial o enriquecimiento positivo (*lucrum emergens*), o ser debido a una no disminución o evitación de una disminución patrimonial o enriquecimiento negativo (*damnum cesans*).

El enriquecimiento positivo se concreta en un incremento patrimonial, esto es, en la adquisición de bienes o derechos de contenido económico o patrimonial que se incorporan al patrimonio del enriquecido, o en un incremento de valor de los bienes y derechos preexistentes, y, en ambos casos, sin contraprestación.

El enriquecimiento negativo se produce en aquellos supuestos en que se evita o ahorra un gasto, ahorro que se produce por la disposición o por la mera utilización o disfrute de bienes o derechos ajenos, o por la recepción de servicios o trabajos de terceros, en todos los casos sin coste para el receptor (ahorro absoluto de gastos) o a un coste inferior al valor del bien o del uso, servicio o trabajo obtenidos (ahorro relativo)⁶⁹.

El empobrecimiento supone una desventaja que puede consistir bien en una disminución patrimonial (daño emergente) o bien en la privación de una ganancia futura (lucro cesante)⁷⁰.

67. Cfr. Morales Moreno (2015: 24).

68. Vid. Díez Picazo (2007: 118).

69. Tal como indica el art. VII.-3:101 del DCFR: "Una persona se enriquece mediante: (a) el incremento de activos o la disminución de obligaciones; o (b) la recepción de un servicio u otra prestación análoga; o (c) el uso de activos ajenos".

70. Tal como establece el art. VII.-3:102 del DCFR: "Una persona soporta una desventaja por: (a) la disminución de activos o el incremento de obligaciones; o (b) la realización de un servicio u otra prestación análoga; o (c) el uso que otro hace de sus activos".

El daño emergente puede consistir en una disminución del activo debido a la salida, sin contraprestación, de una cosa o un derecho del patrimonio del desfavorecido, o a cualquier gasto realizado a costa de dicho patrimonio y a favor del enriquecido (realización de un gasto para mejorar el bien de un tercero, pago de lo indebido, realización de un servicio sin cobrarse).

El empobrecimiento por lucro cesante se genera en aquellos supuestos en los que el patrimonio del empobrecido deja de obtener una ganancia o un beneficio debido por la actividad realizada, por sus bienes, por sus derechos o por su trabajo⁷¹.

Así, por ejemplo, la realización de un modificación de obra sin contrato o una prórroga ilegal de un contrato de servicio supone un empobrecimiento que incluye daño emergente (el gasto de materiales y trabajadores) y un lucro cesante (la ganancia que no se ha obtenido).

Como se puede observar, dentro del empobrecimiento se ha de incluir la cuantía de la ganancia o del beneficio debido a la actividad realizada.

Precisamente, consideramos que carecen de fundamento aquellas resoluciones administrativas y posiciones doctrinales que eliminan el beneficio industrial (ganancia dejada de obtener) en los supuestos de contratación verbal, eliminación que carece del más mínimo fundamento teórico. Más bien parece que se trata de imponer un castigo (sanción encubierta) al contratista que ha realizado el servicio⁷².

En principio, con carácter general, si el enriquecimiento consiste en una cosa cierta y determinada en poder del obligado a restituir, el enriquecimiento se circunscribe únicamente a la restitución de la misma y en el estado en que se encuentre.

En caso de que el enriquecido no pueda restituir la cosa o el servicio recibido, esto es, en los supuestos de enriquecimiento no transmisible, el

71. Como indica el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), entre muchas otras, en la Sentencia núm. 1016/2006, de 6 de octubre, RJ 2006\6650: "El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio ('damnúm. Cessans'). El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro".

72. De castigo lo califica el Dictamen 27/2023 del Consejo Consultivo de Canarias, de fecha 26 de enero de 2023, cuando señala: "De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando los servicios a satisfacción de la Administración y con plena creencia de su cobertura legal, no procede 'castigarla', por una situación no buscada ni generada por ella, detrayendo un porcentaje en concepto de beneficio industrial, sino que ha de abonarse el total de las facturas, tal como se habría efectuado en cumplimiento del contrato cuya validez y correcta adjudicación fue judicialmente confirmada".

parámetro básico para calcular el valor monetario del enriquecimiento es el valor de mercado⁷³.

En efecto, cuando la restitución del enriquecimiento no pueda realizarse *in natura*, tal y como acontece en los supuestos en los que el enriquecimiento consiste en la adquisición de una cosa u obra que no puede restituirse, en el uso de un bien ajeno o en la recepción de un servicio, resulta necesario proceder a la determinación del equivalente o valor pecuniario del enriquecimiento, y dicho valor es el de mercado⁷⁴.

El valor de mercado no es otro que la suma de dinero que unos contratantes con intención seria de alcanzar un acuerdo sobre el mismo habrían considerado como precio. A estos efectos, los dictámenes periciales tendrán un importante papel a la hora de probar el valor de mercado.

Como se puede comprobar, con carácter general, la obligación de restitución por parte del enriquecido en los supuestos de enriquecimiento no transmisible es el valor de mercado del bien (al igual que la restitución en la nulidad), y dicho valor de mercado ni necesariamente ha de coincidir con el precio del contrato verbal ni mucho menos lleva aparejada la supresión del beneficio industrial.

Cabe indicar, no obstante, que la medida de restitución puede variar, y no aplicarse el valor de mercado, en función de determinadas circunstancias como son el enriquecimiento impuesto, esto es, si el beneficio recibido tiene lugar a costa de la libertad del sujeto enriquecido⁷⁵, o la buena o mala fe de las partes.

En efecto, en función de estas circunstancias, el Código Civil y el Borrador Marco de Referencia (DCFR) abandonan el valor objetivo de mercado y acuden a una valoración subjetiva, atendiendo a elementos subjetivos de las partes afectadas (enriquecido y empobrecido).

Este dato es importante, y ello porque las resoluciones administrativas y algunas sentencias acuden a dichos criterios para minorar o abandonar el valor de mercado; eso sí, acuden a dichos valores subjetivos sin ningún tipo de argumentación o motivación que permita justificar y, sobre todo, controlar la decisión adoptada.

73. Cfr. Bech Serrat (2019: 328). Igualmente se pronuncia Orozco Muñoz (2015: 272 y ss.).

74. Así lo indica el art. VII.-5:102, apdo. 1, del DCFR, que regula el enriquecimiento intransmisible, al indicar: "(1) Cuando el enriquecimiento no consista en un activo transmisible, el enriquecido lo restituirá mediante el pago de su valor pecuniario a la persona a cuya costa se obtuvo".

75. Como indica Bech Serrat (2019: 319-320): "Los criterios de cálculo del valor monetario del enriquecimiento han caído tradicionalmente en el Derecho español bajo la influencia de dos parámetros distintos, a saber, la doctrina del doble límite elaborada por el Tribunal Supremo y las reglas del cobro de lo indebido".

De este modo, será preciso determinar si el sujeto enriquecido que recibió el valor que se reclama no consintió el enriquecimiento, o lo consintió de buena fe, con el fin de reducir la cuantía a restituir.

Así, por ejemplo, en supuestos en que el enriquecimiento recibido tiene lugar a costa de la libertad del sujeto enriquecido (los denominados enriquecimientos impuestos), la cuantía a restituir queda limitada a la utilidad que el enriquecido haya obtenido, y no, por el contrario, al valor de mercado del bien o servicio recibido⁷⁶.

De conformidad con la teoría del doble límite⁷⁷ —la cual, según la doctrina, nace en supuestos de enriquecimiento impuesto, y que tiene en cuenta el principio de utilidad—, lo restituible es la menor suma entre el gasto en que ha incurrido el empobrecido y la ventaja efectiva que ha tenido el enriquecido de buena fe⁷⁸. En estos supuestos el valor restituible no es el valor de mercado, sino la utilidad que ha tenido el enriquecido.

Por tanto, en el caso de que haya algún beneficio por la entrega del bien o prestación del servicio no solicitados, dicho enriquecimiento se cuantificará en función del precio que el enriquecido hubiera teóricamente abonado por dicho servicio atendiendo a sus circunstancias personales, y no atendiendo al valor objetivo de mercado⁷⁹.

76. Un supuesto de enriquecimiento impuesto es el regulado en el art. 1158.3 del Código Civil, relativo al pago de deuda ajena contra la expresa voluntad del deudor, donde se limita la obligación de reintegro a “aquello en que le hubiere sido útil el pago” al deudor (art. 1158.3 CC).

77. Como indica el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en la comentada Sentencia de 25 de noviembre de 1985, RJ 1985\5898: “[...] La acción de enriquecimiento tiene por ámbito el beneficio obtenido por el deudor, pero tiene igualmente otro límite, infranqueable también, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor, debiendo cifrarse en la cuantía menor, de suerte que aunque el demandado se haya enriquecido sin causa no podrá el actor reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento, expresado en el caso por los gastos efectuados para la edificación, que no pueden ser rebasados aunque el valor de la finca sea actualmente, por el encarecimiento de la construcción, muy superior, según resulta de la tasación pericial”.

78. Señala Bech Serrat (2019: 319-320) que la teoría jurisprudencial del doble límite nace bajo el influjo de lo prescrito por el art. 453 II del CC con respecto a la restitución de mejoras en supuestos de liquidación posesoria. El art. 453 II del Código Civil indica: “Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa”. Es decir, el empobrecido solo puede reclamar hasta el límite de su empobrecimiento frente al enriquecido de buena fe, lo que se traduce en que, entre el plusvalor experimentado por el bien mejorado y el gasto realizado por el demandante, solo es compensable la menor suma. Así, si el empobrecido gastó 50 en unas obras de mejora de un inmueble, y sin embargo el inmueble poseído de buena fe por el enriquecido, y que debe restituirse, se ha revalorizado en 100, el empobrecido solo podrá reclamar 50, esto es, el empobrecido solo puede reclamar hasta el límite de su empobrecimiento y no el enriquecimiento del enriquecido, que es 100.

79. Como indica Orozco Muñoz (2015: 272 y ss.), dado que la recepción por el beneficiario se produjo sin su consentimiento y sin tener, por tanto, libertad para aceptar la prestación ni para fijar su precio, se aplica el criterio de la utilidad con el fin de no violentar la autonomía de la voluntad del beneficiario en la imposición de un precio que este nunca hubiera aceptado por el servicio, de haberlo solicitado.

Aplicado dicho principio a la contratación pública, ello implicaría que, por ejemplo, en un modificado ilegal no consentido por la Administración, se tome como valor no el de mercado, sino el precio que habría obtenido la Administración con un concurso, precio que, seguramente, tendría una baja por adjudicación.

Precisamente, el Borrador del Marco Común de Referencia para un Derecho Privado Europeo (DCFR) establece como supuesto de valoración subjetiva que abandona el valor de mercado los supuestos de enriquecimiento impuesto en los cuales el enriquecido solo estará obligado a pagar lo que ha ahorrado, siendo el ahorro de gastos la disminución de activo o el incremento de pasivo que el enriquecido hubiera sufrido de no haber obtenido el enriquecimiento⁸⁰.

De este modo, si una Administración contrata un servicio por un precio de 100, precio de mercado, y, sin embargo, con la licitación del servicio pudo obtener una baja del 50 % y conseguirlo por 50, el enriquecido únicamente estará obligado a abonar 50. En estos supuestos, obligarle a restituir por 100 significará obviar que a ese mismo sujeto se le ha privado de la posibilidad de contratar el servicio de modo eficiente por solo 50.

Otra de las circunstancias que dan lugar a una variación del valor de la restitución la constituye la buena o mala fe de las partes.

Así, si el sujeto enriquecido es de mala fe deberá restituir el valor de mercado más el interés legal, además de los rendimientos obtenidos, sin perjuicio de que se le pueda reclamar la indemnización de los daños sufridos⁸¹. Así, una actuación de mala fe del enriquecido operará como elemento agravante.

Cabe indicar que el Borrador del Marco Común de Referencia para un Derecho Privado Europeo (DCFR) considera que el enriquecido es de buena fe si no sabía ni cabía razonablemente esperar que supiera que el enriquecimiento era injustificado o era probable que resultara injustificado.

En los casos en que el enriquecido sea de buena fe, y al igual que en los supuestos de enriquecimiento impuesto, el enriquecido deberá restituir no

80. Así lo indica el art. VII.-5:102, apdo. 2, del DCFR, al señalar: "El enriquecido no estará obligado a pagar más de lo que ha ahorrado si (a) no consintió el enriquecimiento; o (b) era de buena fe".

81. Así lo indica el art. 1896 del Código Civil:

"El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere.

Además, responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó".

el valor de mercado, sino el precio que el enriquecido hubiera teóricamente abonado por dicha prestación atendiendo a sus circunstancias personales, esto es, equivalente a la disminución de activo o al incremento de pasivo que el enriquecido hubiera sufrido de no haber obtenido el enriquecimiento⁸².

De este modo, si una Administración de buena fe contrata verbalmente un servicio por un precio de 100, precio de mercado, y, sin embargo, con la licitación del servicio pudo obtener una baja del 50 % y conseguirlo por 50, el enriquecido únicamente estará obligado a abonar 50.

No obstante, en el caso de las Administraciones públicas, en supuestos de contratación verbal irregular, difícilmente podrá justificar que desconocía la obligación de llevar a cabo el procedimiento legalmente establecido para la adjudicación del contrato, luego en la generalidad de las ocasiones no será de buena fe.

Por último, y como dato relevante para este estudio, el Borrador Marco de Referencia (DCFR) —artículo VII.-5:102, apartado 3⁸³— prescinde del valor objetivo de mercado y acude a un valor subjetivo, en concreto al precio pactado, en los supuestos de nulidad del contrato, siempre y cuando tal fijación del precio no sea en sí misma la causa de invalidez o ineficacia del contrato.

En efecto, en los supuestos de prestaciones contractuales que han devenido inválidas y en las cuales las partes hubieran pactado un precio cierto, la valoración del enriquecimiento y de la restitución ha de hacerse con arreglo al precio pactado, siempre y cuando tal fijación del precio no sea en sí misma la causa de invalidez o ineficacia del contrato. En estos casos, por tanto, el precio pactado servirá de referente para determinar el valor del equivalente pecuniario de la cosa o del servicio imposible de restituir *in natura*⁸⁴.

En estos casos el problema con el que se puede encontrar la Administración es que el valor de mercado de la prestación sea inferior al precio pactado del contrato verbal ilegal, en cuyo caso prima el precio frente al valor de mercado, con el consiguiente perjuicio a los fondos públicos.

En definitiva, de acuerdo con lo expuesto, la medida del enriquecimiento es, con carácter general, el valor de mercado. No obstante, en supuestos de enriquecimiento impuesto o buena fe del enriquecido, la medida del

82. Tal y como señala el art. VII.-5:102, apdo. 2, del DCFR: "El enriquecido no estará obligado a pagar más de lo que ha ahorrado si (a) no consintió el enriquecimiento; o (b) era de buena fe". Del mismo modo, el art. VII.-5:103, apdo. 2, del DCFR, define el ahorro de gastos como "la disminución de activo o el incremento de pasivo que el enriquecido hubiera sufrido de no haber obtenido el enriquecimiento".

83. De conformidad con el art. VII.-5:102, apdo. 3: "No obstante, cuando el enriquecimiento se obtiene en virtud de un acuerdo en el que se fija un precio o valor para dicho enriquecimiento, el enriquecido deberá pagar al menos esa suma, si el acuerdo fuera nulo o anulable por motivos no relevantes para la fijación del precio".

84. Cfr. Orozco Muñoz (2015: 272 y ss.).

enriquecimiento es el ahorro de gastos, esto es, el precio que el enriquecido hubiera teóricamente abonado por dicha prestación en circunstancias normales. Finalmente, la medida del enriquecimiento coincidirá con el precio pactado siempre y cuando tal fijación del precio no sea en sí misma la causa de invalidez o ineficacia del contrato.

Como se comprueba, la medida del enriquecimiento expuesta pudiera adecuarse mejor a los supuestos de contratación verbal de la Administración; el problema, reiteramos, es que la LCSP establece de manera expresa cómo proceder para determinar el valor de la prestación, sin que, por tanto, sea posible acudir al enriquecimiento para determinar el valor de las prestaciones realizadas.

Creemos necesaria, por tanto, una reforma legislativa que adecue los efectos de la nulidad de los contratos administrativos a las necesidades de la Administración; en definitiva, es necesaria una regulación que se separe de la regulación civil, y otorgue una sustantividad propia a la regulación de los efectos derivados de la invalidez del contrato.

Ahora bien, dicha regulación ha de realizarse por el Estado, por ser una competencia estatal, mediante una modificación de la LCSP, sin que sea posible ni viable que dicha regulación se realice por parte de las comunidades autónomas.

3.5

La inexistencia del contrato como vía para justificar la acción de enriquecimiento injusto y evitar la revisión de oficio. Crítica a las leyes de las comunidades autónomas que regulan la inexistencia como cauce para el pago de las prestaciones realizadas

Tal como hemos expuesto en epígrafes anteriores, una de las razones por las que se evita acudir a la restitución de las prestaciones derivadas de la nulidad de la contratación verbal es evitar acudir al procedimiento de revisión de oficio y a la obligada intervención del Consejo de Estado o de los consejos consultivos, y ello debido, en primer lugar, a que una revisión de oficio que constate una nulidad supone un claro reproche hacia la Administración que ha realizado la actuación, Administración que prefiere que se lleve a cabo un procedimiento interno, un reconocimiento extrajudicial, en el que no intervengan órganos externos de control que pongan de relieve la conducta contraria a derecho; en segundo lugar, se indica que llevar a cabo una revisión de oficio de una práctica tan habitual como la contratación verbal de las Administraciones públicas produciría una saturación en el Consejo de Estado

y en los consejos consultivos⁸⁵, posible saturación que ha llevado, en tercer lugar, a ciertos consejos consultivos a considerar que la revisión de oficio es utilizada en fraude de ley por ciertas Administraciones para justificar el pago a los proveedores⁸⁶; en cuarto lugar, se considera que el procedimiento de revisión de oficio es un procedimiento complejo que genera dilaciones en la resolución del problema y que solo sirve para engrosar el expediente⁸⁷.

En este contexto una corriente doctrinal, que ha tenido reflejo en la legislación de ciertas comunidades autónomas y algún dictamen del Consejo de Estado⁸⁸, considera que en los supuestos de contratación verbal irregular no es que el contrato sea nulo, sino que el mismo es inexistente, y dado que el contrato no existe, no es necesario acudir a la nulidad y a la revisión de oficio, con lo que los proveedores de la obra, del servicio o del suministro y la Administración pueden y deben acudir a la acción autónoma de enriquecimiento injusto para el pago de las prestaciones realizadas.

Así, tal y como señala De Vicente González⁸⁹, cuando nos encontramos con contratos inexistentes o prestaciones complementarias, o modificaciones no aprobadas previamente pero ejecutadas, deberíamos entender que en este caso ni siquiera procede la declaración de nulidad de lo inexistente, sino la búsqueda de una fuente de la obligación alternativa a la del contrato; en consecuencia, la declaración de haber recibido la prestación y la existencia de un enriquecimiento que debe ser satisfecho no exigirían ningún acuerdo previo de declaración de nulidad de un contrato que no ha tenido lugar⁹⁰.

En definitiva, al considerar que el contrato es inexistente, la Administración puede simplemente desconocer el acto, sin necesidad de ajustarse al procedimiento de revisión de oficio, y pagar la factura acudiendo al enriquecimiento injusto⁹¹.

85. Cfr. Blanco y Busquets (2024).

86. Así se expresa Bauzá Martorell (2016: 96). Del mismo modo se pronuncia el Dictamen 20/2020, de 3 de abril, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares. De fraude de ley lo califica el Dictamen 80/2020, de 3 de marzo de 2020, del Consejo Consultivo de Canarias.

87. Así lo afirma Valero Escribano (2015: 164-165).

88. Así, en el Dictamen 842/2017, de fecha 20 de diciembre de 2017, el Consejo de Estado afirma: "En esta situación, entiende el Consejo de Estado que, como indicara, entre otros, el dictamen n° 1.019/95, 'a nada conduce -antes bien, sería una formulación artificiosa- declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro".

89. Cfr. De Vicente González (2005: 426).

90. En términos similares se expresa Martínez Hellín (2019: 5-6).

91. Como indica Lavilla Alsina (1961: 66): "En cambio, en caso de inexistencia del acto administrativo por falta de un elemento esencial del mismo, la Administración puede simplemente desconocer el acto, sin necesidad de ajustarse al procedimiento de revisión del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo. En consecuencia, aunque la Ley no distingue los supuestos de nulidad e inexistencia, la distinción tiene vigencia y ofrece la gran ventaja práctica de que, a través de la interpretación de la Ley, se permitirá a la Administración ignorar el acto inexistente, quedando limitado el procedimiento formal revisor del artículo 109 a los actos nulos de pleno derecho".

Del mismo modo, al acudir al enriquecimiento injusto la Administración puede introducir modulaciones en la medida de la prestación, detrayendo el beneficio industrial, si bien, como hemos visto, ni tan siquiera a la hora de cuantificar el enriquecimiento injusto es posible la detracción de dicho beneficio.

Debemos, sin embargo, manifestar que no nos parece dogmáticamente correcto acudir a la inexistencia como figura diversa a la nulidad de pleno derecho, y ello porque, tal y como indican Santamaría Pastor⁹², Bocanegra Sierra⁹³ y García Luengo⁹⁴, entre otros, la inexistencia de los actos administrativos resulta una fórmula jurídica perfectamente innecesaria en el derecho administrativo, ya que la misma carece por completo en el derecho público de utilidad alguna, a la vista de la extensión con la que el sistema jurídico reconoce en la actualidad los supuestos de nulidad de pleno derecho. De hecho, cualquier actuación administrativa pretendidamente vinculante a la que le falten las más elementales condiciones de un acto administrativo, esto es, cualquier supuesto de inexistencia, es reconducible a un supuesto de nulidad de pleno derecho, como podrían ser la incompetencia manifiesta, la ausencia de todo procedimiento o la falta de los requisitos esenciales para obtener una prestación de este tipo. Los supuestos en los que un acto carece por completo de los elementos propios de un acto administrativo están perfectamente contemplados en la actual regulación de la nulidad. Precisamente, la inexistencia surge en los sistemas legales en los que la nulidad no aparece reconocida o viene gravemente limitada o mutilada en sus posibilidades de actuación, y surge como un sucedáneo de la nulidad, de forma que, una vez entendida rectamente la técnica de la nulidad, la inexistencia deviene una categoría superflua o innecesaria; en definitiva, la figura de la inexistencia no es necesaria en un sistema que ostenta un cuadro completo de supuestos de invalidez bien definidos, al tratarse la inexistencia de una llave de salvaguardia residual propia de ordenamientos deficitarios técnicamente.

Sin duda alguna, cualquier supuesto de contratación verbal es reconducible a un supuesto de nulidad de pleno derecho, como son los supuestos de nulidad de actos dictados por órgano manifiestamente incompetente, actos dictados prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, la

92. Cfr. Santamaría Pastor (1972: 250-262).

93. Cfr. Bocanegra Sierra (2005: 173-175).

94. Tal y como afirma García Luengo (2002: 78-80): "La controversia sobre la posibilidad de declarar inexistentes ciertos actos que carecerían de las mínimas exigencias para ser considerados como actos administrativos, pero o bien no podrían ser formalmente declarados nulos, o bien dicha declaración no resultaría razonable, se generó históricamente a partir del dogma de la imposibilidad de reconocer una nulidad sin que esta estuviese recogida en un texto legal".

falta de publicación del anuncio de licitación, la carencia o insuficiencia de crédito, etc. Por este motivo, consideramos que no es correcto jurídicamente acudir a la figura de la inexistencia como figura que permita soslayar la revisión de oficio y la nulidad de pleno derecho, y con ello la medida de la restitución.

No obstante, somos conscientes de la posibilidad y viabilidad de que el legislador introduzca la inexistencia como una nueva categoría de invalidez con sus propios procedimientos para ser declarada y con unos efectos, en su caso, diversos a la nulidad⁹⁵. Sin duda alguna, en un Estado democrático de derecho los conceptos jurídicos no pueden desplazar las normas dictadas con legitimidad democrática, de modo tal que los conceptos jurídicos no pueden representar un límite a la actividad del legislador ni pueden, en consecuencia, sustituir al derecho positivo⁹⁶.

Precisamente, como señalábamos, distintos legisladores autonómicos⁹⁷ han realizado una regulación *ad hoc* para solventar el problema de la contratación verbal mediante la introducción de la categoría de la inexistencia del contrato, y, derivada de esta, del enriquecimiento injusto, instaurando un procedimiento para su reconocimiento, y modulando la medida de la restitución.

En este sentido la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las Administraciones públicas de las Illes Balears, se dicta, tal y como expresamente indica su exposición de motivos, y en concreto su artículo 39, con la finalidad de dar respuesta a los problemas que genera la contratación verbal irregular, dada la problemática suscitada por —según dice la propia norma— la insuficiente regulación de esta cuestión.

Según la exposición de motivos, “se tiene que entender que la inexistencia jurídica del contrato –a efectos del procedimiento que debe seguirse

95. Así lo defienden, de forma correcta, Blanco y Busquets (2024).

96. De forma certera lo expresa Díez Sastre (2018: 198-199, 115-116) cuando indica: “En principio los conceptos jurídicos no pueden representar un límite a la actividad de legislador ni pueden en consecuencia, sustituir al Derecho positivo [...] no cabe realizar un juicio de adecuación de las normas jurídicas a conceptos derivados mediante procesos de abstracción [...]. La elaboración de conceptos que se incardinan en un orden jurídico inmanente indisponible para el legislador puede seguir resultando tentadora. Al fin al cabo, supone arrogar a los juristas un papel muy relevante en el desarrollo del Derecho. Pero en un Estado democrático de Derecho los conceptos jurídicos no pueden desplazar a las normas dictadas con legitimidad democrática”.

97. Así, por ejemplo, el legislador de las Islas Baleares en la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears. Igualmente, el legislador de Cantabria en la Ley 12/2020, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, por la que se introduce un artículo en la Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria.

para su declaración— prevalece respecto a los eventuales vicios de nulidad de los actos administrativos previos y separables, nulidad que solo tiene sentido, según indica, para el caso de contratos existentes, es decir, para el caso de contratos que, con independencia de su nulidad intrínseca como consecuencia de la eventual nulidad de los actos previos y separables, existen jurídicamente porque se formalizaron de acuerdo con lo exigido en la legislación contractual. Así pues, si jurídicamente el contrato no existe, deja de tener sentido cualquier análisis sobre su validez o nulidad en caso de haber existido”.

Al no existir contrato, la acción que se regula para exigir el pago de las facturas es el enriquecimiento injusto. Como indica la exposición de motivos, en el ámbito administrativo una vía para reparar este enriquecimiento injusto —cuando, dada la inexistencia jurídica del contrato, el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos no es el que procede realmente— podría ser el reconocimiento extrajudicial del crédito.

Indica la exposición de motivos de la Ley que, “a pesar de que este tipo de actuaciones —contrataciones irregulares y verbales—, que dan lugar a contratos jurídicamente inexistentes, son relativamente habituales, no hay una normativa específica que regule ni la declaración de la inexistencia del contrato, por un lado, ni la liquidación de este a consecuencia de la inexistencia jurídica declarada, por el otro. Esto es lo que se regula por medio de esta Ley, de forma que el acto declarativo de inexistencia del contrato se produzca en el marco de un procedimiento administrativo que se iniciará de oficio y que se tramitará de acuerdo con las previsiones generales del título IV de la Ley 39/2015, antes mencionada, sin necesidad de dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de las Illes Balears, y de forma que, en ejecución de este acto declarativo, se pueda tramitar el reconocimiento extrajudicial del crédito inherente a la liquidación o regularización del contrato inexistente”.

Del mismo modo la Ley, en su artículo 39, apartado 3⁹⁸, regula la medida de la prestación a restituir, señalando, en principio, que la declaración de inexistencia jurídica del contrato comporta que el contrato entre en liquidación, teniéndose que restituir a las partes las cosas que hayan recibido en virtud de este y, si no es posible, el valor de mercado de las prestaciones

98. El apdo. 3 del art. 39 de la Ley balear indica textualmente: “3. La declaración de inexistencia jurídica del contrato a que se refieren el apartado anterior de este artículo, comporta que el contrato entre en liquidación, teniéndose que restituir a las partes las cosas que hayan recibido en virtud de este y, si no es posible, el valor de mercado de las prestaciones respectivas al tiempo de su realización, en el marco del procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos que se regula en el siguiente apartado”.

respectivas al tiempo de su realización⁹⁹, en el marco del procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos.

Ahora bien, en principio, dentro del valor de mercado no se incluye el beneficio industrial, beneficio que solo se incluirá si las prestaciones del proveedor cumplen dos requisitos: en concreto, que se hayan producido de buena fe, y que se realicen siguiendo órdenes de la Administración¹⁰⁰.

Como se comprueba, el legislador balear introduce, en primer lugar, una nueva categoría de invalidez, en concreto la inexistencia —que da lugar a una acción de enriquecimiento injusto autónoma—; en segundo lugar, regula la medida del enriquecimiento (valor de mercado menos beneficio industrial) y los presupuestos que lo modulan; y, en tercer lugar, regula un procedimiento que permite declarar la inexistencia.

Pues bien, a pesar de que, como hemos indicado, es viable la posibilidad de que el legislador introduzca la inexistencia como una nueva categoría de invalidez y la medida de la restitución derivada de la misma, debemos expresar que dicha posibilidad solo está permitida al legislador estatal, razón por la cual consideramos que la Ley balear, y cualquier otra que regule los efectos de la contratación verbal irregular, es inconstitucional y, por tanto, nula de pleno derecho.

Y la razón por la cual la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de las Islas Baleares, y cualquier otra ley autonómica que regule los efectos de la contratación verbal irregular, es inconstitucional, estriba en que la Constitución Española establece en su artículo 149.1, apartado 18, que corresponde al Estado la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y la competencia sobre el procedimiento administrativo común.

En este sentido la LCSP de 2017 considera básico todo el Capítulo IV (arts. 38 a 43) del Título I del Libro I, que regula el régimen de invalidez de los contratos y, en concreto, los tipos de invalidez, las distintas causas de

⁹⁹. Si bien posteriormente, en el apdo. 4, se fija otro momento para determinar el valor, en concreto el momento de encargar la prestación, que no tiene por qué coincidir con el momento de su realización.

¹⁰⁰. El apdo. 4, punto 3, del art. 39 de la Ley balear indica textualmente:

“3.º La valoración de los bienes entregados, de los servicios prestados o de las obras realizadas en cada caso, calculada a los precios de mercado vigentes en el momento de encargar la prestación, a los efectos de la regularización o liquidación que sea procedente, con la cuantificación correspondiente, la cual servirá de base a la propuesta de resolución del consejero o del máximo órgano unipersonal del ente a que se refiere la letra d) posterior.

En la valoración que se haga se puede proponer la inclusión del beneficio industrial previa ponderación de las circunstancias acontecidas en cada caso, siempre que las prestaciones del proveedor se hayan producido de buena fe y siguiendo órdenes de la administración”.

nulidad y, por supuesto, los efectos de la nulidad y el procedimiento para su declaración.

Precisamente, la normativa básica en materia de contratación tiene como objeto principal proporcionar las garantías de respeto y cumplimiento de los principios de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un común tratamiento por parte de todas las Administraciones públicas; en definitiva, lo que las bases persiguen es que exista una regulación normativa común en todo el territorio nacional (STC 141/1993, FJ 5). Del mismo modo, y en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control de gasto, la normativa básica en materia de contratación persigue “una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa” [STC 84/2015, FJ 5 a)].

Igualmente, la competencia estatal relativa al “procedimiento administrativo común” (art. 149.1.18 CE) habilita no solo a la aprobación de “normas establecidas con carácter general y abstracto, para toda suerte de procedimientos”, esto es, “la regulación del procedimiento, entendido en sentido estricto”: “iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos” (STC 50/1999, FJ 3), sino que también abarca las normas que “prescriben los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión, incluyendo las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento” (STC 227/1988, FJ 32).

Pues bien, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, las normas que rigen la preparación y adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos tienen, con carácter general, la consideración de básicas. Las que regulan los actos de preparación y adjudicación “pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las administraciones [SSTC 141/1993, FFJJ 5 y 6 b), y 56/2014, FJ 3] y, de otro, la eficiente utilización de los fondos públicos”, y “las reglas sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en cuanto que permiten salvaguardar los fines públicos a que sirven los contratos administrativos, forman parte de ese mínimo común denominador que caracteriza las bases en materia de contratación pública” [STC 84/2015, FJ 5 a)].

Sin duda alguna, el legislador estatal básico considera que la invalidez de los contratos y los efectos de la invalidez requieren unas normas, de apli-

cación en todo el territorio nacional, que aseguren a los ciudadanos un común tratamiento por parte de todas las Administraciones públicas.

Consideramos por ello que de la jurisprudencia constitucional expuesta se colige que una norma autonómica que crea un nuevo supuesto de invalidez, como es la inexistencia, y que regula de forma distinta a la normativa básica estatal los efectos de dicha invalidez y el procedimiento para su declaración, está introduciendo una regulación que vulnera las bases y que, obviamente, introduce un tratamiento diverso a los ciudadanos por parte de las Administraciones públicas.

Podemos entender y compartimos que sea necesaria la introducción de una legislación sustantiva propia que regule los efectos derivados de la invalidez del contrato, regulación que se debe desmarcar de las soluciones adoptadas por el derecho civil, pero, sin duda alguna, dicha legislación debe ser estatal y aplicable en todo en territorio nacional y a todas las Administraciones públicas.

Creemos que la contratación del sector público, las necesidades a las que sirve y, sobre todo, los fondos públicos que pretende salvaguardar exigen una modificación normativa estatal que establezca una sustantividad propia en la regulación de los efectos de la nulidad de los contratos que evite, de este modo, la inseguridad jurídica existente, y que adecue la normativa al tráfico administrativo.

4

Conclusiones

Primera.- En los supuestos de contratación verbal irregular —aquellos en los que se acude a una contratación menor de forma irregular por fraccionamiento o en los que se lleva a cabo una modificación contractual o una prórroga sin que se den los presupuestos necesarios para proceder a las mismas—, a la hora de fijar el importe a abonar al contratista resulta del todo fundamental determinar previamente la fuente de la obligación de pago, en concreto si la fuente es la liquidación del contrato nulo o, por el contrario, el enriquecimiento injusto, y ello porque la medida de la prestación a restituir puede variar si acudimos a una u otra acción.

Segunda.- La vía correcta para la restitución de las prestaciones realizadas derivadas de la contratación verbal irregular es la liquidación del contrato nulo, a través de la revisión de oficio, y ello porque es la vía establecida expresamente en el artículo 42 de la LCSP y porque a través de la misma se realiza un reproche externo a la actuación ilegal de la Administración.

Tercera.- El valor que la Administración o los entes del sector público han de restituir a los contratistas no es ni el precio del contrato (ya sea el precio del contrato verbal ilegal o el precio de adjudicación del contrato original en las modificaciones o prórrogas) ni el valor de mercado menos el beneficio industrial, sino que se ha de restituir el valor de mercado de la obra, suministro o servicio irrestituible, que, por supuesto, incluye el beneficio industrial. En la nulidad el contrato es inválido y, por tanto, el precio que las partes pudieran haber pactado no ha de ser tenido en cuenta en la restitución, sin perjuicio de que el precio pueda servir de referencia o como indicador del valor objetivo, esto es, como un elemento probatorio del valor de mercado.

Acudir en la restitución, derivada de nulidad de la contratación verbal, al valor objetivo de mercado, tiene la ventaja de evitar que la Administración deba abonar el precio acordado por las partes cuando este sea superior al valor de mercado de la prestación, tratándose de una cautela frente a conductas que traten de facturar a la Administración mediante contratos verbales por encima de los precios de mercado.

Por el contrario, si en vez de acudir al valor de mercado se acude al precio y se descuenta del mismo el beneficio industrial, se estaría incentivando la contratación verbal irregular —y ello porque la parte garante de los procedimientos, que no es otra que la Administración, se estaría beneficiando de su propio incumplimiento, de modo tal que le resultaría más ventajoso acudir a una contratación ilegal que a una contratación conforme al procedimiento establecido—.

En definitiva, del artículo 42 de la LCSP se desprende que cada parte asume el riesgo de que la prestación realizada (y que se recupera mediante la restitución) valga menos que lo recibido, así como el riesgo de que la prestación recibida (y que se tiene que devolver con la restitución) valga más en comparación con la prestación realizada.

Cuarta.- El que se acuda al enriquecimiento injusto para llevar a cabo el pago de las prestaciones realizadas por los contratistas en contratos verbales irregulares es debido, fundamentalmente, a la dinámica propia de las relaciones entre Administración y contratista, a evitar acudir a la revisión de oficio de tales actuaciones —debido al reproche que dicha revisión produce en quienes han llevado a cabo la contratación y debido a la saturación que se produciría en el Consejo de Estado y en los consejos consultivos—, a razones de equidad y, por supuesto, a la confusión dogmática y a que la figura del enriquecimiento permite obtener resultados queridos por la Administración, en concreto, no pagar el valor de mercado.

La jurisprudencia admite la posibilidad de abonar la prestación realizada y derivada de un contrato verbal nulo sin necesidad de declarar formalmente la nulidad del contrato.

Consideramos dicha posibilidad errónea, y ello porque nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, el Código Civil y la LCSP, no recogen la prohibición general de enriquecimiento injusto o sin causa, sino que, por el contrario, trasladan los problemas que el enriquecimiento sin causa pretende resolver al derecho de contratos y, en concreto, a la liquidación o restitución del contrato nulo, configurando, además, el enriquecimiento injusto como una acción de aplicación subsidiaria y residual.

En el caso de la contratación verbal irregular, acudir al enriquecimiento injusto no es técnicamente correcto, y ello porque nuestro ordenamiento jurídico regula específicamente la acción de restitución en el actual artículo 42 de la LCSP, artículo que establece las consecuencias y los efectos de la nulidad de los contratos y que establece una acción específica para recuperar la prestación realizada y no abonada, regulando, además, el contenido de dicha acción.

Precisamente, el hecho de que la normativa regule acciones concretas y específicas para la obtención de la restitución tiene como consecuencia el que sean tales preceptos los que deban ser invocados, y no, por el contrario, el principio de enriquecimiento injusto.

Quinta.- Los efectos derivados de la nulidad del contrato (restitución y liquidación de prestaciones) son distintos de los derivados de la aplicación del principio de enriquecimiento injusto (restitución del enriquecimiento).

Acudir al enriquecimiento injusto va a tener como consecuencia que la medida de la prestación pueda variar con respecto a la regulada en el artículo 42 LCSP, pues los requisitos y presupuestos que determinan y modulan la medida de la prestación varían con respecto a los de la restitución derivada de la nulidad del contrato.

Sexta.- Con carácter general, la obligación de restitución por parte del enriquecido en los supuestos de enriquecimiento no transmisible es el valor de mercado del bien (al igual que la restitución en la nulidad), y dicho valor de mercado ni necesariamente ha de coincidir con el precio del contrato verbal ni mucho menos lleva aparejada la supresión del beneficio industrial.

No obstante, en supuestos de enriquecimiento impuesto o buena fe del enriquecido, la medida del enriquecimiento es el ahorro de gastos, esto es, el precio que el enriquecido hubiera teóricamente abonado por dicha prestación en circunstancias normales.

Finalmente, la medida del enriquecimiento coincidirá con el precio pactado, siempre y cuando tal fijación del precio no sea en sí misma la causa de invalidez o ineficacia del contrato.

La medida del enriquecimiento expuesta pudiera adecuarse mejor a los supuestos de contratación verbal de la Administración; el problema, reiteramos, es que la LCSP establece de manera expresa cómo proceder para determinar el valor de la prestación sin que, por tanto, sea posible acudir al enriquecimiento para determinar el valor de las prestaciones realizadas.

Séptima.- Creemos necesaria, por tanto, una reforma legislativa que adecue los efectos de la nulidad de los contratos administrativos a las necesidades de la Administración; en definitiva, es necesaria una regulación que se separe de la regulación civil, y otorgue una sustantividad propia a la regulación de los efectos derivados de la invalidez del contrato.

Ahora bien, dicha regulación ha de realizarse por el Estado, por ser una competencia estatal, mediante una modificación de la LCSP, sin que sea posible ni viable que dicha regulación se realice por parte de las comunidades autónomas.

Una ley autonómica —como la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de las Illes Balears— que crea un nuevo supuesto de invalidez, como es la inexistencia, y que regula de forma diversa a la normativa básica estatal los efectos de dicha invalidez y el procedimiento para la declaración de la misma, está introduciendo una regulación que vulnera las bases de la contratación y que, sin duda, introduce un tratamiento diverso a los ciudadanos por parte de las Administraciones públicas.

5 Bibliografía

Alonso Pérez, M.^a T. (2007). Supuestos legales de eficacia ex nunc de la nulidad y su posible aplicación al arrendamiento de servicios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 701, 1005-1066.

Álvarez-Caperochipi, J. A. (1993). *El enriquecimiento sin causa* (3.^a ed.). Granada: Comares.

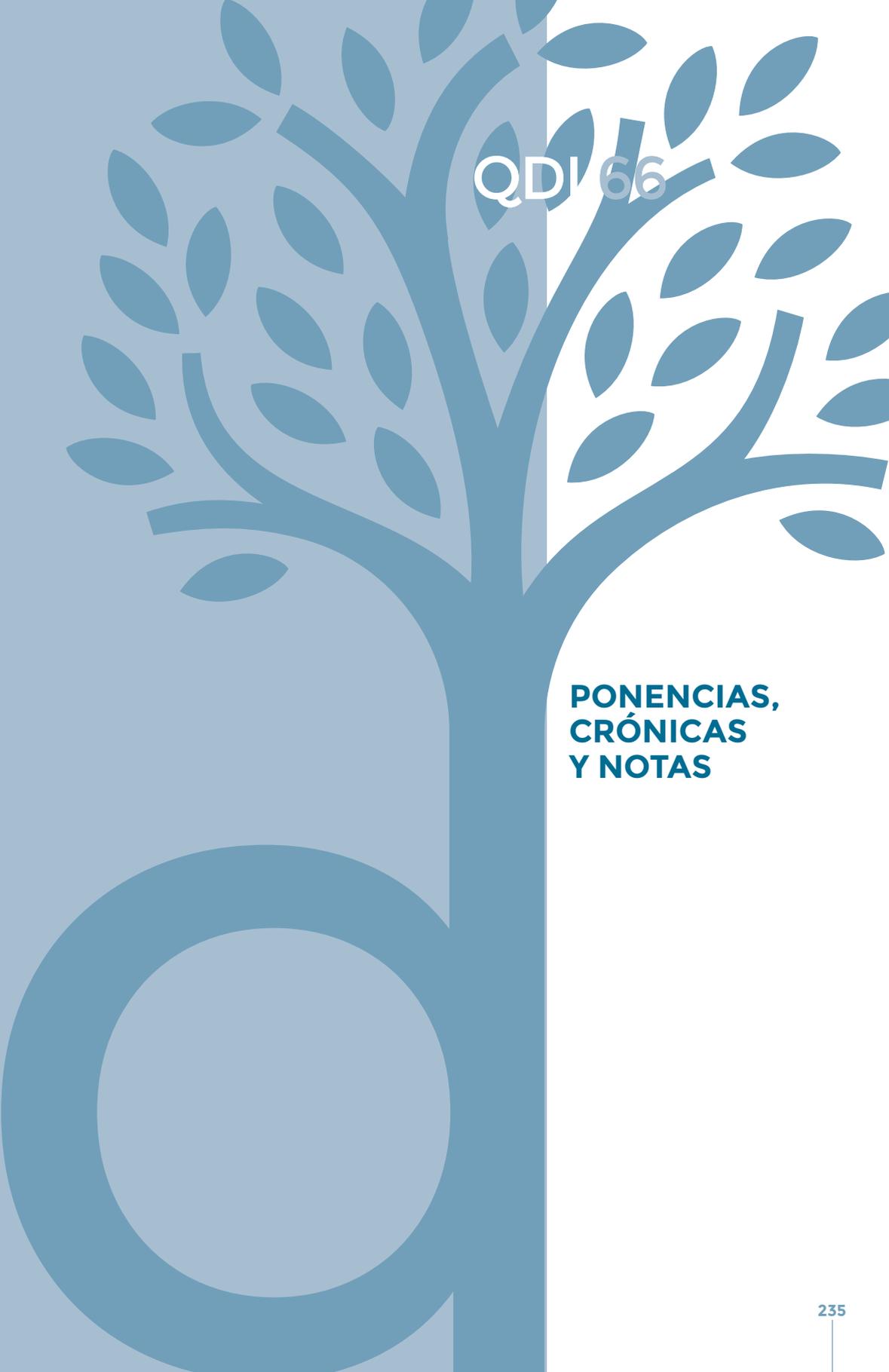
Basozabal Arrue, X. (1998). *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Madrid: Civitas.

- (2018). Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado. *InDret*, 4, 1-54.
- (2019). La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: Pautas para salir de un atolladero. *Revista de Derecho Civil*, 6 (2), 99-167.
- (2022). Resolución y restitución. En A. M. Morales Moreno (dir.). *Estudios de derecho de contratos* (pp. 57-90). Madrid: BOE.

- Bauzá Martorell, F. J. (2016). Contratación verbal e ingresos obtenidos ilícitamente. *Revista Española de la Función Consultiva*, 26, 89-104.
- Bech Serrat, J. M. (2019). *El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Blanco Montañés, A. y Busquets López, M. Á. (2024). El contrato verbal como contrato jurídicamente inexistente: a propósito de un supuesto de inexistencia de contrato público en el Ordenamiento Jurídico balear. *Revista General de Derecho Administrativo*, 66. Disponible en <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1515556>.
- Bocanegra Sierra, R. (2005). *La teoría del acto administrativo*. Madrid: Iustel.
- Calatayud Prats, I. (2023a). Efectos de la nulidad de los contratos verbales del sector público: acción restitutoria o responsabilidad patrimonial. ¿Es posible evitar el pago de la prestación realizada? *Cuadernos de Derecho Local*, 62, 198-235.
- (2023b). Nulidad de contratos del sector público e indemnización de lucro cesante. *Revista General de Derecho Administrativo*, 62.
- Codina García-Andrade, X. (2019). *La modificación de los contratos del sector público*. Madrid: BOE.
- De Vicente González, J. L. (2005). Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración local. *Revista de Administración Pública*, 168, 409-441.
- Delgado Echeverría, J. y Parra Lucán, M.^a Á. (2005). *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Madrid: Dykinson.
- Díez Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato* (Sexta Edición). Madrid: Civitas.
- Díez Sastre, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.
- (2017). Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En F. López Ramón y F. Villar Rojas (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa* (pp. 273-318). Madrid: INAP.
- (2018). *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Fariña Fariña, R. (2022). *La restitución del enriquecimiento sin causa: un reto para el derecho español. Análisis desde una perspectiva comparada con el derecho alemán*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

- García Luengo, J. (2002). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Civitas.
- González Sanfiel, A. M. (2023). Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular. *Revista de Administración Pública*, 222, 99-137.
- Gris González, J. C. (2019). Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio: algunas cuestiones problemáticas. *Cuadernos de Derecho Local*, 51, 140-162.
- Lavilla Alsina, L. (1961). La revisión de oficio de los actos administrativos. *RAP*, 34, 53-98.
- López Beltrán de Heredia, C. (1995). *La nulidad contractual. Consecuencias*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Hellín, J. (2019). Contratación verbal y enriquecimiento sin causa: posición crítica con respecto a la necesidad de acudir a la revisión de oficio. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 8, 113-126.
- Menéndez Sebastián, E. M.^a (2020). La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones? *Revista CEF LEGAL*, 232, 81-118.
- Morales Moreno, A.-M. (2015). Presentación. En C. Jerez Delgado (coord.). *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (pp. 23-25). Madrid: BOE.
- Orozco Muñoz, M. (2015). *El enriquecimiento injustificado*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Pérez López, E. (2019). Los problemas jurídicos derivados de la contratación pública irregular en los municipios españoles. La revisión de oficio de los actos de adjudicación de los contratos nulos. *Revista de Derecho UNED*, 25, 89-126.
- Rebollo Puig, M. (1995). *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Madrid: Marcial Pons.
- (2006). Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo. *Cuadernos de Derecho Local*, 12, 7-37.
- Ruiz Arranz, A. I. (2023). *La estructura de la restitución contractual*. Madrid: BOE.
- Santamaría Pastor, J. A. (1972). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- (2004). La invalidez de los contratos públicos. En R. Gómez-Ferrer Morant (coord.). *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas* (pp. 365-396). Madrid: Civitas.

- Sesma Sánchez, B. (2023). Los procedimientos de reacción frente a la contratación menor irregular y los efectos de la invalidez del contrato menor. *Cuadernos de Derecho Local*, 62, 159-196.
- Soler Presas, A. (2018). La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio. *ADC*, tomo LXXI, fasc. IV, 1227-1276.
- Umerez Argaña, E. (2020). La restauración de la legalidad infringida por la contratación irregular. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 11, 437-497.
- Valero Escribano, J. I. (2015). La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares. *Revista Española de Control Externo*, XVII (50), 149-179.
- Zumaquero Gil, L. (2017). El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo. Hacia una armonización de la figura. *InDret*, 2, 1-53.

A stylized tree graphic in shades of blue. The tree has a thick trunk with a large circular cutout at the bottom. The branches are thick and curve upwards, ending in numerous small, oval-shaped leaves. The background is a light blue gradient.

QDI 66

**PONENCIAS,
CRÓNICAS
Y NOTAS**

La obligación solidaria para el pago de las multas: una de las varias maneras de vulnerar el principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria

ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN

*Magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia.
Profesor titular de Derecho Administrativo de
la Universidad Externado de Colombia*

1. Contexto
2. Argumentos de los intervinientes en el debate
3. Síntesis de la decisión
4. Análisis crítico de la Sentencia C-038 de 2020
5. La Sentencia C-321 de 2022: la Corte cae finalmente en la trampa
6. Bibliografía

Resumen

Uno de los principios fundamentales para el ejercicio del poder sancionador de la Administración es el de personalidad de las sanciones. Se trata de la prohibición de responder sancionatoriamente por el hecho de otro. Este principio enfrenta importantes retos prácticos en la imposición de sanciones por infracciones de tráfico y seguridad vial, particularmente cuando la contravención fue detectada por medios tecnológicos automatizados, incapaces de identificar al autor de la infracción. En este caso, la pregunta que surge es si la carga probatoria pesa aún sobre el Estado o si, por el contrario, podría trasladarse al propietario del vehículo. El derecho colombiano intentó solucionar este problema a través de la previsión legal de una solidaridad entre el propietario y el conductor del vehículo. Ante la declaratoria de inconstitucionalidad de la medida, otras alternativas se han intentado, cuya compatibilidad con el principio de responsabilidad sancionatoria personal resulta dudosa.

Palabras clave: principio de personalidad de las penas; derecho administrativo sancionatorio; obligaciones solidarias; multas de tráfico; derecho colombiano.

Joint liability for the payment of fines: one of the various ways to undermine the principle of personal responsibility in sanctioning matters

Abstract

One of the fundamental principles for the exercise of the Administration's sanctioning power is the principle of personal responsibility in sanctions. This refers to the prohibition of being sanctioned for the actions of another. This principle faces significant practical challenges in the imposition of sanctions for traffic and road safety violations, particularly when the offense is detected by automated technological means, which are incapable of identifying the perpetrator of the violation. In such cases, the question arises whether the burden of proof still lies with the state, or if it could instead be shifted to the vehicle owner. Colombian law attempted to address this issue through a legal provision establishing joint liability between the owner and the driver of the vehicle. Following the declaration of this measure as unconstitutional, other alternatives have been attempted, but their compatibility with the principle of personal responsibility in sanctioning remains doubtful.

Keywords: principle of personal responsibility in sanctions; administrative sanctioning law; joint liability; traffic fines; Colombian law.

1

Contexto

Michel Foucault comienza su obra *Vigilar y castigar* con la descripción descarnada de la ejecución de la muerte de Robert-François Damiens, condenado el 26 de marzo de 1757 a ser públicamente desmembrado por caballos, por haber intentado la muerte del rey de Francia, Luis XV¹. Lo que no menciona Foucault es que, tres días después de pronunciar la condena contra el regicida, el Parlamento de París profirió una segunda sentencia, por los mismos hechos, pero ahora respecto de la familia Damiens: expulsión del Reino, con prohibición de retorno, y orden de cambiar el apellido

1. "El sufrimiento físico, el dolor del cuerpo mismo, no son ya los elementos constitutivos de la pena. El castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos. Y si le es preciso todavía a la justicia manipular y llegar al cuerpo de los justiciables, será de lejos, limpiamente, según unas reglas austeras, y tendiendo a un objetivo mucho más 'elevado'" (Foucault, 2002: 13).

para siempre y para todos sus descendientes, so pena de horca y estrangulamiento². Ni hablar del principio de personalidad de las penas en un proceso en el que ni siquiera se tenía certeza de quién debía juzgar a quien intentó asesinar al libidinoso Luis, y el principio de legalidad fue reemplazado por el precedente de la condena a Ravillac, el asesino de Henri IV.

En la actualidad sería inadmisibles pensar que, cuando el padre muere sin acabar de cumplir la pena de prisión, el hijo mayor del condenado sea encarcelado por el tiempo restante de la pena; ello también fue aceptado en el pasado³. Asimismo, sería inconcebible que las penas se cernieran sobre toda la familia, como ocurría con la pena de infamia, y que existieran, así, delitos de sangre⁴. Como una conquista de la humanidad frente al poder punitivo estatal, en desarrollo del principio de dignidad humana, se formuló uno de los principios esenciales para el ejercicio del poder de sanción: la responsabilidad sancionatoria solamente puede recaer sobre quien cometió la falta, y por lo tanto las penas son personales e intransmisibles; nadie debe responder sancionatoriamente por el hecho ajeno. Sin embargo, este principio tardó en ser reconocido respecto de las sanciones que consisten en el pago de una multa, y durante el siglo XIX, en gran parte de Europa, se aceptó la transmisibilidad de las multas a los herederos del condenado, tras considerar, o bien que no se trataba de una sanción, sino de una obligación dineraria, o bien que, al ser impuesta, se convertía en una obligación civil, transmisible conforme a las reglas generales de las obligaciones. “Solo a finales del siglo XIX alcanzó una posición mayoritaria la doctrina que defendía la incompatibilidad de la transmisión de la obligación del pago de la multa a un tercero con el principio de personalidad de las penas”⁵. Aunque siguieron existiendo partidarios del regreso a la transmisibilidad de las multas, motivados, ciertamente, por intereses de recaudo financiero, lo cierto es que el principio de personalidad de las sanciones no se exceptúa, en los Estados constitucionales de derecho, respecto de ningún tipo de sanción, incluidas las multas.

Sin embargo, en el siglo XXI, para el legislador colombiano sí era posible que el propietario del vehículo respondiera por infracciones que él no había

2. Parlamento de París, Fallo subsecuente de 29 de marzo de 1757, contra la familia Damiens.

3. Blanch Nougues (2011).

4. “En la época primitiva la responsabilidad por la comisión de los delitos recaía sobre el grupo social al cual pertenecía su autor, es decir, sobre el clan, la tribu o la familia, pero gracias a la evolución del Derecho Penal y particularmente por el influjo de la filosofía liberal a partir del siglo XVIII, la responsabilidad penal devino individual, exclusivamente a cargo de su autor y partícipes [...]. Dicha responsabilidad individual se traduce en el principio de la personalidad de la pena, que ocupa un lugar destacado en el Derecho Penal moderno”: C-928/05.

5. Faraldo Cabana (2018: 521).

cometido, pero que le incumbían en su calidad de propietario —obligaciones *propter rem* o que recaen sobre la cosa y no sobre el infractor—. De esta manera, el parágrafo 1 del artículo 8 de la Ley 1843 de 2017, Por medio de la cual se regula la instalación y puesta en marcha de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones, dispuso lo siguiente: “El propietario del vehículo será solidariamente responsable con el conductor, previa su vinculación al proceso contravenicional, a través de la notificación del comparendo en los términos previstos en el presente artículo, permitiendo que ejerza su derecho de defensa”. Así, tras disponer una diferencia entre el propietario del vehículo y el conductor, para hacerlos a ambos solidariamente responsables, la norma permitía que el propietario del vehículo asumiera una sanción por un hecho que no cometió. De esta manera, la Ley 1843 de 2017 estaba tácitamente modificando el parágrafo 1 del artículo 129 del Código Nacional de Tránsito —Ley 769 de 2002—, que disponía perentoriamente: “Las multas no podrán ser impuestas a persona distinta de quien cometió la infracción”.

La problemática no es exclusivamente colombiana. En España, las dificultades para la identificación de los conductores condujeron a una evolución normativa y jurisprudencial, llena de controversias⁶: desde 1990, se impuso al propietario de vehículo el deber legal de identificar al conductor que cometió la infracción de tránsito⁷. Aunque la jurisprudencia fue inicialmente protectora del debido proceso administrativo, a partir de 2001 el legislador se puso a la tarea de mejorar la pretendida eficacia del sistema sancionatorio: la Ley 19/2011 precisó que al propietario del vehículo se le sancionaría con la multa máxima si incumplía el deber de identificar al conductor, esto para que el propietario no escogiera, de mala fe, entre pagar la multa por la infracción o aquella por la infracción de tránsito. Adicionalmente, la Ley 17/2005 exigió que la identificación del conductor debía ser “veraz”, al tiempo que aumentó la multa por la no identificación. Finalmente, la Ley 18/2009 introdujo la figura del conductor habitual. Ahora, para luchar contra las identificaciones falsas, el propietario debe aportar el número de licencia de conducción del conductor del vehículo. Pese a los constantes esfuerzos legislativos, la situación no deja de ser compleja, e incluso se ha llegado a avalar que se sancione al propietario del vehículo que identificó al conductor, pero este, en su interés, negó haber cometido la infracción⁸.

6. El asunto puede estudiarse en Casino Rubio (2010).

7. Art. 72.3 de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial, versión inicial del Real Decreto Legislativo 339/1990.

8. “A poco que se apure ahora esta proposición podrá verse al final una conclusión que tiene una apariencia bastante inquietante: el cumplimiento del deber de identificación veraz no

Volviendo a Colombia, por una demanda ciudadana contra la norma legal que preveía la solidaridad sancionatoria entre el propietario del vehículo y el conductor infractor, se revivió en el seno de la Corte Constitucional la discusión decimonónica acerca de si la personalidad de las penas se predicaba igualmente de las multas, y se expusieron varios de los argumentos argüidos en Europa en el siglo XIX para justificar constitucionalmente que, en el caso de las multas, fuera alguien distinto al infractor el obligado a su pago.

La decisión de la Corte Constitucional no fue fácil. El asunto fue debatido en tres salas plenas. Tras el debate, en una primera votación respecto de la ponencia del magistrado Alejandro Linares Cantillo, resultó un empate entre los partidarios de la inconstitucionalidad y los de la constitucionalidad simple o condicionada. Por ello, fue necesaria la convocatoria de tres conjueces⁹, que también resultaron divididos en la votación. Finalmente, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-038 de 2020, declaró la inconstitucionalidad de la norma, en una decisión con cuatro —de los nueve— votos en contra.

2

Argumentos de los intervinientes en el debate¹⁰

El ciudadano Héctor Guillermo Mantilla Rueda cuestionó la constitucionalidad del parágrafo 1 del artículo 8 porque, en su concepto, desconocía el artículo 29 de la Constitución, relativo al debido proceso, porque la solidaridad entre el propietario del vehículo y el conductor permitiría atribuir responsabilidad al propietario, sin que fuera necesario demostrar que fue él quien cometió la infracción. Un segundo cargo, relativo a la vulneración del artículo 33 de la Constitución, fue rechazado en la etapa de admisión, porque el demandante realizaba una interpretación errónea de la norma, según la cual allí se invertía la carga de la prueba y se obligaba al propietario del vehículo a demostrar su inocencia, desconociendo que nadie puede ser obligado a

depende ya del propio obligado, sino de la voluntad de un tercero, en este caso, del conductor identificado al que le basta negar su participación en los hechos denunciados para convertir al propietario del vehículo en autor de la infracción del deber de identificación, salvo prueba en contrario" (Casino Rubio, 2014a, 2014b).

9. Saúl Flórez Enciso, Hernán Fabio López Blanco y Julio Andrés Ossa Santamaría.

10. El proceso previsto para el control de constitucionalidad de las leyes es, *mutatis mutandis*, lo que Édouard Laferrière explicaba respecto de las demandas contra actos administrativos: un proceso contra un acto jurídico; aquí, un proceso contra el acto de ley. No se trata de un proceso entre partes, en el que el autor de la ley funja como demandado o sea parte del proceso. Por eso, este acápite no se denomina argumentos de las partes, sino del debate.

declarar contra sí mismo o contra sus familiares. Esta decisión del ponente comenzaba ya a delimitar la interpretación de la norma.

La demanda realizaba dos argumentaciones diferentes, como si se tratara de sinónimas: consideraba, por una parte, que la solidaridad permitiría una responsabilidad sin culpa u objetiva, porque no exigía demostrar la culpabilidad del propietario del vehículo, pero a la vez, por otra parte, aseguraba que se permitiría hacer responsable al propietario respecto de una infracción cometida por otro. Así, confundía el demandante imputación y culpabilidad.

Once intervenciones fueron recibidas: (1) Un primer grupo consideraba que la Corte debía inhibirse, porque la demanda era inadmisibile, considerando que se debe vincular al propietario para que ejerza su derecho de defensa. También solicitaron la inhibición respecto de la vulneración del artículo 33 CP, pasando por alto el rechazo de la sustanciación. (2) Quienes solicitaban la constitucionalidad simple argumentaban que la responsabilidad por el hecho ajeno era natural en las obligaciones solidarias, de acuerdo con el Código Civil. También, que la solidaridad solamente se predicaba del pago, lo que era natural en una obligación dineraria, como la multa. Por otra parte, algunos de los que solicitaron la constitucionalidad consideraban que bastaba interpretar que la solidaridad entre el propietario y el conductor solamente se activaba cuando, tras el proceso contravencional, se demostrara la coautoría de los dos. Indicaron que, incluso en el contexto de la solidaridad, a quien incumbía probar la culpabilidad era al Estado. Finalmente, indicaron que, conforme al Código Civil, podía tratarse de una responsabilidad por el hecho de las cosas, en este caso, de cosas peligrosas. (3) Algunos intervinientes coadyuvaron la solicitud de inconstitucionalidad. Expusieron que la norma, en efecto, permite que se responda por el hecho ajeno. Adicionalmente, indicaron que se introdujo una responsabilidad objetiva inconstitucional y que la solidaridad invierte la carga de la prueba, porque obliga al propietario a demostrar que no fue él quien cometió la infracción y la única defensa posible consistiría en demostrar que él no es el dueño o que el vehículo le fue hurtado. También indicaron que se genera una antinomia con el Código de Tránsito, según el cual la multa no podría imponerse a quien no cometió la infracción. Tampoco se exige ningún tipo de vínculo jurídico entre el propietario del vehículo y el conductor. Agregaron que, además de la multa, esta solidaridad también implicaría que al propietario del vehículo se le podría suspender la licencia de conducción por acumulación de multas. Expusieron que se vulneraba la presunción de inocencia, porque se presumía la responsabilidad del propietario del vehículo. Pusieron de manifiesto que el propietario del vehículo podía ser una persona jurídica, lo que

generaría un incentivo para los conductores para cometer infracciones que serían pagadas por el propietario. Finalmente, expusieron dos argumentos en apoyo de la demanda: la solidaridad desconocería los fines pedagógicos y de prevención de las sanciones de tránsito, y la identificación del infractor no es una de esas garantías del debido proceso que admitan modulación o ser exceptuadas. (4) En fin, un cuarto grupo de intervinientes propuso la constitucionalidad condicionada, en el entendido de que la solidaridad solamente se predica respecto de infracciones que, tras el procedimiento sancionatorio, se demuestre que son imputables al propietario del vehículo, tales como la compra del seguro obligatorio o la realización de la revisión técnico-mecánica del vehículo.

El procurador general de la nación conceptuó que la norma debía ser declarada inconstitucional, de acuerdo con los argumentos de la demanda. Indicó que la carga mínima que incumbe al Estado es la de demostrar la imputación de la falta, algo de lo que se encuentra relevado en el caso de la solidaridad, que, en este caso, permite que se responda por el hecho ajeno. Indicó que no bastaba con vincular al propietario del vehículo con el proceso contravencional, ya que la solidaridad se predica del cobro de la multa, por lo que su defensa sería inane.

En suma, la controversia se planteaba entre quienes, a partir del derecho público, consideraban que la imputabilidad en materia sancionatoria es una garantía que no admite modulaciones, por lo que no sería constitucional permitir la responsabilidad sancionatoria por el hecho ajeno, y aquellos que, fundándose en el derecho civil, aseguraban que sí es posible la responsabilidad por el hecho ajeno y que, una vez pagada la multa, será un asunto propio de las relaciones internas de la solidaridad.

3

Síntesis de la decisión

Como algunos de los intervinientes solicitaron la inhibición de la Corte, de manera previa, se analizó la aptitud sustancial de la demanda y se concluyó que el demandante sí realizó una interpretación correcta de la norma, ya que esta no exigía que, para que el propietario del vehículo fuera responsable, se demostrara que él cometió la infracción de tránsito, permitiendo, así, la responsabilidad sancionatoria por el hecho ajeno, lo que, a su juicio, contrariaría el debido proceso. Para la Corte, la demanda ciudadana permitía desarrollar el juicio de constitucionalidad y no se trataría de un control oficioso velado, sino de un control rogado. A partir de ello, delimitó el siguiente

problema jurídico: ¿Desconoce el artículo 29 de la Constitución el párrafo 1 del artículo 8 de la Ley 1843 de 2017, al establecer una responsabilidad solidaria entre el propietario del vehículo y el conductor, por las contravenciones de tránsito detectadas por el sistema de ayudas tecnológicas, sin exigir que en el proceso contravencional se establezca que el propietario del vehículo participó en la comisión de la infracción y que la realizó de manera culpable? De esta manera, la Corte planteaba, de entrada, dos aristas diferentes de la discusión: la imputabilidad y la culpabilidad.

El razonamiento de la Corte se desarrolló en tres etapas: una primera, relativa al principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria; una segunda acerca de las condiciones para la constitucionalidad de la responsabilidad sancionatoria solidaria; y, finalmente, una tercera donde se verificó si se cumplían o no tales condiciones.

La Corte destacó que, en el derecho colombiano, sí era posible responder por el hecho ajeno, pero en las responsabilidades resarcitorias de perjuicios, mas no en materia sancionatoria, en virtud del principio de responsabilidad personal, de personalidad de las penas, de imputabilidad personal o de responsabilidad personal, porque respecto del poder punitivo estatal (*ius puniendi*) los juicios de desvalor o reproche deben ser personalísimos. La Corte encontró en varias normas constitucionales el fundamento de dicho principio y concluyó: “En el Estado Constitucional de Derecho, el poder de sanción no se transmite por los vínculos que existan con el autor de la infracción o con el objeto con el cual se cometió la misma, porque esto implicaría un reproche por la relación o la situación jurídica, mas no por el acto, acción u omisión”. A partir de ello, la Corte diferenció la imputabilidad de la culpabilidad, es decir, el principio de responsabilidad personal de la responsabilidad subjetiva o por culpa. Destacó que la responsabilidad sancionatoria por el hecho ajeno es, en todo caso, inconstitucional, y por tanto el principio de responsabilidad personal sancionatoria “no admite excepciones ni modulaciones en materia administrativa sancionatoria”, mientras que la responsabilidad objetiva o sin culpa sí podría ser constitucional, bajo las exigencias de la jurisprudencia constitucional. En otras palabras, tanto la responsabilidad en la que se analice la culpabilidad como elemento subjetivo —presunto o no— como aquella en la que dicho análisis no sea necesario —responsabilidad objetiva— presuponen, imprescindiblemente, la imputabilidad personal o por el hecho propio.

A continuación, la Corte examinó las condiciones para que la solidaridad en materia sancionatoria fuera constitucional. Para ello, la Corte aclaró que, al tratarse del ejercicio del poder punitivo estatal, existen una serie de principios y garantías que, al ser ineludibles, han significado una transformación del régi-

men de las obligaciones solidarias, cuando se trate de sanciones, en particular, porque la solidaridad pasiva no puede desconocer el principio de responsabilidad personal sancionatoria, de acuerdo con los precedentes establecidos en las sentencias C-210 de 2000 (los socios son solidariamente responsables por las obligaciones tributarias de la sociedad, pero eso no se predica de las sanciones), C-530 de 2003 (el propietario del vehículo solo puede ser vinculado al procedimiento si se puede inferir que él es el responsable de la infracción y solamente será responsable cuando se demuestre que fue él quien la cometió), C-980 de 2010 (para que el propietario del vehículo esté obligado al pago de la multa debe habersele vinculado y demostrado que cometió culpablemente la infracción) y C-089 de 2011 (la solidaridad entre el propietario del vehículo de transporte público y la empresa a la cual se vincula es constitucional porque se predica, únicamente, de las infracciones imputables a los propietarios o a las empresas, no al conductor del vehículo); finalmente, refirió la sentencia C-699 de 2015 (la solidaridad sancionatoria por las infracciones pesqueras entre el capitán, el armador y el titular del permiso de pesca es inconstitucional, por ser una responsabilidad objetiva y porque la solidaridad en materia de sanciones desconoce el principio de responsabilidad personal). A partir de ello, definió tres condiciones para la constitucionalidad de la solidaridad sancionatoria:

- (1) Todos los obligados son vinculados al procedimiento y se les permite el ejercicio de los derechos de la defensa.
- (2) La infracción debe ser imputable personalmente a cada obligado solidariamente.
- (3) Cada uno de los sancionados debe haber cometido la infracción de manera culpable. Tras todo ello, el cobro de la multa sí puede realizarse a cualquiera de los obligados.

Con estos presupuestos, la sentencia concluyó que la norma examinada era inconstitucional, porque desconocía el derecho al debido proceso, en primer lugar, en su componente de legalidad, ya que no precisaba, de manera clara, si la solidaridad se predicaba solamente de las multas o de las otras consecuencias, como la suspensión o la cancelación de la licencia de conducción, y sería tenido como criterio de reincidencia. Adicionalmente, se vulneraba el derecho de defensa, ya que, al no exigir imputación personal de la falta, ni culpabilidad del propietario, los argumentos de defensa estarían sustancialmente limitados. Añadió que el legislador tampoco indicó los eventos en los que el propietario del vehículo podría exonerarse. Además, tampoco se cumplía el segundo requisito para la constitucionalidad, porque no se exigía que la falta fuera imputable personalmente al propietario del vehículo, y, por lo tanto, demostrar que no fue él quien cometió la infracción sería una defensa inocua. Resaltó la Corte que el principio de res-

ponsabilidad personal exige, del Estado, identificar al infractor, algo que se exonera con la solidaridad y se agrava porque existe un incentivo para que el propietario del vehículo se declare responsable, con el fin de poder realizar el curso sobre normas de tránsito y obtener, de este modo, la reducción de la multa. La Corte resaltó que la multa, por consistir en una obligación de dar una suma de dinero, no deja de ser una sanción administrativa. También destacó que la finalidad de las multas no puede ser, en ningún caso, el recaudo de dinero, porque ello sería una forma de desviación del poder. Aunque la Corte encontró que la finalidad de garantizar el recaudo de las multas puede ser legítima, el medio escogido —la solidaridad sancionatoria— es inconstitucional, al desconocer principios básicos para el ejercicio del poder punitivo estatal. Encontró la Corte que existen otros medios legítimos para buscar el recaudo de las multas válidamente impuestas.

Es de resaltar que, para la Corte, la solidaridad que permite el pago de la multa por parte de quien no cometió la infracción desconoce las finalidades preventivas y de orden público propias del transporte terrestre, lo que desconoce el principio de necesidad de las sanciones, al tiempo que vulnera el principio constitucional de eficacia administrativa, ya que permite que la sanción se dirija a quien no necesita corregir un comportamiento en el futuro.

Tras concluir que la norma era inconstitucional, la Corte negó la posibilidad de salvarla *in extremis* mediante una constitucionalidad condicionada, en el entendido de que la responsabilidad del propietario se predicaba únicamente de aquellas infracciones presumibles del estado jurídico o fáctico del vehículo (revisiones y seguros). Consideró la sentencia que a quien corresponde determinar los elementos esenciales de las sanciones administrativas, en virtud de la reserva de ley, es al legislador, lo que no realizó en este caso, y, *de facto*, sería la autoridad de tránsito la que determinaría los sujetos pasivos de cada infracción, desconociendo el principio de legalidad y creando condiciones de inseguridad jurídica. De esta manera, la Corte diferenció la norma demandada de la que prevé la solidaridad por infracciones respecto de vehículos de transporte público, declarada constitucional en la Sentencia C-089 de 2011, porque en dicha norma sí se exige expresamente que las infracciones sean imputables a los propietarios de los vehículos o a las empresas a las que se afilie el vehículo.

En suma, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma que preveía la solidaridad sancionatoria, porque relevaba al Estado de la carga mínima de identificar al autor de la infracción, lo que, de manera clara, contravenía el principio de personalidad de las sanciones. Aclaró la Corte que las cámaras de detección son medios probatorios válidos, pero insuficientes para sancionar, ya que únicamente identifican la placa del vehículo, pero

esto no basta para imponer una sanción, ya que se requiere, de manera ineludible, identificar al infractor.

Finalmente, la sentencia aclaró que la norma no establece una responsabilidad objetiva, que debe ser determinada expresamente por el legislador, pero, al no exigir individualizar al infractor, necesariamente excluye, por consiguiente, la carga de identificar su culpabilidad, por lo que la norma demandada no respondía a ninguno de los tres requisitos para que, excepcionalmente, la solidaridad sancionatoria fuera constitucional.

La decisión fue aprobada con el voto favorable de tres magistrados (Alejandro Linares Cantillo, José Fernando Reyes y Cristina Pardo) y dos conjueces (Saúl Flórez y Hernán Fabio López). Salvaron el voto los magistrados Carlos Bernal, Luis Guillermo Guerrero, Antonio José Lizarazo y el conjuce Julio Andrés Ossa Santamaría, aunque en realidad, en su escrito, el conjuce Ossa afirma que comparte la declaratoria de inconstitucionalidad. Las razones del voto en contra del magistrado Guerrero no se encuentran publicadas. El magistrado Bernal coincidió en la inconstitucionalidad de la norma, pero consideró que podía salvarse su constitucionalidad con un condicionamiento, en el entendido de que la responsabilidad solidaria del propietario solo operaría respecto del pago de multas por infracciones que le fueran imputables, y de que la responsabilidad se excluiría cuando el vehículo no estuviere bajo el control del propietario; por ejemplo, en casos de sustracción ilícita del mismo. El magistrado Lizarazo consideró que la norma sí respetaba el principio de personalidad de las sanciones, porque la solidaridad “se refiere únicamente a los efectos patrimoniales de la contravención, es decir, al pago de la multa”. También, porque es posible que el propietario del vehículo, “una vez notificado del comparendo, pueda alegar su ausencia de responsabilidad dentro del proceso contravencional, garantizando así su derecho a la defensa y respetando el principio de personalidad de la sanción”. Finalmente, porque la norma se justificaba en el deber de los propietarios de los vehículos de tenerlos en buenas condiciones, y de “vigilar su utilización por parte de terceros asegurándose de que sepan conducir, tengan licencia y se encuentren en condiciones de hacerlo”. Finalmente, consideró que, de acuerdo con el precedente de la solidaridad en materia de transporte público, esta norma era igualmente constitucional. Aunque el conjuce Ossa afirmó que se trataba de un salvamento de voto, su escrito demuestra que era un voto particular concurrente. En efecto, allí se lee: “aunque coincido con la declaratoria de inexecutableidad”¹¹

11. En el derecho colombiano, la Corte Constitucional no declara la inconstitucionalidad de las leyes, sino su inexecutableidad. Se ha entendido que la expresión es sinónima de inexecutableidad, teniendo en cuenta que, por regla general, los efectos de tal decisión son hacia el futuro.

de la figura de la solidaridad, discrepo de las razones por las cuales fue expulsada del ordenamiento jurídico”, ya que “este método de cobro conduce, sin más, a la impunidad, pues libera de responsabilidad a quien también cometió la infracción” y desconoce el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Su discrepancia frente a las razones de la inconstitucionalidad consistió en que, a su juicio, la norma sí permitía a la Administración “verificar al grado de participación del propietario del vehículo en la comisión de la infracción, es decir, su culpabilidad en el hecho”. Adicionalmente, allí se exigía la vinculación del dueño del vehículo para ejercer su derecho de defensa, por lo que el propietario podía “presentar las explicaciones correspondientes respecto de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió la infracción, justamente con el fin de establecer su grado de participación en esta”.

4

Análisis crítico de la Sentencia C-038 de 2020

La Sentencia C-038 de 2020 fue mal comunicada, y su contenido fue deformado en los medios de comunicación. En la sentencia se recalcó que la carga de identificar al infractor era del Estado y que, para sancionar, no bastaba con la foto de la infracción en la que se identificara la placa de matrícula del vehículo. A partir de ello, y de manera errónea, pero sistemática, en los medios de comunicación y en las redes sociales se afirmó, sin titubeos, que la Corte Constitucional exigió en la sentencia que las cámaras de fotodetección de infracciones tuvieran la tecnología necesaria para identificar al infractor¹², algo que no se encontraba en ninguna parte de la Sentencia. A tal punto la mala información prevaleció que a la Corte Constitucional le solicitaron la nulidad de la Sentencia C-038 de 2020, entre otras razones porque “no existe un dispositivo que permita la identificación facial del conductor”. Al respecto, el auto que rechazó la solicitud de nulidad indicó que la senten-

12. Por ejemplo: ¿Tienen reconocimiento facial las cámaras de fotomultas?. (2020). *El Colombiano*, 9-2-2020. Disponible en <https://www.elcolombiano.com/colombia/reconocimiento-facial-en-camaras-de-fotomultas-de-colombia-es-incierto-CE12432246>. En otro medio se afirmó: “El alto tribunal pidió al Congreso que regule la norma y advirtió que las cámaras deben identificar con precisión a quien conduce el vehículo” (Así funcionarán las cámaras de fotomultas según la Corte Constitucional. [2020]. *Noticias RCN*, 7-2-2020. Disponible en <https://www.noticiasrcn.com/colombia/asi-funcionaran-las-camaras-de-fotomultas-segun-corte-constitucional-352444>). El autor de esta crónica escribió en Twitter: “La sentencia C-038/20 NO exige que las cámaras tengan tecnología de reconocimiento facial [...] La sentencia hace un llamado al Legislador para que precise el régimen de responsabilidad en la materia, para que garantice el debido proceso, incluida la responsabilidad personal. El reconocimiento facial no es la opción preconizada, ni la única ¡Cuánta desinformación!” (@andres_ospinag, 28-10-2020. Disponible en https://x.com/andres_ospinag/status/1321614023490678784).

cia no introducía tal exigencia, sino la de identificar al infractor, para lo cual “la autoridad de tránsito podría acudir a cualquier medio que demostrara quién fue el responsable de la infracción identificada y desvirtuara, de esta manera, la presunción constitucional de inocencia, por ejemplo, a través de un sistema mixto de detección, es decir, no exclusivamente automatizado o, incluso, a través de otros mecanismos que desarrolle el Legislador, como, por ejemplo, la implementación un registro público de conductores, a condición de ser compatibles con los componentes del derecho fundamental al debido proceso”¹³.

En la sentencia C-038 de 2020, por primera vez en la jurisprudencia constitucional, la Corte Constitucional buscaba los fundamentos constitucionales de la responsabilidad sancionatoria personal y los encontró en los artículos 6¹⁴ y 29¹⁵ de la Constitución, así como en el principio de necesidad de las sanciones. Se trata de una sentencia que, de manera rigurosa, diferenció el derecho civil de las obligaciones solidarias, de los principios esenciales del ejercicio del poder punitivo estatal, y resaltó el carácter instrumental de las sanciones administrativas¹⁶: no son instrumentos meramente punitivos, ni de recaudo financiero, sino mecanismos para conseguir fines de interés general como, en este caso, la seguridad vial. Por ello, encontró que carecía de sentido sancionar al propietario del vehículo si no se demostraba que fue él quien cometió la infracción, porque, solo en este caso, la sanción cumpliría su función pedagógica, formadora y preventiva frente a la reincidencia.

La Sentencia C-038 de 2020 consulta las bases mismas del derecho punitivo moderno, en el que se sanciona por el acto cometido y no por la calidad del sujeto, y, adicionalmente, solamente es posible sancionar com-

13. Corte Constitucional, Auto 406 de 2020, que rechazó por insuficiencia argumentativa la nulidad de la Sentencia C-038 de 2020, ya que las solicitudes de nulidad eran, en realidad, manifestaciones de inconformidad con lo decidido e intentos de reabrir el debate ya surgido.

14. “Artículo 6°. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

15. “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

16. “Es a partir de la eficacia administrativa que surge con nitidez el carácter meramente instrumental del poder de sanción de la administración ya que, a diferencia de los jueces penales, para la administración sancionar no constituye su razón de ser, sino un medio en función de su razón de ser, es decir, del cumplimiento de sus fines. Esto exige del legislador incluir una variable adicional a la configuración de la política punitiva del Estado ya que no basta con determinar, en cada caso, si el instrumento más adecuado en abstracto es una sanción administrativa o una penal, ya que debe, además, resolver la cuestión de a qué autoridad administrativa le otorgará dicho poder, en qué contexto y para qué” (Ospina Garzón, 2018: 53-54).

portamientos realizados por una persona consciente, por lo que la responsabilidad sancionatoria por hechos u omisiones inimputables, por el hecho de otros o por caso fortuito o fuerza mayor, sería, en todos los casos, irrazonable y contraria al principio de necesidad de las sanciones. Al insistir en que la carga mínima que corresponde al Estado consiste en identificar plenamente al infractor, la Corte garantizaba tanto el artículo 29 de la Constitución, relativo a la presunción de inocencia, como el artículo 33, que garantiza el derecho a no autoincriminarse ni a incriminar a sus familiares. Contrarios a ello, el salvamento de voto del magistrado Lizarazo y la aclaración-salvamento del conjuer Ossa indicaban que la norma no vulneraba el debido proceso, porque al ser vinculado al proceso el propietario podía explicar las circunstancias de la infracción, es decir que, en su concepto, era constitucional que se trasladara la carga de la prueba de la imputabilidad y de la culpabilidad al propietario del vehículo. A su juicio, la responsabilidad del propietario del vehículo en la infracción era constitucional porque se le permitía “probar su grado de participación en la misma”. Como se verá más adelante, este argumento, contrario a los artículos 29 y 33 de la Constitución, fue utilizado en la Sentencia C-321 de 2022.

El debate que surgió en la sentencia C-038 de 2020 puso en evidencia que existen autoridades administrativas incómodas con las cargas probatorias que les impone el debido proceso. Llama la atención que, entre los intervinientes, los únicos que defendían la norma, a través de solicitudes de inhibición o de constitucionalidad simple, eran dos municipios y la Federación Colombiana de Municipios, que también pidieron la nulidad de la sentencia. Conscientes de las dificultades que entraña el respeto del derecho al debido proceso, que implica, entre otras cosas, responder a cargas de prueba que desvirtúen la presunción constitucional de inocencia, el legislador ha acudido a varios mecanismos para poder sancionar, sin que sea necesario identificar al infractor: en primer lugar, el artículo 137 del Código Nacional de Tránsito disponía que, si no fuera posible identificar al conductor del vehículo, se notificaría el comparendo al propietario, y si este no compareciese o no presentase pruebas de su inocencia, se le impondría a él la sanción. Este intento de vulnerar el principio de responsabilidad sancionatoria por el hecho propio fue detenido mediante la Sentencia C-530 de 2003, que condicionó la norma en el entendido de que “la sanción sólo puede imponerse cuando aparezca plenamente comprobado que el citado es el infractor”. Un segundo intento de relevar al Estado de la carga de identificar al infractor se materializó en el parágrafo 1 del artículo 8 de la Ley 1843 de 2017, donde se previó la solidaridad entre el conductor y el propietario del vehículo. La Sentencia C-038 de 2020 declaró la inconstitucionalidad de la norma, por

vulneración del principio de responsabilidad personal, y, por segunda vez, detuvo las ansias sancionatorias por encima del debido proceso. En un tercer intento por sustraer al Estado de las cargas probatorias mínimas para sancionar, mediante el artículo 10 de la Ley 2126 de 2021, el legislador lo logró, y la Corte Constitucional finalmente lo toleró. Se trató de prever que es deber del propietario del vehículo velar por que el conductor no cometa infracciones de tránsito, para así hacerle responsable de las infracciones cometidas por el conductor.

5

La Sentencia C-321 de 2022: la Corte cae finalmente en la trampa

La Sentencia C-038 de 2020 no cerró la puerta a que el propietario del vehículo fuera responsable de ciertas infracciones, y por ello precisó: “la regulación en la materia que expida el Congreso de la República podría prever una responsabilidad solidaria para el pago de las multas, por hechos total o parcialmente imputables al propietario del vehículo, **que no impliquen el acto de conducir** y se refieran al estado de cuidado físico-mecánico del vehículo (luces, frenos, llantas, etc.) o al cumplimiento de obligaciones jurídicas, tales como la adquisición de seguros o la realización de las revisiones técnico-mecánicas. **Tales obligaciones recaen tanto sobre el conductor, como sobre el propietario del vehículo, incluso si éste es una persona jurídica, no conduce o no dispone de la licencia para conducir.** Sin embargo, al tratarse de normas de contenido sancionatorio, los sujetos responsables, las infracciones y las sanciones, deben estar determinados por el Legislador de manera previa y cierta, como garantías del derecho al debido proceso” (negrillas agregadas).

Ante el desespero de las secretarías de tránsito, porque la sentencia C-038 de 2020 les recordó la obligación ineludible de identificar al infractor y, por lo tanto, no bastaba con la identificación del propietario del vehículo y el documento fotográfico que probaba que con él se había cometido una infracción, se acudió al legislador para que expidiera la Ley 2126 de 2021, que en su artículo 10 dispuso:

“Medidas Antievasión. Los propietarios de los vehículos automotores **deberán velar por que** los vehículos de su propiedad circulen:

- a. Habiendo adquirido el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito,
- b. Habiendo realizado la revisión tecnicomecánica en los plazos previstos por la ley,
- c. Por lugares y en horarios que estén permitidos,

d. Sin exceder los límites de velocidad permitidos,

e. Respetando la luz roja del semáforo

La violación de las anteriores obligaciones implicará la imposición de las sanciones previstas en el Artículo 131 del Código Nacional de Tránsito modificado por la Ley 1383 de 2010 para dichos comportamientos, previo el cumplimiento estricto del procedimiento administrativo contravencional de tránsito” (negrillas agregadas).

El legislador fue cuidadoso de no utilizar, de nuevo, la expresión solidaridad, y de prever obligaciones directas del propietario, cuya omisión permitiría sancionarle personalmente. Sin embargo, de acuerdo con la Sentencia C-038 de 2020, solamente serían imputables al propietario del vehículo los comportamientos a y b, es decir, lo relativo al SOAT y a la revisión técnicomecánica, ya que los comportamientos c, d y e se refieren al acto de conducir. Pero su inconstitucionalidad no era automática, ya que la norma imponía a los propietarios de los vehículos el simple deber de “velar por que”, lo que, en estricto sentido, se garantiza con verificar que quien conduce su vehículo sea portador de una licencia de conducción; es el Estado el que, con tal autorización previa, verifica la aptitud de los conductores, y en el control de tránsito vigila el cumplimiento de las normas. Exigir más allá de esto sería un claro atentado al principio de responsabilidad personal y de necesidad de las penas, al reprochar comportamientos que se salen de la esfera de control del propietario del vehículo y trasladarle obligaciones que, claramente, recaen sobre las autoridades de tránsito.

Así, fundándose explícitamente en la Sentencia C-038 de 2020, la nueva norma fue demandada por vulnerar el principio de responsabilidad personal, porque al propietario del vehículo “materialmente le es imposible controlar que aquella persona que conduce el vehículo de su propiedad” no cometa infracciones. Para el demandante, aunque la norma no menciona una obligación solidaria, sí la crea *de facto*, al imponer al propietario el deber de velar por que el conductor no cometa infracciones. También se agregaron cargos de unidad de materia, que no prosperaron. La procuradora, en su concepto, coincidió en que los literales b, c, d y e “establecen implícitamente la figura de la responsabilidad solidaria en materia sancionatoria administrativa prohibida constitucionalmente”, y, por ello, pidió su inconstitucionalidad.

En la Sentencia C-321 de 2022, la Corte reconoció que algunas de las obligaciones-infracciones que recaen sobre el propietario pueden “tratarse de eventos que no están directamente bajo su control si no es el conductor del vehículo”. Frente a estas obligaciones, y contrario al entendimiento de que velar se satisface con verificar que cuenta con la licencia de conducción, la

sentencia recurrió a una interpretación gramatical del verbo velar, y, por esta vía, hizo pesar sobre el propietario del vehículo deberes propios de las autoridades de tránsito: “verificar que el conductor cuente con las capacidades técnicas y teóricas, así como con los permisos exigidos por la ley para conducir, exigir al conductor que circule con el vehículo por lugares y en horarios que están permitidos, y que responda por las infracciones de tránsito que este cometa”. Es decir, la Corte dio un alcance maximalista a la expresión “velar”, en la que el propietario del vehículo asumía responsabilidades propias del Estado.

La Sentencia afirmó que las obligaciones del propietario, relacionadas con el acto de conducir, son obligaciones de medio o de diligencia cuando no es él el conductor, pero son obligaciones de resultado “si el vehículo se encuentra bajo la custodia del propietario”. La Sentencia aclaró que por custodia debía entenderse, en realidad, que se trata de cuando el propietario es quien conduce. También indicó que la Sentencia C-038 de 2020 no constituía un precedente, porque ahora no se establecía expresamente una obligación solidaria, sino individual.

Con estos parámetros, concluyó la Sentencia C-321 de 2022 que las cinco obligaciones que recaen sobre el propietario del vehículo, incluidas las relativas a la conducción de este, no desconocen el principio de responsabilidad personal y consultan la función social de la propiedad, al tiempo que se establecen dentro del “amplio margen de configuración del legislador en materia de tránsito y en materia sancionatoria”. Sin embargo, la Corte aclaró que el propietario solamente podrá ser sancionado cuando, fruto del procedimiento, se demuestre que incumplió culpablemente sus deberes de velar por que el conductor del vehículo no cometa infracciones, lo que la Sentencia encuentra “razonable y proporcional” en nombre de la función social de la propiedad y de la primacía del interés general. La Corte precisó que respecto de las infracciones del conductor por el mal manejo del vehículo “**el propietario podrá probar** que pese haber obrado con diligencia, el vehículo fue sustraído del ámbito de su cuidado por la fuerza, mediante fraude o la comisión de un ilícito” (negrillas agregadas); es decir, implícitamente, la sentencia aceptó que resulta constitucional que se responda por el hecho ajeno, es decir, por la infracción cometida por el conductor, al que lícitamente el propietario aceptó que condujera el vehículo, y solamente se exonera si el conductor lo utilizó sin autorización del dueño. Velar, en estos términos, significa garantizar que no se cometan infracciones, y a pesar de lo dicho formalmente por la sentencia, se convierte, en consideración de la única defensa posible, en una obligación de resultado, en franca contradicción con el principio constitucional de responsabilidad sancionatoria personal.

Por todo ello, la Sentencia declaró constitucional la nueva norma, en el entendido de que el propietario del vehículo podrá ser sancionado cuando,

en el seno del proceso administrativo sancionatorio, resulte probado que, de manera culposa, incurrió en las infracciones de tránsito analizadas. Al interpretar tan ampliamente el verbo velar, la Corte cayó en la trampa diseñada por el legislador para evadir la carga mínima del Estado de identificar al infractor, ya no con una obligación explícitamente solidaria, sino creando unas obligaciones de imposible cumplimiento para el propietario del vehículo, cuya omisión le acarrea que sea él quien deba asumir la responsabilidad por las infracciones del conductor. Al mismo tiempo, pasó por alto la Corte que el artículo 33 de la Constitución garantiza el derecho a guardar silencio, a no autoincriminarse ni incriminar a sus familiares, y, por contra, impuso la carga al propietario del vehículo de demostrar que cumplió diligentemente sus obligaciones de “velar” por que no se cometan infracciones, señalando, necesariamente, quién conducía el vehículo en su momento. En nombre de la función social de la propiedad y del amplio margen de configuración del legislador, el principio constitucional de responsabilidad personal quedó convertido en una garantía nominal, fácilmente eludible, imponiendo deberes al propietario del vehículo que, en un Estado de derecho como el nuestro, recaen en las autoridades administrativas encargadas del mantenimiento del orden público presente en el tránsito vehicular. En otras palabras, la sentencia permitió la instrumentalización del propietario del vehículo para que sea él quien controle a los conductores, a pesar de ser esta una obligación del Estado, al dar licencia y al vigilar el cumplimiento de las normas de tránsito.

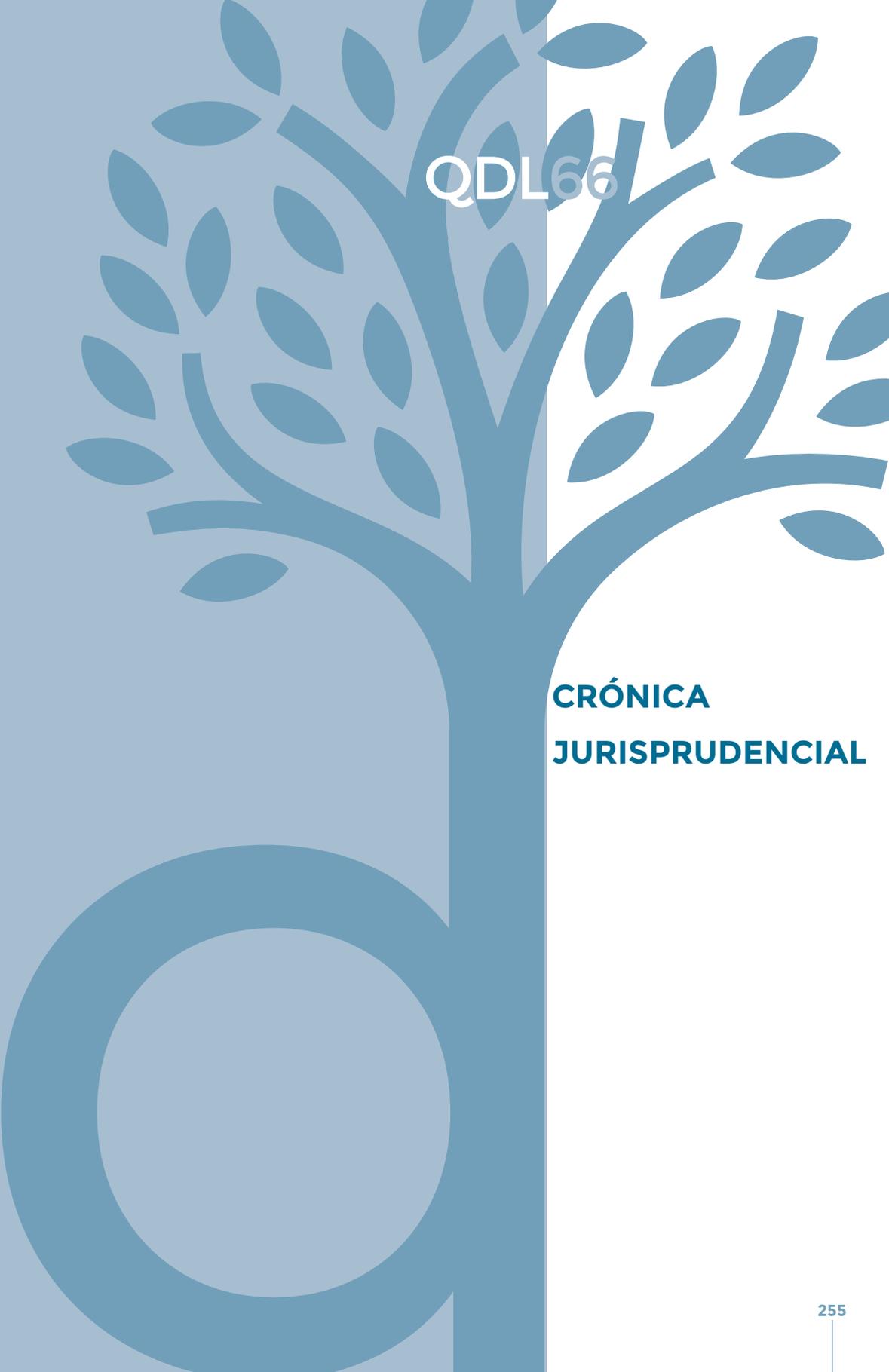
El magistrado José Fernando Reyes, quien había votado a favor de la Sentencia C-038 de 2020, fue el único de los miembros de la sala que salvó el voto. Explicó que los literales que se refieren a las infracciones relativas a la actividad de conducir establecen una inconstitucional responsabilidad objetiva y desconocen el precedente de la Sentencia C-038 de 2020, relativo a la responsabilidad personalísima y subjetiva. Advirtió: “Un lector –incluso lego– podrá leer el contenido de ambas decisiones para encontrar la necesaria y palmaria contradicción entre una y otra, sin que el asunto de la cosa juzgada –en todas sus formas posibles– fuera siquiera mentado”. Con buen tino, el magistrado Reyes resaltó que el acierto de la C-038 de 2020 consistió en analizar el asunto desde los principios del poder punitivo estatal y no desde el derecho civil, como lo hizo la Sentencia C-321 de 2022, acudiendo a las figuras de las obligaciones de medio y de resultado y la función social de la propiedad, para terminar así desconociendo principios elementales de las sanciones estatales, en particular que nadie puede ser sancionado por las faltas cometidas por otros, ni siquiera si las cometen con un instrumento de mi propiedad.

La tercera fue la vencida, y frente a este panorama no queda más que recordar las palabras que pronunció Saint-Just, tres semanas antes de ser decapitado, por los excesos que cometió durante el terror, al lado de Robespierre: “Le temo al poder soberano que tiene miedo de sancionar, pero le temo más al poder que encuentra placer en la sanción”¹⁷.

6 Bibliografía

- Blanch Nougés, J. M.^a (2011). Acerca del principio de personalidad de la pena en el derecho romano y en el derecho histórico español. En P.-I. Carvajal y M. Miglietta (eds.). *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito* (vol. I, pp. 371-394). Alejandría: Edizioni dell’Orso.
- Casino Rubio, M. (2010). *La increíble historia del deber de identificar al conductor infractor*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2014a). A propósito de la STC 29/2014 ¿Hasta cuándo el deber de identificar al conductor infractor? *Abogacía Española*, 8-5-2014. Disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/a-proposito-de-la-stc-292014-hasta-cuando-el-deber-de-identificar-al-conductor-infractor/>.
 - (2014b). Yo tampoco he sido (a propósito de la STC 29/2014, de 24 de febrero, sobre el deber de identificar al conductor). *Revista Española de Derecho Administrativo*, 163, 255-267.
- Faraldo Cabana, P. (2018). La transmisibilidad de la pena de multa en las modificaciones estructurales. Sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a las personas jurídicas. En F. Morales Prats, J. M.^a Tamarit Sumalla y R. García Albero (coords.). *Represión penal y Estado de derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares* (pp. 515-529). Pamplona: Aranzadi.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (traducción de Aurelio Garzón del Camino). Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.
- Ospina Garzón, A. F. (2018). El fundamento del poder de sanción de la Administración: terapia para el abandono de un complejo. En A. Montaña y J. Rincón (eds.). *El poder sancionador de la Administración Pública: discusión, expansión y construcción* (pp. 19-70). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tuot, T. (2001). Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? *AJDA*, 2001, 135-141.

17. Tuot (2001).

A stylized tree graphic in shades of blue. The tree has a thick trunk that curves to the right at the bottom. The canopy is composed of numerous branches, each ending in a cluster of oval-shaped leaves. The background is a light blue gradient.

QDL66

**CRÓNICA
JURISPRUDENCIAL**

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de mayo a 31 de agosto de 2024)*

VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ
*Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo
(Sala Tercera).
Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Zaragoza*

1. Introducción

2. Régimen local y cuestiones generales

- 2.1. Locales de juego y Urbanismo. Competencias de las Administraciones locales para establecer las distancias mínimas entre locales de juego con sustento en sus competencias urbanísticas
- 2.2. Naturaleza jurídica del acto de convocatoria para votar una moción de censura. Posibilidad de recurso frente a la misma
- 2.3. Expropiación forzosa. Administración responsable del pago de intereses de demora por falta de fijación del justiprecio en los supuestos del artículo 78 de la Ley de Expropiación Forzosa
- 2.4. Urbanismo. Evaluación ambiental estratégica y efectos de la nulidad de los instrumentos de planificación
- 2.5. Convenios urbanísticos de monetarización de las cesiones de terreno. Momento desde el que se devengan los intereses de demora en el supuesto de resolución de un convenio urbanístico de monetarización por incumplimiento de la Administración local
- 2.6. Legitimación para la impugnación de una disposición general o un acto de destinatario plural

3. Empleo público

- 3.1. Naturaleza retributiva de las jornadas nocturnas y festivas de la Policía Local. Plazo de prescripción del derecho a reclamar
- 3.2. Retribución de la Policía Local. Integración de las jornadas nocturnas y festivas en la retribución ordinaria a los efectos de su cobro durante el período de vacaciones

* Crónica realizada sobre la base de las sentencias publicadas en el fondo documental del CENDOJ a fecha de 1 de octubre de 2024. En caso de existir algún pronunciamiento de interés, correspondiente a los últimos días de agosto, que no haya sido publicado a la fecha de entrega de esta crónica, se incorporará a la crónica del próximo número de la revista.

- 3.3. Posibilidad de determinación por parte de los tribunales de la naturaleza laboral fija de los empleados públicos
- 3.4. Complemento retributivo obtenido a través de la ejecución de sentencia judicial. Necesidad de declaración de lesividad
- 3.5. Alcance del control judicial de la decisión de cese en un puesto de trabajo obtenido por libre designación

4. Tributos

- 4.1. Agotamiento de la vía administrativa como presupuesto de acceso a la vía jurisdiccional. Solicitud de rectificación de una autoliquidación tributaria
- 4.2. Alteración catastral. Régimen de propiedad horizontal
- 4.3. Pago del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. Devolución del ingreso indebido
- 4.4. Posibilidad de que un área metropolitana pueda, mediante ordenanza fiscal, establecer una exención y una reducción a la cuota íntegra en el recargo sobre el IBI
- 4.5. ICIO. Devolución de ingresos indebidos
- 4.6. ICIO. Despliegue de redes de comunicaciones electrónicas como hecho imponible
- 4.7. Ordenanza fiscal reguladora del impuesto sobre bienes inmuebles. Tipos diferenciados en atención a los usos previstos en la normativa catastral
- 4.8. Tasa de recogida de residuos. Cálculo de la cuota y criterios para fijar la tarifa
- 4.9. Tasa local por entradas y salidas de vehículos a través de aceras sobre un terreno de propiedad privada, pero de uso público general
- 4.10. Tasa por utilización del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos. Compatibilidad de la tasa general y la tasa especial previstas en los artículos 24.1.a) y 24.1.c) del TRLHL

5. Contratos del sector público

- 5.1. Contratación del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera. Procedimiento de licitación. Acreditación del requisito de la solvencia técnica
- 5.2. Interpretación de la disposición adicional 41.^a de la Ley de Contratos del Sector Público. Servicios de arquitectura
- 5.3. Régimen transitorio de la legislación contractual. Caducidad
- 5.4. Revisión de tarifas de concesiones de agua. Informe de la entidad local

- 5.5. Contratos del sector público. Recurso especial en materia de contratación
- 5.6. Servicio público de abastecimiento y distribución de agua de un municipio. Posibilidad de cesión a consorcio provincial

6. Otros ámbitos de interés (subvenciones)

- 6.1. Subvenciones: reintegro y delito de fraude de subvenciones
- 6.2. Reintegro de subvenciones. Subsanación de vicio formal
- 6.3. Subvenciones. Devengo de intereses de demora por el reconocimiento tardío de una subvención

1

Introducción

En la presente crónica se ha tratado de compilar, con vocación sistemática, la principal doctrina jurisprudencial emanada de las distintas secciones de Enjuiciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa al régimen jurídico y de funcionamiento de las entidades locales. Por ello, además de incluirse los principales pronunciamientos en los que, por estrictos motivos subjetivos, se hallan implicadas entidades locales (en los que, por lo común, se interpretan, directamente, aspectos del régimen jurídico local), también se incluye el análisis de otras sentencias que fijan doctrina jurisprudencial en materias generales que afectan a la praxis administrativa habitual de las entidades locales, ya sea en materia de contratos del sector público, ya en materia tributaria, en empleo público, urbanismo o en la actividad subvencional, entre otras. La crónica se presenta, por tanto, estructurada en epígrafes que agrupan pronunciamientos del Tribunal Supremo sistematizados por razón de la materia, enunciándose cada uno estos pronunciamientos con un título-resumen representativo de su contenido, sus antecedentes fácticos, la cuestión de interés casacional planteada, la normativa interpretada y, finalmente, la doctrina jurisprudencial que se fija en respuesta a la cuestión suscitada.

2

Régimen local y cuestiones generales

2.1

Locales de juego y Urbanismo. Competencias de las Administraciones locales para establecer las distancias mínimas entre locales de juego con sustento en sus competencias urbanísticas

En un nutrido conjunto de pronunciamientos que afectan a instrumentos de planificación urbanística de distintos municipios como Barcelona, Burgos o Cádiz (por todos, sentencia de 23 de julio de 2024, recurso de casación 2653/2023, y sentencia de 18 de julio de 2024, recurso de casación 5662/2023, ponente en ambas Wenceslao Francisco Olea Godoy), la Sección 5.ª de Sala Tercera resuelve una serie de recursos de casación en los que se plantea la problemática derivada de las competencias de las Administraciones locales para establecer las distancias mínimas entre locales de juego, algo que habitualmente realizan con sustento en sus competencias urbanísticas.

En los distintos autos de admisión de los recursos se precisa, como cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la determinación del alcance del ejercicio de la potestad de planeamiento de los ayuntamientos en orden a la regulación del uso de los establecimientos de juego en los instrumentos de ordenación urbanística municipal, en atención a la competencia en materia de juegos y apuestas de las comunidades autónomas.

Para ello, se identifican como preceptos objeto de interpretación los artículos 48 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; 38 de la Constitución; 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, además de las normas autonómicas correspondientes, tanto en materia de juego como urbanística.

La Sala concluye, tras una interesantísima argumentación en la que se plantea la vinculación negativa de las Administraciones locales para dictar normas urbanísticas y determinar su contenido, lo siguiente: “tal y como hemos señalado recientemente en nuestra sentencia de 17 de junio de 2024 (recurso de casación n.º 8754/2022), y dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada podemos afirmar que el planeamiento urbanístico puede incluir determinaciones específicas sobre el uso del suelo urbano en

relación con los locales de juego y apuestas. Estas determinaciones, si indirectamente afectan a la libertad de empresa y la libre prestación de servicios, deben estar adecuadamente justificadas por necesidades imperiosas de interés general. Además, las medidas adoptadas deben ser proporcionales, no imponer una restricción absoluta a la apertura de locales de juego y deben ser respetuosas con la legislación estatal y autonómica aplicable al sector del juego”.

2.2

Naturaleza jurídica del acto de convocatoria para votar una moción de censura. Posibilidad de recurso frente a la misma

En la sentencia de 1 de julio de 2024 (rec. 2718/2022, ponente José Luis Requero Ibáñez) se resuelve un recurso de casación en el que se plantean ante el TS dos trascendentes cuestiones de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en materia de régimen local, consistentes en lo siguiente:

“1º) que se determine si la convocatoria para votar la moción de censura constituye un acto de trámite cualificado o un mero acto de trámite no recurrible,

y 2º) que se resuelva si la mayoría cualificada para proponer una moción de censura, prevista en el artículo 197.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, exige o no que se haya constituido el grupo político municipal o que de hecho haya funcionado como tal”.

Se identifican como preceptos objeto de interpretación los artículos 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; 197.1.a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y 23.2 de la Constitución Española.

La Sala, respondiendo a la primera de las dos cuestiones de interés casacional planteadas —en el sentido en el que lo hace—, estima que resulta innecesario contestar a la segunda, fijando como doctrina jurisprudencial que, “en este caso, la convocatoria del pleno extraordinario para el debate y votación de una moción de censura conforme al artículo 197.1 de la LOREG, viene impuesta *ope legis* una vez que el secretario municipal extienda la diligencia tras constatar que la moción de censura reúne las exigencias de los apartados a) y b) del artículo 197.1 de la LOREG, luego no es un acto de trámite cualificado del artículo 25.1 de la LJCA a los efectos de su impugnación aislada”.

2.3

Expropiación forzosa. Administración responsable del pago de intereses de demora por falta de fijación del justiprecio en los supuestos del artículo 78 de la Ley de Expropiación Forzosa

En la relevante sentencia de 28 de febrero de 2024 (rec. 5546/2022, ponente Ángeles Huet de Sande) se plantea ante el TS la cuestión de determinar, al hilo de una expropiación forzosa realizada por el Ayuntamiento de A Coruña, a quién debe imputarse la obligación del pago de los intereses de demora en el supuesto de retraso en la fijación del justiprecio por parte de la Comisión compuesta por tres académicos que contempla el artículo 78 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF), a la que se encomienda determinar mediante tasación pericial dicha valoración.

En este sentido, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 78 y siguientes de la LEF y 94 y siguientes del Reglamento de la LEF.

La Sala, en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, concluye que, “fuera de los supuestos de expropiaciones a las que le sean aplicables normas autonómicas, a las que habrá de estarse si hubieren regulado la composición de Comisiones análogas de ámbito autonómico, que no es aquí el caso, es a la Administración territorial que promueve la expropiación -en nuestro caso el Ayuntamiento de A Coruña- a la que ha de entender vinculada la Comisión de Valoración del artículo 78 de la ley de Expropiación Forzosa a los efectos de asunción de responsabilidad del abono de los intereses de demora por los retrasos en los que hubiere incurrido dicha Comisión, siendo esta la respuesta a la cuestión casacional que se ha sometido a nuestra consideración, lo que excluye, como decimos, la responsabilidad del Instituto de España en el pago de esos intereses moratorios”.

2.4

Urbanismo. Evaluación ambiental estratégica y efectos de la nulidad de los instrumentos de planificación

Tres nuevos pronunciamientos —por todos, sentencia de 17 de julio de 2024 (rec. 8210/2022, ponente Ángeles Huet de Sande)— confirman la muy relevante doctrina jurisprudencial conformada por el TS en resolución de los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Torremolinos frente a las sentencias del TSJ de Andalucía que determinaban la nulidad radical del PGOU de Torremolinos.

Como vimos en la crónica correspondiente al número anterior de esta revista, en el auto de admisión se declaró la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en reafirmar, reforzar, complementar y, en su caso, matizar la jurisprudencia sobre dos cuestiones o, más precisamente, sobre dos vertientes de una misma cuestión: de un lado, acerca del contenido y alcance de la evaluación ambiental estratégica en relación con los procedimientos de elaboración de los instrumentos de planeamiento, y de otro, sobre los efectos de la declaración de nulidad de un instrumento de tal naturaleza en aquellos supuestos en que la estricta aplicación de la doctrina consolidada de esta sala sobre la nulidad de pleno derecho de los planes pudiera conducir a consecuencias de menor protección para el medio ambiente, al recobrar vigencia la figura de planeamiento anterior.

A este respecto, se identifican como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 191 y 192 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y 18.1 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, en relación con los artículos 3.1, 4.1 y 8 de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

La Sala, a la hora de responder a la primera de las cuestiones, relativa al alcance de la evaluación ambiental estratégica en el procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos, recuerda que ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el debate que se suscita en la presente casación, en concreto, en las sentencias de 30 de octubre de 2018, rec. 3029/2017, y de 22 de julio de 2021, rec. 3920/2020, concluyendo que se debe “ubicar la iniciación de la EAE en la fase preliminar de borrador del instrumento de planeamiento, en los términos indicados en el art. 18 de la Ley 21/2013, sin que pueda deferirse tal iniciación a un momento posterior de la tramitación del plan, debiendo la perspectiva ambiental integrarse desde su inicio, desde esa fase preliminar, en las sucesivas fases de tramitación del plan”.

Respecto a la segunda de las cuestiones, de enorme trascendencia, por cuanto se vuelve a requerir al Tribunal la reconsideración de los efectos de la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento urbanístico, la Sala concluye (fijando doctrina jurisprudencial) que se debe “descartar que pueda entenderse no respetado el principio de no regresión por la sola circunstancia de la reviviscencia de un plan anterior como consecuencia de la declaración de nulidad de un plan de urbanismo por razones medioambientales, sin haberse realizado un análisis material comparativo desde la

perspectiva ambiental de las respectivas previsiones de ambos instrumentos de ordenación”.

2.5

Convenios urbanísticos de monetarización de las cesiones de terreno. Momento desde el que se devengan los intereses de demora en el supuesto de resolución de un convenio urbanístico de monetarización por incumplimiento de la Administración local

En sendas sentencias de 4 de julio de 2024 (recs. 7420/2022 y 8526/2022, ponente Wenceslao Francisco Olea Godoy), cuya doctrina es confirmada por la sentencia de 10 de julio de 2024 (rec. 6966/2022, ponente Carlos Lesmes Serrano), se resuelve un complejo problema derivado de las dudas que plantea el régimen jurídico de los convenios urbanísticos y, en concreto, de los llamados “convenios de monetarización”.

El objeto de este recurso de casación consiste, desde la perspectiva del interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, en determinar “el momento desde el que se devengan los intereses de demora en el supuesto de resolución de un convenio urbanístico de monetarización por incumplimiento de la Administración local”.

La Sala, en interpretación de la legislación contractual y de los artículos 1101 y 1108 CC, responde a la cuestión de interés casacional objetivo concluyendo que, “cuando se declare la invalidez de un convenio urbanístico de monetarización por las cesiones de terrenos gratuitas que deban realizar los propietarios a la Administración actuante, deberá discriminarse si la invalidez lo es por causa de resolución, en cuyo caso los intereses se calcularán desde que se reclamen por el perjudicado; o si se trata de una causa de nulidad o anulabilidad del convenio, en cuyo supuesto, los intereses se calcularán desde la fecha en que se hizo el pago de la cantidad reclamada”.

2.6

Legitimación para la impugnación de una disposición general o un acto de destinatario plural

En la sentencia de 10 de junio de 2024 (rec. 8358/2021, ponente José Luis Requero Ibáñez) se plantea ante el TS la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar si, “para la impugnación de autorizaciones de precios de las actividades complemen-

tarias de un centro educativo concertado, ostentan legitimación *ad causam* una Asociación de Colegios Privados e Independientes-Círculo de Calidad Educativa (CICAE) y las entidades mercantiles titulares de centros privados del mismo ámbito territorial educativo que el centro concertado autorizado integrados en esa asociación, cuando en el recurso se cuestiona también, por vía indirecta, la legalidad de las Instrucciones que regulaban esas autorizaciones”.

En este sentido, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 19.1 a) y b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el artículo 24 de la CE y el artículo 51 de la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

La Sala, en respuesta a esta relevante —y polémica— cuestión de interés casacional, la replantea al considerar que no se formula “en términos abstractos, sino que se centra en pronunciarse sobre la legitimación de las tres entidades recurrentes respecto de un concreto acto”. De ahí que, para poder fijar doctrina, la resuelva en los siguientes términos:

1º De impugnarse indirectamente una disposición general (*cf.* artículo 26 de la LJCA), como regla general no hay un criterio específico de legitimación y habrá que estar al interés legítimo invocado para impugnar los actos que aplican la disposición general.

2º La anterior regla es también aplicable si la impugnación de un acto se basa en otro de destinatario plural o en instrucciones cuya ilegalidad se invoca para atacar ese acto de aplicación. En estos casos podrá plantearse la inadmisibilidad por falta de legitimación, pero también por impugnarse actos que ejecutan o aplican otro anterior y firme que le sirven de presupuesto (*cf.* artículo 28 de la LJCA).

3º Quien tenga reconocida legitimación activa para impugnar directa y jurisdiccionalmente un reglamento, o un acto de destinatario plural, o una instrucción, de atacarse en otro procedimiento jurisdiccional un acto dictado en aplicación o ejecución de aquellos, puede hacer valer ese juicio favorable a su legitimación, todo ello con base en el principio *pro actione* deducible del artículo 24.1 de la Constitución en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto de acceso a la jurisdicción.

4º Puede que la Administración rechace la intervención en un procedimiento a quien lo pretende al amparo del artículo 4.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; ahora bien, esto no quita para que el excluido tenga interés legitimador, tanto para atacar la resolución que ponga fin a ese procedimiento, como para impugnar esa exclusión”.

3

Empleo público

3.1

Naturaleza retributiva de las jornadas nocturnas y festivas de la Policía Local. Plazo de prescripción del derecho a reclamar

La sentencia de 4 de julio de 2024 (rec. 9062/2022, ponente José Luis Requero Ibáñez) resuelve tres relevantes cuestiones de interés casacional objetivo consistes en determinar:

“(i) si las jornadas nocturnas y/o festivas de la Policía Local del Ayuntamiento de Vigo, pueden considerarse integradas en la retribución ordinaria -complemento específico- a efectos de incluir su cobro durante el período de vacaciones y otras ausencias reglamentarias como permisos retribuidos o bajas, o si por el contrario dan lugar a una retribución adicional mediante el concepto retributivo de gratificaciones por servicios extraordinarios en función de su efectiva prestación -exceso de jornada; y (ii) cuál es el plazo de prescripción del derecho a reclamar cantidades adeudadas por los anteriores conceptos, si el plazo de 4 años previsto en el art. 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria o el plazo que señale la normativa autonómica presupuestaria, en particular, el plazo de 5 años previsto en el artículo 23 del Decreto Legislativo 1/1999, texto refundido Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia”.

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 24 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y 23.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública; y el artículo 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

La Sala estima el recurso de casación y anula la sentencia de instancia, estableciendo como doctrina jurisprudencial en respuesta de las cuestiones planteadas la siguiente:

“1º En cuanto a la primera cuestión de interés casacional, se desestima el recurso de casación del Ayuntamiento de Vigo por ajustarse la sentencia impugnada a lo declarado a efectos casacionales. En este punto estamos a la valoración de las pruebas hechas por la Sala de apelación, que concluye que en los meses de vacaciones anuales, así como en otras situaciones en las que no se prestan servicios, no figura en las nóminas de don Desiderio la ‘clave 220’ que retribuye los ser-

vicios por turnos de noche y festivos dentro de la jornada ordinaria de trabajo. 2º En cuanto a la aplicación del plazo de prescripción, sí se estima el recurso de casación del Ayuntamiento de Vigo. A estos efectos rige el plazo general de cuatro años de los créditos frente a las Administraciones y, en particular, respecto de los entes locales. No es por tanto aplicable el plazo de cinco años que viene manteniendo la Comunidad Autónoma gallega, pues, aparte de regir respecto de su Administración, esa normativa financiera y presupuestaria evidencia su desactualización respecto del plazo general de cuatro años que rige para el sector público estatal, así como para las restantes comunidades autónomas”.

3.2

Retribución de la Policía Local. Integración de las jornadas nocturnas y festivas en la retribución ordinaria a los efectos de su cobro durante el período de vacaciones

En la sentencia de 9 de mayo de 2024 (rec. 830/2022, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez) se plantea ante el TS la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar “si las jornadas nocturnas y festivas de la Policía Local del Ayuntamiento de Córdoba, pueden considerarse integrantes de la retribución ordinaria a efectos de incluir su cobro durante el período de vacaciones, o dan lugar a una retribución adicional en función de su efectiva prestación regulada en el convenio colectivo municipal extraestatutario suscrito el 24 de julio de 2008”.

En este sentido, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; 14 e) del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre; y 50, 52, 92 del Convenio Colectivo Extraestatutario suscrito el 24 de julio de 2008 entre la Corporación del Ayuntamiento de Córdoba y la representación de su personal tanto laboral como funcionario.

La Sala, tomando en consideración la doctrina ya fijada por las sentencias de 4 de diciembre de 2019 (rec. n.º 101/2019) y 1 de octubre de 2020 (rec. n.º 7908/2018), da respuesta a la cuestión de interés casacional, concluyendo que la “idea básica subyacente es que la retribución

del período de vacaciones no puede ser diferente de la correspondiente a las otras mensualidades, porque de lo contrario no se trataría de una remuneración íntegra. El disfrute de las vacaciones se vería así económicamente penalizado, lo que sería incompatible con el principio de vacaciones íntegramente remuneradas. Partiendo de esta premisa, si el modo en que está estructurado el trabajo de un determinado funcionario comporta que usualmente debe trabajar varias noches o varios días festivos cada mes, esos conceptos forman parte de su retribución normal y no pueden ser legítimamente excluidos en su período de vacaciones. Sin embargo, dado que pueden no coincidir exactamente de un mes a otro, la media aritmética de los once meses anteriores a las vacaciones es un método racional y objetivo de hallar la cantidad correspondiente para el período vacacional”.

3.3

Posibilidad de determinación por parte de los tribunales de la naturaleza laboral fija de los empleados públicos

En la sentencia de 10 de julio de 2024 (rec. 2546/2022, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez) se plantea ante el TS la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar “si, en un litigio que tiene por objeto la impugnación de una oferta de empleo público, pueden los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo determinar la naturaleza laboral fija de los empleados públicos recurrentes, a través del cauce de las cuestiones prejudiciales del artículo 4 LJCA; y en caso de respuesta afirmativa, si dicha declaración puede efectuarse mediante el acogimiento de los argumentos y razonamientos contenidos en previas sentencias del orden social dictadas en relación a algunos de los demandantes en el litigio contencioso-administrativo”.

En este sentido, se identifica como norma jurídica objeto de interpretación la contenida en el artículo 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La respuesta a esta interesante cuestión de interés casacional es negativa, en el sentido de que, “con base en el art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no cabe decidir sobre la naturaleza (fija o temporal) del contrato de trabajo de un empleado público acogiendo al criterio de sentencias firmes de la jurisdicción social en casos similares cuando ello supone revisar anteriores actuaciones administrativas firmes y consentidas”.

3.4

Complemento retributivo obtenido a través de la ejecución de sentencia judicial. Necesidad de declaración de lesividad

Resolviendo el recurso de casación deducido por el Ayuntamiento de Madrid, la sentencia de 1 de julio de 2024 (rec. 1964/2022, Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo) interpreta los artículos 107 de la Ley 39/2015 y 87.3 TREBEP, en relación con el artículo 32.3 de la Ley 40/2015, y da respuesta a sendas cuestiones de interés casacional consistentes en esclarecer:

“(i) si para suprimir un complemento retributivo obtenido a través de la ejecución de sentencia judicial dictada con arreglo a normativa entonces vigente, es preciso, ante la derogación de aquella normativa, que la Administración declare lesivo el acuerdo dictado en ejecución de aquella sentencia;

y (ii) si el artículo 87.3 TREBEP tiene la consideración de norma cuyo contenido deba ser respetado por la Comunidad Foral de Navarra, y en caso afirmativo, si dicha comunidad debe implementar mecanismos de compensación a los funcionarios que legalmente ven suprimidas las garantías establecidas en dicho precepto”.

La Sala establece como doctrina jurisprudencial en respuesta a la primera de las cuestiones de interés casacional diciendo que, “para suprimir un complemento retributivo obtenido a través de la ejecución de sentencia judicial dictada con arreglo a normativa entonces vigente, no es preciso, ante la derogación de aquella normativa, que la Administración declare lesivo el acuerdo dictado en ejecución de aquella sentencia”.

Y como respuesta a la segunda cuestión de interés casacional objetivo, concluye que “el artículo 87.3 TREBEP no resulta de aplicación a los funcionarios públicos del Parlamento de Navarra por no existir previsión específica en el Estatuto del Personal del Parlamento de Navarra de 20 de marzo de 1991”.

3.5

Alcance del control judicial de la decisión de cese en un puesto de trabajo obtenido por libre designación

En la sentencia de 1 de julio de 2024 (rec. 2678/2022, ponente José Luis Requero Ibáñez) se plantea ante el TS una relevante cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar “el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional para apreciar, valorar y enjuiciar la realidad o veracidad de los motivos aducidos por la Ad-

ministración para justificar el cese en puesto de trabajo obtenido mediante el sistema de libre designación”.

En este sentido, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 80 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; 58.1 del RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado; y 35.1.i) de la Ley 39/2015, en relación con los artículos 9.3 y 24 de la CE.

La Sala, reiterando su jurisprudencia establecida en las sentencias 712/2020, de 9 de junio (casación 1195/2018), 723/2021, de 24 de mayo (casación 2453/2018), 499/2021, de 12 de abril (casación 6840/2018), y 424/2023 (casación 8411/2021), da respuesta a la cuestión de interés casacional —reiteramos— declarando “que sí cabe oponer frente al cese en un puesto de libre designación, que los hechos que se alegan como determinantes son inciertos, lo que valorará el juez atendiendo a lo alegado y, en su caso, a las pruebas practicadas conforme a las reglas de la carga probatoria”.

4

Tributos

4.1

Agotamiento de la vía administrativa como presupuesto de acceso a la vía jurisdiccional. Solicitud de rectificación de una autoliquidación tributaria

La sentencia de 12 de julio de 2024 (rec. 607/2023, ponente Rafael Toledano Cantero) resuelve el recurso deducido contra la sentencia núm. 644/2022, de 25 de octubre, dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El objeto de este recurso de casación consiste, desde la perspectiva del interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, en determinar “si la solicitud de rectificación de una autoliquidación tributaria puede considerarse o no, un mecanismo de agotamiento de la vía económico-administrativa, a los efectos de considerar aplicable la doctrina de la Sala relativa a la eliminación del formalismo del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto de acceso a la vía jurisdiccional cuando se impetra a la Admi-

nistración algo que no puede satisfacer, como es la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no sólo a los recursos administrativos, sino también a las autoliquidaciones tributarias”.

La Sala, en interpretación de los artículos 51.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 69 del mismo texto legal; 25.1 LJCA; y 14, 24.1 y 106.1 de la Constitución Española, responde a la cuestión de interés casacional objetivo concluyendo lo siguiente: “hemos de establecer como criterio interpretativo que la solicitud de rectificación de una autoliquidación tributaria deducida directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, no constituye una actuación administrativa impugnabile, sino que deberá solicitarse previamente a la Administración competente la eventual rectificación de la autoliquidación y, en su caso, la devolución del ingreso que se pretende sea declarado indebido, también en los casos en que el fundamento de la solicitud de rectificación sea la posible inconstitucionalidad de la ley tributaria en cuyo cumplimiento se efectuó la autoliquidación”.

4.2

Alteración catastral. Régimen de propiedad horizontal

La sentencia, de 6 de junio de 2024 (rec. 2209/2022, ponente José Antonio Montero Fernández), responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en “determinar si resulta procedente una alteración catastral derivada de la constitución del régimen de propiedad horizontal por el propietario único de un edificio, en los casos en que éste no ha iniciado la venta de los distintos pisos o locales resultantes de la división, ni ha manifestado la intención de venderlos, por ser otro el destino asignado al inmueble”.

La Sala, a la hora de resolver el asunto, realiza un conjunto de interesantes consideraciones en torno al régimen jurídico regulador de la propiedad horizontal, interpretando los artículos quinto de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal —LPH—; 3.1 y 11.1 del Texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario —TRLCI—; y 396 y 401 del Código Civil, y concluyendo que “la respuesta que ha de darse a la cuestión de interés casacional objetivo es que no cabe promover la alteración catastral por el otorgamiento unilateral del título por el propietario único del edificio destinado a alquiler de los locales existentes, hasta tanto no concurren los elementos constitutivos exigidos, en concreto hasta tanto no exista una pluralidad de propietarios”.

4.3

Pago del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. Devolución del ingreso indebido

Resolviendo el recurso de casación deducido por una mercantil contra la actuación del Ayuntamiento de San Fernando de Henares (Madrid), la sentencia de 23 de julio de 2024 (rec. 6691/2022, ponente Isaac Merino Jara) interpreta los artículos 33.1 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, y 17.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y da respuesta a la cuestión de interés casacional consistente en lo siguiente:

“Determinar si quien resulta obligado al pago del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana en virtud de pacto o contrato con el sujeto pasivo del tributo, se encuentra legitimado para instar la rectificación de la autoliquidación tributaria y para solicitar la devolución del eventual ingreso indebido derivado de aquélla”.

La Sala, confirmando la doctrina fijada por la sentencia núm. 489/2023, con fecha 18 de abril, establece como doctrina jurisprudencial: “El obligado al pago del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana en virtud de pacto o contrato con el sujeto pasivo del tributo se encuentra legitimado para instar la rectificación de la autoliquidación tributaria y la devolución del eventual ingreso indebido derivado de aquélla, por ser incompatible la falta de legitimación administrativa con la judicial, necesariamente unida a la previa, reconocida por nuestra jurisprudencia”.

4.4

Posibilidad de que un área metropolitana pueda, mediante ordenanza fiscal, establecer una exención y una reducción a la cuota íntegra en el recargo sobre el IBI

La sentencia, de 23 de julio de 2024 (rec. 7679/2022, ponente Dimitry Berberoff Ayuda), responde a las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia:

“2.1. Determinar si un área metropolitana puede establecer, mediante la ordenanza fiscal reguladora del recargo sobre el impuesto sobre bienes inmuebles, una exención en dicho recargo para determinados sujetos pasivos que se encuentren sujetos y no exentos en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

2.2. Determinar si un área metropolitana puede establecer, mediante la ordenanza fiscal reguladora del recargo sobre el impuesto sobre bienes inmuebles, una reducción a la cuota íntegra de dicho recargo con amparo en la previsión legal de un beneficio fiscal en el ámbito del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y, en particular, en la contenida en el artículo 74.2 del TRLHL. En caso de responder afirmativamente, determinar si la ordenanza fiscal puede excluir la aplicación de tal reducción para determinados bienes inmuebles en atención a su naturaleza”.

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación el artículo 153.1.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, a la luz de los artículos 14, 31.1 y 133.2 de la Constitución Española, y el artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

La Sala establece como doctrina jurisprudencial, en respuesta a las dos cuestiones de interés casacional que se formularon, la siguiente:

“1) Un área metropolitana no puede establecer, mediante la ordenanza fiscal reguladora del recargo sobre el impuesto sobre bienes inmuebles, conforme con la habilitación establecida en el artículo 153.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, una exención en dicho recargo para determinados sujetos pasivos que se encuentren sujetos y no exentos en el impuesto sobre bienes inmuebles, como lo son los bienes inmuebles rústicos.

2) Por las mismas razones, un área metropolitana no puede establecer, en la ordenanza fiscal reguladora del recargo sobre el impuesto sobre bienes inmuebles, una reducción a la cuota íntegra del dicho recargo con amparo en la previsión contenida en el artículo 74.2 TRLHL. En cualquier caso, es improcedente excluir determinadas clases de bienes, como los BICE, de ese sistema de reducciones [...]”.

4.5

ICIO. Devolución de ingresos indebidos

En la sentencia de 11 de julio de 2024 (rec. 867/2023, ponente Esperanza Córdoba Castroverde) se plantea como cuestión de interés casacional “quién está legitimado para solicitar y obtener la devolución de ingresos indebidos en los supuestos en los que el dueño de una construcción, instalación u obra ha abonado la liquidación provisional del ICIO, cuando posteriormente ha vendido o transmitido la construcción, instalación u obra que pasa a ser propiedad de un nuevo titular, siendo este el que insta la devolución de ingre-

sos indebidos por no haberse iniciado la obra. En particular, si el dueño de la parcela ostenta legitimación para solicitar la devolución de lo que estima indebidamente ingresado por el anterior propietario”.

Evidentemente, en el auto de admisión del recurso se identificaron como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 14.2 d), 100, 101 y 103.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

La Sala reitera la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia núm. 358/2022, de 22 de marzo de 2022, pronunciada en el recurso de casación núm. 3124/2020, y en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada declara que “el dueño de la parcela ostenta legitimación para solicitar y obtener la devolución de lo que estima indebidamente ingresado por el anterior propietario en concepto de ICIO, por no haberse iniciado la obra”.

4.6

ICIO. Despliegue de redes de comunicaciones electrónicas como hecho imponible

La sentencia de 24 de junio de 2024 (rec. 448/2023, ponente Rafael Toledano Cantero) resuelve el recurso promovido por el Ayuntamiento de Basauri contra la sentencia núm. 218/2022, de 25 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao.

El objeto de este recurso de casación consiste, desde la perspectiva del interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, en lo siguiente:

“2.1. Determinar si el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas, consistente en el tendido de cables de fibra óptica por canalizaciones de otro operador o de nueva colocación, tanto por las fachadas de inmuebles como por su interior, constituye una instalación a los efectos del hecho imponible del ICIO a la luz de la normativa europea en materia de comunicaciones electrónicas y la jurisprudencia que la interpreta. En su caso, aclarar si la actividad anterior implica, en relación con el artículo 34.7 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2014 (actual artículo 49.11 de la Ley 11/2022, de 28 de junio) la realización de ‘actuaciones de innovación tecnológica o adaptación técnica que supongan la incorporación de nuevo equipamiento o la realización de emisiones radioeléctricas en nuevas bandas de frecuencias o con otras tecnologías, sin variar los elementos de obra civil y mástil’ y, por consiguiente, no requiere de concesión, licencia, autorización, declaración responsable ni comunicación previa.

2.2. Precisar si el ICIO, en cuanto grava las construcciones, obras e instalaciones de redes e infraestructuras de telecomunicaciones, tiene la consideración de ‘canon’ a efectos del artículo 13 de la Directiva autorización (actual artículo 42 del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas) y, en ese caso, si satisface los límites y requisitos exigidos por la citada normativa de la Unión Europea”.

La Sala, en interpretación de los artículos 34.7 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones; 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (“Directiva autorización”) —hoy artículo 42 de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas—; y 1 de la Norma Foral 10/1989, de 30 de junio, del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras de Bizkaia, que cuenta con redacción semejante al artículo 100.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, responde a la cuestión de interés casacional objetivo concluyendo lo siguiente: “En definitiva, hemos de fijar como criterio interpretativo que el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas, consistente en el tendido de cables de fibra óptica por canalizaciones de otro operador o de nueva colocación, tanto por las fachadas de inmuebles como por su interior, constituye una instalación a los efectos del hecho imponible del ICIO, y, en las circunstancias del caso, comporta la realización de una instalación, que requiere declaración responsable a presentar ante el Ayuntamiento de la imposición, por cuanto no integra una actuación de innovación tecnológica o adaptación técnica que supongan la incorporación de nuevo equipamiento, en los términos del artículo 34.7 LG Telecomunicaciones. La exacción del ICIO en un supuesto como el litigioso no tiene la consideración de canon a los efectos del artículo 13 de la Directiva autorización, hoy artículo 42 del Código europeo de Telecomunicaciones”.

4.7

Ordenanza fiscal reguladora del impuesto sobre bienes inmuebles. Tipos diferenciados en atención a los usos previstos en la normativa catastral

En sentencia de 7 de junio de 2024 (rec. 892/2023, ponente Rafael Toledo-no Cantero) se interpretan los artículos 16, párrafo 1, y 72, párrafos 3 y 4, del

TRLHL. El Tribunal responde a la cuestión de interés casacional objetivo para formar jurisprudencia que consiste en lo siguiente:

“Determinar si la Ley exige que una ordenanza fiscal reguladora del impuesto sobre bienes inmuebles, en la que el ayuntamiento establezca tipos diferenciados -atendiendo a los usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones—, fije expresamente el porcentaje de bienes inmuebles urbanos a los que se aplicará dicho tipo; o si, por el contrario, basta con señalar el umbral de valor para todos o cada uno de los usos, a partir del cual serán de aplicación los tipos incrementados”.

La Sala, como conclusión a los distintos argumentos que ofrece, fija como criterio interpretativo que el establecimiento de tipos diferenciados de gravamen en el impuesto sobre bienes inmuebles, previsto en el artículo 72.4 TRLHL, no exige que la ordenanza fiscal reguladora del impuesto sobre bienes inmuebles, en la que el ayuntamiento establezca tipos diferenciados —atendiendo a los usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones—, establezca expresamente el porcentaje de bienes inmuebles urbanos a los que se aplicará dicho tipo, sino que basta con señalar el umbral de valor para todos o cada uno de los usos, a partir del cual serán de aplicación los tipos incrementados, y es en la fase de aplicación donde deberá limitarse la aplicación del correspondiente tipo incrementado, como máximo, al 10 por ciento de los bienes inmuebles urbanos del término municipal que, para cada uso, tenga mayor valor catastral.

4.8

Tasa de recogida de residuos. Cálculo de la cuota y criterios para fijar la tarifa

Resolviendo el recurso de casación deducido por el Ayuntamiento de Barcelona contra la sentencia núm. 2609/2022, de 30 de junio de 2022, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la sentencia de 13 de mayo de 2024 (rec. 7766/2022, ponente Esperanza Córdoba Castroverde) da respuesta a la cuestión de interés casacional consistente en determinar “si, según la doctrina del Tribunal Supremo, de acuerdo con los arts. 24.2 y 25 TRLHL, en relación con la tasa de recogida de residuos prevista en el actual art. 20.4.s) TRLHL: - Resulta suficiente el informe técnico económico que, para el cálculo de la cuota de la tasa de recogida de residuos municipales, se fundamente en informes que vinculen el valor de dicho servicio con el volumen de agua

consumida por los sujetos pasivos. - Resulta válido, como criterio para fijar la tarifa de la tasa, el tipo de contador y el caudal nominal atribuido a cada contrato de suministro”.

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación: los artículos 23, 24 y 25 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

La Sala, sobre la base de lo previamente dicho, entre otras, en la STS núm. 82/2024, de 19 de enero de 2024, rec. 2865/2022, responde a la cuestión de interés casacional planteada y establece como doctrina jurisprudencial que, “atendiendo a la normativa aplicable en el momento de la aprobación de la tasa de recogida de residuos, el principio de quien contamina paga no exige la determinación previa e individualizada del volumen de residuos generados por cada individuo sujeto a la tasa por el servicio de recogida, eliminación o tratamiento de residuos sólidos urbanos a los efectos del cálculo de la cuota tributaria. En este sentido, resulta suficiente que el informe técnico económico de la tasa de recogida de residuos se fundamente en informes que vinculen el valor de dicho servicio con el volumen de agua consumida y el caudal nominal de cada vivienda [...]”.

4.9

Tasa local por entradas y salidas de vehículos a través de aceras sobre un terreno de propiedad privada, pero de uso público general

En sentencia de 27 de junio de 2024, dictada en el recurso de casación 809/2023 (ponente Esperanza Córdoba Castroverde), la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo responde la cuestión de interés casacional consistente en determinar “si el artículo 20.3.h) del TRLHL permite establecer tasas locales por entradas y salidas de vehículos a través de las aceras cuando el terreno donde se sitúan tales aceras es de titularidad privada, pero de uso público general. En caso de respuesta afirmativa a la anterior cuestión, precisar si es necesario que la ordenanza reguladora de la tasa contemple explícitamente la sujeción de estos supuestos de aprovechamientos especiales que se realizan sobre bienes inmuebles de titularidad privada destinados a uso público general”.

Consecuentemente, es objeto de interpretación el artículo 20.3.h) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Tras unos interesantes razonamientos, la Sala establece como respuesta a la cuestión planteada que “el artículo 20.3.h) del TRLHL permite establecer una tasa local por entradas y salidas de vehículos a través de las aceras, con independencia de que la acera que atraviesan los vehículos para su incorporación a los garajes este instalada sobre un terreno de propiedad privada pero de uso público general, pues lo determinante para que se dé el hecho imponible de la tasa examinada no es la mayor intensidad en el aprovechamiento de la acera, sino la mayor intensidad en la utilización de la calzada que tienen que hacer los propietarios de los locales para el acceso a sus garajes, atravesando la acera. Asimismo, basta la reproducción del supuesto normativo del artículo 20.3.h) del TRLHL, sin que sea necesario que la ordenanza reguladora de la tasa contemple explícitamente la sujeción de este supuesto de aprovechamiento especial”.

4.10

Tasa por utilización del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos. Compatibilidad de la tasa general y la tasa especial previstas en los artículos 24.1.a) y 24.1.c) del TRLHL

En la sentencia 6 de mayo de 2024 (rec. 8426/2022, ponente Esperanza Córdoba Castroverde) se plantea como cuestión de interés casacional:

“Reafirmar, reforzar o preservar la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha declarado la compatibilidad de la tasa general y la tasa especial prevista en los artículos 24.1.a) y 24.1.c) TRLHL”.

La Sala, con expresa remisión a la doctrina establecida en la sentencia de 11 de octubre de 2022, pronunciada en el recurso de casación n.º 6087/2020, en la que se resuelve un asunto sustancialmente coincidente, conforma jurisprudencia sobre la compatibilidad de la tasa —mal llamada— general y la tasa “especial”, previstas en los artículos 24.1.a) y 24.1.c) TRLHL, en el sentido de que “el régimen de compatibilidad entre ellas es el que resulta del propio artículo 24.1.c), según el cual, las empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, a las que se cuantifica su tasa en el mencionado 1,5 % de los ingresos brutos procedentes de la facturación obtenida anualmente en el municipio, han de ser excluidas de otras tasas derivadas de la utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, no así de otras modalidades de ocupación, como es el caso, del dominio público local”.

5 Contratos del sector público

5.1 Contratación del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera. Procedimiento de licitación. Acreditación del requisito de la solvencia técnica

Mediante su sentencia de 23 de julio de 2024 (rec. 5376/2021, ponente José María del Riego Valledor), el TS responde a una relevante cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consistente en determinar si, “cuando se carece del número de vehículos previsto en los pliegos, la solvencia técnica debe justificarse necesariamente acogiendo a alguna de las posibilidades que ofrece el artículo 80 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, o si prevalece la normativa contractual y cabe cumplir con esa exigencia técnica acudiendo a medios externos al amparo del artículo 75 de la Ley de Contratos del Sector Público”.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala Tercera establece doctrina jurisprudencial en interpretación de los artículos 28, 44.2 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 80 y 82.1 del Reglamento de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, en relación con los artículos 65.2 y 75 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, y afirma que, “en un procedimiento de licitación para la contratación del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera, la acreditación del requisito de la solvencia técnica sobre el número de autobuses exigido para la adjudicación, y sin perjuicio de las concretas especificaciones que pueda efectuar al respecto el pliego de condiciones, puede lograrse mediante el mecanismo de integración de la solvencia por medios externos, en la forma descrita por el artículo 75 LCSP que constituye, por tanto, una forma más de completar la solvencia técnica requerida para celebrar el contrato, distinta de la proposición conjunta (artículo 80.2 ROTT), sin que la Sala considere que su respectivo contenido o su regulación en normas distintas constituyan una razón válida para no considerar admisibles y conformes a derecho ambas formas de acreditación de la solvencia técnica”.

5.2

Interpretación de la disposición adicional 41.ª de la Ley de Contratos del Sector Público. Servicios de arquitectura

En la sentencia de 18 de julio de 2024 (rec. 4379/2021, ponente Diego Córdoba Castroverde) se estima el recurso de casación, formulado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Extremadura (COADE) y por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, con sede en Cáceres, n.º 181/2021, de 26 de abril (rec. 558/2020), y se plantea la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistente en determinar “el alcance de la disposición adicional 41.ª de la Ley de Contratos del Sector Público, donde se asigna a las prestaciones de arquitectura la naturaleza de actividad intelectual, y en concreto, en relación con el artículo 145.4 de la citada ley cuándo los pliegos deben contener criterios relacionados con la calidad que representen, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas”.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala concluye que “la disposición adicional 41.ª de la Ley de Contratos del Sector Público (‘Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta ley’) implica que la contratación de los servicios de arquitectura tiene la consideración de una prestación de carácter intelectual a los efectos de aplicar las especialidades contenidas en dicha norma sobre criterios de adjudicación como la contenida en el art. 145.4 párrafo segundo de dicha norma en la que se establece que ‘en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar *al menos el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas* [...]’”.

5.3

Régimen transitorio de la legislación contractual. Caducidad

En la interesante sentencia de 11 de julio de 2024 (rec. 4289/2021, ponente Eduardo Espín Templado), se resuelve un supuesto en el que se plantea, en interpretación del artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y del artículo 212.8 y la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la siguiente cuestión de interés

casacional, consistente en determinar si, “en relación a la declaración de caducidad del procedimiento de resolución contractual de un contrato sujeto a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, incoado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, está sujeto a los plazos de tramitación señalados en dicha Ley 39/2015; y, si en tal caso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la referida Ley 39/2015, resulta de aplicación el plazo de ocho meses de tramitación especial de este tipo de procedimientos regulado en el artículo 212.8 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”.

La Sala, tras indicar que la cuestión litigiosa se centra en determinar el régimen jurídico aplicable al procedimiento de resolución de un contrato público que fue suscrito bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), pero cuya resolución tiene lugar vigente ya la actual Ley de Contratos del Sector Público aprobada en 2017, concluye fijando como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“De acuerdo con lo expuesto, hemos de responder a la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión de esta sala que el procedimiento de resolución de los contratos públicos está sometido a las normas vigentes en el momento en que se tramita dicho procedimiento. Por ello, en el caso de autos, el procedimiento de resolución incoado el 17 de septiembre de 2018 está sometido a la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 y al plazo de caducidad previsto en la misma, pese a que el contrato se adjudicó antes de la entrada en vigor de la citada ley”.

5.4

Revisión de tarifas de concesiones de agua. Informe de la entidad local

En la sentencia de 10 de junio de 2024 (rec. 2450/2021, ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat) se plantea la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar “si el informe de la entidad local, en los supuestos que se solicita la revisión de tarifas de concesiones de agua en Cataluña, tiene carácter de acto de trámite cualificado o no, a efectos del artículo 25 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa”.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, y en interpretación del artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Ju-

jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con la normativa reguladora de la revisión de tarifas del suministro de agua prestado por sociedades concesionarias vigente en la Comunidad Autónoma de Cataluña (Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña 149/1988, de 28 de abril, sobre el régimen procedimental de los precios autorizados y comunicados), la Sala concluye que el referido precepto debe interpretarse “en el sentido de que el informe emitido por la Corporación local, titular del servicio, por sus características de acto de trámite no cualificado, por cuanto ni decide directa o indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, no es susceptible de ser recurrido de forma separada o autónoma a la resolución de la Comisión de Precios de Cataluña que resuelva el expediente”.

5.5

Contratos del sector público. Recurso especial en materia de contratación

En la relevante sentencia de 16 de mayo de 2024 (rec. 1648/2021, ponente Diego Córdoba Castoverde), se resuelve un supuesto en el que se plantea al Tribunal una relevante cuestión relativa al régimen jurídico del recurso especial en materia de contratos.

En este sentido, la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, en el caso de expedientes y contratos regidos por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y que, de acuerdo con el artículo 40 de ese texto legal, no son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, es posible la interposición de este recurso especial al amparo del apartado 4 de la disposición transitoria 1.ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en el supuesto de impugnarse los actos relacionados en el artículo 44 de esta ley.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala concluye que la disposición transitoria primera, apartado cuarto, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, afirma que en los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de dicha ley podrá interponerse este recurso especial “contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía”, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor; lo que hace es ampliar el ámbito de este recurso especial a

determinados actos que conforme a la nueva ley pueden ser recurridos por dicho cauce especial, pero mantiene inalterado el ámbito de los contratos a los que se aplica.

5.6

Servicio público de abastecimiento y distribución de agua de un municipio. Posibilidad de cesión a consorcio provincial

En la sentencia de 9 de mayo de 2024 (rec. 7962/2020, ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat) se plantea la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar:

- “(i) si la competencia o la gestión de la prestación del servicio público de abastecimiento y distribución de agua de un municipio, definido como ciclo integral del agua de un municipio, puede ser cedida o delegada por convenio en un consorcio provincial constituido al amparo de los artículos 26.2 y 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y 30 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local;
- (ii) si ese consorcio puede integrar o no una forma de cooperación vertical u horizontal entre entidades del sector público; y, (iii) si la adjudicación de ese servicio público, realizada por el citado consorcio, está sujeta o no a la legislación de contratos”.

En consecuencia, son objeto de interpretación en la sentencia los artículos 6.1, 31.1.b) y 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; 25.2 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; 8 y 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y 105.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, hoy derogado, pero sustituido por los vigentes 204 y 285 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala concluye que la “competencia o la gestión del servicio público de abastecimiento de agua de un municipio, puede ser cedida o delegada por convenio a un consorcio provincial integrado por la diputación provincial y ayuntamientos de la provincia. Ese consorcio puede constituir una forma de cooperación horizontal o vertical entre entidades del sector público, dependiendo la concreta modalidad de cooperación de las circunstancias y condiciones

que concurran en el convenio que se celebre en dichas entidades públicas. La adjudicación de dicho servicio por parte de un consorcio formado por entidades de carácter público estaría en principio sujeta a la legislación de contratación pública cuando dicha adjudicación sea mediante pública licitación a una empresa ajena, como sucedió en el caso de autos en el que el Consorcio PROMEDIO lo sometió a público concurso que fue ganado por la empresa aquí codemandada Aquanex. No puede excluirse, sin embargo, la posibilidad que dicho consorcio de entidades del sector público pudiera asumir la prestación del servicio con el empleo de medios propios”.

6

Otros ámbitos de interés (subvenciones)

6.1

Subvenciones: reintegro y delito de fraude de subvenciones

Se plantea ante el TS un interesante supuesto relativo al reintegro de las subvenciones y la vinculación de este con el delito de fraude subvencional. Así, en la sentencia de 8 de julio de 2024 (rec. 5177/2022, ponente José María del Riego Valledor) la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este problema, tratando de resolver la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar, de conformidad con los artículos 308.7 del Código Penal y 37.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, si cuando ha habido una previa sentencia penal que ha fijado la responsabilidad derivada del delito de fraude de subvenciones en el importe de las cantidades defraudadas, sin incluir intereses de demora desde su devengo, la Administración debe ceñirse a solicitar el reintegro por la cantidad fijada en el proceso penal, o si puede reclamar también los intereses de demora de la cantidad a reintegrar.

En este sentido, son objeto de interpretación los artículos 109.1, 110, 116, 308.5 y 308.7 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; 17.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP); 91.1 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (RLGS); y 2.1, 37.1 y 38 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS); todos ellos en relación con los artículos 40 y 41 LGS y, a su vez, en relación con el artículo 40 LEC y con el artículo 10.2 LOPJ.

En respuesta a la cuestión de interés casacional, la Sala establece como doctrina jurisprudencial que, “cuando ha habido una previa senten-

cia penal firme que ha fijado la responsabilidad civil derivada del delito de fraude de subvenciones, en un proceso penal en el que la Administración ha intervenido como acusación particular ejerciendo la acción civil derivada de delito, sin reserva de acciones para ejercitarlas en un proceso posterior, lo resuelto en la sentencia penal condenatoria en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito resulta vinculante para la Administración, que ya no podrá reclamar en un proceso posterior una indemnización superior o unos intereses de demora que, pudiendo hacerlo, no reclamó en el proceso penal”.

6.2

Reintegro de subvenciones. Subsanación de vicio formal

Mediante su sentencia de 19 de enero de 2024 (rec. 2637/2022, ponente José María del Riego Valledor), el TS responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en “reafirmar, matizar, precisar o, incluso, corregir la jurisprudencia de esta sala sobre el cómputo del plazo para resolver el procedimiento de reintegro en los casos que se hubiera acordado anulación con retroacción de actuaciones. La norma que, en principio, será objeto de interpretación, es el artículo 42.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso”.

A este respecto, se identifican como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 25, 26 y 119 y la disposición adicional quinta de la Ley 22/1988, de 28 Julio, de Costas; los artículos 65 y 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local; y los artículos 137 y 140 de la Constitución Española.

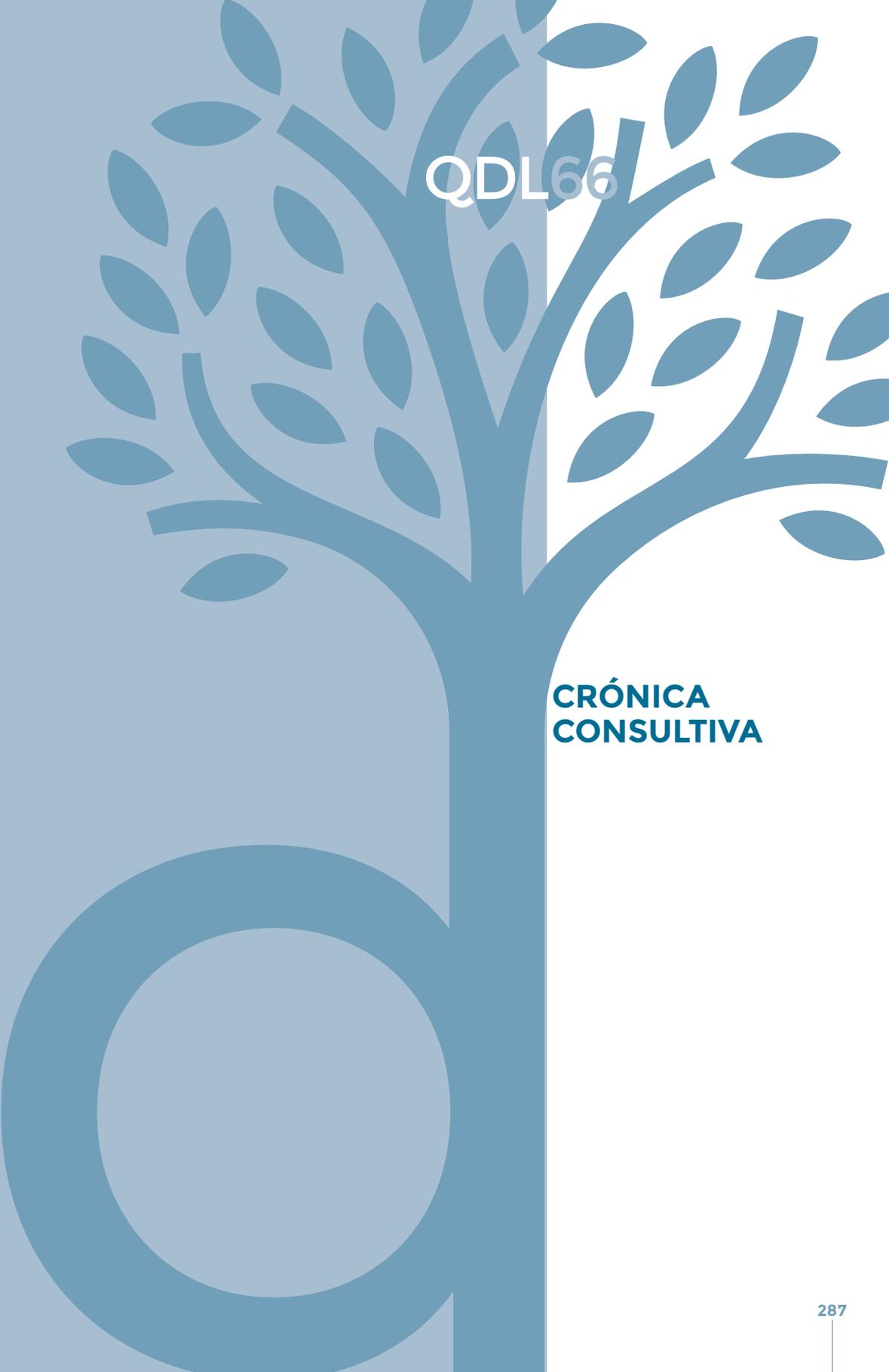
En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala Tercera establece como doctrina jurisprudencial que, “cuando en una sentencia judicial se acuerde la anulación de una resolución de reintegro de subvenciones con retroacción de actuaciones para la subsanación de un vicio de forma, lo que procede es la vuelta al procedimiento para que se subsane el vicio formal, debiendo continuar la tramitación hasta la notificación de su resolución expresa dentro del plazo que reste del procedimiento originario, siempre que no se oponga a lo dispuesto en la sentencia de cuya ejecución se trata o a las normas procesales que rigen la ejecución”.

6.3

Subvenciones. Devengo de intereses de demora por el reconocimiento tardío de una subvención

En la interesante sentencia de 4 de junio de 2024 (rec. 2114/2022, ponente María Isabel Perelló Doménech), se resuelve un supuesto en el que se plantea, en interpretación de los artículos 24 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y 1.100 del Código Civil, la siguiente cuestión de interés casacional, consistente en “el *dies a quo* del devengo de intereses de demora por el reconocimiento tardío de una subvención, determinando si el *dies a quo* de dichos intereses debe fijarse en el momento en que, de conformidad con la normativa específica de la subvención, nace la obligación de reconocer el derecho por parte de la Administración, sin tener en cuenta la exigencia de previa intimación o requerimiento para considerar a la Administración constituida en mora ni los tres meses con los que cuenta la Administración para realizar el abono; o si, por el contrario, el plazo de inicio de devengo de tales intereses de demora debe fijarse en la fecha en que conforme a la normativa específica se debió reconocer el derecho”.

La Sala, tras referir las circunstancias fácticas a las que estrechamente vincula la determinación de la solución de la cuestión planteada, concluye fijando como doctrina jurisprudencial que “la regulación de los artículos 24 LGP y 1.100 Código Civil es aplicable a supuestos de cantidades liquidadas y determinadas reconocidas y no obsta al reconocimiento de intereses compensatorios originados por la inobservancia por parte de la Administración de los plazos establecidos en la Orden que regula la concesión de una subvención”.

A stylized tree graphic in shades of blue. The tree has a thick trunk that curves to the right at the bottom. The canopy is composed of numerous branches, each ending in a cluster of oval-shaped leaves. The background is a light blue gradient on the left and white on the right.

QDL66

**CRÓNICA
CONSULTIVA**

El dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley del Ciclo Urbano del Agua en Extremadura

FERNANDO JIMÉNEZ COLORADO
Letrado del Consejo de Estado

- 1. Introducción**
- 2. Algunas particularidades de la función consultiva del Consejo de Estado**
 - 2.1. La singularidad de la autoridad consultante
 - 2.2. El carácter híbrido (preceptivo-facultativo) de la consulta
- 3. Principales cuestiones suscitadas por el dictamen**
 - 3.1. Correlación entre título y contenido de la norma
 - 3.1.1. *Actualización del título*
 - 3.1.2. *Concisión del título*
 - 3.2. Definiciones normativas
 - 3.3. La amplitud de la habilitación reglamentaria y el respeto de la autonomía local
- 4. Bibliografía**

1 Introducción

El propósito de la presente crónica es glosar el dictamen número 1.377/2022, de 29 de septiembre, del Consejo de Estado, que versó sobre el entonces anteproyecto de Ley del Ciclo Urbano del Agua en Extremadura (hoy Ley 1/2023, de 2 de marzo, de gestión y ciclo urbano del agua de Extremadura).

A tal fin, se aprovechará para recordar, en primer lugar, algunas características especiales de la función consultiva del Consejo de Estado apreciables en este expediente. A continuación, se analizarán ciertos aspectos principales del dictamen que pueden ser de interés local (engarzándolos con la doctrina del Alto Cuerpo Consultivo en la materia) y se ponderará la medida en que el texto legislativo finalmente aprobado aceptó una de las dos observaciones esenciales del dictamen.

2

Algunas particularidades de la función consultiva del Consejo de Estado

2.1

La singularidad de la autoridad consultante

De acuerdo con el artículo 107 de la Constitución Española (CE): “El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia”. Como ha estudiado la doctrina¹, de la fórmula constitucional se desprenden los caracteres que definen su naturaleza jurídica. El inciso “del Gobierno” señala la identidad de las autoridades consultantes (órganos públicos autorizados por el ordenamiento para solicitar dictamen al Alto Cuerpo Consultivo), aludiendo solamente en principio a los integrantes del Gobierno de la Nación².

Sin embargo, la realidad pronto desbordó esta previsión constitucional, extendiendo el reconocimiento de autoridad consultante a otras Administraciones públicas. La propia Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE) lo hizo respecto a las comunidades autónomas (lo que no deja de sorprender, dada su temprana aprobación en los albores del régimen autonómico), por conducto de sus presidentes. Pocos años después, el artículo 48 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) hizo otro tanto con las Administraciones locales, por conducto del presidente de la comunidad autónoma correspondiente o, en su caso, del entonces Ministerio de Administraciones Públicas (hoy Ministerio de Política Territorial). La condición de los entes locales como autoridades consultantes fue examinada por las Memorias del Consejo de 2000 y 2011, recapitulando esta última los supuestos en que pueden solicitarle dictamen o, por el contrario, deben elevarlo al órgano consultivo autonómico (si existe).

En lo que hace a las comunidades autónomas, la CE no prevé la posibilidad de que se doten de órganos gemelos que ejerzan, a nivel territorial, la función consultiva del Consejo de Estado respecto de los consejos de go-

1. Entre otros, *vid.* la Memoria del Consejo de Estado de 1980; Arozamena Sierra (1996); y Trillo-Figueroa Molinuevo (2008).

2. Conforme al art. 98.1 CE: “El Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley”. A partir de ahí, Juan Alfonso Santamaría Pastor postuló la identificación de Gobierno y Consejo de Ministros, tesis acogida por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que concibe el Consejo de Ministros como órgano colegiado o reunión plenaria del Gobierno, formado por el Presidente del Gobierno, los vicepresidentes y los ministros, sin que la legislación haya hecho uso de la posibilidad de extensión que contempla el artículo 98.1 CE *in fine*.

bierno autonómicos³. La STC 204/1992, de 26 de noviembre, falló que podían hacerlo al amparo de la potestad de autoorganización que les reconoce el artículo 148.1.1.º CE⁴, de modo que, en los años siguientes, todas las comunidades fueron dotándose de sus propios órganos consultivos, lo que no les impidió entonces —ni tampoco les impide hoy— elevar consultas al Consejo de Estado cuando lo consideren pertinente⁵. Son excepciones Cantabria (que nunca lo tuvo), Madrid (que lo suprimió en 2015 y traspasó todas sus funciones a una Comisión Jurídica Asesora creada en el seno de la Abogacía General de la Comunidad⁶) y Extremadura⁷.

Esta última comunidad desdobló la función consultiva que, hasta entonces, había desempeñado el Consejo Consultivo de Extremadura. De acuerdo con la disposición adicional primera, apartado 4, de la vigente Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, la Comisión Jurídica de Extremadura (perteneciente a la Abogacía General de la Junta) debe ser consultada en todos aquellos asuntos para los que una ley exigiese dictamen preceptivo. Por su parte, el Consejo de Estado debe ser consultado en aquellos expedientes para los que el Estatuto de Autonomía⁸ exija dictamen preceptivo, como es el caso de los proyectos de ley (artículo 45.2).

2.2

El carácter híbrido (preceptivo-facultativo) de la consulta

En este punto se aprecia una peculiar disonancia entre la normativa estatal y la autonómica extremeña, pues mientras que el citado artículo 45.2 del Es-

3. Sí que lo hacía el artículo 23 (hoy reenumerado 24), segundo inciso, de la LOCE, en otro interesante ejercicio de previsión que justifica el lema del Consejo *"Praevidet Providet"* (prever para proveer), consignado en el artículo 91 de su Reglamento Orgánico, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio (ROCE).

4. No estaban obligadas a hacerlo al tratarse de órganos autonómicos facultativos, pudiendo optar entre crear su propio órgano consultivo o seguir solicitando el dictamen del Consejo de Estado, mediante lo que la STS de 14-1-1992 bautizó gráficamente como técnica del "prés-tamo de órganos".

5. Por ejemplo, el dictamen número 1.032/2019, de 15 de octubre de 2020, resolvió una consulta elevada por la Comunidad de Madrid sobre la revisión de oficio de los actos dictados por universidades públicas y privadas. Si bien no se ha publicado todavía en la base de datos del BOE, está reseñado y glosado en la Memoria de 2020 del Consejo de Estado, accesible pública y gratuitamente en su sitio web.

6. Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo.

7. Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura.

8. Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

tatuto de Autonomía exige dictamen preceptivo para tres tipos de normas legales (anteproyectos de reforma estatutaria, proyectos de ley y anteproyectos de otras normas con rango de ley) sin limitaciones, los artículos 21 y 22 de la LOCE restringen sobremanera la intervención preceptiva del Consejo de Estado en materia legislativa.

En este sentido, no es generalmente preceptivo su dictamen en el ejercicio de la potestad legislativa por las Cortes a iniciativa del Gobierno, y así solo se exige para anteproyectos de ley dictados en ejecución, desarrollo o cumplimiento de tratados internacionales o del derecho de la Unión Europea (artículo 21.2) y para los proyectos de decretos legislativos (artículo 21.3)⁹. Este distinto grado de intervención consultiva en materia legislativa explica que la mayoría de las consultas elevadas por Extremadura al Consejo de Estado sobre proyectos de ley presenten un peculiar doble carácter: son preceptivas para la comunidades autónomas y potestativas (o facultativas) para el Consejo de Estado.

Fue el caso del dictamen número 1.377/2022, de 29 de septiembre, que se remitía a los razonamientos de otras dos consultas (dictámenes números 73/2022, de 24 de marzo, y 118/2022, de 18 de febrero). En el primero de ellos, se decía:

“El artículo 24 de la Ley Orgánica 3/1980, invocado por la disposición adicional primera de la Ley 19/2015 referida, dispone que el Consejo de Estado puede ser oído, sea en Pleno o en Comisión Permanente, ‘en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente.

El dictamen será preceptivo para las comunidades autónomas que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos por esta ley orgánica para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes’.

Pues bien, como ya señaló el Consejo de Estado en los dictámenes números 297/2018, de 24 de mayo, y 887/2018, de 8 de noviembre, si bien el dictamen solicitado tiene carácter preceptivo para la Junta de Extremadura de acuerdo con sus propias normas, ‘las competencias de las comunidades autónomas no alcanzan a delimitar las que son propias del Consejo de Estado al tratarse de un órgano consultivo estatal, ajeno al orden institucional autonómico y al ámbito de la potestad autonómica de autoorganización’. Por ello, ‘solo cabe reconocer el carácter preceptivo del dictamen solicitado en los supuestos que resulten concordantes

9. Debe disiparse el equívoco que a veces siembran los medios de comunicación cuando afirman que tal o cual Gobierno esquivo el dictamen del Consejo de Estado presentando una proposición de ley de su grupo parlamentario en lugar de un proyecto de ley del Consejo de Ministros.

con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, artículo 24, entre los cuales no se encuentran los anteproyectos de ley, como ya se señaló en el dictamen n° 559/2017, de 13 de julio'. El presente dictamen, pues, se entiende emitido con carácter potestativo".

En ese caso, al igual que en el del dictamen objeto de la presente crónica, la consulta versaba sobre un proyecto de ley no residenciable en los apartados 2 ni 3 del artículo 21 LOCE, por lo que, de haber sido formulada una consulta similar por una autoridad consultante estatal, esta se habría calificado de facultativa o potestativa. Naturalmente, esto no significa en ningún caso que el despacho del dictamen sea opcional para el Consejo de Estado, que está obligado a dictaminar en todos los asuntos que sean sometidos a su consulta.

3

Principales cuestiones suscitadas por el dictamen

3.1

Correlación entre título y contenido de la norma

El Consejo puso de manifiesto la discrepancia entre el título del anteproyecto de ley y su contenido. Dicho título (recogido en la rúbrica del dictamen al comienzo de la presente crónica) se refería exclusivamente al ciclo urbano del agua, mientras que la norma regulaba no solo esta cuestión, sino también "otros aspectos de la gestión de los recursos hídricos sobre los que la comunidad autónoma ostenta competencias". Si bien señalaba que tal opción normativa era perfectamente admisible, advertía que "con ello se estaría mezclando el género y la especie, debería extremarse la cautela al desarrollar tales previsiones, asegurando una total congruencia entre el objeto de la norma y su título identificativo y una perfecta articulación sistemática de los preceptos en los que se organizan sus mandatos y prohibiciones". Por ello, recomendaba modificar el título para que reflejase adecuadamente la totalidad del contenido regulado. La norma finalmente aprobada acogió esta sugerencia al añadir el inciso "de gestión" a su rúbrica.

A propósito del título de las normas, la regla 7 de las Directrices de técnica normativa¹⁰ indica lo siguiente: "El nombre de la disposición es la parte del título que indica el contenido y objeto de aquella, la que permite identificarla y describir su contenido esencial. La redacción del nombre deberá ser clara y concisa y evitará la inclusión de descripciones propias de la parte

10. Aprobadas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

dispositiva. Deberá reflejar con exactitud y precisión la materia regulada, de modo que permita hacerse una idea de su contenido y diferenciarlo del de cualquier otra disposición. [...]”.

El Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión del título o rúbrica de las normas jurídicas a raíz de otras consultas, reseñándose a continuación algunas de ellas.

3.1.1 Actualización del título

Sucede que las normas jurídicas, especialmente aquellas que gozan de una dilatada vigencia, están sujetas al riesgo de obsolescencia, de modo que los cambios de la realidad metajurídica subyacente a la realidad jurídica no estén siempre correctamente reflejados en dichas normas. Esto sucedió, por ejemplo, en el dictamen número 623/2022, de 26 de mayo, que reflexionaba:

“El título del anteproyecto sometido a dictamen es: ‘anteproyecto de Ley del Mercado de Valores y de los Servicios de Inversión’.

Como puede comprobarse, el Anteproyecto añade, con respecto a las normas que anteriormente habían regulado la materia, el inciso ‘y de los Servicios de Inversión’. Así lo pone de manifiesto la memoria, que, además, en relación con el título del Anteproyecto explica que, aunque existen una pluralidad de mercados de valores o centros de negociación de instrumentos financieros -no solo desde el punto de vista legal, sino incluso teniendo en cuenta la realidad económica de estos mercados—, se considera que es preferible mantener la denominación tradicional ‘mercado de valores’, en singular, por varias razones: por un lado, por la gran difusión popular de la que goza; por otro, porque con ello se enfatiza que el Anteproyecto es continuador del texto refundido y de la Ley del Mercado de Valores de 1988; por último, porque la denominación de la CNMV también incluye la referencia al mercado de valores en singular. Como puede comprobarse, el Anteproyecto añade a la tradicional denominación ‘y de los Servicios de Inversión’.

A juicio del Consejo de Estado, los títulos de las leyes deben reflejar, de la manera más fiel posible, el contenido de las mismas y, así como se ha añadido el inciso ‘y de los Servicios de Inversión’, no ve inconveniente, más bien al contrario, de que se utilice la expresión ‘mercados de valores’, en plural. Por un lado, el Anteproyecto tiene como uno de sus objetivos declarados facilitar la financiación empresarial a través de los mercados de valores, y para ello, no puede haber mejor punto de arranque que adoptar

una denominación que refleje la diversidad de mercados de valores y, por consiguiente, de opciones de financiación por parte de las empresas. Por otro, la continuidad de este Anteproyecto con la normativa hasta ahora vigente en nuestro país sobre la materia es indudable, y no se considera que este sutil matiz en la denominación pueda llevar a confusión al respecto. Por último, el hecho de que la Comisión Nacional del Mercado de Valores también utilice en su denominación, de forma imprecisa, la expresión ‘mercado de valores’, en singular, no obsta para que se pueda cambiar la denominación de la ley, y, llegado el caso, incluso la de la citada Comisión. Si lo que realmente se quiere es promover el acceso a los mercados de valores, lo primero que parece razonable que habría que hacer es dar a conocer que existen varios mercados de valores y, para ello, la utilización de la denominación, en plural, parece adecuada”¹¹.

En otros casos, ese desfase puede producirse intramuros de la realidad jurídica. Así, puede suceder que una norma sea reformada en sucesivas ocasiones, extendiendo su ámbito de aplicación para integrar materias conexas con la que constituía su objeto inicial. Si esta expansión no se refleja adecuadamente en el título, este queda obsoleto, de modo que su lectura no permite hacerse una idea cabal de su contenido actual. Así sucedió en el dictamen número 826/2024, de 27 de mayo, que razonaba:

“Actualmente, el Real Decreto 665/1997 lleva por título el siguiente: ‘sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo’. Como se constata, no hace referencia a los agentes mutágenos, si bien los regula desde la reforma operada por el Real Decreto 349/2003, de 21 de marzo. En cambio, la Directiva 2004/37/CE ya mencionaba en su título, antes de la última reforma, ambas clases de agentes tóxicos, y la Directiva 2022/431 modifica en su artículo 1.1) la rúbrica de la directiva reformada para que recoja las tres clases de agentes.

En cambio, el Proyecto sometido a consulta no prevé modificar el título del Real Decreto 665/1997. Así las cosas, se recomienda revisarlo para incluir una disposición que lo modifique de suerte que mencione los tres agentes CMR, lo que facilitaría la identificación de su contenido. En este sentido lo recomienda la regla n.º 7 de las Directrices de técnica normativa”¹².

11. Esta sugerencia fue aceptada, y así se comprueba en el título de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

12. Esta sugerencia fue atendida por la autoridad consultante, y así se refleja en el apartado uno del artículo único del Real Decreto 612/2024, de 2 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. No obstante, la versión consolidada del BOE del Real Decreto 665/1997 no recoge todavía esta modificación.

3.1.2 Concisión del título¹³

No obstante lo anterior, en ocasiones la autoridad consultante lleva hasta las últimas consecuencias el tenor literal de la directriz 7 de técnica normativa, especialmente cuando se trata de disposiciones modificativas de otras, dando lugar a títulos excesivamente largos que incluyen un listado de todas las normas reformadas o tratan de describir exhaustivamente su contenido. Esto genera redacciones innecesariamente farragosas, contrarias al espíritu de la citada directriz y al principio de economía del lenguaje jurídico, que aconseja expresar de forma breve y concisa el contenido principal de la norma, facilitando su identificación *prima facie* y su incardinación en el grupo normativo correspondiente (diferenciando, siquiera preliminarmente, dicha norma de otras que regulen la misma materia u otra estrechamente vinculada).

En estos casos, el Consejo de Estado ha abogado por una mayor concisión. Por ejemplo, el dictamen número 132/2022, de 3 de marzo de 2022, indicaba:

“1. El título del proyecto es el siguiente: ‘Proyecto de circular del Banco de España sobre normas para el envío al Banco de España de estadísticas de pagos, conforme al Reglamento (UE) 1409/2013 del Banco Central Europeo, de 28 de noviembre de 2013, sobre estadísticas de pagos, y al artículo 67, apartado 4, del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera’.

Para simplificar el título y evitar la cita de dos disposiciones normativas, se sugiere la siguiente redacción: Circular del Banco de España sobre normas para el envío al Banco de España de estadísticas de pago por parte de proveedores de servicios de pago y operadores de sistemas de pago”¹⁴.

13. En sentido similar, el dictamen número 327/2023, de 6 de julio, si bien en este caso la autoridad consultante no siguió la recomendación del Consejo y mantuvo un título tan prolijo que desconcierta al lector: Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, por el que se desarrolla el régimen jurídico para la utilización civil de sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS), y se modifican diversas normas reglamentarias en materia de control a la importación de determinados productos respecto a las normas aplicables en materia de seguridad de los productos; demostraciones aéreas civiles; lucha contra incendios y búsqueda y salvamento y requisitos en materia de aeronavegabilidad y licencias para otras actividades aeronáuticas; matriculación de aeronaves civiles; compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos; Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea; y notificación de sucesos de la aviación civil.

14. La autoridad consultante aceptó esta sugerencia, y así se comprueba en la vigente Circular 2/2022, de 15 de marzo, del Banco de España, sobre normas para el envío al Banco de

Particularmente expresivo fue el dictamen número 1.010/2021, de 2 de diciembre:

“Título de la norma

La norma tiene el siguiente título:

‘Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica, en relación con la preparación de los planes hidrológicos y los planes especiales de sequía, y el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, respecto a la tramitación de determinadas exenciones al logro de los objetivos ambientales recogidas en el Reglamento de la Planificación’.

El Consejo de Estado ha llamado ya la atención con cierta frecuencia acerca de la necesidad de que los títulos cumplan la función de nombrar las normas, en lugar de tratar de explicar con pretendida -aunque imposible- exhaustividad su contenido. Esa explicación del contenido corresponde hacerla al preámbulo, como de forma adecuada lo hace el proyecto.

Por ello, deben evitarse títulos largos que impiden cumplir satisfactoriamente esa función y dificultan la cita de tales normas, incluso nombrándolas de otra manera. Esto ocurre, por cierto, con una de los dos reglamentos que cita dicho título: así, en efecto, se hace referencia al ‘Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril’ evitando -con buen criterio, a juicio del Consejo de Estado—, el largo título que tiene dicho reglamento (Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII - 23 - de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas), que, por otra parte, no resulta todo lo preciso que su extensión da a entender, dado que el título V de dicha ley es ahora desarrollado también y fundamentalmente, por el Real Decreto 817/2015.

Por todo ello, se recomienda utilizar un título más breve que pudiera ser semejante al siguiente:

‘Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica, y el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril’¹⁵.

España de estadísticas de pagos por parte de proveedores de servicios de pago y operadores de sistemas de pago.

15. Esta sugerencia fue aceptada por la autoridad consultante al aprobar el Real Decreto 1.159/2021, de 28 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio,

3.2 Definiciones normativas

El dictamen hacía una serie de observaciones al defectuoso empleo de la técnica definitoria por el artículo 2 del anteproyecto de ley. Dado que esta cuestión fue ya abordada por la anterior crónica consultiva publicada en esta revista¹⁶ —donde también se trajeron a colación diversos dictámenes del Consejo de Estado sobre este extremo—, procede remitirse a la misma.

3.3 La amplitud de la habilitación reglamentaria y el respeto de la autonomía local

La observación D) del dictamen manifestó ciertas dudas sobre la compatibilidad entre el artículo 8 (rubricado “Competencias de los municipios”) y la habilitación reglamentaria de la disposición final segunda, que encomendaba a la Junta de Extremadura el desarrollo de la ley mediante un reglamento ejecutivo. En síntesis, se indicó que los términos de la habilitación reglamentaria eran demasiado amplios, y podían conculcar la autonomía municipal constitucionalmente garantizada, al admitir una intervención normativa autonómica tan intensa que limitase excesivamente las competencias municipales reconocidas por el propio artículo 8 del anteproyecto¹⁷. En este sentido, se formulaba una observación esencial relativa a tres puntos.

El primer punto se refería a la congruencia de lo que la disposición final segunda denominaba “contenido del reglamento”¹⁸, indicando el dictamen:

por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica.

16. Relativa al dictamen número 1709/2022, de 1 de diciembre, sobre el proyecto de real decreto por el que se regulan las zonas de bajas emisiones.

17. El dictamen extractaba el tenor literal del artículo 8.2, que fue mantenido sin modificaciones por el texto vigente. Es habitual que los dictámenes del Consejo de Estado extracten literalmente algunas partes de los proyectos normativos sometidos a consulta para facilitar la comprensión de las observaciones que tienen por objeto determinados artículos. Si bien tal recurso puede parecer de alguna manera ocioso, pues alarga el dictamen, no deja de tener su importancia frente a posibles lectores del mismo que sean distintos de la autoridad consultante. Tanto esta como el Consejo de Estado tienen a su interna disposición las distintas versiones del proyecto normativo (lo que permite contrastar el proyecto sometido a consulta y la norma finalmente aprobada), pero no así cualquier particular que consulte el dictamen una vez publicado en la base de datos del BOE, salvo que dicho proyecto esté colgado en el sitio web del departamento proponente (y no haya sido borrado tiempo después de aprobarse la norma). Por ello, la inclusión de citas literales de la norma proyectada en el cuerpo del dictamen puede ser muy útil a terceros lectores del mismo, ayudándoles a poner en contexto las observaciones que formula. De otra manera, y sin tener el texto delante, algunas observaciones pueden ser de difícil comprensión.

18. Cabe destacar que, en la versión del anteproyecto de ley remitido para consulta del Consejo, el contenido de la disposición final segunda no estaba ordenado en apartados numerados, como sí lo está el texto finalmente aprobado.

“La disposición final segunda delimita los contenidos del reglamento que desarrollará los aspectos de la Ley relativos al ciclo urbano del agua y que deberá ser aprobado en el plazo de dos años por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura. Al hacerlo, solamente califica como ‘básico’ los servicios (básicos) del ciclo urbano del agua y los criterios (básicos) de tarificación como básicos. Ello puede llevar a entender, *sensu contrario*, que el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura puede regular los demás elementos del reglamento sobre el ciclo urbano del agua -tales como los derechos de los usuarios, las condiciones de prestación o el régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento- de manera detallada. La redacción de la disposición final segunda tiene que ser, en suma, revisada para evitar una extralimitación de la comunidad autónoma en el ejercicio de sus competencias normativas”.

El texto finalmente aprobado de la disposición final segunda introdujo dos modificaciones al respecto. Primero, eliminó el adjetivo “básico” de las letras a) y c) del listado de contenido mínimo del reglamento ejecutivo. En este sentido, la interpretación sistemática del anteproyecto apuntaba a que el legislador estaba distinguiendo dos tipos de contenidos del reglamento. De una parte, los dos contenidos —ya apuntados— calificados expresamente como *básicos*, que el reglamento de ejecución solo podría regular en sus aspectos centrales o esenciales, dejando una importante porción de espacio normativo a los municipios para configurar su propia opción de política hidrológica mediante la ordenanza correspondiente. De otra parte, todos los demás que, *a sensu contrario*, parecería que la ley habilitaba su regulación por reglamento autonómico más allá de lo básico, y potencialmente exhaustivo, lo que podría dejar escaso margen a los municipios, vaciando de contenido la autonomía local. Segundo, reformuló el encabezamiento (convertido en apartado 2), que pasaba de decir “Será contenido del reglamento” a “Será contenido mínimo del reglamento”.

Los otros dos puntos versaban sobre lo que la disposición final segunda denominaba “Servicios básicos del ciclo urbano del agua” (apartado 3 del texto vigente), y, específicamente, sobre sus letras b), relativa a “La aprobación y aplicación de las prestaciones patrimoniales públicas necesarias para una adecuada recuperación de los costes”, y d), relativa a: “El establecimiento de un sistema disciplinario que ordene las actividades autorizables y sancione las infracciones que pudieran producirse”. El dictamen señalaba:

“Singulamente llamativa resulta, en este sentido, la mención a la ‘aprobación y aplicación de prestaciones patrimoniales públicas necesarias para una adecuada recuperación de los costes’, en la medida en que

tiene carácter municipal la competencia para aprobar las tasas o tarifas correspondientes, en el marco de lo establecido a nivel autonómico (artículo 8.1.g); así como la referencia al ‘establecimiento de un sistema disciplinario que ordene las actividades autorizables y sancione las infracciones que pudieran producirse’, desde el momento en que también tiene carácter municipal la potestad sancionadora en el ámbito del ciclo urbano del agua (artículo 8.1.i). Por lo tanto, con independencia de la necesaria congruencia entre el artículo 8.1 y la disposición final segunda, debería matizarse que el reglamento del ciclo urbano del agua sólo podrá regular los aspectos básicos de estos extremos, en línea con lo dispuesto en el texto articulado de la propia ley y como mayor garantía de la autonomía local, que constituye el fundamento de las letras d) e i) del artículo 8.1”.

El texto finalmente aprobado mantuvo la misma redacción de las dos letras b) y d) de la disposición final segunda (ya integradas en el apartado 3). En cambio, sí modificó el artículo 8.1.g), cuya dicción literal en el anteproyecto era:

“Corresponde a los municipios la ordenación, gestión, prestación y control de los siguientes servicios, en el ciclo urbano del agua:

[...]

g) La aprobación de las tasas o tarifas que el municipio establezca como contraprestación por los servicios del ciclo urbano del agua dentro de su término municipal, en el marco de lo establecido por la Consejería con competencias en planificación y coordinación hídrica”.

En el texto vigente, pasa a decir:

“Corresponde a los municipios la ordenación, gestión, prestación y control de los siguientes servicios, en el ciclo urbano del agua:

[...]

g) La aprobación de las tasas o tarifas como contraprestación por los servicios del ciclo urbano del agua dentro de su término municipal, en el marco de lo establecido por las disposiciones reglamentarias aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura”.

Como se puede apreciar, se sustituyó –por elevación de rango reglamentario– el límite de la potestad tarifaria municipal, pasando de fijarlo mediante orden de Consejería a decreto del Consejo de Gobierno autonómico.

Por otro lado, no se modificó el artículo 8.1.j), que reconocía la potestad sancionadora municipal en los siguientes términos:

“La potestad sancionadora, que incluirá la de aprobar reglamentos que tipifiquen infracciones y sanciones, en relación con los usos del agua

realizados en el ámbito de sus competencias del ciclo urbano del agua, de acuerdo con lo establecido en esta Ley”.

Estando así las cosas, mal puede decirse que mediante estas modificaciones la Ley 1/2023 aceptase la observación esencial del dictamen¹⁹. Su espíritu era reducir la amplitud de la habilitación reglamentaria autonómica para dejar un mayor espacio normativo a la potestad reglamentaria municipal, mejorando el ajuste del anteproyecto con la garantía institucional de la autonomía local consagrada en la Constitución y desarrollada en la LBRL, así como la propia coherencia interna del anteproyecto (entre el artículo 8 y la disposición final segunda).

En este sentido, la redacción vigente de la disposición final segunda define ahora el contenido mínimo del reglamento autonómico, pero no introduce ninguna salvaguardia en favor de la autonomía local. La previsión actual es que el reglamento autonómico podrá regular al menos la lista de materias que ya se preveían en el anteproyecto, a la que podrían sumarse otras no expresamente enumeradas, lo que limitaría aún más la autonomía municipal. Además, no se ha dejado claro que, de esas materias, el reglamento ejecutivo autonómico solo podrá regular los aspectos básicos (salvo que al adjetivo *mínimo* se interprete como *básico*). Tampoco se ha hecho nada al respecto del artículo 8.1.g), cuya modificación lo armoniza con la disposición final segunda, pero no restringe el ámbito de la potestad reglamentaria autonómica.

En sus términos actuales, se habilita al ejecutivo autonómico para regular detalladamente materias en las que concurren importantes competencias municipales, configuración que el dictamen quería evitar. Por ello, la Junta de Extremadura deberá hacer un uso especialmente prudente de esa habilitación para no invadir la esfera de autonomía local constitucionalmente garantizada²⁰.

A fecha de cierre de la presente crónica, no hay constancia pública de la aprobación ni del inicio de la tramitación de dicho reglamento, a pesar de que ya expiró el plazo de 12 meses concedido por la disposición final segunda. Su proyecto no exigirá dictamen del Consejo de Estado, sino de la

19. Por todo ello sorprende que el último párrafo de la parte expositiva de la citada Ley 1/2023 declare que se dicta de acuerdo con el Consejo de Estado, mención esta que solo procede cuando la norma acepta las observaciones esenciales del dictamen (*ex* artículos 2.2 *in fine* de la LOCE y 130.3 del ROCE). Cabe recordar que el dictamen comentado hizo dos observaciones esenciales al anteproyecto de ley. La otra se refiere al artículo 24 y, a la vista de la redacción vigente de la ley, cabe concluir que fue aceptada. Además, esta mención en la parte expositiva incorpora varias citas literales de las consideraciones y la conclusión del dictamen, cosa que no sucede a nivel estatal, pero sí en otras leyes de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

20. Sobre la garantía institucional de la autonomía local, *vid.* los dictámenes números 2.484/1998, de 18 de junio; 16/2005, de 3 de febrero, y 567/2013, de 26 de junio.

Comisión Jurídica de Extremadura (apartado 5.a] de la disposición adicional primera de la Ley 2/2021).

4

Bibliografía

Arozamena Sierra, J. (1996). Caracterización constitucional del Consejo de Estado. *Documentación en Administrativa*, 244-245, 137-160.

Trillo-Figueroa Molinuevo, M.^a J. (2008). La función consultiva hoy: su sentido y alcance. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 18, 129-156.

El Dictamen 152/2024 de la *Comissió Jurídica Assessora* sobre la consulta pública del artículo 133.1 de la LPAC y otros trámites de participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de las ordenanzas y los reglamentos locales

HELENA MORA I BALCELLS

*Responsable de Estudios e Investigación.
Comissió Jurídica Assessora*

- 1. Introducción: las consultas dirigidas a la *Comissió***
- 2. Objeto de la consulta**
- 3. Diferencias y semejanzas de las consultas no referendarias y los procesos de participación ciudadana regulados en la Ley catalana 10/2014 con la consulta pública regulada en el artículo 133.1 de la LPAC**
 - 3.1. Las consultas no referendarias
 - 3.2. Los procesos de participación ciudadana
- 4. El procedimiento de elaboración de reglamentos y ordenanzas de las Administraciones locales catalanas y la participación ciudadana en municipios de régimen común**
 - 4.1. El procedimiento de aprobación de disposiciones de carácter general en la LBRL y en las normas catalanas TRLMRLC y ROAS
 - 4.2. Los trámites participativos de la Ley catalana 26/2010
 - 4.3. El trámite de participación ciudadana de la Ley catalana 19/2014
 - 4.4. El trámite participativo del artículo 133 de la LPAC: consulta pública previa a la redacción del proyecto normativo
 - 4.5. Regla de preferencia en la aplicación de la legislación especial a determinados procedimientos
- 5. Conclusión del Dictamen**

1

Introducción: las consultas dirigidas a la *Comissió*

El Dictamen 152/2024 de la *Comissió Jurídica Assessora* tiene por objeto responder a la consulta formulada por un ayuntamiento que plantea diversas dudas de legalidad respecto a los trámites de consulta pública previa, audiencia e información pública en la elaboración de ordenanzas y reglamentos municipales.

De forma previa al análisis del contenido del Dictamen, es necesario recordar que el artículo 9 de la Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la *Comissió Jurídica Assessora* (Ley 5/2005) prevé, entre otras funciones consultivas potestativas, la de responder a las consultas que el Gobierno o las Administraciones, por medio del Gobierno, le dirijan (apartado 2).

El Reglamento de organización y funcionamiento de la *Comissió Jurídica Assessora*, aprobado por el Decreto 69/2006, de 11 de abril (RCJA), ha regulado las consultas en el artículo 39. Este precepto exige que las consultas de las Administraciones diferentes de la autonómica se dirijan a la *Comissió* a través del Gobierno, y que este pueda incorporar un informe sobre la solicitud. Además, las Administraciones consultantes deben adjuntar “una memoria explicativa de la relevancia de la consulta y de su incidencia en el interés general”.

Tal como puso de manifiesto el Dictamen 190/2020:

“Se prevén, pues, unas exigencias específicas de procedimiento y de documentación. Por lo que respecta a lo primero, el hecho de que se prevea que el Gobierno pueda incorporar un informe sobre la solicitud de consulta pone de manifiesto la relevancia del trámite, puesto que implica la existencia de una valoración por el órgano superior de la Administración autonómica, tanto si se incorpora el informe como si no se considera necesario u oportuno incluir su parecer.

Más allá de su expresión formal, la exigencia de una memoria y la previsión de su contenido ponen de relieve las características que debe reunir el asunto o la materia objeto de consulta, que son, por un lado, importancia, significación o relevancia en sí mismas consideradas, y, por otro, la repercusión o incidencia para el interés general. La memoria exigida no tiene por objeto describir un expediente, sino señalar que se dan unas características especiales. Y son estas las que se deben identificar en una solicitud.

Precisamente, estas exigencias se relacionan con la configuración del ámbito propio de las consultas, que [...] no se puede confundir con una especie de cláusula general de función consultiva a disposición de las Administraciones.

La identificación del terreno propio de la consulta se debe hacer de acuerdo con una consideración completa de la función consultiva del órgano consultivo según resulta del ordenamiento regulador de esta. En tal sentido, tienen significación diversos preceptos. El apartado 1 del artículo 39 del Reglamento, al prever las consultas que formule el mismo Gobierno, prescribe que ‘han de precisar el objeto y el alcance [...] así como los criterios de legalidad u oportunidad que ha de valorar la Comissió’.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Dictamen 152/2024 constata que la petición formulada incorpora una memoria y un informe justificativo de la transcendencia de la consulta, en los términos exigidos por la legislación reguladora del órgano consultivo.

Finalmente, en relación con el objeto y alcance de la consulta, se debe destacar que el artículo 39.3 del RCJA establece lo siguiente: “No pueden ser objeto de consulta las cuestiones relativas a asuntos propios de expedientes sobre los cuales corresponde dictaminar a la *Comissió*, ya sea de manera preceptiva o potestativa”. En este sentido, el Dictamen recuerda que el artículo 9.1 de la Ley 5/2005 establece que corresponde a la *Comissió* dictaminar sobre determinados supuestos, si el órgano competente los somete a su consideración; entre dichos supuestos se halla el previsto a la letra e), que incluye las ordenanzas municipales de carácter estándar. También señala que la *Comissió* podría intervenir, verbigracia, en procedimientos de revisión de oficio de la Administración local, con relación a presuntos vicios de nulidad en procedimientos de aprobación o modificación de ordenanzas municipales (*vid.* Dictamen 243/2014). Sin embargo, la solicitud del Ayuntamiento no tiene por objeto el análisis de ordenanza municipal alguna ni se solapa con ninguna de las funciones atribuidas a la *Comissió*, con carácter preceptivo, en el artículo 8 de la Ley 5/2005. Por tanto, el Dictamen considera que en el presente asunto no se da el supuesto de hecho del artículo 39.3 del RCJA.

En definitiva, en el Dictamen objeto de estudio, la *Comissió Jurídica Assessora* considera que todas las preguntas formuladas, que a continuación se detallarán, reúnen los requisitos necesarios para que el órgano consultivo se pueda pronunciar en el marco de una consulta, y también recuerda que se ha pronunciado sobre otras consultas que ha considerado que presentaban la relevancia y la incidencia en el interés general que exige la regulación citada (dictámenes 289/2019, 76/2021, 367/2022 y 38/2023).

2

Objeto de la consulta

Como consideración preliminar, es necesario destacar que no es de extrañar que se haya planteado una consulta en los términos que seguidamente se expondrán, dada la proliferación de normas, al menos en Cataluña, que inciden en la participación de la ciudadanía y de los interesados en los procedimientos para la elaboración de disposiciones de carácter general en el ámbito local. A este marco normativo complejo hay que añadir los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo, y las de los tribunales de justicia, que no siempre han sido coincidentes.

El Dictamen reproduce la parte dispositiva del Acuerdo de Gobierno de 30 de enero de 2024 que transcribe la consulta literalmente:

1. ¿Cuándo se han de efectuar las consultas públicas, los trámites de audiencia y las fases de información pública en los procedimientos de elaboración de reglamentos y ordenanzas municipales?
2. ¿Cómo se han de efectuar las consultas públicas, los trámites de audiencia y las fases de información pública en los procedimientos de elaboración de reglamentos y ordenanzas municipales?
3. ¿Los ayuntamientos pueden o deben abrir un proceso participativo al inicio de la tramitación del procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos y ordenanzas en el caso de que no les sea de aplicación la disposición adicional primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas?
4. ¿En qué momento los ayuntamientos deben comunicar a las entidades representativas de los colectivos directamente afectados para que participen en la elaboración de la norma?
5. ¿Cuál de las variantes planteadas en esta memoria es la que mejor se ajusta al marco legal aplicable en la elaboración de reglamentos y ordenanzas que no se regulen por una normativa específica de conformidad con las sentencias del Tribunal Supremo 108/2023, de 31 de enero y 133/2023, de 6 de febrero?¹.

1. Las variantes a las que se alude se refieren al fragmento de la consulta que solicita determinar si el concepto de "consulta pública" de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) es "homónimo" al de la "consulta popular" del artículo 3 de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y de otras formas de participación ciudadana, o bien se debe reconducir a la figura del proceso de participación ciudadana.

Dichas variantes se pueden agrupar así:

a) En la fase preparatoria:

3

Diferencias y semejanzas de las consultas no referendarias y los procesos de participación ciudadana regulados en la Ley catalana 10/2014 con la consulta pública regulada en el artículo 133.1 de la LPAC

El Dictamen 152/2024, después de realizar una introducción sobre la autonomía local y la potestad normativa de los entes locales (fundamento jurídico V.2), analiza si las consultas no referendarias y los procesos de participación ciudadana regulados en la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y de otras formas de participación ciudadana, inciden en la consulta planteada (fundamento jurídico V.3), ya que esta también plantea si el concepto de consulta pública regulado en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) es “homónimo” al concepto de con-

1. Que el ayuntamiento incoe el expediente administrativo para elaborar la ordenanza o el reglamento y abra un proceso de participación pública de conformidad con el artículo 43 y siguientes de la Ley 10/2014 –si la propuesta es a iniciativa del ayuntamiento– o una consulta pública no referendaria –si la propuesta de la iniciativa parte de la ciudadanía–.

2. Que el ayuntamiento realice, en todo caso, el proceso de participación ciudadana de la Ley 10/2014, porque la expresión “consulta pública” es sinónima de “participación ciudadana”.

3. Que, de acuerdo con el artículo 56 de la Ley 10/2014 (que prevé que los procesos de participación ciudadana que regula el título III y los que se creen a su amparo se entienden sin perjuicio de los instrumentos y mecanismos de participación que las leyes establecen específicamente para determinados sectores o materias), dicha ley no se considere de aplicación, porque el proceso participativo previsto en el artículo 69 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y la consulta pública del artículo 133 de la LPAC, son mecanismos específicos que necesitan un desarrollo normativo propio.

b) En fase de elaboración de la norma:

1. Los interesados pueden presentar alegaciones en cualquier momento del procedimiento antes del trámite de audiencia e información pública (artículos 69.3 de la Ley 19/2014 y 53.1.e] de la LPAC), y dicho trámite de audiencia e información pública, en el procedimiento de elaboración de ordenanzas, se produce una vez aprobada inicialmente la ordenanza o el reglamento en cuestión (artículo 49.b] de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local).

2. Los interesados pueden presentar alegaciones en cualquier momento del procedimiento antes del trámite de audiencia e información pública (artículo 69.3 de la Ley 19/2014). Esta audiencia a los interesados se corresponde con el trámite previsto en los artículos 82 de la LPAC y 51 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña; y la información pública, con los de los artículos 83 de la LPAC y 52 de la Ley 26/2010.

En caso de que se considerara que estos trámites de audiencia e información pública previa son anteriores a la aprobación inicial de la ordenanza, y/o a la aprobación definitiva, se consulta si se podría considerar que se pueden realizar juntamente con la consulta popular. En dicho caso, se indica que se requeriría un primer borrador del texto normativo y que el plazo debería ser de veinte días hábiles, teniendo en cuenta la regulación legal del trámite de información pública.

Por último, respecto a la materia urbanística, y dado que la normativa urbanística vigente regula la participación ciudadana expresamente, se consulta a la *Comissió Jurídica Assessora* si hay que entender que se aplica exclusivamente esta normativa especial y no la LPAC.

sulta popular del artículo 3 de la Ley 10/2014, o si se debe reconducir al proceso de participación ciudadana, regulado en la misma ley.

De forma previa, la *Comissió* advierte que la Ley 10/2014 no hace referencia a un trámite o trámites procedimentales que se puedan incardinar en la aprobación de normas reglamentarias —al contrario de lo que prevén la normativa de régimen local y las leyes 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, y 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que se analizarán más adelante—, “sino que regula unos mecanismos o procesos de naturaleza participativa mediante los que las autoridades competentes consultan a las personas legitimadas en cada caso para que manifiesten su opinión sobre una actuación, decisión o política pública determinadas. Efectivamente, el tratamiento legal de las consultas y de los procesos participativos no hace referencia expresa a las iniciativas normativas, sino que establece una regulación de carácter general o abstracto susceptible de incardinar cualquier tipo de cuestiones, preguntas y propuestas, salvo las materias previstas en el artículo 11 en relación con las consultas populares no referendarias. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 31/2015, de 25 de febrero, dichas figuras no son manifestaciones del derecho de participación que garantiza el artículo 23.1 CE, sino que, remitiéndose a la doctrina de la STC 119/1995, de 17 de julio (FJ 6), las considera ‘manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en la democracia directa, incardinándose más bien en un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa’, de forma que no son jurídicamente vinculantes para los poderes públicos porque solo son expresión de una parte de la ciudadanía”².

3.1

Las consultas no referendarias

Sobre si, concretamente, las consultas no referendarias pueden equipararse a la consulta previa del artículo 133.1 de la LPAC, el órgano consultivo lo descarta, dados la naturaleza y el alcance diferentes de ambas figuras (fundamento jurídico V.3.2.). El Dictamen no pretende profundizar en la re-

2. Interesa hacer constar que el artículo 11.5 de la Ley 10/2014 prevé: “No pueden formularse consultas que puedan afectar, limitar o restringir los derechos y las libertades fundamentales de la sección primera del capítulo II del título I de la Constitución, y los derechos y deberes de los capítulos I, II y III del título I del Estatuto. Asimismo, se excluyen las referidas a materias tributarias y a presupuestos ya aprobados”.

gulación de la figura prevista en la Ley 10/2014, pero esgrime los siguientes argumentos:

En primer lugar, advierte que la celebración de una consulta popular no referendaria está pensada para pedir la opinión en relación con preguntas muy concretas y directas, que requieren una respuesta concisa (“sí”, “no”, “no lo sé”) mediante una votación, precedida, en su caso, de una campaña y de actos de promoción y debate público. Por tanto, a través de un proceso de estas características es inviable que la ciudadanía pueda emitir su opinión sobre las diferentes cuestiones que abarca una iniciativa normativa, como el problema que se pretende resolver, la necesidad y la oportunidad de la iniciativa, los objetivos que se quieren conseguir y las principales alternativas consideradas.

En segundo lugar, como ha declarado el Tribunal Constitucional, las consultas populares no referendarias no pueden tener carácter general, ya que solo se pueden dirigir a un colectivo específico. Así se expresa la citada STC 31/2015, de 25 de febrero, con el siguiente tenor literal: “[...] las consultas no referendarias recaban, en cambio, la opinión de cualquier colectivo (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69), por lo que articulan ‘voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral’ (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2). Frente a las formas de participación política, en las que se interviene en cuanto ciudadano (*uti cives*), en las consultas populares no referendarias se participa a título individual (*uti singulus*) o como miembro de un colectivo, sea social, económico, cultural o de otra índole (*uti socius*)”, lo que, según el Dictamen, impediría plantear una consulta sobre una iniciativa normativa que afecta a todos los vecinos del municipio, como, por ejemplo, una ordenanza cívica o una ordenanza relativa a la transparencia en la toma de decisiones municipales.

En tercer lugar, se aduce que, si bien es cierto que el artículo 133.1 de la LPAC prevé que la consulta previa tiene por finalidad recabar la opinión “de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma”, en realidad el trámite se dirige a la ciudadanía en general. En cambio, la consulta popular no referendaria solo se puede dirigir a personas físicas, lo cual excluye que se pueda pedir la opinión a “las organizaciones más representativas potencialmente afectadas por la futura norma”.

Por último, las consultas de la Ley 10/2014 requieren constituir una organización *ad hoc* de garantía del proceso; en tal sentido, el artículo 13.2 establece lo siguiente: “El sistema de garantías está integrado por la Comisión de Control, las comisiones de seguimiento y las mesas de consulta”; dicho sistema de garantías no se prevé en la consulta del artículo 133.1 de la LPAC.

Los anteriores argumentos excluyen, a juicio del Dictamen, la equiparación de la consulta popular no referendaria con el trámite de consulta previa del artículo 133.1 de la LPAC.

3.2

Los procesos de participación ciudadana

Una vez descartada la posibilidad de asimilación con las consultas populares no referendarias, el Dictamen considera necesario analizar si la consulta previa del artículo 133.1 de la LPAC se puede articular mediante el proceso participativo regulado, también, en la Ley 10/2014 (fundamento jurídico V.3.3).

Como se ha apuntado anteriormente, además de las consultas populares no referendarias, la Ley regula unos procesos de participación ciudadana no vinculantes (artículos 43-52) que son de iniciativa institucional (en la que se incluye expresamente la iniciativa de los entes locales) o de iniciativa ciudadana. Su finalidad es fomentar la intervención de la ciudadanía en la orientación o definición de las políticas públicas, es decir, conocer su opinión respecto de una actuación pública concreta en cualquiera de sus fases (propuesta, decisión, aplicación o evaluación). El artículo 46 establece las fases mínimas que han de tener estos procesos: a) información a las personas que pueden participar; b) aportaciones de propuestas; c) deliberación y valoración de las propuestas; y d) evaluación y rendimiento de cuentas del proceso. Estas fases se regulan en los artículos 47 a 50 de la Ley.

Por último, los apartados 1 y 2 del artículo 56 establecen, por un lado, que los procesos de participación que regula el título III de la Ley y “los que se creen a su amparo se entienden sin perjuicio de los instrumentos y mecanismos de participación que las leyes establecen específicamente para determinados sectores o materias”, y por otro, “que lo establecido en este título es de aplicación supletoria a los instrumentos y mecanismos de naturaleza participativa que establecen otras leyes”.

En opinión de la *Comissió*, esta regulación tiene más afinidad con el trámite participativo de la LPAC. El órgano consultivo la considera más funcional, ya que se puede abrir a toda la población del municipio o a colectivos específicos, con la posible participación de entidades, organizaciones y personas jurídicas en general, tal como requiere el artículo 133.1 de la LPAC. Se trata de una regulación más garantista de la participación ciudadana, puesto que permite presentar aportaciones y propuestas respecto de las cuestiones planteadas en la consulta municipal. Dichas aportaciones deben

ser objeto de valoración para decidir si se toman en consideración. Además, se debe efectuar una evaluación de resultados de la consulta, y la memoria final a la que hace referencia el artículo 50 de la Ley 10/2014 debe incluir un apartado específico sobre los efectos que el proceso de participación ha de tener en la actuación de la Administración convocante, y sobre los compromisos derivados del proceso que esta asume.

En relación con dicha regulación el Dictamen concluye: “En síntesis, se puede convenir que el proceso de participación ciudadana [...] se conforma como un proceso independiente, pensado para ser desplegado con carácter autónomo cuando se quiera obtener la opinión de los ciudadanos. Sin embargo, se debe observar que su estructura formal también es susceptible, si así lo valora el ente local, de ser reproducida en el trámite de consulta previa del artículo 133.1 de la LPAC. Otra posibilidad es que el ente local aborde el desarrollo normativo de la consulta previa del citado artículo 133.1 (contenido, plazo, forma de llevarse a cabo, etc.) mediante la aprobación de un reglamento orgánico municipal”.

4

El procedimiento de elaboración de reglamentos y ordenanzas de las Administraciones locales catalanas y la participación ciudadana en municipios de régimen común

El órgano consultivo, antes de entrar en el análisis de la normativa que resulta de aplicación a la consulta, pone de relieve que tradicionalmente la regulación del procedimiento de aprobación de reglamentos y ordenanzas locales se ha previsto en la normativa de régimen local general (Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local —LBRL—, Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña —TRLRMLC— y Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales —ROAS—), pero que las exigencias derivadas de los artículos 9.2 y 105 CE han llevado al legislador a ampliar el alcance de la transparencia y la participación ciudadana a través, entre otros, del procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias, en el marco del principio de buena administración. Así, el artículo 4.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) establece lo siguiente: “Los poderes públicos de Cataluña deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivos; deben facilitar la participación de todas las personas en la vida política, económica,

cultural y social, y deben reconocer el derecho de los pueblos a conservar y desarrollar su identidad”. Y, por otro lado, el artículo 43 del EAC, bajo la rúbrica “fomento de la participación”, prevé en su apartado primero lo siguiente: “Los poderes públicos deben promover la participación social en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociativa en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, con pleno respeto a los principios de pluralismo, libre iniciativa y autonomía”.

Como consecuencia de ello, diversas regulaciones han introducido referencias expresas a esta participación (Ley 26/2010, Ley 10/2014, Ley 19/2014 y LPAC). Dichas normas se han referido en ocasiones de forma genérica y/o con denominaciones diversas, lo que ha podido generar lógicamente problemas de coordinación o dudas interpretativas sobre si se trata de un mismo o de diferentes trámites administrativos, y sobre si, en su caso, estos son de aplicación al procedimiento de aprobación previsto en la normativa específica. Este es el caso que analiza el Dictamen 152/2024 en relación con el procedimiento de ordenanzas y otros reglamentos locales previsto en la normativa de régimen local. Por tanto, el Dictamen aborda si los trámites de participación previstos en las citadas leyes son de aplicación a los entes locales, así como cuál es el momento procedimental oportuno para llevarlos a cabo, pero empieza su análisis con la regulación del procedimiento de aprobación y modificación de disposiciones de carácter general que contiene la normativa específica de régimen local.

4.1

El procedimiento de aprobación de disposiciones de carácter general en la LBRL y en las normas catalanas TRLMRLC y ROAS

El procedimiento general de aprobación de los reglamentos y ordenanzas locales se regula en la norma fundamental del régimen local, es decir, en la LBRL, así como en el TRLMRLC y el ROAS³. El Dictamen afirma, asimismo, que en los aspectos no previstos por la LBRL, el TRLMRLC y el ROAS se de-

3. El Dictamen también incluye alguna digresión sobre ciertos regímenes especiales como, por ejemplo, el régimen especial de los municipios de gran población, previsto en la LBRL como consecuencia de la modificación operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, o el previsto en la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta municipal de Barcelona, que no se incluyen en el cuerpo del estudio por no ser objeto de la consulta, que se limita a los municipios de régimen común.

ben tener en cuenta otras normas de régimen local, como el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF) —de aplicación supletoria a Cataluña—⁴, así como los correspondientes reglamentos orgánicos municipales, que pueden establecer con mayor concreción la tramitación de las normas reglamentarias en cada uno de los ayuntamientos catalanes.

Una vez establecido el marco normativo, el Dictamen concreta que los preceptos que regulan el procedimiento de aprobación de las ordenanzas y los reglamentos por las entidades locales catalanas son el artículo 49 de la LBRL, de carácter básico, y el artículo 178 del TRLMRLC. Ambos preceptos establecen los trámites siguientes:

- a) Aprobación inicial por el pleno.
- b) Información pública y audiencia a los interesados por un plazo mínimo de treinta días para presentar reclamaciones y sugerencias.
- c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro de plazo y aprobación definitiva por el pleno. En caso de que no se haya presentado ninguna reclamación o sugerencia, el acuerdo de aprobación se entiende adoptado definitivamente.

Cabe destacar que no se explicita en dicha normativa cuáles son los trámites preparatorios de la elaboración de las disposiciones de carácter general. Pero, en cambio, sí se prevé a quién corresponde la iniciativa para promover dichas disposiciones de carácter general⁵.

En primer lugar, la redacción del anteproyecto normativo no se sujeta a plazo legal alguno. El artículo 62 del ROAS establece que, una vez tomado formalmente el acuerdo de elaborar una ordenanza, se debe designar una comisión de estudio encargada de redactar el citado anteproyecto, integrada por miembros de la corporación y personal técnico, propio o externo,

4. El Dictamen no especifica por qué considera de aplicación supletoria en Cataluña el citado Real Decreto 2568/1986, pero se puede deducir que lo hace en virtud del artículo 146 de la misma norma, que establece lo siguiente: "De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.C) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, el procedimiento administrativo de las entidades locales se rige: 'Primero. Por lo dispuesto en la propia Ley 7/1985, de 2 de abril, y en la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común. Segundo. Por la legislación sobre procedimiento administrativo de las entidades locales que dicten las Comunidades Autónomas respectivas. Tercero. En defecto de lo anterior y de acuerdo con el artículo 149.3 de la Constitución Española, por la legislación estatal sobre procedimiento administrativo de las entidades locales, que no tenga carácter básico o común. Cuarto. Por los Reglamentos sobre procedimiento administrativo que aprueben las entidades locales, en atención a la organización peculiar que hayan adoptado'".

5. A pesar de que el Dictamen se refiere a ello, en el presente estudio no se hará mención de la regulación de la iniciativa, porque, aunque está íntimamente relacionado con la consulta, desborda su objeto, ya de por sí muy extenso.

bajo la presidencia de uno de aquellos. Dicho texto puede ser objeto de consulta e informe por parte de los órganos de participación sectorial (artículo 63 del TRLMRLC). Asimismo, el secretario o la secretaria debe emitir un informe en ejercicio de su función de asesoramiento legal preceptivo (artículo 3.3.d] del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional), y, en los supuestos determinados legalmente, también debe hacerlo el interventor o la interventora (artículos 122.5, letra e]; 70.bis.2 de la LBRL, y 130.2 y 179 del TRLMRLC). Finalmente, en cuanto que debe someterse a la aprobación del plenario municipal, el proyecto ha de ser objeto de dictamen por la comisión informativa correspondiente (artículos 20.1.c] y 32.2 de la LBRL; 48.2 y 89.b] del TRLMRLC, y 123 del ROF).

A continuación, el procedimiento se inicia propiamente con un acuerdo plenario de aprobación inicial del texto (artículo 52 del TRLMRLC). Este acuerdo, que es indelegable, se adopta por mayoría simple, que es la exigida para la aprobación definitiva de reglamentos y ordenanzas, ya que no se establece nada respecto de la aprobación inicial (artículo 114.1 del TRLMRLC). Sin embargo, en determinados casos como los relativos a la aprobación del reglamento orgánico, ordenanzas fiscales e instrumentos de planeamiento urbanístico, el acuerdo se debe adoptar por mayoría absoluta (artículo 114.3, letras a], j] y k], del TRLMRLC).

Una vez llevada a cabo la aprobación inicial del proyecto, procede publicar el texto íntegro del acuerdo plenario –que incluye el acuerdo de apertura del trámite de información pública y audiencia– y del proyecto normativo. Ni la LBRL ni el TRLMRLC establecen como se tiene que llevar a cabo esta publicación. En cambio, los apartados segundo y tercero del artículo 63 del ROAS prevén que el acuerdo y el proyecto de la norma se deben someter a información pública mediante un anuncio publicado en el Boletín Oficial de la provincia, en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, en uno de los medios de comunicación escrita diaria y en el tablón de edictos –de la sede electrónica, con el código de verificación que permita comprobar la autenticidad y la integridad– de la corporación; además, se ha de dar audiencia a los vecinos o a las asociaciones que hayan ejercido la iniciativa. En el mismo sentido se expresa el artículo 17 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL).

El proyecto normativo se ha de someter a un trámite único de información pública y audiencia a los interesados, a fin de que sea posible examinar el expediente y presentar las reclamaciones y sugerencias que consideren oportunas tanto los destinatarios de la información pública como los intere-

sados, durante un plazo mínimo de 30 días, que se entienden hábiles, con exclusión de sábados, domingos y festivos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30.2 de la LPAC. La información pública y la audiencia, se entienden, respectivamente, como mecanismos de garantía de la participación ciudadana y de la defensa de derechos e intereses legítimos y se consideran trámites esenciales del procedimiento, la omisión de los cuales determina la nulidad de pleno derecho de la norma proyectada, salvo supuestos legales en los que se puedan exceptuar.

Finalizado el plazo de información pública y audiencia, las reclamaciones y alegaciones presentadas se deben transmitir a la comisión informativa que corresponda que debe proponer la estimación o desestimación total o parcial y formular la propuesta de aprobación de la ordenanza (artículo 64 del ROAS). El plenario municipal debe resolver razonadamente lo que proceda sobre las citadas reclamaciones y alegaciones en el mismo acuerdo de aprobación definitiva de la disposición de carácter general (artículo 65.1 del ROAS). Este acuerdo se adopta por mayoría simple (a excepción de los casos anteriormente citados) y es indelegable (artículos 52.4 del TRLMRLC; 33.4 de la LBRL, y 65, apartados primero y segundo, del ROAS).

A pesar de que ha sido objeto de una cierta polémica doctrinal, el Dictamen considera que se puede afirmar que la modificación del texto del proyecto normativo a raíz de la estimación de reclamaciones y alegaciones no requiere realizar un nuevo trámite de información pública (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1993), a excepción de en el ámbito urbanístico, en el que los cambios sustanciales del instrumento de planeamiento aprobado inicialmente obligan a efectuar un nuevo trámite de información pública y, si procede, de audiencia (artículo 112 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo).

Si finalizado el período de exposición pública no se han recibido reclamaciones ni alegaciones, la aprobación provisional pasa automáticamente a considerarse definitiva.

4.2

Los trámites participativos de la Ley catalana 26/2010

El artículo 22.1.b) de la Ley 26/2010 establece que el derecho a una buena administración incluye el “derecho a participar en la toma de decisiones y, especialmente, el derecho de audiencia y el derecho a presentar alegaciones en cualquier fase del procedimiento administrativo, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable”.

El Dictamen destaca que el citado artículo 22.1 es un compendio de principios y reglas aplicables a la actuación administrativa y que la letra b) hace referencia al derecho de participación ciudadana en la toma de decisiones administrativas —en general— en el marco del trámite de audiencia y presentación de alegaciones. Por tanto, requiere la existencia de un procedimiento administrativo. De ello el órgano consultivo deduce que se está refiriendo al procedimiento administrativo productor de actos administrativos regulado en el título II de la Ley 26/2010, sin excluir el procedimiento de aprobación de normas que se contiene en el título III relativo al procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias, que también tiene naturaleza administrativa a pesar de que la resolución final de aprobación de la norma no es susceptible de recurso administrativo. En cualquier caso, la remisión a la normativa aplicable respecto de los procedimientos tramitados en sede municipal debe entenderse hecha a la normativa de régimen local.

Por otro lado, el apartado segundo del mismo precepto ordena de forma genérica a las Administraciones públicas catalanas que fomenten “la participación ciudadana en las actuaciones administrativas de su competencia, para recoger las propuestas, las sugerencias y las iniciativas de la ciudadanía, mediante *un proceso previo* de información y debate”.

Entrando ya de lleno en la consulta objeto del Dictamen, este destaca que la normativa reguladora del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias contenida en la Ley 26/2010 incluye, además de los trámites de audiencia e información pública, otro trámite participativo: la consulta pública a la ciudadanía, también conocida como “consulta pública previa”. Con dichos trámites, se permite la participación tanto de los ciudadanos como de las personas interesadas y las entidades reconocidas por ley que los agrupan o los representan (artículos 66 *bis*, 67 y 68 de la Ley 26/2010).

Efectivamente, en relación con la consulta formulada, el órgano consultivo considera especialmente relevantes las previsiones del artículo 66.*bis*, relativo a la participación de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones reglamentarias. El apartado 1 de dicho precepto establece lo siguiente:

“Con carácter previo a la elaboración del texto de una disposición reglamentaria, debe efectuarse una consulta pública a la ciudadanía a través del Portal de la Transparencia de la Generalidad. La consulta debe llevarse a cabo con relación a la evaluación preliminar de la iniciativa, que debe tener el siguiente contenido mínimo:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar.
- b) Los objetivos que se quieren alcanzar.
- c) Las posibles soluciones alternativas normativas y no normativas.

d) Los impactos económicos, sociales y ambientales más relevantes de las opciones consideradas”.

En cualquier caso, el apartado 3 prevé que puede prescindirse del trámite de consulta previa si se justifica la concurrencia de alguno de los siguientes supuestos:

- a) Su contenido es presupuestario u organizativo.
- b) Se limita a refundir o consolidar textos.
- c) Consiste esencialmente en el cumplimiento de un mandato legal delimitado en cuanto al contenido, o bien en la transposición de normativa de la Unión Europea de carácter técnico, y no impone a los destinatarios nuevas obligaciones con respecto a la norma de origen.
- d) De la evaluación preliminar se desprende que no se generan impactos relevantes desde la perspectiva económica, social o ambiental.
- e) Por razones graves de interés público debidamente acreditadas”.

Por otro lado, el artículo 67 se ocupa de la audiencia de las personas interesadas respecto de los proyectos de disposición reglamentaria que afecten a los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos (por un plazo no inferior a quince días hábiles), y el artículo 68, del trámite de información pública (por un plazo no inferior a quince días hábiles, que se puede reducir hasta un mínimo de siete días hábiles, si razones debidamente motivadas así lo justifican).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el artículo 1 de la misma ley dispone que esta tiene por objeto: “a) Regular el régimen jurídico de las administraciones públicas de Cataluña y regular las especificidades del procedimiento administrativo que les son propias”, y “b) Regular el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias en el ámbito de la Administración de la Generalidad”. Por lo que respecta a la letra b), el artículo 59.1 del mismo texto legal insiste en que el procedimiento regulado en el título IV —de elaboración de disposiciones reglamentarias— se aplica a las que se elaboran en el ámbito competencial de la Administración de la Generalitat.

A pesar de ello, cabe destacar que la Ley 26/2010 ha querido expresar su vocación de norma supletoria por dos vías diferentes. Por un lado, determinando específicamente el carácter supletorio de la regulación que establece para los entes locales, por ejemplo, en el artículo 104.2, relativo al procedimiento sancionador, previendo lo siguiente: “El Gobierno debe regular por decreto el procedimiento sancionador de la Administración de la Generalidad, que tiene carácter supletorio para las entidades que integran la Administración local”. Por otro lado, de forma general, por lo que se refiere al procedimiento de aprobación de normas reglamentarias, en el artículo 59.2: “El procedimiento regulado por el presente título es de aplicación supletoria

a las disposiciones reglamentarias que tienen establecido, por norma con rango de ley, un procedimiento de elaboración específico”, que, como se ha expuesto anteriormente, es el caso de los reglamentos y ordenanzas de las entidades locales.

El dictamen concluye, por tanto, “que el título IV de la Ley 26/2010 –y, más específicamente, el trámite participativo del artículo 66.bis y los trámites de audiencia e información pública de los artículos 67 y 68– resulta aplicable a los entes locales, si bien con carácter supletorio”.

4.3

El trámite de participación ciudadana de la Ley catalana 19/2014

La Ley 19/2014, aplicable a la Administración de la Generalitat y a las entidades locales catalanas, además de a otros sujetos, como organismos y entes públicos o universidades, establece previsiones específicas respecto a la iniciativa y la elaboración de disposiciones de carácter general (arts. 69 y 70), así como en relación con su publicidad (art. 10).

Sin perjuicio de los trámites de audiencia y de información pública establecidos en la legislación de régimen jurídico y de procedimiento administrativo y la legislación de régimen local, el artículo 69 de la Ley 19/2014 se centra específicamente en la participación de la ciudadanía en la elaboración de las normas y la puesta a disposición de la documentación necesaria para la efectividad de los trámites participativos en términos muy similares a los previstos en el artículo 133.3 de la LPAC, que se analizará más adelante.

El tenor literal del mencionado artículo 69, que lleva por rúbrica: “Participación ciudadana en la elaboración de las normas”, es el siguiente:

“1. Las personas tienen el derecho a participar, mediante la presentación de propuestas y sugerencias, en las iniciativas normativas que promueve la Administración pública. Este derecho puede ejercerse con relación a las iniciativas normativas en que, por su importancia o por la materia que regulan, la Administración pública considera pertinente abrir este proceso participativo desde el inicio de la tramitación del procedimiento administrativo.

2. Los órganos encargados de tramitar el procedimiento administrativo, para facilitar la participación ciudadana, deben publicar en el Portal de la Transparencia la iniciación de la tramitación, la versión inicial del proyecto normativo y la documentación complementaria que la acompaña, y deben dar información sobre el estado de la tramitación. Siempre que sea posible debe incentivarse la participación ciudadana mediante

la comunicación a las entidades representativas de los colectivos directamente afectados por la iniciativa.

3. Las personas pueden remitir sus propuestas y sugerencias con relación a las iniciativas normativas que corresponda antes del trámite de audiencia e información pública. El solo hecho de participar en una iniciativa normativa no atribuye a los ciudadanos la condición de interesados, pero la Administración debe realizar una valoración general de las contribuciones, que debe publicarse en el Portal de la Transparencia.

4. [...]”.

El trámite regulado en el artículo arriba transcrito tiene carácter potestativo y depende de la valoración que, en cada caso, haga la Administración de la importancia de la iniciativa normativa. La *Comissió Jurídica Assessora* ha indicado, en ocasión del examen de normas reglamentarias tramitadas por la Administración de la Generalitat (dictámenes 241/2016, 30/2017, 299/2017, 10/2019 y 27/2019, entre otros), que corresponde a la Administración determinar en cada caso la pertinencia o no de llevar a cabo este trámite de participación ciudadana, mediante una valoración que el departamento impulsor debe incluir en la memoria general. En el caso de no llevarse a cabo, la memoria general ha de exponer las razones que justifican que no se haya efectuado, aunque la *Comissió* también ha indicado que no es correcto justificar la omisión del trámite aduciendo que se han realizado otros trámites participativos.

En el reciente Dictamen 55/2024, el alto órgano consultivo ha considerado lo siguiente:

“En los últimos dictámenes (369/2023 y 370/2023), la *Comissió* manifestó que los argumentos aducidos para no realizar este trámite -fundamentados en el hecho que ya se habían realizado otros trámites participativos o en la constatación de la falta de participación de la ciudadanía en los trámites de consulta y de información pública, o bien en que habían participado los destinatarios de la norma en su proceso de elaboración- no se consideraban suficientes para justificar su omisión, ya que estos argumentos han de basarse en el grado de afectación a los intereses generales derivado de la materia que regula o de la importancia relativa de la norma”.

La necesidad de realizar dicho trámite participativo o de motivar las razones por las que no se ha llevado a cabo también se ha argumentado en diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁶. Entre dichas

6. En este sentido, se pueden citar las resoluciones judiciales siguientes: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 588/2019, de 28 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Ad-

resoluciones, conviene destacar la Sentencia 3492/2023, de 25 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, n.º rec. 258/2021, que ha anulado la Orden EDU/193/2021, de 13 de octubre, por la que se organizan las enseñanzas de formación profesional inicial en la modalidad de educación no presencial; en esta sentencia el Tribunal se hace eco de la doctrina de la *Comissió Jurídica Assessora* en la que se mantiene que, si bien el trámite previsto en el artículo 69 de la Ley 19/2014 es potestativo, es necesario que la Administración instructora incorpore en la memoria general una valoración de las razones que han motivado realizar o no dicho trámite. El Tribunal recuerda que se trata de una decisión controlable en vía administrativa y que la fundamentación de su omisión se debe llevar a cabo tomando en consideración, tal como indica el mismo artículo 69.1 de la Ley 19/2014, la importancia del proyecto normativo o la materia que regula.

De acuerdo con el apartado 2 del artículo 69, en este trámite de participación ciudadana se debe facilitar la versión inicial del proyecto normativo y la documentación complementaria que lo acompaña, así como dar información sobre el estado de la tramitación. De ello, el Dictamen deduce que no es equivalente a la consulta regulada en los artículos 66 *bis* de la Ley 26/2010 y 133.1 de la LPAC, que posteriormente se comentará, que regulan una consulta en relación con la evaluación preliminar de la iniciativa, y, por tanto, de carácter previo a la elaboración del proyecto de reglamento.

En definitiva, el artículo 69 de la Ley 19/2014 regula una participación ciudadana que difícilmente casa con el procedimiento de redacción y aprobación de reglamentos locales anteriormente expuesto, ya que se sitúa cronológicamente al inicio de la tramitación del procedimiento de aprobación, cuando ya existe “la versión inicial del proyecto normativo”. Según el Dictamen, “este planteamiento no genera ninguna disfunción en el procedimiento de aprobación de reglamentos de la Generalitat (en el que se prevé una única aprobación), pero sí en los reglamentos locales, ya que la evacuación del trámite obligaría a realizar dos trámites de audiencia e información pública”.

Por lo que se refiere al resto de obligaciones relativas a la transparencia, conviene recordar que la tramitación del procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias de los entes locales debe ser objeto de pu-

ministrativo, Sección Segunda, n.º rec. 515/2027, que anuló el Decreto 73/2017, de 20 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto de las bebidas azucaradas envasadas; y la Sentencia 988/2020, de 4 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, n.º rec. 286/2018, del mismo tribunal, que anuló el Decreto 175/2018, de 21 de julio, del régimen electoral de las cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación de Cataluña.

blicidad activa (es lo que se ha denominado “huella normativa”). Según las previsiones de los artículos 10.1 y 69.2 de la Ley 19/2014, las Administraciones han de publicar en el Portal de Transparencia la documentación que forma parte del expediente de elaboración normativa antes de la aprobación definitiva del proyecto reglamentario, si bien el momento temporal de la publicación, de acuerdo con el artículo 7, letra c), de la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno⁷, no se ajusta al procedimiento de aprobación de normas reglamentarias locales, ya que este no requiere el dictamen del órgano consultivo (Consejo de Estado o *Comissió Jurídica Assessora*), tal como prevé el citado artículo para determinar el momento de publicación de los proyectos.

La información que se debe publicar, más extensa que la prevista en el artículo 63.2 del ROAS, es la relativa a las decisiones y actuaciones que tengan relevancia jurídica prevista en el artículo 10 de la Ley 19/2014. Así, en el apartado 1 de dicho artículo se prevé que hay que hacer públicos los procedimientos normativos en curso de elaboración, con la indicación del estado de tramitación en que se encuentran (letra c) y las memorias y los documentos justificativos de la tramitación de los proyectos o anteproyectos normativos, los distintos textos de las disposiciones y la relación y valoración de los documentos originados por los procedimientos de información pública y participación ciudadana y por la intervención de los grupos de interés, en su caso (letra d).

Por último, la disposición final tercera de la misma Ley 19/2024, apartado segundo, establece que los entes locales deben adoptar las medidas normativas y ejecutivas necesarias para desarrollar esta ley de acuerdo con el principio de autonomía organizativa.

4.4

El trámite participativo del artículo 133 de la LPAC: consulta pública previa a la redacción del proyecto normativo

El artículo 133 de la LPAC prevé la consulta pública previa en los siguientes términos:

“1. Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la

7. Conviene recordar que, salvo algunas excepciones, los preceptos de dicha ley se amparan indistintamente en los títulos competenciales previstos en los artículos 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución.

opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

[...]

3. La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia.

4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presu-puestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organiza-ciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen.

Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella”.

El Dictamen recurre al voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo 150/2024, de 31 de enero de 2024, n.º rec. 911/2022, para determinar la finalidad de dicho trámite:

“[...] instrumentar la participación ciudadana en los procedimientos de elaboración de las disposiciones administrativas que deriva de los mandatos contenidos en los arts. 9.2 y 105.a CE, pero a diferencia del trámite de audiencia, de viejo anclaje en nuestro derecho que se articula sobre el proyecto de norma ya redactado, el de consulta pública del que aquí tratamos, que se introduce por primera vez en la Ley 39/2015, se realiza antes de redactarse el proyecto normativo, permitiendo con ello a la Administración tener un conocimiento directo de la percepción por los destinatarios de la norma de la concreta realidad que va a someterse al proceso normativo, de la necesidad u oportunidad de éste, de sus

objetivos, problemas a solucionar o alternativas posibles, y todo ello, antes de su plasmación en un texto. [...] el trámite que analizamos es un complemento o garantía adicional a la participación ciudadana en la elaboración de normas reglamentarias a través del tradicional trámite de audiencia, participación que, no se olvide, debe armonizarse con el también principio constitucional de eficacia en la actuación de la Administración (art. 103.1 CE)”.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el Gobierno de la Generalitat interpuso un recurso de inconstitucionalidad en relación, entre otros preceptos, con los artículos 127 a 133 de la LPAC, relativos a la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos, por considerar que se vulneraba el artículo 68 del EAC sobre las funciones, composición, organización y cese del Gobierno de la Generalitat, y se producía una lesión de las competencias autonómicas relativas a la organización, el régimen jurídico y el procedimiento de las Administraciones públicas catalanas (previstas en los artículos 150 y 159 del EAC). Dicho recurso fue resuelto por la STC 55/2018, de 24 de mayo, en la que el Alto Tribunal declaró, respecto del transcrito artículo 133 de la LPAC, que el apartado primero, inciso primero (“Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública [...]”), y el apartado cuarto, primer párrafo (“Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen”), contenían normas que podían considerarse bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (ex artículo 149.1.18 CE), aplicables, en consecuencia, a la elaboración de reglamentos autonómicos. En cambio, por lo que se refiere al resto de previsiones del artículo 133, el Tribunal considera que regulan cuestiones procedimentales de detalle y, por tanto, vulneran las competencias estatutarias de las comunidades autónomas en relación con la elaboración de sus disposiciones administrativas. A la vista de lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que el artículo 133 de la LPAC, salvo los citados fragmentos del apartado 1 y 4 que considera básicos, es contrario al orden constitucional de competencias, de tal manera que resultan inaplicables a las comunidades autónomas. Sin embargo, dicha declaración no comporta la nulidad de dichos apartados, ya que este precepto se aplica en el ámbito estatal (fundamento jurídico 7.c).

La doctrina de la *Comissió* se ha hecho eco del citado pronunciamiento del Alto Tribunal, puesto que el órgano consultivo ha considerado que

en la determinación del marco jurídico aplicable a la elaboración de disposiciones reglamentarias de la Administración de la Generalitat se debían tener en cuenta las previsiones de la LPAC, interpretada según la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo, del Tribunal Constitucional, en la que se declara que algunos preceptos son contrarios, de una manera total o parcial, al orden constitucional de distribución de competencias, y, por tanto, no aplicables a los procedimientos de elaboración de reglamentos per la Generalitat (dictámenes 175/2018, 10/2019 y 103/2019, entre muchos otros).

Como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene la vigencia de los preceptos del Título VI de la LPAC que ha declarado que invaden las competencias de las comunidades autónomas en relación con los reglamentos de la Administración del Estado. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 108/2023, de 31 de enero, dictada en el recurso n.º 4791/2021, se pronuncia sobre el alcance de este pronunciamiento respecto de las entidades locales en estos términos:

“Es importante señalar que el título competencial en que se basa esta regulación es, según recuerda la STC 55/2018, que cita a su vez la STC 91/2017, el relativo a las ‘bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas’, establecido en el art 149.1.18 CE. [...]”

Aunque tal declaración de inconstitucionalidad no se extiende explícitamente al ámbito de las Administraciones Locales, sí tiene relevancia en tanto que la declaración de inconstitucionalidad se sustenta en el carácter no básico de esta regulación, salvo los dos puntos ya exceptuados, y ello por cuanto el título competencial del Estado para regular el régimen local es aquí el mismo en que se fundamenta la regulación del art. 133 de la LPAC, esto es, las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, ex art. 149.1.18 CE. Luego, lo que no constituye legislación básica respecto a las Comunidades Autónomas, tampoco puede tener tal consideración de legislación básica respecto a la Administración local.

Por consiguiente, hay que partir de esta premisa: el primer párrafo del art. 133, en su primer inciso, que establece la obligatoriedad de una consulta pública (‘Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública’) es básico, al amparo del art. 149.1.18 CE, bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, y, como tal, aplicable también a las Administraciones Locales. A partir de aquí, la consulta pública resultaría, en términos generales, obligatoria, si bien los demás aspectos de su realización, elementos que con mayor grado de detalle se regulan en el contenido restante del apartado 1 del art. 133 de la LPAC, no son normas

básicas y, por tanto, no son aplicables directamente más que a los reglamentos estatales, no así a los reglamentos autonómicos y tampoco a los reglamentos en el ámbito de la Administración local. Todo ello, sin perjuicio de su aplicabilidad como norma supletoria, por su carácter de derecho estatal (art. 149.3 CE)”.

En virtud de la jurisprudencia citada, el dictamen concluye que, si bien las previsiones básicas que exigen llevar a cabo una consulta previa a la gestación de la futura norma reglamentaria son aplicables a la Administración local, no lo son, en cambio, las que el Tribunal Constitucional declara inaplicables a las comunidades autónomas porque el legislador estatal se ha extralimitado en la fijación de las bases.

Por otro lado, tampoco tienen idénticas naturaleza y finalidad el trámite del artículo 133.1 de la LPAC y el de participación ciudadana del artículo 69 de la Ley 19/2014, que se sustancia en un momento procedimental posterior, con el objeto de someter a valoración el contenido de la versión inicial del proyecto normativo. La *Comissió Jurídica Assessora* ha puesto de manifiesto estas diferencias en diversos dictámenes (por todos, el Dictamen 150/2018).

Por último, el órgano consultivo considera oportuno hacer una breve referencia al trámite que prevé el artículo 133.2 de la LPAC, posterior a la consulta previa y relativo al momento procedimental en el que ya se dispone del texto de la iniciativa, aunque no resulte aplicable a las Administraciones catalanas, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional precitada. Según el Dictamen, este trámite se fundamenta en la conformación clásica del trámite de audiencia de los proyectos de reglamentos, si bien con la redacción de la LPAC se amplía su ámbito subjetivo y se configura como una *exposición pública* abierta a toda la ciudadanía y que, en contra de su nueva naturaleza, mantiene la denominación de *audiencia* (adicionalmente, se prevé que pueda recabarse la opinión de los interesados más directos—que sí que constituye una audiencia en sus propios términos—). Como se ha expuesto anteriormente, con ocasión del estudio de los preceptos pertinentes de la Ley 26/2010, este trámite de audiencia, entendido como trámite previo a la aprobación de la norma reglamentaria, también se prevé en el artículo 67 de dicha ley y puede tener sentido en los ámbitos de la Administración General del Estado y de la Administración de la Generalitat, en los cuales se prevé una aprobación única de la normativa reglamentaria; en cambio, no lo tiene en el ámbito local, como se ha especificado también respecto del artículo 69 de la Ley 19/2014, si se entiende como un trámite diferenciado del que regula el artículo 49.b) de la LBRL, ya que, si fuera preceptivo, comportaría una absurda duplicación: en primer lugar antes de la aprobación inicial del reglamento, y en segundo lugar entre la aprobación inicial y la definitiva.

4.5

Regla de preferencia en la aplicación de la legislación especial a determinados procedimientos

Como se ha expuesto anteriormente, los artículos 178 del TRLMRLC y 49 de la LBRL regulan el procedimiento general de elaboración de las disposiciones de carácter general en el ámbito local. Sin embargo, esta misma legislación también contiene previsiones específicas relativas a los reglamentos orgánicos de los respectivos municipios. Además, la legislación sectorial prevé procedimientos específicos; por ejemplo, la legislación tributaria regula los procedimientos de elaboración de ordenanzas tributarias y la legislación urbanística prevé los procedimientos de elaboración de los planes urbanísticos.

La LPAC, que es la norma general en materia de procedimiento y es posterior a las leyes que regulan los citados procedimientos específicos, muestra una vocación de aplicación a los entes locales. Así, el artículo 128.1 de la LPAC se refiere a la potestad reglamentaria de los órganos de Gobiernos locales, aunque lo hace en términos generales⁸, y el artículo 133.4 de la misma norma incluye a la Administración local cuando prevé: “Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen”.

Al respecto, el ente local que insta la consulta plantea si, al amparo de la disposición adicional primera, primer apartado, de la LPAC, son de aplicación preferente las leyes especiales por razón de la materia que regulan la elaboración de ordenanzas y reglamentos locales. Dicha disposición adicional, que no se refiere específicamente a los procedimientos de elaboración de las ordenanzas, establece: en primer lugar, la preferencia de las leyes especiales en relación con la no aplicabilidad de determinados trámites de la LPAC o la regulación de trámites adicionales; y, en segundo lugar, la supletoriedad de la LPAC en determinados procedimientos especiales.

8. El artículo 128 de la LPAC, bajo la rúbrica “potestad reglamentaria”, establece: “1. El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de la Nación, a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo establecido en sus respectivos Estatutos, y a los órganos de gobierno locales, de acuerdo con lo previsto en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local”.

La mencionada disposición adicional primera prevé, bajo la rúbrica: “Especialidades por razón de la materia”, literalmente:

“1. Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales.

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

a) Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa.

b) Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo.

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

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

Para dirimir esta cuestión, el Dictamen considera que conviene analizar los pronunciamientos del Tribunal Supremo mencionados en el escrito que formula la consulta, porque se pronuncian específicamente sobre la aplicabilidad del trámite de consulta pública previa regulado en el artículo 133 de la LPAC a los procedimientos especiales de elaboración de disposiciones de carácter general en el ámbito local. En todos estos pronunciamientos jurisdiccionales se aborda, como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, si en la elaboración de las ordenanzas locales (fiscales, urbanísticas o reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias) se debe observar el trámite previsto en el artículo 133 de la LPAC con carácter previo a su aprobación inicial y, en caso de ser así, si su omisión constituye un defecto formal no subsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho.

a) Exégesis de la Sentencia del Tribunal Supremo 108/2023, de 31 de enero, dictada en el recurso de casación n.º 4791/2021, promovido por el Ayuntamiento de Barcelona contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 28 de abril de 2021, que estimó un recurso formulado contra una ordenanza fiscal, por la omisión del trámite de consulta regulado en el artículo 133 de la LPAC

En este caso, la sentencia de instancia consideraba que dicha omisión constituía un vicio formal no subsanable y constitutivo de nulidad de pleno

derecho al amparo del artículo 47.1.e) de la LPAC, y advertía que la Administración local no había justificado la omisión del trámite. La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si es necesario llevar a cabo el trámite del artículo 133 de la LPAC o si, en cambio, de conformidad con lo que dispone la disposición adicional primera de la LPAC, es suficiente seguir el procedimiento previsto en los artículos 15 a 19 del TRLHL.

Después de examinar la aplicabilidad del artículo 133 de la LPAC a raíz de lo declarado por la STC 55/2018, de 24 de mayo, el Tribunal Supremo analiza el alcance de la disposición adicional primera de la LPAC, centrándose en los siguientes puntos:

a1) Carácter especial de la legislación de Haciendas locales

“Aunque se ha sostenido que las excepciones que menciona expresamente el número 2 de la DA 1ª se refieren a procedimientos relativos a actos administrativos, lo cierto es que la previsión de la Disposición Adicional Primera, número 1, se basa en la aplicación preferente, por mandato de la propia Disposición Adicional Primera LPAC, de la regulación de procedimientos, de todo tipo, contenidos en las leyes especiales por razón de la materia. Lo que exige determinar, en este caso, si la legislación de haciendas locales, en la que se regula el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales, es una ley especial por razón de la materia. Y en tal sentido, es importante recordar que esta característica de legislación especial es proclamada por la propia Ley de Bases de Régimen Local, en su art. 111, que previene que ‘[...] Los acuerdos de establecimiento, supresión y ordenación de tributos locales, así como las modificaciones de las correspondientes Ordenanzas fiscales, serán aprobados, publicados y entrarán en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en las normas especiales reguladoras de la Imposición y Ordenación de tributos locales, sin que les sea de aplicación lo previsto en el artículo 70.2 en relación con el 65.2, ambos de la presente Ley [...]’. Es decir, para la propia LBRL la de haciendas locales es una legislación especial en atención a la materia que regula”.

a2) Consecuencias del carácter especial de la legislación de Haciendas locales en relación con la disposición adicional primera de la LPAC: no aplicación de la consulta pública previa del artículo 133.1 de la LPAC

“Esta condición de procedimiento establecido por una ley especial por razón de la materia, al amparo de la Disposición Adicional Primera,^{1ª} LPAC, determina que sean de aplicación las normas específicas del procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales, contenidas actualmente en el art. 17 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL) tanto respecto a la no exigencia de trámites previstos en la LPAC, como es la consulta pública previa del art. 133.1 de la LPAC, como respecto a los tramites adicionales o distintos que se prevén en el TRLHL. Por lo demás, es de reseñar que las reglas procedimentales del art. 17 del TRLHL establecen en sí mismas un procedimiento completo que resulta aplicable por efecto de la ley especial por razón de la materia, sin que pueda considerarse, en modo alguno, que resulte necesario acudir a ninguna norma supletoria, ex art. 149.3 CE, para completar la regulación del procedimiento, por lo que tampoco por esta vía puede ser de aplicación la regulación contenida en el art.133.1 de la LPAC”.

a3) No adecuación de la consulta pública previa del artículo 133.1 de la LPAC a las características de la participación pública en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales en el ámbito local

“Por último, no está de más recordar que la potestad tributaria local no es una potestad originaria, sino derivada (art. 133.2 CE), que requiere del previo ejercicio por el Estado de la potestad originaria para crear y establecer tributos locales (art. 133.1 CE), que pueden ser obligatorios o potestativos, pero que, en todo caso, son creados y regulados -con mayor o menor exhaustividad dependiendo de su carácter facultativo u obligatorio- mediante el ejercicio de una potestad normativa que habilita los elementos esenciales de tributo, sin perjuicio del limitado ámbito de ejercicio de la potestad reglamentaria que en este ámbito tributario corresponde a las Entidades Locales. De ahí que el sentido y alcance de la consulta pública previa a la elaboración del proyecto de norma reglamentaria, que es lo singular y propio de la consulta pública previa del art. 133.1 de la LPAC no se acomode, en la concisa y genérica forma que dispone el primer inciso del art. 133.1 de la LPAC, a las características de la participación pública en el procedimiento de elaboración de la ordenanza fiscal en el ámbito local, pues esta iniciativa de ordenanza fiscal debe partir, en todo caso, de un conjunto de elementos normativos que resultan previamente impuestos, bien que con extensión variable, por

la ley estatal. Lo expuesto aconseja que la loable finalidad de robustecer los mecanismos de participación ciudadana en la elaboración de ordenanzas fiscales se acometa, si se estimase necesaria reformar los mecanismos de participación pública ciudadana, mediante la oportuna reforma de esta legislación que es especial por razón de la materia, atendiendo a la singular conformación del ejercicio de la potestad reglamentaria local en materia fiscal”.

Según el Dictamen, con esta argumentación el Tribunal Supremo fija como criterio interpretativo sobre la citada cuestión de interés casacional que el artículo 17 del TRLHL, regulador del procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales locales, es legislación especial por razón de la materia. Por tanto, de conformidad con la disposición adicional primera de la LPAC, el trámite de consulta pública del artículo 133 de la LPAC no resulta exigible como trámite previo a este procedimiento.

b) Exégesis de la Sentencia del Tribunal Supremo 133/2023, de 6 de febrero, dictada en el recurso de casación n.º 1337/2022, interpuesto por la Generalitat de Cataluña y el Ayuntamiento de Barcelona contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 28 de octubre de 2021, que estimó el recurso ordinario contra la aprobación definitiva de la modificación de las Normas urbanísticas del Plan General Metropolitano que regulan los aparcamientos de Barcelona, declarando nulas las citadas Normas por la omisión del trámite preceptivo previsto en el artículo 133.1 de la LPAC

La cuestión sobre la que se concreta el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar, en este caso, si en la elaboración de los instrumentos de ordenación urbanística resulta aplicable el trámite previsto en el artículo 133.1 de la LPAC. El Tribunal Supremo analiza el marco jurídico de aplicación, citando el texto refundido de la Ley de urbanismo (TRLUC), aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, y el texto refundido de la Ley del suelo y rehabilitación urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, y concluye que la regulación del procedimiento para aprobar los instrumentos de ordenación es regulación sectorial especial, y desplaza la aplicación de los principios generales establecidos en la LPAC sobre el procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Lo hace abordando los siguientes puntos:

b1) La legislación sectorial en materia de urbanismo, cuya aprobación es competencia de las comunidades autónomas, establece un proce-

dimiento específico para la aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de ordenación

“Sirva lo expuesto para constatar que, en el ámbito urbanístico, la legislación sectorial, ahora competencia de las Comunidades Autónomas, contempla una normativa que regula pormenorizadamente la materia, de tal forma que la regulación de un procedimiento específico para la aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de ordenación comporta la no aplicación de la normativa general de aprobación de las disposiciones generales. Buen ejemplo de lo expuesto es la misma sentencia de este Tribunal Supremo que se cita en la sentencia recurrida, la de 30 de septiembre de 2008, dictada en el recurso de casación 5818/2004 (ECLI:ES:TS:2008:5395), en la que se declara la nulidad de la aprobación de unos instrumentos de ordenación urbanístico y precisamente por la omisión del trámite de participación ciudadana, pero no por vulnerar la entonces vigente Legislación estatal en materia de procedimiento para la aprobación de las normas reglamentarias, sino por vulneración de la propia normativa, entonces estatal, en materia de urbanismo”.

b2) No es aplicable en la aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística la normativa contenida en la LPAC para el procedimiento de aprobación de las disposiciones reglamentarias

“A la vista de lo razonado debemos concluir, dando respuesta a la cuestión casacional objetiva que se suscita, que no rigen en la aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística la normativa contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para el procedimiento de aprobación de las disposiciones reglamentarias, sin perjuicio de que pudiera establecerse remisión expresa en la normativa autonómica”.

En tal sentido, el Dictamen añade que el TRLUC regula los actos preparatorios, los plazos de formulación y tramitación y el procedimiento específico para aprobar los diferentes instrumentos de planeamiento urbanístico, general y derivado (artículos 73 a 92 del TRLUC). Entre los actos preparatorios de la formulación del planeamiento se hallan la aprobación del programa y la publicación del programa de participación ciudadana (artículos 15.2 y 21 del TRLUC) y la información pública del avance del plan —trámite obligatorio en la formulación de planes de ordenación urbanística municipal y potestativo para el resto de los planes—. Además, se prevé abrir una consulta pública para valorar la conveniencia y la oportunidad de aprobar o modificar planea-

miento, con la posible suspensión de tramitación y licencias (artículos 73 y 74). Esta normativa especial desplaza la normativa general de la LPAC y, por tanto, la consulta previa prevista en el artículo 133 de dicho cuerpo legal.

c) Exégesis de la Sentencia del Tribunal Supremo 1453/2023, de 16 de noviembre, dictada en el recurso de casación núm. 7629/2021, interpuesto por un ayuntamiento de Galicia contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de julio de 2021, que anuló el acuerdo de aprobación definitiva de la modificación de una ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributaria por los servicios vinculados al ciclo integral del agua.

En este caso, el interés casacional objetivo consiste en determinar si en la elaboración de las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias se debe observar el trámite previsto en el artículo 133.1 de la LPAC previamente a su aprobación inicial o si, al contrario, en la elaboración de este tipo de disposiciones, es suficiente con respetar el procedimiento previsto en el artículo 49 de la LRBRL y, en definitiva, si en el caso de no cumplir con el trámite del citado artículo 133.1, se está ante un defecto formal y constitutivo de nulidad de pleno derecho o no.

En el fundamento jurídico primero, el Tribunal Supremo advierte que, en el caso que se juzga, los argumentos para prescindir del trámite no tienen que coincidir con el criterio de la STS 108/2023, de 31 de enero, analizada anteriormente, porque en dicha ocasión se impugnaba una ordenanza fiscal (OF), mientras que, en el presente recurso, la ordenanza no tiene naturaleza fiscal, sino que regula una prestación patrimonial de carácter público no tributaria por los servicios vinculados al ciclo integral del agua. En dicho sentido el Tribunal añade, en el fundamento de derecho quinto, que las referencias efectuadas en el escrito de interposición a una eventual equiparación o proximidad procedimental entre las ordenanzas municipales fiscales y las que no lo son no justifican la aplicación automática de aquella sentencia al caso que ahora se juzga. Y, en el fundamento de derecho sexto, centra su argumentación en los siguientes puntos:

c1) Obligatoriedad de la consulta pública previa prevista en el artículo 133.1 de la LPAC respecto de las ordenanzas locales ajenas a las materias previstas en la disposición adicional primera de la LPAC

“La consulta previa del art. 133.1 de la LPACAP es obligatoria respecto de las ordenanzas locales ajenas a las materias de la Disposición Adicio-

nal primera LPACAP, salvo que por causas legalmente previstas pueda prescindirse de dicho trámite:

[...] en el presente caso, el principio de especialidad, proclamado en la Disposición Adicional Primera de la LPACAP, no permite excepcionar la consulta pública en el procedimiento de elaboración de la ordenanza local.

En efecto, a tenor de lo indicado en la expresada sentencia 108/2023 de 31 de enero, la excepción prevista en la Disposición Adicional Primera de la LPACAP no viene referida, con carácter general, a cualquier ordenanza o disposición administrativa de carácter general local, sino que –por lo que concernía a aquel asunto–, se refiere a las ordenanzas fiscales. [...]

En fin, mantiene (el Ayuntamiento) ‘la existencia de una normativa, como es el artículo 49 de la LBRL y en semejantes términos el artículo 17 TRLSL, que regula de manera específica el trámite de elaboración de estas normas y que debería regir únicamente atendiendo al principio de especialidad que establece la D.A. 1 de la LPACAP...’

Sin embargo, a juicio de esta Sala no es posible extender la especialidad prevista para las ordenanzas fiscales con relación a la elaboración de otras ordenanzas o disposiciones generales sobre cualesquiera otras materias que no aparezcan comprendidas en la referida Disposición Adicional primera de la LPACAP”.

c2) El principio de especialidad no reside en el procedimiento, sino en la materia

“No podemos avalar, como parece sugerir el Ayuntamiento recurrente, que el principio de especialidad resida en el procedimiento mismo de elaboración de la ordenanza sin que trascienda a la propia materia que, en cada caso, constituya el objeto de regulación de la ordenanza. En efecto, la no exigencia de los trámites previstos en la LPACAP (en este caso, la consulta pública de su artículo 133) viene referida a procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia, como certeramente mantiene la sentencia recurrida al afirmar que ‘falta en el caso de autos a diferencia de lo que sucede con las OF, la especialidad por razón de la materia de la Ley’.

En consecuencia, a los fines de la Disposición Adicional primera de la LPACAP, la LBRL no conforma *per se* ese concepto pues, ha de estarse a las materias específicas que contempla el apartado segundo de la Disposición Adicional primera, entre otras, la tributaria, materia cuya

naturaleza es diferente de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias y, por supuesto, del servicio objeto de financiación, en este caso, el vinculado al ciclo integral del agua”.

Todo ello lleva al Tribunal Supremo a concluir, en el fundamento de derecho séptimo, que la consulta previa del artículo 133 de la LPAC es obligatoria respecto de las ordenanzas locales que, como las reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, no afecten a materias de la disposición adicional primera de la LPAC, salvo que pueda prescindirse de este trámite por causas legalmente previstas. Y añade que, al efecto de una ordenanza local, son causas legalmente previstas para prescindir del trámite de consulta previa las previstas en el primer párrafo del artículo 133.4 de la LPAC⁹, que tiene carácter de legislación básica, así como las que pueda establecer la legislación autonómica.

Esta última sentencia es relevante en relación con la consulta, porque en último término la entidad local plantea si, al amparo de la disposición adicional primera, primer apartado, de la LPAC, se debe considerar que son de aplicación preferente las leyes que regulan la elaboración de ordenanzas y reglamentos locales. Conviene recordar que esta disposición, en el primer apartado, se refiere genéricamente a leyes especiales por razón de la materia, y, en el segundo, no alude al procedimiento de elaboración de las ordenanzas y los reglamentos municipales, sino, específicamente, a determinados procedimientos tributarios, en materia de Seguridad Social y desocupación, sancionadores en determinados ámbitos, y en materia de extranjería y asilo. Por este motivo, y de acuerdo con el criterio interpretativo reiterado del Tribunal Supremo que se acaba de exponer, el Dictamen responde a esta cuestión en sentido negativo. En una línea similar se puede citar la Sentencia 166/2022, de 31 de marzo, n.º rec. 374/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que declara la nulidad del Proyecto de Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo Municipal de Recursos Contractuales, por haber prescindido del trámite de consulta previa del artículo 133 de la LPAC, así como las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 609/2023, de 15 de diciembre, n.ºs rec. 253/2022 y 630/2023, y de 19 de diciembre, n.º rec. 226/2022, que avalan la exigibilidad del trámite del artículo 133 en el procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas locales, salvo en el caso de las de carácter fiscal.

9. El citado precepto establece: “4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen”.

5 Conclusión del Dictamen

De acuerdo con los fundamentos jurídicos del Dictamen, la *Comissió Jurídica Assessora* concluye, respecto a cada una de las cuestiones de la consulta planteada, lo siguiente:

1. Respecto de la cuestión: “¿Cuándo se han de efectuar las consultas públicas, los trámites de audiencia y las fases de información pública en los procedimientos de elaboración de reglamentos y ordenanzas municipales?”

De acuerdo con la disposición adicional primera de la LPAC, las ordenanzas y los reglamentos municipales reguladores de materias que no se puedan considerar incluidas en esta disposición quedan sujetos a la consulta pública exigida en el artículo 133.1, con las excepciones identificadas en el primer párrafo del artículo 133.4, ambos de la LPAC, y las que establezca la legislación autonómica. El propio Tribunal Supremo ha indicado que dicha consulta pública previa es obligatoria respecto de las ordenanzas locales que no afecten las materias identificadas en la disposición adicional primera de la LPAC (Sentencia 1453/2023).

En cambio, los procedimientos de elaboración de ordenanzas municipales regulados en leyes especiales por razón de la materia se rigen por lo que disponen estas leyes especiales, y por tanto, en estos casos, no resulta de aplicación el trámite participativo adicional de consulta pública previa establecido en el artículo 133.1 de la LPAC. El Tribunal Supremo se ha referido a las ordenanzas tributarias en la Sentencia 108/2023, y específicamente a los instrumentos de planeamiento urbanístico en la Sentencia 133/2023. En el mismo sentido, el artículo 60.2 del ROAS dispone que, para aprobar y modificar las ordenanzas fiscales y las de edificación y uso del suelo, se debe seguir el procedimiento que prevé la legislación específica aplicable.

Por lo que respecta al momento procedimental de realización, la consulta pública previa del artículo 133.1 es, en términos cronológicos, un trámite que hay que efectuar antes de la elaboración del proyecto de reglamento, igual que el que prevé el artículo 66.bis de la Ley 26/2010. En este momento, todas las opciones de regulación (incluso la no regulación) están todavía abiertas, lo que garantiza que las opiniones de los destinatarios potenciales de la norma y de todos aquellos que quieran hacer aportaciones puedan ser debidamente valoradas y ponderadas antes de la aprobación inicial de la disposición de carácter general.

Una vez finalizada la consulta previa y elaborado el anteproyecto normativo, el ente local puede acordar potestativamente, si lo considera conveniente, el trámite participativo del artículo 69 de la Ley 19/2014. Consecuen-

temente, este trámite es diferente del que prevé el artículo 133.1 de la LPAC, puesto que se reserva para un momento posterior, cuando el reglamento u ordenanza ya ha sido aprobado inicialmente; además, incorpora el examen de un texto normativo, mientras que el trámite previo de la LPAC tiene por objeto recoger la opinión de los ciudadanos y organizaciones más representativas sobre cuestiones de índole primigenia (necesidad y oportunidad de la aprobación de la norma; objetivos que persigue; posibles soluciones alternativas; etc.) planteadas en el documento informativo.

Finalmente, se debe sustanciar el trámite de información pública y audiencia regulado en los artículos 178 del TRLMRLC y 49 de la LBRL. Este trámite tiene carácter preceptivo.

2. Con relación a la cuestión: “¿Cómo se han de efectuar las consultas públicas, los trámites de audiencia y las fases de información pública en los procedimientos de elaboración de reglamentos y ordenanzas municipales?”

La consulta previa exigida por el artículo 133.1 de la LPAC para los procedimientos de elaboración y aprobación de las normas reglamentarias locales va dirigida a los sujetos y las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma. Ni la LPAC ni la legislación de régimen local establecen cómo se ha de sustanciar este trámite; pero, como se ha expuesto anteriormente, los entes locales pueden replicar la estructura del proceso participativo previsto en el artículo 46 de la Ley 10/2014 o bien ordenar los trámites en un reglamento orgánico municipal. La consulta debe vehicularse por medios electrónicos (Portal de Transparencia, sede electrónica de la corporación local), en virtud de lo que establece el artículo 133.1 de la LPAC. En la convocatoria, se ha de indicar el título de la futura norma y las fechas de inicio y finalización de la consulta y adjuntar un documento informativo que contenga las cuestiones que son objeto de este trámite (objetivos de la norma; necesidad y oportunidad de su aprobación; etc.). Al acabar la consulta, el ente local debe elaborar un documento de valoración de las aportaciones y propuestas recibidas.

Posteriormente a la redacción del anteproyecto normativo, como se ha expuesto anteriormente, y previa la publicación de la documentación prevista en el artículo 69.2 de la Ley 19/2014 en el Portal de Transparencia, se puede acordar el trámite de participación ciudadana del artículo 69 de dicha ley, mediante la convocatoria correspondiente, con la indicación del plazo de presentación de propuestas y sugerencias. Una vez finalizado el plazo, se debe redactar un informe con el resultado del trámite y estimarlas o desestimarlas.

En cuanto al trámite de información pública y de audiencia, se sustancia simultáneamente, si bien los sujetos participantes son diferentes (la ciudadanía en el primer caso, y las personas físicas o asociaciones y organi-

zaciones reconocidas legalmente que puedan ver afectados sus derechos o intereses legítimos por la futura norma en el segundo caso). El artículo 133.2 de la LPAC no tiene carácter básico, de forma que hay que acudir a los artículos 49.b) de la LBRL, 178.1.b) del TRLMRLC y 63 del ROAS para determinar cómo llevarlo a cabo. Así, este trámite único y preceptivo se realiza una vez el plenario municipal ha aprobado inicialmente el anteproyecto normativo. Más concretamente, en el mismo acuerdo de aprobación se acuerda también someter el proyecto a dicho trámite durante un plazo mínimo de treinta días hábiles a contar desde el día siguiente a la publicación, que puede ser susceptible de ampliación, si así lo dispone el reglamento orgánico de la corporación local. La apertura del trámite ha de ir acompañada de la publicidad activa respecto de la documentación prevista en el artículo 10, apartados primero, letra d), y segundo, de la Ley 19/2014.

3. Respecto a la cuestión: “¿Los ayuntamientos pueden o han de abrir un proceso participativo al inicio de la tramitación del procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos y ordenanzas a las no sea de aplicación la disposición adicional primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas?”

Como se ha indicado en la respuesta a la primera cuestión planteada, en las ordenanzas a las que no es de aplicación la disposición adicional primera de la LPAC se debe realizar la consulta pública previa exigida en el artículo 133.1 de la LPAC.

4. En relación con la cuestión: “¿En qué momento los ayuntamientos deben comunicar a las entidades representativas de los colectivos directamente afectados para que participen en la elaboración de la norma?”

La consulta pública previa se efectúa a través del portal web de las corporaciones locales, como establece el artículo 133.1 de la LPAC. Además de esta publicación, se puede comunicar a las entidades representativas de los colectivos directamente afectados que se inicia la realización del trámite, aunque no es imprescindible porque la consulta pública previa se dirige a la ciudadanía en general.

Si se trata de colectivos directamente afectados, se les ha de otorgar la audiencia preceptiva, una vez publicada la aprobación provisional de la ordenanza, de acuerdo con la regulación específica de este procedimiento.

La doctrina de la *Comissió* en relación con el alcance subjetivo del trámite de audiencia en procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general de la Administración de la Generalitat se plasma en diversos dictámenes. También se ha pronunciado sobre la necesidad de valorar las alegaciones efectuadas en el trámite de audiencia (dictámenes 59/2023 y 70/2023). Conviene destacar que, en algunas ocasiones, se ha aceptado la

posibilidad de canalizar la audiencia a través de órganos colegiados u organizaciones representativas de los sectores afectados (dictámenes 121/2015, 107/2016, 106/2017, 300/2022 y 200/2023).

Además, en contadas ocasiones, la *Comissió* ha considerado que la realización del trámite de información pública —dirigido a toda la ciudadanía y no específicamente a las personas interesadas— podría sustituir el trámite de audiencia. En el Dictamen 265/2017 se indicó lo siguiente:

“Adicionalmente, se debe tener en cuenta que esta *Comissió Jurídica Assessora* ha considerado suficiente el trámite de información pública en aquellos supuestos en los que los proyectos normativos se dirigen a la ciudadanía en general, sin que, por su contenido específico, se puedan identificar entidades reconocidas por ley representativas de intereses y con finalidades que guarden una ‘relación directa con el objeto de la disposición reglamentaria’, tal como exige el artículo 67.3 de la Ley 26/2010 (dictámenes 236/2011 y 216/2016). En el caso sobre el que se dictamina, a pesar de que se deduce del expediente la inexistencia de entidades representativas y de intereses directamente afectados por la regulación, se considera que dicha circunstancia se tendría que motivar adecuadamente en el expediente y, en particular, en el apartado de la memoria general referido a la relación de personas y entidades a las que se ha de otorgar el trámite de audiencia”.

5. Finalmente, en cuanto a la cuestión: “¿Cuál de las variantes planteadas en esta memoria es la que mejor se ajusta al marco legal aplicable en la elaboración de reglamentos y ordenanzas que no se regulen por una normativa específica de conformidad con las sentencias del Tribunal Supremo 108/2023, de 31 de enero y 133/2023, de 6 de febrero?”

Se ha dado respuesta a esta cuestión en los apartados anteriores. Resulta de aplicación el procedimiento regulado en los artículos 49 de la LBRL y 178 del TRLMRL, junto con la exigencia de una consulta pública previa de carácter preceptivo, si no se refiere a una materia tributaria o urbanística, o, en general, si no corresponde a ninguna materia prevista en la disposición adicional primera de la LPAC, salvo que se pueda omitir el trámite de acuerdo con el primer párrafo del artículo 133.4 de la LPAC.

En el ámbito local, no parece lógica la realización duplicada del trámite de información pública y audiencia. Por ello, en caso de que se considere oportuno acordar la sustanciación del trámite del artículo 69 de la Ley 19/2014, se considera que este debería realizarse antes de la aprobación inicial del anteproyecto normativo. Por tanto, el trámite de información pública y audiencia se ha de sustanciar una sola vez, siempre después de dicha aprobación inicial.

Legitimación activa de los herederos en la reclamación de responsabilidad patrimonial: la transmisibilidad *mortis causa* del derecho al resarcimiento no ejercitado. Doctrina del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

ANA RODRÍGUEZ GARCÍA
Letrada del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

1. Introducción
2. Legitimación de los herederos en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial frente a la Administración
 - 2.1. Legitimación *ex iure proprio*
 - 2.2. Ejercicio del *iure hereditatis*
3. Doctrina del Consejo Consultivo del Principado de Asturias
4. Conclusiones

1 Introducción

Es habitual que, fallecida una persona, ejerciten una acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, bien sus herederos por los daños sufridos por aquella, bien sus herederos u otros allegados por el daño que les supone su pérdida.

Diferenciando el ejercicio *iure proprio* del *iure hereditatis* de la acción resarcitoria debe analizarse si, concurriendo los requisitos generales para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tales personas gozan de legitimación activa.

La solución sobre la legitimación activa de los herederos en el caso en el que el causante, pudiendo hacerlo, no ejercitó la acción de responsabi-

lidad patrimonial tendente al resarcimiento del daño padecido no es unánime. En este trabajo se pretende dar una visión general sobre la cuestión, exponiendo la postura mantenida al respecto por el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su Dictamen núm. 262/2023.

2

Legitimación de los herederos en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial frente a la Administración

Ante la muerte del causante, un tercero puede gozar de legitimación activa en un eventual procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, bien *ex iure proprio*, por su propio derecho, por verse perjudicado por el fallecimiento, o bien *ex iure hereditatis*, en el caso del heredero, por el daño sufrido por el causante y siempre que el derecho al resarcimiento pase a integrar la masa hereditaria.

Interesa diferenciar en qué concepto actúa el heredero o perjudicado, así como la naturaleza del derecho afectado para delimitar la legitimación activa de los herederos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

2.1

Legitimación *ex iure proprio*

Cuando los herederos actúan *ex iure proprio* operan las reglas generales en cuanto a los requisitos que deben concurrir para considerar que el daño pueda ser resarcible. La jurisprudencia ha aclarado en numerosas ocasiones que el derecho a ser indemnizado por la muerte de otra persona no surge como *iure hereditatis*, sino como un derecho originario y propio del perjudicado. El derecho a ser indemnizado nace, entonces, por el perjuicio que acarrea la muerte, y lo hace en favor del perjudicado, sea o no heredero. En efecto, la cualidad de heredero puede coincidir, o no, con la de perjudicado, siendo situaciones distintas con efectos jurídicos diferentes. La jurisprudencia exige para reconocer legitimación para reclamar por la muerte de un tercero *ex iure proprio* que las personas, herederas o no, hayan resultado personalmente perjudicadas, por mantener lazos afectivos o por ser económicamente dependientes.

En la práctica, el perjuicio suele presumirse en el caso de ciertos vínculos familiares, como cuando los progenitores reclaman por la muerte del

hijo menor de edad, o cuando el cónyuge supérstite lo hace por el deceso de su consorte. La jurisprudencia se refiere en ocasiones a los parientes más allegados, de entre quienes destacan los miembros de la familia nuclear, casos como los citados, en que el daño se presume. Tratándose de otros parientes deberán acreditarse aquellos lazos o dependencia, o la convivencia.

En suma, el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable *ex iure proprio*, dado que no puede heredarse lo que no formaba parte del patrimonio del *de cuius*; y de ello deriva que la legitimación en tal caso no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a quienes resultan efectivamente perjudicados por el fallecimiento, pues solo las personas vivas son capaces de adquirir derechos. La jurisprudencia es en este punto clara: el derecho indemnizatorio no opera en clave sucesoria, sino que atiende al resarcimiento de un daño real y efectivo, en este caso causado por la muerte de una persona.

2.2

Ejercicio del *iure hereditatis*

Mayores problemas plantea la legitimación como herederos para reclamar los daños sufridos por el causante. Los perjudicados pueden, en su caso, actuar en dos conceptos: como tales y como herederos.

La regla de la que debe partirse es la general: solamente puede transmitirse por vía sucesoria lo que se posee en vida. Conforme el artículo 657 del Código Civil, los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte. El artículo 659 del mismo cuerpo legal expresa que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte.

Previamente debe advertirse la pacífica idea de que la muerte, en sí misma, no es resarcible para el fallecido. Lo que puede llegar a formar parte del caudal relicto es el derecho al resarcimiento por los daños sufridos en vida. Y ello porque se reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados por los daños que sufran en sus bienes y derechos a consecuencia de una actividad de la Administración cuando se den una serie de requisitos.

El artículo 106.2 de la Constitución Española dispone lo siguiente: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”; el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece:

“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”, añadiendo lo siguiente: “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Para analizar los casos en que los herederos sustentan su legitimación en tal cualidad, deben diferenciarse una serie de situaciones.

Existen, como es sabido, derechos personalísimos que son intransmisibles, como los *intuitu personae*, que se extinguen con la muerte.

Respecto a los derechos transmisibles, no resulta controvertido que los herederos puedan ejercitar una acción para ser resarcidos, en cuanto tales, por los daños físicos y morales padecidos por su causante, cuando el derecho litigioso pasa a formar parte de la masa hereditaria. Si quien ha padecido el daño ha iniciado el procedimiento, cabe la subrogación, colocándose el heredero en la posición de su causante en el seno de dicho procedimiento.

En efecto, a tenor del artículo 661 del Código Civil, los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones. Ahora bien, *a contrario sensu*, no podrán sucederle en aquellos derechos que no habían nacido o que no formaban parte de aquel conjunto, que después pasará a formar el caudal relicto.

¿Qué ocurre, entonces, cuando el que habiendo sufrido unos daños no ejercita en vida la acción tendente a que le sean resarcidos? ¿Ostentan los herederos legitimación activa en tales casos?

Cuando la muerte se produce sin que la persona afectada haya presentado la reclamación, no encontramos una solución pacífica ni en la doctrina ni en los pronunciamientos judiciales en la determinación de la legitimación activa del heredero, que reclamaría por unos daños personalísimos.

Autores como Cano Campos* advierten que no debe confundirse el carácter personalísimo de ciertos bienes que sufren el daño resarcible con la naturaleza del derecho al resarcimiento, de naturaleza patrimonial y transmisible *mortis causa*. Los distintos tribunales no mantienen una postura homogénea, lo que ha sido objeto de análisis en el Dictamen núm. 262/2023 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, seguido del Dictamen núm. 136/2024.

* Cano Campos, T. (2013). La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración. *Revista de Administración Pública*, 191, 113-157.

3

Doctrina del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

En sus dictámenes núms. 262/2023 y 136/2024 el Consejo Consultivo del Principado de Asturias aborda supuestos de responsabilidad patrimonial en los que actúan como reclamantes los familiares o herederos de un fallecido. Sus allegados reclaman una indemnización por conceptos como la pérdida de calidad de vida padecida por el finado hasta el momento del deceso, su situación de dependencia, y el daño moral o las previsibles secuelas que habría padecido de seguir con vida.

En el supuesto del Dictamen 262/2023, la fallecida no se encontraba impedida para el ejercicio de la acción y no presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración sanitaria del Principado de Asturias en la que pudieran sucederla sus derechohabientes, tomándose también en consideración que entre el momento en el que se produce y se revela el error diagnóstico y el momento de la muerte pasan varios meses. La reclamación es presentada por el viudo y los hijos en calidad de herederos, entendiendo el citado Dictamen que “ha de ser rechazada al no formularse por daños propios, sino por los sufridos por su madre y esposa, respectivamente, sin que le sucedan en un procedimiento por ella abierto, por lo que carecen de legitimación activa”.

La legitimación de los herederos para reclamar por los daños personales irrogados al causante se admite pacíficamente, como se ha adelantado, en los supuestos en que este hubiera ejercitado la reclamación; fuera de este caso no son uniformes los pronunciamientos judiciales sobre si el título de heredero sustenta la legitimación activa para reclamar por unos daños personalísimos que solo sufrió el causante en vida y no reclamó antes de fallecer.

Así, cabe mencionar que algunos tribunales excluyen la legitimación, pero siempre “atendidas las circunstancias del caso concreto y el estado de salud del paciente” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de abril de 2018 —Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.^a—, ECLI:ES:TSJM:2018:4008), pues ha de admitirse cuando el enfermo se encuentra postrado, impedido o privado de su plenitud de condiciones para discernir y ejercitar el derecho a reclamar el daño.

Se cita igualmente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 15 de enero de 2021 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), ECLI:ES:TSJAS:2021:2, donde se insiste en que “para poder ejercer tal acción a título de heredero es preciso que la masa hereditaria se integre, bien del derecho conquistado a indemnización, bien del derecho liti-

gioso (mediante subrogación), o bien del derecho a obtener una respuesta indemnizatoria, que requiere haber ejercido el interesado tal reclamación en vida. No existe un derecho genérico a reclamar que pueda actualizarse o ejercerse *ex novo* por los herederos, salvo en los casos en que se acredite la imposibilidad del titular de ejercer o formular tal reclamación por no disponer de plazo para ello al fallecer o quedar incapacitado en su voluntad tras la consolidación de los daños o perjuicios”.

Sin embargo, frente a esta tesis restrictiva de la transmisibilidad se alza ya tiempo atrás un sector de la doctrina con apoyo en algunos pronunciamientos judiciales, entre los que destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), ECLI:ES:TS:2012:2078, argumentándose que el derecho del perjudicado a ser indemnizado no nace cuando ejercita la acción resarcitoria, sino antes, cuando se produce el daño y como consecuencia del hecho lesivo que lo provoca —al igual que sucede en las relaciones entre particulares—, y que es entonces cuando surge el derecho de crédito resarcitorio que ingresa en su patrimonio, pasando a formar parte de la masa hereditaria.

Ahora bien, reconocido que el derecho al resarcimiento nace en el momento en que tiene lugar el hecho lesivo, cabe profundizar en la naturaleza de dicho crédito, que no puede desligarse del daño que viene a compensar.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo afirma en su Sentencia de 13 de septiembre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:7648, que “el derecho de la víctima a ser resarcido por las lesiones y daños nace como consecuencia del accidente que causa este menoscabo físico y la determinación de su alcance está (en) función de la entidad e individualización del daño, según el resultado de la prueba que se practique, que no tiene que ser coincidente con la del informe médico-forense. La consolidación posterior de las lesiones supone [...] que la acción puede ejercitarse puesto que la víctima tiene pleno conocimiento del mismo, por lo que es a partir de entonces cuando comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización [...]. En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC. Como señala la Sentencia de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo

que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostentan derecho *-iure hereditatis-* y, por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar”. Guarda este pronunciamiento relación con lo dispuesto en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, cuyo artículo 76 establece lo siguiente: “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar”.

Repara el Dictamen objeto de análisis en que la doctrina que ampara la transmisibilidad cuando el “alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense” se alinea con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2021 —ECLI:ES:TS:2021:807—, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil en recurso extraordinario por infracción procesal. Esta sentencia examina la transmisibilidad *mortis causa* de la acción para que los herederos reclamen la indemnización por los daños corporales y morales sufridos por el causante, y concluye que “el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por estos como perjudicados por su fallecimiento”. Razona la Sala de lo Civil del Alto Tribunal al efecto que “los bienes jurídicos sobre los que recae el daño cuando son la vida, la integridad física, los derechos de la personalidad, tienen carácter personalísimo y, como tales, no son transmisibles por herencia, pero cuestión distinta es el derecho a ser resarcido económicamente por mor de la lesión padecida, en tanto en cuanto goza de la naturaleza de un crédito de contenido patrimonial, que no se extingue por la muerte del causante (art. 659 CC)”. En suma, se reconoce la transmisibilidad *mortis causa* del derecho al resarcimiento por el daño corporal “pericialmente determinado” sufrido por el causante.

Se observa que la exigencia de que se trate de un daño “pericialmente determinado” reafirma las conclusiones de la Sentencia de 13 de septiembre de 2012 —Sala de lo Civil—, ECLI:ES:TS:2012:7648 (supuesto en el que su alcance “estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense”), sin que pueda deducirse de estos pronunciamientos un automatismo por el que todo crédito resarcitorio por daños personales tenga naturaleza patrimonial y como tal se transmita a los herederos, pues de ser así el razonamiento del Alto Tribunal no se detendría en aquella necesidad de que el “perjuicio extrapatrimonial” hubiere quedado “pericialmente determinado”. En estas condiciones, no colisiona con la doctrina expuesta entender que si el damnificado pudo ejercitar las acciones por daños personales y no lo hizo —si no media manifestación de voluntad ni determinación pericial o legal del alcance del daño— puede mantenerse una presunción de

que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o de sus representantes legales.

No se desconoce que en el orden social la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018 (Sala de lo Social, Sección 1.^a), ECLI:ES:TS:2018:3321, sostiene que “conforme al artículo 661 del Código Civil suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones, derechos entre los que se encuentran las acciones resarcitorias no ejercitadas por el mismo y no prescritas al tiempo de su fallecimiento y es que, conforme al artículo 659 del citado Código, la herencia comprende todos los derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte. Ello sentado, la cuestión consiste en determinar si el derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el causante se transmite a sus herederos cuando fallece antes de pedir o de obtener la reparación de los mismos, cuestión que debe obtener respuesta positiva porque se trata de un derecho ya nacido que forma parte de su patrimonio, aunque se trate de daños morales, pues, conforme a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil y a la jurisprudencia de esta Sala, quien causa un daño debe repararlo en su integridad, hasta conseguir la completa indemnidad, lo que supone la obligación de reparar todos los daños patrimoniales causados, así como también los daños morales”. Debe advertirse, no obstante, que la cuestión que dirime aquí el orden social —bajo su prisma tutelar— pertenece en rigor al orden civil (la transmisibilidad *mortis causa* del derecho a la reparación del daño), y en su caso al contencioso-administrativo (en cuanto referida específicamente a un crédito frente a la Administración).

Debe señalarse que la doctrina consultiva tampoco es pacífica a los efectos de reconocer la legitimación de los herederos para reclamar por los daños personales del causante, si bien en general viene restringiendo la transmisibilidad *mortis causa* del derecho al resarcimiento de los daños personales (físicos, psíquicos y morales). Así, el Consejo Consultivo de Canarias (dictámenes núms. 66/2020, 141/2022 y 408/2022), el Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen núm. 332/2021), la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco (Dictamen núm. 58/2019) y el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana (dictámenes núms. 194/2021 y 369/2022) concluyen que los herederos solo estarán legitimados activamente para reclamar *iure hereditatis* en aquellos casos en los que el causante hubiese ejercitado la reclamación antes de fallecer.

En otros dictámenes se acoge un criterio restrictivo, pero con relevantes modulaciones. Así, el Consejo Consultivo de la Región de Murcia (Dictamen núm. 259/2021) admite la legitimación para suceder al fallecido cuando se trata de pretensiones indemnizatorias de los daños patrimoniales ligados a la enfermedad del causante, no de pretensiones refe-

ridas a los daños personales y morales sufridos por el causante durante su enfermedad.

Por su parte, el Consejo de Estado parte de que el derecho a la indemnización surge en el momento en el que el daño se sufre, con lo que, independientemente de que se ejercite o no la acción indemnizatoria, es un derecho de crédito transmisible *mortis causa* (Dictamen 3292/1999). Conforme razona en el Dictamen 942/2018, “a partir de ahí, cabe establecer una distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales. En cuanto a los daños patrimoniales, no cabe duda de que los herederos del causante tendrán derecho a ser indemnizados como sucesores del fallecido que sufrió tales daños. En cuanto a los daños no patrimoniales por lesiones o secuelas, tampoco cabe duda de que existe legitimación de los herederos para reclamar su indemnización cuando el perjudicado fallece por causas ajenas a esas lesiones o secuelas. Sin embargo -y como ya razonó este Consejo en su Dictamen N.º 514/2018 [...]—, mucho más discutible es esa legitimación si el fallecimiento ha tenido lugar precisamente como consecuencia de esas mismas lesiones o secuelas, puesto que en ese caso cabe encontrar pronunciamientos judiciales en sentido opuesto en los diversos órganos judiciales y en los distintos órdenes jurisdiccionales./ La Sala de lo Civil y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo han reconocido en alguna ocasión la compatibilidad entre la legitimación *iure hereditatis* y la legitimación *iure proprio* de los familiares de la persona que sufre determinadas lesiones o secuelas y posteriormente fallece como consecuencia de las mismas. En cambio, esta compatibilidad es rechazada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, tal y como se desprende de las Sentencias de dicha Sala de 16 de julio de 2004 [...] y de 3 de julio de 2012”.

Debe puntualizarse que el Consejo de Estado examinaba aquí un supuesto en el que el fallecido no manifestó ninguna voluntad de reclamar ante lesiones que eran de su pleno conocimiento, supuesto que se separa de otros en los que quien aguarda a la consolidación de las secuelas se ve sorprendido por la muerte por causa distinta. Este último caso parece también susceptible de matizaciones —o soluciones distintas—, pues la acción para reclamar es ejercitable antes de la determinación de las secuelas, pero ha de reconocerse que singulariza el supuesto frente a otros en los que el alcance del daño es de pleno conocimiento del perjudicado y este prescinde de reclamarlo (si fallece entonces antes del transcurso del año se habría concretado un riesgo que reside en cada persona y como tal se asume). No parece que subsista controversia acerca de la compatibilidad de la acción como herederos y la acción por daños propios de los familiares, ya que tal compatibilidad —que se admite cuando el causante accionó en vida, sin que merezca en otro caso una solu-

ción distinta— viene siendo abordada a través del ajuste de la indemnización correspondiente como herederos del fallecido (reduciendo las cuantías que arroja el baremo en la medida en que responden a una expectativa de vida ya frustrada). En definitiva, la controversia no gira aquí sobre la compatibilidad con la acción que atañe a los familiares por daños propios, sino sobre la posibilidad *per se* de deducir la pretensión no ejercitada por el causante.

Más abiertamente, la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña mantiene que debe aceptarse la legitimación activa de quien interpone la acción como heredero del perjudicado en reclamación de daños de carácter físico y moral irrogados al causahabiente y que este no reclamó en vida, subrayando el carácter patrimonial del crédito de resarcimiento, que nace con el hecho lesivo, no cuando se ejerce la acción indemnizatoria (entre otros, dictámenes núms. 221/2016, 245/2018 y 226/2022). Asimismo, el Dictamen núm. 621/2023 del Consejo Consultivo de Andalucía recuerda que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2021 admite que los herederos puedan suceder al perjudicado en el derecho a ser indemnizado por un daño moral. En concreto, se reconoce la sucesión de los herederos en el derecho a ser indemnizados por lesión del derecho del fallecido a la autodeterminación terapéutica por ausencia de consentimiento informado (bien estrictamente personal) sin que hubiese mediado reclamación previa por parte de la causante. Razona a continuación el Dictamen que “es necesario cumplir, conforme a la jurisprudencia, con un presupuesto previo para entender transmitido el derecho a reclamar por daños de carácter personalísimo como es que el daño haya sido identificado antes del fallecimiento del causante [...], con independencia de que su cuantificación se fije en un momento posterior [...], pues, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces nace una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario”. La remisión a estos últimos pronunciamientos judiciales nos aboca a remitirnos a las consideraciones antes vertidas sobre los mismos, que nos reconducen a la necesidad de la previa determinación pericial o legal del daño.

También el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana en sus dictámenes más recientes (a partir del 150/2024) asume la regla de transmisibilidad del crédito resarcitorio determinado o determinable, aunque no se hubiera entablado la reclamación en vida. En el citado Dictamen 150/2024, es clave la consideración de que “la obligación de resarcir deter-

mina un derecho a ser resarcido, el cual tiene la naturaleza de un crédito de contenido patrimonial”.

Merece singular consideración el Dictamen núm. 47/2023 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en el que se aprecia que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de octubre de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.^a) supuso un cambio de criterio en la materia, que se fundamenta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2021 (Sala de lo Civil), favorable a la reclamación por los herederos del daño corporal sufrido por el causante “pericialmente determinado”. Se razona a continuación que el derecho al resarcimiento de la lesión por daños personales es un derecho de crédito *intuitu personae* que solo puede reclamar el titular lesionado, pues si fuera un derecho de crédito sin más sería transmisible tanto *inter vivos* como *mortis causa*, de conformidad con el artículo 1112 del Código Civil, cuando el Tribunal Supremo (Sentencia de 22 de enero de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a) no admite la cesión *inter vivos* del derecho a ser indemnizado en virtud de responsabilidad patrimonial de la Administración. Con rigor, argumenta la Comisión Jurídica Asesora que “hay que tener en cuenta la naturaleza del bien o derecho dañado. Si se trata de un bien o derecho patrimonial, como puede ser el daño sufrido en un automóvil, el derecho de crédito a la reparación del mismo es transmisible con el automóvil. En cambio, cuando el daño recae sobre la vida, la integridad física o derechos de la personalidad, el derecho de crédito a la reparación del mismo es *intuitu personae*, al estar ligado al perjudicado que ha sufrido la lesión, teniendo en cuenta las circunstancias que sólo se dan en el titular del derecho de crédito”. Se repara en la coherencia de esta consideración con las disposiciones de la Ley de Contrato de Seguro, cuyo artículo 43 establece que el asegurador, una vez pagada la indemnización, puede ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización, y, en cambio, para el seguro de personas (artículo 82) prevé que el asegurador, aun después de pagada la indemnización, no puede subrogarse en los derechos que en su caso correspondan al asegurado contra un tercero como consecuencia del siniestro, salvo los gastos de asistencia sanitaria. De este modo, la regla general es la intransmisibilidad de estos derechos de crédito *intuitu personae*, y así debe reafirmarse a la vista de los artículos 4 y 6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen, y del artículo 7.1 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29

de octubre. La mencionada Ley Orgánica explicita en su preámbulo que la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, si bien la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el derecho. Pero en el caso de que la lesión tenga lugar antes del fallecimiento sin que el titular del derecho lesionado ejerciera las acciones reconocidas en la ley, solo subsisten estas si no hubieran podido ser ejercitadas por aquel o por su representante legal, pues si se pudo ejercitarlas y no se hizo existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o de su representante legal. Por lo que se refiere a la excepción del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, se trata también de un supuesto especial de responsabilidad civil causada a terceros en accidentes de tráfico, que establece un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación en el que se recoge un método legal de delimitación cuantitativa del importe de las indemnizaciones exigibles. Este régimen indemnizatorio constituye una cuantificación legal del daño causado, pues la aplicación de este sistema de valoración del daño supone, automáticamente, el reconocimiento de un derecho de crédito para el perjudicado por un accidente de tráfico, de acuerdo con los criterios y límites establecidos en la ley, de manera que la reparación del daño padecido se traduce siempre en una indemnización económica. Este régimen contemplado para los accidentes de circulación ha dado lugar a un gran número de pronunciamientos judiciales, especialmente en el orden civil, formando una doctrina consolidada sobre el derecho de daños en esta materia especial que no puede trasladarse íntegramente al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En definitiva, en materia de responsabilidad patrimonial no nos enfrentamos, con carácter general, al resarcimiento de conceptos indemnizables tasados por una norma —a diferencia de los supuestos en los que es de aplicación directa el baremo de tráfico—, advirtiéndose lo siguiente: 1.º) La determinación del alcance del daño (“pericialmente determinado”) se exige también por los tribunales del orden civil, en cualquier caso, como supuesto previo para entender transmitido el derecho a reclamar los daños de carácter personalísimo. 2.º) El derecho a reclamar será transmisible cuando el daño afecte a un bien o derecho patrimonial (como en el aludido caso del automóvil, en el que el derecho de crédito a la reparación de este se entenderá transmitido con el vehículo). 3.º) Tratándose de daños personales, su resarcimiento no ha de desligarse de esa naturaleza, pero debe ponderarse si el perjuicio tiene una inmediata traducción o repercusión patrimonial y si

el fallecido tuvo un margen de libre decisión. 4.º) Así, debe reputarse transmitido a los herederos todo daño del que derive un menoscabo patrimonial cierto, lo que incluye el cuantificado por la norma o el “pericialmente determinado” en la medida en que se traducen en una minoración de la masa hereditaria, quedando aquí comprendidos los gastos a los que el fallecido tuviere que haber hecho frente a raíz del siniestro. 5.º) No se estima transmisible en otro caso cuando el daño recaer sobre la integridad física o moral del fallecido, salvo que, atendidas las circunstancias concretas del supuesto, la persona afectada no se hubiere hallado en condiciones de discernir y ejercitar su derecho, o mediare alguna manifestación de voluntad de la que pueda deducirse su voluntad de reclamar. 6.º) Más allá, merece singularizarse el supuesto de quien aguarda a la consolidación de las secuelas y se ve sorprendido por la muerte por causa distinta. De sobrevenir el fallecimiento a resultas del mismo hecho lesivo, la compensación que corresponde a los familiares se reconduce a la pautada para daños propios (sin perjuicio de que puedan acumularse dos pretensiones si el fallecido reclamó en vida), pero si fallece por causas ajenas al siniestro indemnizable cuando sus secuelas le eran aún desconocidas podría plantearse que no opera la presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración personal para el perjudicado.

En el supuesto del Dictamen 262/2023 la perjudicada se vio considerablemente limitada en su capacidad para desplazarse y desarrollar las actividades básicas de la vida diaria, pero en el procedimiento ni se alega ni se prueba que hubiese quedado “incapacitada en su voluntad” (según la historia clínica se encontraba siempre “consciente, orientada y colaboradora”, habiendo firmado por sí misma el documento de consentimiento informado), requisito al que se refiere la antes citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 15 de enero de 2021, por lo que no concurren las condiciones precisas para admitir un derecho a reclamar actualizable o ejercitable *ex novo* por sus herederos. Además, se constata en este supuesto que transcurrió un amplio lapso temporal desde la determinación de las secuelas sin que la perjudicada dedujera acción, pudiendo hacerlo.

El Dictamen núm. 262/2023 concluye añadiendo que, en el singular contexto de la relación médico-paciente, resulta una presunción excesiva pretender que todo daño imputable a una aparente deficiencia en la atención sanitaria comporte el ejercicio de una reclamación pecuniaria. Tal posicionamiento pasaría por alto, en opinión de este Consejo, un extremo de singular importancia y al que se debe —como esfera de la libre voluntad— el máximo de los respetos: que para entrar a formar parte de la relación jurídica en que la exigencia de responsabilidad patrimonial consiste debe mediar

la libre decisión del afectado, basada en su íntima convicción de sentirse no solo perjudicado, sino necesitado de reparación en su esfera patrimonial o moral. En definitiva, entre la objetiva condición de perjudicado y la situación jurídica activa de reclamante media, ineludiblemente, una manifestación de la voluntad de su titular, en la cual, de no haberse hallado imposibilitado *de facto* o *de iure*, no puede ser sustituido por otra persona.

4 Conclusiones

Sin perjuicio de atender a las particularidades de cada caso concreto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias alcanza en los dictámenes antecitados las siguientes conclusiones:

- (i) La determinación del alcance del daño (“pericialmente determinado”) se exige como presupuesto previo para entender transmitido el derecho a reclamar daños de carácter personalísimo.
- (ii) El derecho a reclamar será transmisible cuando el daño afecte a un bien o derecho patrimonial.
- (iii) Tratándose de daños personales, su resarcimiento no ha de desligarse de esa naturaleza, debiendo ponderarse si el perjuicio tiene repercusión en la esfera patrimonial y si la persona fallecida gozó de la capacidad de decidir libremente sobre la posibilidad de exigir o no dicho resarcimiento.
- (iv) Debe reputarse transmitido a los herederos todo daño del que derive un menoscabo patrimonial cierto, lo que incluye el cuantificado por la norma o el “pericialmente determinado”, en la medida en que se traducen en una minoración de la masa hereditaria. Aquí quedan comprendidos aquellos gastos a los que el fallecido tuvo que hacer frente a raíz del siniestro.
- (v) No se estima transmisible *mortis causa* cuando el daño recaer sobre la integridad física o moral del fallecido, salvo que, atendidas las circunstancias concretas del supuesto, la persona afectada no se encontrara en condiciones para discernir y ejercitar su derecho, o cuando conste o pueda deducirse su voluntad de reclamar.
- (vi) Merece singularizarse el supuesto de quien aguarda a la consolidación de las secuelas y se ve sorprendido por la muerte por causa distinta no relacionada con el proceso clínico del que traería causa la reclamación. De sobrevenir el fallecimiento a resultas del mismo hecho lesivo, la compensación que corresponde a los familiares se

reconduce a la pauta para daños propios (sin perjuicio de que puedan acumularse dos pretensiones si el fallecido reclamó en vida), pero si fallece por causas ajenas al siniestro indemnizable cuando sus secuelas le eran aún desconocidas podría plantearse que no opera la presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración personal para el perjudicado.

En suma, conforme a la tesis mantenida por el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, son dos los supuestos que amparan la legitimación de los herederos para accionar por daños personales sufridos por su causante: uno de raíz objetiva, anudado al alcance del daño —cuando este se traduce en un detrimento patrimonial y no en la mera ausencia de un ingreso adicional—, y otro de índole subjetiva, que concurre cuando el fallecido se encontró postrado, impedido o privado de su plenitud de condiciones para discernir y ejercitar su derecho a reclamar.

El primero puede estimarse avalado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2024 —ECLI:ES:TS:2024:1792— (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), que resuelve la cuestión de interés casacional sobre “si el derecho que ostenta la persona afectada por una situación de dependencia antes de la aprobación del Programa Individual de Atención [...] es transmisible a sus herederos en el momento de su fallecimiento a los efectos de percibir los servicios y prestaciones correspondientes a la dependencia como consecuencia de la dilación de la Administración al tramitar el expediente”. Tomando en consideración que las prestaciones concretas se determinan en el Programa Individual de Atención, pero la afectada tenía derecho a ellas desde el reconocimiento de su situación de dependencia, considera el Alto Tribunal que esas prestaciones son “personalísimas”, pero los herederos tienen interés en que se apruebe el Programa Individual de Atención, no obstante el fallecimiento, en la medida en que ese programa está llamado a determinar “el alcance del daño causado”, al haberse consumido recursos económicos en atenciones (coste de residencia) acaso cubiertas por el servicio público.

El segundo, sea cual fuere el alcance del daño, se justifica, entre otros, en los dictámenes del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 175/2023 y 136/24, coincidentes con lo acordado en numerosos pronunciamientos judiciales (por todas, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias —Sala de lo Contencioso-Administrativo— de 15 de enero de 2021, ECLI:ES:TSJAS:2021:2, y de 25 de junio de 2024, ECLI:ES:TSJAS:2024:1877).

NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- **TRABAJOS ORIGINALES:** Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org
- **PRESENTACIÓN:** Los originales deberán enviarse en su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.
- **FORMATO:** La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 11. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir las Normas de citación APA.
Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecomilladas.
- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.
- **SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES:** Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.

ÚLTIMAS PUBLICACIONES:



*Control económico-financiero
de los recursos públicos*

Comunidades energéticas locales



Anuario del Gobierno Local 2023



Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org

Actualidad Fundación



Barcelona será la sede del XII Congreso de Innovación Pública NovaGob 2025

Fundación Democracia y Gobierno Local

QDL66ÍNDICE

ESTUDIOS

I. Sección monográfica

Balance de la aplicación de los fondos *Next Generation EU* en la esfera local

- 14 Buen gobierno y *compliance* en el ámbito local. A propósito de los fondos *Next Generation EU* · FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ
- 33 Transparencia y acceso a la información pública en la gestión local de los fondos *Next Generation EU* · LEONOR RAMS RAMOS
- 63 Gestión y control económico-financiero de los fondos *Next Generation EU* en la esfera local · FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO
- 86 El papel de las diputaciones provinciales ante los fondos *Next Generation EU* · MARIA LURIA ROIG
- 116 Responsabilidad administrativa y contable respecto a los fondos *Next Generation EU* en la esfera local · ROBERTO FERNÁNDEZ LLERA
- 150 Fondos *Next Generation EU*, distribución de la riqueza y responsabilidad penal. Especial consideración del papel de la Fiscalía Europea · LUIS ROCA DE AGAPITO

II. Sección general

- 182 La valoración de las prestaciones en la contratación verbal irregular de la Administración: valor de mercado, precio o enriquecimiento · IGNACIO CALATAYUD PRATS

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

- 236 La obligación solidaria para el pago de las multas: una de las varias maneras de vulnerar el principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria · ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

- 256 Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de mayo a 31 de agosto de 2024) · VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

CRÓNICA CONSULTIVA

- 288 El dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley del Ciclo Urbano del Agua en Extremadura · FERNANDO JIMÉNEZ COLORADO
- 302 El Dictamen 152/2024 de la *Comissió Jurídica Assessora* sobre la consulta pública del artículo 133.1 de la LPAC y otros trámites de participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de las ordenanzas y los reglamentos locales · HELENA MORA I BALCELLS
- 338 Legitimación activa de los herederos en la reclamación de responsabilidad patrimonial: la transmisibilidad *mortis causa* del derecho al resarcimiento no ejercitado. Doctrina del Consejo Consultivo del Principado de Asturias · ANA RODRÍGUEZ GARCÍA

