

Nº 38
Segundo trimestre 2024

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

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



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 38

2024

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Número 38. Junio 2024

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

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

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



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a. Antonia Gómez Díaz-Romo

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

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

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



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

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

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

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho
Procesal

D. Jorge Fondevila Antolín

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

D. David Larios Risco

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

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico
Superior de Administración General de la Comunidad de
Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 13

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA UNIDAD DE DOCTRINA JURÍDICA: UNA MIRADA A
LOS INSTRUMENTOS DE COORDINACIÓN AL SERVICIO
DEL DIRECTOR/A DE UNA ABOGACÍA PÚBLICA

D^a M^a Belén López Donaire

D^a Antonia Gómez Diaz-Romo

D. Victor E. Alonso Prada.....19

DE NUEVO LAS RETRIBUCIONES DE LOS
TRABAJADORES MIEMBROS A SU VEZ DEL CONSEJO
DE ADMINISTRACIÓN. AHORA, DEFINIENDO LA
COMPETENCIA DE UNA DE LAS ADMINISTRACIONES
TRIBUTARIAS EN CONFLICTO

D. Francisco José Negro Roldán.....75

LA REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS Y DISPOSICIONES
EN EL ÁMBITO LOCAL

D. José Manuel Bejarano Lucas.....131

LOS CONTRATOS RESERVADOS (II)

D^a. María Elena Moleón Alberdi.....199



LA INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 28 DE JUNIO DE 2022 EN LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR
D^a Teresa Guijarro Sánchez237

LA EXCEDENCIA LABORAL: UNA REVISIÓN DE LA FIGURA Y SU FINALIDAD CONCILIADORA
D. Nicolás Martínez Ibañez.....303

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y ESPECIFICIDAD DEL DEPORTE EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMUNITARIO
D. Daniel López Gómez375

SECCIÓN INTERNACIONAL

SOBRE LA HISTORIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN CUBA
D. Salvador Santiago Villalobos González457

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

LA GEORREFERENCIACIÓN DE BIENES DE DOMINIO PUBLICO. SU PROTECCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD
D. Luis Manuel Benavides Parra.....531



RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

EL CÓMPUTO DE PLAZOS EN LAS NOTIFICACIONES
ELECTRÓNICAS PRACTICADAS CON ARREGLO A LA
DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOQUINTA DE LA LEY
DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

D^a María Dolores Fernández Uceda.....531

BASES DE PUBLICACIÓN541



Gabilex



EDITORIAL

En el número 38 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales que se suman a un artículo de la sección internacional, una reseña de legislación y una reseña de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D^a. Antonia Gómez Díaz-Romo, Víctor Alonso Prada y M^a Belén López Donaire con el artículo que lleva por título "La unidad de doctrina jurídica: una mirada a los instrumentos de coordinación al servicio del director/a de una abogacía pública".

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Francisco Negro Roldán con el artículo que lleva por título "De nuevo las retribuciones de los trabajadores miembros a su vez del consejo de administración. ahora, definiendo la competencia de una de las administraciones tributarias en conflicto".

A continuación, D. José Manuel Bejarano Lucas realiza un estudio sobre la "Revisión de oficio de actos y disposiciones en el ámbito local" en el que aborda las



principales particularidades que en el ámbito local se plantean.

D^a Elena Moleón Alberdi, como confirmación al artículo “Los contratos reservados (I)”, aborda el análisis pormenorizado de la reserva de mercado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, profundizando en su implantación y desarrollo, marcando como objetivo de ambos artículos comprobar si la Ley ha transformado de manera fundamental y positiva el panorama de esta reserva de mercado.

A continuación, D^a Teresa Guijarro Sánchez aborda un tema de máximo interés con el artículo doctrinal “La incidencia de la sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022 en la regulación de la responsabilidad del estado legislador”.

Nicolás Martínez Ibáñez con el trabajo “La excedencia laboral: una revisión de la figura y su finalidad conciliadora” analiza las características básicas de una figura tan relevante, prestando atención a todos sus elementos y haciendo hincapié en su existencia como figura que ampara la armonización de las aspiraciones personales y las circunstancias familiares con el desempeño laboral. El autor hace un análisis crítico desde una doble perspectiva: cuestionando la existencia de la figura como elemento autónomo junto con los subtipos que la integran y, en segundo, lugar, planteando si verdaderamente el ánimo conciliador esta adecuadamente garantizado.



La sección nacional se cierra con la obra de Daniel López Gómez. Un interesante artículo que lleva por título "Abuso de posición dominante y especificidad del deporte en el marco del derecho de la competencia comunitario".

La sección internacional cuenta con el excelente trabajo de D. Salvador Santiago Villalobos sobre "La historia del contrato administrativo en Cuba". El autor hace una visión de las tendencias y notas sobre las teorías jurídicas y el derecho comparado y la existencia de deficiencias en la legislación cubana para la celebración de contratos, a partir de la conceptualización y clasificación.

Dentro de la sección de reseña de legislación, D. Luis Manuel Benavides Parra examina la georreferenciación de bienes de dominio público.

Por último, el número de la Revista Gabilex se cierra con la reseña de jurisprudencia de D^a María Dolores Fernández Uceda sobre el cómputo de plazos en las notificaciones electrónicas practicadas con arreglo a la disposición adicional decimoquinta de la ley de contratos del sector público.

El Consejo de Redacción



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 38

2024

Gabilex

Nº 38

Junio 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



Gabilex

Nº 38



LA UNIDAD DE DOCTRINA JURÍDICA: UNA MIRADA A LOS INSTRUMENTOS DE COORDINACIÓN AL SERVICIO DEL DIRECTOR/A DE UNA ABOGACÍA PÚBLICA

D^a María Belén López Donaire

Directora General de los Servicios Jurídicos de la
Administración de la JCCM

D^a Antonia Gómez Díaz-Romo

Letrada Coordinadora Regional del Gabinete Jurídico de
la JCCM

D. Víctor Ernesto Alonso Prada

Letrado Coordinador del Gabinete Jurídico de la JCCM
en la provincia de Albacete

Resumen: En este trabajo se aborda el estudio de la "unidad de doctrina jurídica" dentro de una Abogacía Pública y su conexión con el derecho a la buena



Administración. A tal efecto, se analizan los instrumentos de los que dispone el Director/a de una Abogacía Pública para la consecución de esa unidad de doctrina jurídica. En este contexto, se hará un especial análisis de la importancia de las instrucciones y los órdenes de servicio que fijan las pautas de actuación de los letrados de la Administración, lo que se hará con la vista puesta en la más moderna doctrina jurisprudencial. Finalmente, se realizará un estudio acerca de las distintas herramientas de coordinación con las que se cuenta en la actualidad, lo que se hará incorporando un especial análisis de la situación actual en la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Abstract: This paper deals with the study of the "unity of legal doctrine" within a Public Advocate's Office and its connection with the right to good administration. To this end, it analyses the instruments available to the Director of a Public Advocate's Office to achieve this unity of legal doctrine. In this context, a special analysis will be made of the importance of the instructions and service orders that set the guidelines for action by the Administration's lawyers, which will be done with a view to the most modern jurisprudential doctrine. Finally, a study will be made of the different coordination tools currently available, which will include a special analysis of the current situation in the Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Palabras clave: unidad de doctrina jurídica; Abogacía Pública; instrucciones y órdenes de servicio; principio de buena Administración; Castilla-La Mancha.



Keywords: unity of legal doctrine; Public Advocacy; instructions and service orders; principle of good administration; Castilla-La Mancha.

Sumario:

1.Introducción. 2.La unidad de doctrina jurídica en la Abogacía Pública. 3.El principio de unidad de doctrina jurídica y su conexión con el derecho a la buena administración. 4. Mecanismos para garantizar el principio de unidad de doctrina jurídica. 5. Las instrucciones: concepto y marco normativo. La potestad del Director/a de los Servicios Jurídicos de la Administración en la elaboración de las instrucciones y las órdenes de servicio. 6. La debida observancia. 7. Las Instrucciones en el ámbito singular de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

De todos es conocido el papel que desempeña dentro de una Administración Pública la Abogacía Pública, centro directivo integrado por el Cuerpo de letrados encargados del asesoramiento y la representación y defensa en juicio de aquella ante los tribunales. Así, aparece la Abogacía Pública desde una perspectiva interdisciplinar, pues sus miembros se ocupan de temas variados pero trascendentales para el interés general. Tanto es así que su dirección hace gala al origen griego



del término “KuBEpvntnÇ”, que hace referencia a la persona que maneja el timón y dirige una embarcación.

Siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ Y GONZÁLEZ NAVARRO¹ sabemos ya que las funciones directivas que puede y tiene que ejercer “el jefe”, cualquiera que sea el nivel que ocupe en la cadena de mando, pueden agruparse en: planificar, organizar, mandar stricto sensu y controlar. Del correcto ejercicio de todas ellas se obtiene ese resultado que se designa como coordinación.

BAENA DEL ALCÁZAR, en un trabajo ya lejano en el tiempo para la obra de GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO se planteaba el problema de la terminología más adecuada para designar la unidad jurídica que se presenta en este trabajo como algo consustancial a la correcta coordinación en una Abogacía Pública, pues sin esta no se conseguirá aquella.

La función de dirección se puede ejercer de múltiples maneras, lo que en ocasiones se presenta como problema y no como solución. Ahora bien, lo que está claro es que el poder de dirección en una Abogacía Pública no se realiza mediante normas, sino que se acomete mediante la escritura y la palabra, en textos y reuniones que se elaboran y celebran respectivamente para la consecución del mismo fin: la unidad de doctrina jurídica.

¹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, “Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Desde esta perspectiva, resulta obvio que las Abogacías Públicas se presentan como centros de trabajo singulares, lo que implica una especialización tanto de sus letrados como del personal de auxilio administrativo o administrativo, pues sus funciones no tienen parangón con las que se desempeñan en el resto de la Administración. Así, desde esta perspectiva se antoja esencial no sólo el control, coordinación y la dirección de los letrados, sino que dicho control y coordinación debe extenderse a este otro tipo de personal, no cabe entenderlo de otra manera.

La "coherencia" es un concepto íntimamente relacionado con la Abogacía Pública. La "coherencia" permite reconocer la "consistencia" y la "eficacia" en la actividad de los letrados de un servicio jurídico. En este sentido, se puede afirmar que la "coherencia" no sólo es el resultado de la coordinación, sino que es el objetivo de toda Abogacía Pública, pues la unidad de doctrina que estas tienen que conseguir sólo es posible desde una intervención armónica del conjunto de profesionales que conforman aquella, siendo las individualidades y las contradicciones lo que suponen la "amenaza" real para el buen hacer del conjunto.

Por tanto, podría decirse que en la necesaria "coherencia jurídica" es donde surge la importancia de la dirección y coordinación jurídica, lo que la experiencia demuestra que sólo se puede conseguir con la implicación, preparación, rigor y determinación de quienes asumen la dirección de una Abogacía Pública.

Precisamente, estas circunstancias antes esbozadas son el motivo por el que se justifica el dictado de instrucciones u órdenes de servicio en una Abogacía



Pública, ya que son mecanismo de cohesión y coordinación. A nuestro modo de ver, la "unidad de doctrina jurídica" de los letrados que prestan servicios bajo la superior dirección jerárquica y funcional del director/a de esta sólo se conseguirá bajo el ropaje del poder de mando que el legislador atribuye al titular de cada una de estas.

A nadie se le escapa que la contradicción compromete el rigor jurídico, siendo esta la "amenaza real" a la que se enfrenta toda Abogacía Pública en su actuar diario, pues en ocasiones los criterios de sus integrantes no son siempre los mismos. En suma, más allá de que un tribunal dé o quite la razón en uno u otro asunto, lo que no puede acontecer es que se mantengan argumentos contradictorios dentro de una Abogacía Pública.

Por tanto, no existe óbice, las instrucciones se pueden dictar siempre que exista una "amenaza real" y suficientemente grave que afecte a la "coherencia" y la "consistencia" del servicio jurídico de una Administración Pública. Así las cosas, debe enfatizarse que esa amenaza antes identificada tiene como colaborador necesario a la "ambigüedad", lo que indefectiblemente tendrá que despejar un Director/a de una Abogacía Pública con diálogo y claridad, pues no cabe la oscuridad en un ámbito como el que estamos analizando.

Como premisa, siguiendo a GILABERT CERVERA², se puede afirmar que la organización de toda Abogacía Pública debe estar orientada al servicio eficaz.

² Miguel Ángel Gilabert Cervera, *"La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas"*, Aranzadi, Cap. IV, Pág. 62.



Precisamente, esto es lo que se debe obtener por medio de la unidad de doctrina jurídica, entre otras cosas. Lo importante, siguiendo con el hilo conductor de las reflexiones del citado autor es que, sin perjuicio de la responsabilidad que asuma cada letrado público en los asuntos que le han sido encomendados, la Jefatura, a su vez, se preocupe por velar por la unidad de doctrina. Más allá de la simple superioridad en la jerarquía administrativa, la Jefatura tiene la responsabilidad de ejercer un poder de dirección firme, claro, conciso y riguroso a fin de lograr la uniformidad en la actuación de los componentes del cuerpo de letrados que dirige. En esencia, lo que propugna nuestro sistema de fuentes es un modelo jerárquico y coordinado, alejado de fórmulas alternativas y de modelos ineficaces.

En particular, estamos en condiciones de advertir de los riesgos que para la "unidad de doctrina" en una Abogacía Pública, esto es, para la eficacia de las decisiones de la Jefatura de una Abogacía Pública pueden tener las interferencias de operadores que no respeten las pautas de actuación preestablecidas y las decisiones que se tomen sin conocimiento de quienes están al frente de la coordinación cuando estas puedan desplegar el resultado de sus efectos más allá de un caso aislado o concreto.

En definitiva, quisiéramos hacer ver que el presente trabajo trata de exponer una investigación que viene motivada precisamente por la convicción personal de la importancia de las Abogacías Públicas en la comunidad jurídica, cuyo prestigio es hoy por hoy ampliamente reconocido, tanto en foros judiciales como académicos.



Así, se tratará de ofrecer un enfoque del correcto engranaje de estas para paliar las amenazas que se ciernen sobre su actuación diaria, extremo por medio del que conseguir el objetivo final: la unidad de doctrina jurídica.

Todo esto se tratará de realizar contextualizando tradición y modernidad en nuestro análisis, lo que haremos con un especial punto de vista práctico y jurídico.

En conclusión, lo definitivo en este trabajo será ofrecer nuestro punto de vista acerca del efecto material que producen las instrucciones u órdenes de servicio de los directores de las Abogacías Públicas, pues trataremos de ofrecer nuestra postura acerca de su relevancia para la consecución de unidad de doctrina jurídica pues, al fin y al cabo, este es el rasgo que debe caracterizar a todo Cuerpo de letrados públicos.

2. LA UNIDAD DE DOCTRINA JURÍDICA EN LA ABOGACÍA PÚBLICA

El principio de unidad en la Teoría General del Derecho de Bobbio es predicado tanto en relación a la derivación de todas las normas de uno o varios ordenamientos de la misma norma fundamental, como haciendo referencia a la unidad de todas las normas entre sí, a través de la labor del intérprete del Derecho, que ha de eliminar, a la hora de resolver un supuesto concreto, las posibles antinomias, así como ha de integrar las lagunas existentes con normas procedentes del mismo ordenamiento o de otros superiores o parciales. Sin embargo, este último factor de unidad no se consigue



de forma plena o absoluta, pese a que la hermenéutica jurídica muestra el esfuerzo constante de la jurisprudencia para considerar al Derecho como un sistema coherente y pleno³.

Descendiendo al ámbito concreto del presente trabajo, observamos cómo los cambios acaecidos en toda estructura organizativa junto con las permanentes innovaciones legislativas afectan de una forma muy intensa a la actuación de los operadores jurídicos, y en concreto, en lo que aquí interesa, a la actuación de los letrados de las Administraciones Públicas, tanto en el plano del asesoramiento, como en el ámbito de su intervención ante los Juzgados y Tribunales que conforman el Poder Judicial en España.

Una de las realidades respecto de las cuales es más patente esta circunstancia es la multitud de normas que son aprobadas en un año por el poder legislativo estatal y autonómico, extremo que no sólo obliga a los letrados al estudio y actualización permanente, sino que también implica que los Directores de los Servicios Jurídicos de una Administración Pública tengan que tomar decisiones respecto del papel que tienen que desempeñar los letrados públicos que prestan sus servicios bajo su superior dirección técnica.

Dudas y disputas son elementos que caracterizan la actuación de los letrados de cualquier Administración Pública, cuyo rigor jurídico no sólo se consigue a través de su formación y preparación académica, demostrada

³ Carmen María García Miranda, "El principio de unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio", Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 1.



con la superación de exigentes procesos selectivos, sino que para alcanzarlo resulta esencial la dirección que sobre ellos ejercen los titulares de los diferentes servicios jurídicos. Precisamente, para la consecución de este objetivo común es para lo que se cuenta con las instrucciones y órdenes de servicio, pues son el instrumento jurídico idóneo para fijar pautas uniformes de actuación.

En ocasiones, algunos autores, como CHAVES GARCÍA⁴, han conjugado ingenio y palabra para reconocer el sólido prestigio de los cuerpos de letrados públicos, tanto estatal como autonómicos o consistoriales. En este sentido, el citado autor no ha dudado en equiparar en sus publicaciones a estos colectivos de empleados públicos con la antigua guardia pretoriana de los emperadores romanos. Quizás, no lo podemos asegurar, esa equiparación se deba a la lealtad y la coherencia y armonía de las intervenciones de los integrantes de estos cuerpos en el foro. No obstante, quizás, dichos atributos sean fruto del reconocimiento del rigor jurídico que demuestran estos colectivos de profesionales del derecho en su actuación ante los tribunales. Ahora bien, sea como sea, lo que está claro es que el citado autor, al igual que otros muchos autores y operadores, reconocen abiertamente que dicho prestigio en la comunidad jurídica se alcanza no sólo por la formación y especialización de los componentes de dichos cuerpos, sino por el rigor que adquieren los mismos al actuar de forma ordenada y coordinada en aras del interés público que tratan de

⁴ José Ramón Chaves García, "El arte de la guerra en la justicia administrativa", Wolters Kluwer, 2018, pág. 77.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

defender en su actuación ante los juzgados y tribunales.

Por consiguiente, sin duda, el gran enemigo de toda Abogacía Pública es la incoherencia, pues no se puede defender una cosa y la contraria al mismo tiempo, máxime si se trata de defender el interés general de una Administración Pública que interviene como parte en un proceso judicial.

Desde un punto de vista jurídico, el orden en la actuación de los letrados públicos envuelve su formación jurídica con la dirección que sobre ellos ejercen quienes asumen la titularidad del órgano o unidad en que prestan sus servicios para defender la legalidad ante los tribunales de la actuación de la Administración Pública.

Conjugando estos aspectos, podemos concluir que la dirección de un servicio jurídico se articula en torno a tres elementos: un elemento subjetivo de titularidad del centro directivo; un elemento teleológico referente al control y coordinación; y un elemento objetivo relativo a los activos humanos sobre los que recae dicho control y coordinación. Sin embargo, ninguno de estos tres elementos está exento de dificultades conceptuales y prácticas.

Ya el primer elemento, es decir, la condición de titular del centro directivo o Abogacía Pública presenta una enorme complejidad. Si tenemos en cuenta que una de las notas características de toda Administración Pública es su complejidad y particularidad -rasgo que surge con motivo del reconocimiento de la potestad autoorganizativa-, observaremos que no existe un



modelo común, pues no en todos los casos se tiene el mismo poder de dirección.

Tampoco el elemento teleológico está exento de dificultades. Los modelos organizativos actuales nos permiten distinguir entre Abogacías Públicas con presencia en los órganos superiores de la Administración (véase la Administración General del Estado, la Comunidad de Madrid, la Junta de Andalucía o la Junta de Castilla y León) y Abogacías Públicas sin esa presencia (Castilla-La Mancha o la Región de Murcia). La diferencia entre uno y otro modelo radica en que, mientras que la presencia en los órganos superiores de la Administración permite un control sobre el criterio jurídico que informa la actuación sectorial de la Administración en el plano puramente administrativo, previo al conflicto jurisdiccional, la sola presencia de los letrados públicos en la Abogacía Pública supone que su intervención quede circunscrita a la representación y defensa de la Administración ante los juzgados y tribunales y a una intervención consultiva (asesoramiento) menos intensa, extremo que limita la uniformidad en la formación del criterio administrativo.

Desde un punto de vista conceptual, los intentos por objetivar la noción de control y coordinación de los directores de las Abogacías Públicas plantea, como anunciamos, la dificultad de delimitar cuál es el umbral que se debe tomar como referencia. No obstante, como veremos al analizar las instrucciones y órdenes de servicio, la pauta la marca el lugar en que prestan sus servicios los letrados o abogados de la Administración Pública, pues son esas variaciones en función de la



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

estructura organizativa correspondiente las que limitan las posibilidades y facultades de la persona que ostente la titularidad de la Abogacía Pública en cuestión.

De acuerdo con lo anterior, es esencial aludir al elemento objetivo, es decir, los empleados públicos (letrados públicos) sobre los que recae el poder de control y coordinación para la formación de la unidad de doctrina jurídica.

Las tensiones propias de toda actuación administrativa son otro punto de análisis. Así, obsérvese que, en ocasiones, tanto los destinatarios del control y la coordinación, como los que no lo son, tienden a cuestionar la pertinencia, la conveniencia o la legalidad de las pautas interpretativas efectuadas por el superior jerárquico. Ahora bien, respetando la legitimidad de la discrepancia, debe enfatizarse que un correcto uso del instituto jurídico expresado sirve para aclarar, ilustrar y ordenar a los funcionarios sobre la forma de actuar en situaciones muy concretas.

No obstante, con tensiones o sin ellas, se debe afirmar que las instrucciones son la categoría jurídica que nuestro sistema de fuentes pone a disposición del titular de una Abogacía Pública para la consecución de la unidad de doctrina. Sin duda, estas son la herramienta idónea para responder a la necesidad de unificar los criterios de actuación, y todo ello a fin de conseguir una actuación homogénea y reconocible en el tráfico jurídico.

Por tanto, con independencia de lo que uno piense o deje de pensar en un momento determinado, las instrucciones de los Directores de las Abogacías



Públicas son necesarias, al igual que lo son los informes para una Administración Pública, pues no olvidemos que son un activo.

Por tanto, son inadmisibles las críticas externas, al igual que lo son las de ámbito interno que no tengan espíritu constructivo. En este sentido, debe enfatizarse que las instrucciones son pautas de interpretación para exclusivo uso interno, sin que tenga incidencia ni vinculación alguna para los terceros administrados o partes en un proceso jurisdiccional.

En definitiva, las instrucciones y órdenes de servicio son el instrumento jurídico que nuestro ordenamiento pone al servicio del principio de unidad de doctrina jurídica, y su corolario inescindible de unidad orgánica, con sometimiento funcional y jerárquico a un único centro directivo, precisamente la Dirección de la Abogacía Pública de que se trate. Los intentos por soslayar esta apreciación merecen nuestro reproche, pues como afirmaba MORILLO-VELARDE DEL PESO⁵, el asesoramiento y la representación y defensa en juicio de una Administración requieren una unidad de criterio, lo que no puede ser dividido ya que ello causaría un grave perjuicio a los intereses generales a que la Administración sirve.

Por consiguiente, expresada la importancia de la unidad de criterio, procede proseguir este trabajo analizando el instrumento que ayuda a conseguir esa unidad, esto es,

⁵ José Antonio Morillo-Velarde del Peso "La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas", Aranzadi, Cap. V, Pág. 72.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

las instrucciones u ordenes de servicio del director/a de la Abogacía Pública.

En suma, la correcta defensa de una Administración Pública precisa de las notas de coordinación, uniformidad y eficacia, a lo que se suma el esfuerzo y el saber, para cuya consecución se antoja esencial una firme dirección y coordinación jurídica, operativa y funcional, a cuyo servicio se encuentran las instrucciones que analizaremos en el presente trabajo.

3. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE DOCTRINA JURÍDICA Y SU CONEXIÓN CON EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Es indiscutible la relación entre la asistencia jurídica pública y el interés general, a partir de la obligación que se desprende para la Abogacía Pública encargada de ejercer no sólo la representación y defensa judicial, sino también la labor de asesoramiento. Estas funciones están sometidas a los principios de unidad de doctrina y jerarquía.

El principio de unidad de doctrina jurídica se incardina, a nuestro juicio, en la buena administración.

El derecho a la buena Administración ha sido reconocido en un primer momento por la jurisprudencia europea y posteriormente consagrado en los textos normativos.

A nivel europeo constituye un hito fundamental la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza proclamada en el año 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea. Tras ser revisada, fue proclamada



de nuevo en 2007. No obstante, su proclamación solemne no confirió a la Carta un carácter jurídicamente vinculante. La Carta tiene efecto directo únicamente tras la aprobación del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009.

Según el artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE), "la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados". Por consiguiente, la Carta forma parte del Derecho primario de la Unión y, como tal, sirve de parámetro de referencia a la hora de examinar la validez del Derecho derivado y de las medidas nacionales.

En su artículo 41 reconoce el derecho a una buena administración, elevándolo a la categoría de derecho fundamental.

En nuestro ordenamiento, la CE no lo consagra explícitamente pero sí que podemos encontrar manifestaciones de este derecho en varios artículos, como por ejemplo en el artículo 9 o 103. Aunque no aparezca la expresión "buena administración", el título "Del gobierno y de la administración" se fundamenta en principios como los de la objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y legalidad administrativa. Ese conjunto alude a lo que se encuentra posteriormente en los tratados internacionales, vinculantes para España (artículo 10.2) más específicamente sobre la categoría jurídica de la buena administración.



La calidad de las instituciones y de los servicios públicos que engloba la buena administración, son un derecho de la ciudadanía y, en este sentido, tal y como establece el artículo 9 CE corresponde a los poderes públicos velar, para que este derecho sea real y efectivo.

El titular de una Abogacía Pública a la hora de dictar Instrucciones deberá actuar con la diligencia de un cuidadoso servidor público, haciendo un correcto uso de aquellas, donde prime la ponderación, la motivación, la información necesaria, la legislación y jurisprudencia recientes.

Para PONCE SOLÉ la ecuación para obtener el estándar de diligencia debida o debido cuidado propio de la buena administración se obtendría adoptando "(...) todas las medidas precisas (c) para igualar la probabilidad del daño que podría causarse de no hacerlo (p) multiplicado por la importancia de dicho daño (D; esto es, la fórmula de la diligencia debida o debido cuidado sería: $c = p \times D$)"⁶.

Una defensa pública sólida contribuye a la protección de los intereses generales y al cumplimiento de los objetivos de la Administración Pública.

⁶ PONCE SOLÉ, J: El derecho a una buena Administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos. A propósito de la sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017 en Revista de Administración Pública, 221, mayo - agosto (2023), pp. 163-182.



Bajo este plano la labor del letrado público se impone como paradigma y núcleo en la formación de la buena administración de las instituciones públicas.

Parafraseando al citado autor el derecho, principio y valor de la buena administración hace años que está dando un renovado empuje al Derecho público. Para obtener nuevos frutos será preciso que todos los operadores jurídicos estén bien preparados técnicamente y actúen con prudencia y a la vez con audacia, pero con conciencia de su papel en garantía de la buena administración⁷.

4. MECANISMOS PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE DOCTRINA JURÍDICA

Como hemos apuntado la implementación de la unidad de doctrina en la Abogacía Pública es crucial para garantizar la coherencia en la defensa y el asesoramiento jurídico.

El preámbulo del Real Decreto de 28 de diciembre de 1849, verdadero germen del origen de la Abogacía del Estado ya recogía la importancia del principio de unidad de doctrina al preceptuar que:

"Es cierto que hoy existen varios asesores a quienes se consultan los puntos de derecho; pero cada uno de ellos obra aisladamente, falta el centro que es siempre indispensable para dar unidad al sistema para que haya homogeneidad"

⁷ PONCE SOLÉ, J...op, cit.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

(...) Además, los asesores no tienen ningún género de intervención en los negocios que penden ante los Tribunales, y ésta debe ser la atribución más importante y principal de la Dirección que se trata.”

Este principio como señala GALLARDO CASTILLO “responde a la necesidad de que el asesoramiento, representación y defensa en juicio requiere una unidad de criterio, que no puede ser dividida, puesto que ello causaría un grave perjuicio a los intereses generales. No cabe, pues, ofrecerse respuestas contrapuestas para una misma cuestión jurídica en función del Abogado del Estado que la tenga encomendada. Mediante este principio se trata de unificar la actuación del Estado ante los Tribunales, si bien, este principio no debe entenderse como propiciador de un automatismo rígido e irreflexivo, ni autoriza a desconocer las cada vez mayores particularidades que plantea la defensa del sector público estatal, ni como un tributo arcaico a la tradición histórica, ni como la imposición de una determinada línea de conducta personal a asumir por el órgano o ente defendido. Al contrario, ha de verse como la optimización, en cada caso concreto, del conjunto de estrategias y defensas jurídicas que proporciona la asunción de la defensa del conjunto del sector público, es decir, la aplicación al caso concreto — con sus peculiaridades e intereses particulares— del «corpus» teórico-práctico que sólo puede asegurar la Abogacía del Estado en cuanto defensora del todo estatal, garantizando así que las defensas puntuales o estrategias de ciertos entes en determinados pleitos no



van a contradecir ni resultar contraproducentes para la tarea global de defensa del Estado”⁸.

A lo largo del trabajo se viene insistiendo en que la principal herramienta de la que dispone el titular de la Abogacía Pública para lograr el principio de la unidad de doctrina jurídica es la instrucción u orden de servicio.

Aquel principio deberá sustentarse en pilares como la coordinación y colaboración que permitirán ejercer un apropiado cumplimiento de sus funciones. Ahora bien, también puede servirse el titular de otros mecanismos que complementarían a aquella, como pueden ser:

1. **Formación:** La formación continua del personal de los servicios jurídicos es otro aspecto clave para promover la unidad de doctrina, pues de esta forma se potencia la actualización de sus miembros, con las novedades legales, y jurisprudenciales relevantes y las mejores prácticas en la abogacía pública.

Al proporcionar a los letrados públicos las habilidades y conocimientos necesarios para interpretar y aplicar el derecho de manera uniforme, se garantiza que todos los miembros estén alineados en su enfoque y actuación, además, de alcanzar otros beneficios al propiciar un ambiente de aprendizaje continuo,

⁸ GALLARDO CASTILLO, M.J: *La Abogacía del Estado en España: antecedentes, regulación y funciones* en Actualidad Administrativa, Nº 1, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Ene. 2012, pág. 6, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer



fortaleciendo así la cohesión y colaboración dentro del equipo.

2. **Órganos de coordinación interna en la Abogacía Pública.** Ya en los comentarios a la Ley 5/2013, de 17 de octubre, de ordenación del servicio jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha publicados en el número extraordinario de junio de 2015 por la Revista Gabilex, se recogía la necesaria coordinación entre los servicios consultivos y contenciosos y la recíproca transmisión de información entre ambos. *“Esta unidad de criterio y fluidez en la transmisión de antecedentes e información reporta también un beneficio a los distintos órganos gestores de la Administración que pueden tener un puntual conocimiento de los asuntos que afectan a sus unidades o centros directivos de una manera mucho más exacta, no sólo cuando se encuentren en la vía consultiva sino también cuando pendan de la decisión de los órganos jurisdiccionales⁹”.*

En las estructuras de varias Direcciones de los Servicios Jurídicos de Comunidades Autónomas, por ejemplo,

⁹ AAVV: Capítulo V. principios de jerarquía, colaboración y contraposición de intereses entre órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en Comentarios a la Ley 5/2013, de 17 de octubre, de ordenación del servicio jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, *Revista Gabilex*, núm. Extraordinario junio 2015, pág. 152



adquiere un papel fundamental la figura del Coordinador o Coordinadora a quien le corresponderá en general, la asistencia al titular de la Abogacía Pública en el desarrollo de sus funciones, así como su suplencia, y en particular, la coordinación de la actuación técnico-jurídica de los Letrados.

Si nos detenemos por ejemplo en la configuración de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se observa la distinta relación existente entre la Dirección de los Servicios Jurídicos y los Letrados del Gabinete Jurídico (artículo 1 b Ley 5/2013), relación de jerarquía, y las unidades de los Servicios Jurídicos a que se refiere el artículo 1, apartados c y d, sometidos en su actuación a la coordinación y supervisión técnicas y jurídicas de la Dirección de los Servicios Jurídicos. *“De ahí que al referirnos a la dirección única no debemos entender que se encuadre dentro de una dirección jerárquica, no es posible atendiendo al actual sistema de organización de los Servicios Jurídicos. Esta dirección única dirigida a la plasmación de una unidad de doctrina debe enmarcarse dentro de lo ya expuesto en relación con la función de coordinación y supervisión de la Dirección de los Servicios Jurídicos¹⁰”.*

Esta coordinación es esencial y puede materializarse también, además de las instrucciones, mediante reuniones periódicas, encuentros, talleres prácticos,

¹⁰ AAVV: Capítulo V. principios de jerarquía, colaboración y contraposición de intereses entre órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha...op, cit pág. 155.



para garantizar una interpretación uniforme del derecho y evitar discrepancias en la aplicación de las normas. *"No es preciso recordar, en una época como la presente de masificación tanto de la actuación administrativa como de las respuestas sociales a ella, la necesidad de lograr, incluso en términos de economía procesal, una actuación coordinada y dirigida desde un solo Centro: la correcta defensa de la Comunidad Autónoma exige que la Administración responda de una manera coordinada, uniforme y eficaz, aunando esfuerzos y saberes, a demandas idénticas, dirigidas en muchos casos por el mismo equipo jurídico, o a los recursos interpuestos por los integrantes de cualquier colectivo funcional, o de contribuyentes en idéntica situación, en todo el territorio de la Comunidad, exige una coordinación jurídica, operativa y funcional, llevada a cabo por la Dirección de los Servicios Jurídicos como establece el artículo 15 de la Ley 5/2013¹¹".*

3. Transparencia y rendición de cuentas: La transparencia juega un papel crucial en la garantía de la unidad de doctrina jurídica en la Abogacía Pública, y una forma efectiva de promoverla es a través de la publicación de memorias e instrucciones. Estos documentos proporcionan una visión clara y accesible de los criterios y directrices aplicados y reflejan los trabajos realizados por el órgano directivo, desglosados de forma funcional y

¹¹ AAVV: Capítulo V. principios de jerarquía, colaboración y contraposición de intereses entre órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha...op, cit pág. 154.



poniendo de relieve las circunstancias de todo orden en que dichos trabajos se desarrollan.

La publicación de memorias e instrucciones promueve la confianza en la institución al demostrar su compromiso con la transparencia y la rendición de cuentas.

A lo largo de este análisis, hemos explorado diversas herramientas y estrategias que pueden ser utilizadas por los directores de la Abogacía Pública para procurar la unidad de doctrina.

No olvidemos que la implementación efectiva del mencionado principio requiere un enfoque integral que combine diversas herramientas y estrategias, desde la emisión de instrucciones y órdenes de servicio hasta la formación del personal pasando por la transparencia y rendición de cuentas. Cada una de estas herramientas desempeña un papel importante en el objetivo de alcanzar la unidad de criterio al predominar un enfoque proactivo y coordinado, lo que fortalece el sistema legal en su conjunto y se garantiza que se cumplan los principios de eficiencia, eficacia, economía procesal y transparencia en todas las actuaciones.

5. LAS INSTRUCCIONES: CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO

Para nosotros las instrucciones son un vehículo jurídico necesario, pues son la herramienta que emplean los titulares de una Abogacía Pública para conseguir una respuesta unitaria de todos los que la componen a los problemas contenciosos y consultivos a los que se



enfrenten en cada momento. Así las cosas, la fluidez en la gestación de estas, junto con la rapidez en su divulgación y transmisión, son el motor para la consecución de la eficacia. A ello, se le añade otra nota, muchas veces controvertida, la conveniencia de la centralización, lo que nosotros abogamos por defender, pues entendemos que esa es la única vía contrastada que ha demostrado su eficacia.

Por tanto, se puede afirmar que la unidad de criterio contemplada en el apartado precedente se consigue por medio de la correcta coordinación. Precisamente, eso es lo que justifica la presencia de instrucciones dentro de una Abogacía Pública, pues son la categoría jurídica al servicio de la coordinación en la fijación de los parámetros de actuación de sus componentes.

De acuerdo con lo anterior, observamos como las mismas están muy presentes en nuestro derecho positivo. Desde una perspectiva general, las instrucciones y órdenes de servicio tienen respaldo en el art. 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Pues bien, el citado art. 6, bajo la rúbrica "Instrucciones y órdenes de servicio" dispone: *"1.-Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio."*

Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de



diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

2.-El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir."

De otro lado, en el ámbito de la función pública, nos dice el art. 54.3 del EBEP que los empleados públicos: *"Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes"*. En este sentido, la citada previsión forma parte del derecho básico estatal, siendo aplicable al ámbito del sector público autonómico, extremo que corroboran previsiones como la que encontramos en el art. 109 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

Descendiendo al ámbito específico de las Abogacías Públicas, podemos comenzar aduciendo el art. 13 del Real Decreto 649/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, que en el ámbito de la Abogacía General del Estado, nos dice que: *"1. En el ejercicio de sus funciones de representación y defensa, los Abogados del Estado actuarán bajo la dependencia de la Dirección General de lo Contencioso y **conforme a sus instrucciones**.*

2. En los procesos seguidos ante jueces o tribunales extranjeros y cuando afecten a la política exterior de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*España, se **actuará de conformidad con las instrucciones del Abogado o Abogada General del Estado**, quien recabará previamente el criterio y decisión del Ministro de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.*

*3. El ejercicio de las funciones contenciosas que correspondan a la Subdirección General de Asuntos Constitucionales y Derechos Humanos y a la Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales se desarrollarán bajo su dirección, bajo la dependencia directa del Abogado o Abogada General del **Estado y de conformidad con sus instrucciones**” (el subrayado y la negrita es nuestra).*

Por su parte, el art. 15 de la misma norma reglamentaria, también impone a los Abogados del Estado el deber de consultar a la Dirección General de lo Contencioso en los asuntos en que así se establezca en las disposiciones de este real decreto o en las instrucciones genéricas o particulares del centro directivo y de mantener informada a la Dirección General de lo Contencioso de la tramitación y resultado de los procedimientos con el detalle y en la forma que dicho centro directivo determine a través de las oportunas instrucciones, pues con ello se trata de asegurar la uniformidad en la actuación.

En el ámbito autonómico sucede lo mismo que en plano normativo estatal, pues el legislador autonómico también ha tratado de procurar garantías para el correcto funcionamiento de las Abogacías Públicas. Así, en el caso de Castilla-La Mancha, cobra relevancia la previsión del art. 15 de la Ley 5/2013, de 17 de octubre, de ordenación del servicio jurídico de la



Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, según el cual: *"1. Los integrantes de los Servicios Jurídicos están sometidos en su actuación a la coordinación y supervisión técnicas y jurídicas de la Dirección de los Servicios Jurídicos, que, a tal efecto, podrá dictar las instrucciones que sean necesarias, en especial, en relación con el anuncio, preparación, interposición, formalización o no sostenimiento de recursos así como la determinación de los supuestos de consulta preceptiva al centro directivo y de autorización previa del mismo.*

2. En su función asesora, los letrados y los funcionarios de las asesorías jurídicas en las Consejerías y en organismos autónomos están sometidos al imperio de la ley. Asimismo, gozarán de independencia profesional sin perjuicio de la necesaria uniformidad jurídica."

Una previsión similar a la que acabamos de transcribir la encontramos en el art. 7 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid o en el art. 8 de la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de asistencia jurídica a la Generalitat.

En definitiva, toda la legislación sectorial, estatal o autonómica, reconocen la superior coordinación de la Dirección o Abogacía General del Servicio Jurídico Público correspondiente, lo que se hace con la deliberada intención de dotar a sus titulares de una herramienta racional para conseguir la uniformidad jurídica en la actuación de los letrados que se encuentran bajo su dependencia orgánica y funcional.



Por consiguiente, las instrucciones son una de las claves en el diseño de la unidad de doctrina jurídica dentro una Abogacía Pública, extremo por el que se tienen que usar y respetar.

6. LA POTESTAD DEL DIRECTOR/A DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ELABORACIÓN DE INSTRUCCIONES Y ÓRDENES DE SERVICIO

Como se desprende de lo dicho antes, la unidad de criterio tiene una base lógica y legal indiscutible. Podemos distinguir dos manifestaciones de este, por un lado, constituye un deber y exigencia al propio titular de la Abogacía Pública que debe guiar su actuación bajo los parámetros referidos, entre los que se encuentra la diligencia y la "coherencia"; por otro, una potestad de este, que como tal puede hacerse valer ante los letrados en defensa de los intereses de la Administración, lo que no pueden soslayar.

Desde un prisma puramente pragmático, siguiendo lo manifestado por OTERO-NOVAS MIRANDA¹², las atribuciones que hoy por hoy se reconocen a las Direcciones Generales de los Servicios Jurídicos o Abogacías Públicas, son cada día más relevantes, tanto en lo organizativo como en lo jurídico, pues al fin y al cabo se trata de un órgano o unidad con gran relevancia dentro de las Administraciones Públicas.

¹² Elena Otero-Novas Miranda, "La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas", Aranzadi, Cap. XVI, Pág. 493.



Siguiendo la doctrina jurisprudencial, se puede afirmar que las instrucciones, circulares u órdenes de servicio son las que los superiores jerárquicos de las Administraciones dirigen a sus inferiores en uso de su potestad de autoorganización. En este sentido, resulta inequívoco que sus destinatarios son los funcionarios o los órganos administrativos inferiores, sin que vinculen a terceros ajenos al ámbito administrativo y su finalidad no es otra que la de dar pautas interpretativas para la aplicación de las normas a fin de garantizar una unidad de actuación, o aclarar algún concepto oscuro, sin que quepa rebasar el ámbito de la norma que interpreta. No tienen carácter normativo, ni son el resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Se demuestra, con lo que acabamos de manifestar, que el titular de una Abogacía Pública tiene la misma potestad que tiene el titular de cualquier otro centro directivo de la Administración respecto de los empleados públicos que dependen de él. Sin duda, las instrucciones son una de las manifestaciones del poder de dirección y control. Ahora bien, para nosotros tienen un plus de importancia ya que, como se ha dicho antes, son el vehículo a través del que conseguir la unidad de criterio.

Lógicamente, la potestad aludida no sólo se justifica por el objetivo de la uniformidad jurídica en la actuación de los miembros del cuerpo de abogados o letrados de la Administración, pero quizás sea lo más relevante.

Así las cosas, bien merece remarcar el acierto con el que MORILLO-VELARDE DEL PESO recordaba el texto del Decreto de 10 de marzo de 1881, de creación del



Cuerpo de Abogados del Estado, pues las instrucciones sirven para conseguir aquello que señalaba Juan Francisco Camacho al remarcar la relevancia de “*una dirección única, entendida, perseverante y enérgica*”, adjetivos todos ellos que son extrapolables a cualquier Abogacía Pública actual.

En este contexto, cobra actualidad el reciente pronunciamiento de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sentencia de fecha de 5 de febrero de 2024 (Rec. 8849/2021), ya que se trata de un pronunciamiento que viene a confirmar la existencia de una relación de subordinación jerárquica entre una Administración (en ese caso, un Ayuntamiento) y los letrados de su servicio jurídico a efectos de su actuación contenciosa.

A nadie se le escapará que los fundamentos jurídicos de la subordinación jerárquica funcional son aplicables a la actuación del defensor de una Administración, pues estos no son empleados públicos sometidos a un régimen estatutario singular o particular, al contrario, son empleados públicos altamente cualificados que tiene la responsabilidad de defender ante los tribunales a una Administración, lo que deben hacer con lealtad y con respeto al principio de buena fe procesal que proclama el art. 542.2 LOPJ. Pues dicha subordinación y lealtad hacia la Administración, ni ampara el abuso de derecho, ni ampara la mala fe procesal, pues a la actuación procesal le resulta plenamente aplicable el art. 11 y 542 de la LOPJ.

Tratándose de funcionarios que ejercen la defensa procesal de la Administración, las reglas generales expuestas confluyen con las que informan las relaciones



entre el abogado y su defendido según el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo (artículos 47 y 48). Si en el ámbito privado el cliente debe respetar la independencia y libertad del abogado, la Administración debe respetar el principio de conducta al que se refiere el artículo 54.3 antes citado y que aleja la idea de subordinación como exigencia de una actuación ciega o acrítica; la llamada a la lealtad y buena fe que se exige al funcionario tiene su correlato en el ejercicio de la abogacía, basado en el principio de confianza recíproca y en la obligación del abogado de informar sobre el estado y viabilidad del asunto.

Expuesto lo anterior, también está claro que una Administración, a través del titular del servicio jurídico, puede dictar una instrucción ordenando cómo deben los letrados ejercer su actuación en sede jurisdiccional. En particular, en el contencioso-administrativo el defensor de la Administración no sólo actúa conforme a las reglas generales del ejercicio de la abogacía, sino con sujeción a un régimen funcional, tanto en lo orgánico o estatutario como en lo funcional. Es en ese ámbito funcional, que no procesal, en el que tiene cabida que la Administración se dirija a los funcionarios que integran sus servicios jurídicos impartiendo órdenes o instrucciones sobre cómo deben actuar en situaciones procesales muy concretas, como son: la interposición de recursos, la solicitud de autorizaciones para no recurrir, la solicitud de suspensión del curso de los autos, entre otras.

Tratándose de una Administración hay que entender que está facultada para exigir e impartir instrucciones



sobre cómo deben actuar sus letrados, lo que resulta esencial para conseguir la uniformidad de doctrina. En este sentido, debe compartirse la naturaleza que atribuye el Tribunal Supremo a este tipo de instrucciones, pues no son las mismas de naturaleza procesal, sino que son de régimen interno u organizativo. En esencia, el letrado estatal, autonómico o municipal, como todo abogado, no puede actuar al margen de su defendido ni perjudicarlo, extremo por el que cabe ensalzar la importancia que tienen las instrucciones ya que son garantía de unidad de doctrina y defensa del interés general.

Por consiguiente, el titular de una Abogacía Pública es el depositario de la potestad organizativa, lo que supone la persecución del interés general a través de la uniformidad jurídica. La garantía de un servicio de interés general, como el servicio que presta una Abogacía Pública, constituye una razón imperiosa de interés general para justificar que los directores de estas utilicen las instrucciones y las órdenes de servicio como medio idóneo para la consecución de su objetivo primordial, esto es, la unidad de acción y de criterio.

7. LA DEBIDA OBSERVANCIA

Tratándose los letrados públicos de funcionarios públicos de carrera, no debe ignorarse la subordinación jerárquica funcional, pues la misma también se aplica al ámbito de actuación que estamos estudiando.

Para ello partimos de las reglas generales de nuestra Constitución y de la legislación estatal y autonómica en materia de función pública. Conforme a la Constitución, partimos de que el funcionario trabaja en una



Administración que sirve con objetividad a los intereses generales con sometimiento a la ley y al Derecho, y es esa objetividad la que lleva al mandato para que el legislador regule un estatuto funcional que garantice, entre otros aspectos, que actuará con imparcialidad (cfr. artículo 103.1 y 3 de la Constitución).

El EBEP desarrolla esas reglas generales y al regular los fundamentos de la actuación funcional se refiere a la jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas [artículo 1.3.j)]; regula también como principio ético que los funcionarios *"ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios..."* (artículo 53.3) y, en fin, como principio de conducta que obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes (artículo 54.3).

Se plantea por tanto el reto de cohonestar la buena fe procesal con el cumplimiento de las instrucciones que en un momento determinado puedan existir. En este ámbito tensionado, creemos que debe prevalecer la coordinación y el poder de dirección que ejercen los Abogados Públicos que ostentan puestos de jefatura frente al parecer singular de un concreto letrado, pues no debe olvidarse que la autoridad administrativa materialmente afectada por el resultado del litigio no puede ser expuesta como consecuencia del parecer jurídico de un integrante de su cuerpo de letrados públicos.



Por consiguiente, existe la exigencia de la obediencia debida, esto es, la idea de subordinación, pero eso tampoco equivale a una actuación ciega o acrítica; la llamada a la lealtad y buena fe que se exige al funcionario tiene su correlato en el ejercicio de la abogacía, basado en el principio de confianza recíproca y en la obligación del abogado de informar sobre el estado y viabilidad del asunto, extremo por el que todo letrado público tiene que poner en conocimiento de sus superiores jerárquicos de las dificultades del litigio al que se enfrentan, pues sólo de esta manera se conseguirá alcanzar la eficacia y coordinación pretendida.

8. LAS INSTRUCCIONES EN EL ÁMBITO SINGULAR DE LA ABOGACÍA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA

Para analizar la cuestión estudiada en el concreto ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, constituye punto obligado de partida la Ley 5/2013, de 17 de octubre, de ordenación del servicio jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, a la que se ha hecho referencia.

Dicho texto legal, en su parte expositiva, tras una referencia al marco constitucional, cita los precedentes normativos, en concreto, la Ley 6/1984, de 29 de diciembre, de Comparecencia en Juicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Decreto 128/1987, de 22 de septiembre,



de organización y funciones del Gabinete Jurídico y la Ley 4/2003, de 27 de febrero de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Interesa destacar que la necesidad de establecer mecanismos de coordinación se evidencia ya en el Decreto 128/1987, que permanece vigente en todo lo que no se oponga a la Ley 5/2013. Así, en su artículo 5.2 se establece que "Los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma pondrán en inmediato conocimiento del Gabinete Jurídico cualquier actuación en que la Junta de Comunidades puede ser parte, facilitando el expediente y el informe del Centro respectivo". Igualmente, en su artículo 13.1 configura la posibilidad del Director del Gabinete Jurídico de "impartir a los funcionarios adscritos a los servicios jurídicos de las diversas Consejerías y organismos de la Junta de Comunidades, cuantas recomendaciones sean precisas para la coordinación de sus actuaciones y la adopción de criterios homogéneos en su función asesora". Con esa misma finalidad, facilitar la unidad de doctrina, el segundo párrafo del mismo precepto, posibilita que el Director del Gabinete Jurídico pueda convocar "a quienes desempeñan funciones de asesoramiento jurídico en las distintas Consejerías y recabar la remisión de cuantos antecedentes, datos y documentos estime oportuno".

Estos antecedentes normativos configuraban un modelo organizativo semejante al que rige en la actualidad, Abogacía Pública sin presencia en los órganos superiores de la Administración, con una actuación fundamentalmente circunscrita a la representación y



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

defensa de la Administración ante los Juzgados y tribunales de justicia y una función consultiva de baja intensidad, lo que dificulta la uniformidad de criterios jurídicos en el ámbito administrativo.

La Ley 5/2013 se hace eco en su parte expositiva de esta dualidad y sus consecuencias, con el siguiente tenor literal:

“La estructura generada por estas normas diferencia entre dos formas de asistencia jurídica: un Gabinete Jurídico, integrado por el Cuerpo de Letrados, cuyas funciones incluyen la defensa y representación en juicio, así como el asesoramiento en Derecho del Consejo de Gobierno, a cuyo frente se halla una Dirección del Gabinete Jurídico, o en su caso, un letrado-jefe; en segundo lugar, los Servicios Jurídicos de las Consejerías, compuestos por funcionarios del Cuerpo Superior Jurídico y dependientes de la correspondiente Secretaría General o en su caso, de Direcciones Generales, los cuales se ocupan del asesoramiento jurídico, en los estadios iniciales de la actuación administrativa, sin que se encuentren bajo un mismo órgano directivo”.

No cabe desconocer los inconvenientes que derivan de la existencia de este modelo dual para la consecución de la deseable unidad de doctrina. El propio texto legal se hace eco de la existencia de esta dificultad:

“Esta dualidad supone una merma en la necesaria uniformidad doctrinal en el asesoramiento mediante la emisión de informes que motivan y controlan desde el punto de vista jurídico la actuación de la administración autonómica, así como también, una fisura en la defensa



jurídica de los intereses generales ante los Juzgados y Tribunales, donde la preparación de los expedientes corresponde a los Servicios Jurídicos y la defensa al Gabinete Jurídico sin que la comunicación fuera distinta a la que se mantiene con cualquier otro órgano administrativo basada en el principio de colaboración”.

Para atenuar esta dificultad real, como mecanismo coadyuvante a esa inevitable merma del principio de unidad de doctrina, la Ley subraya la existencia de determinados valores de consenso, presentes en las profesionales que se ocupan de la asistencia jurídica desde ambas perspectivas:

“No obstante, el trabajo de los funcionarios integrantes del Cuerpo de Letrados y de los Servicios Jurídicos ha supuesto, durante la vigencia de las normas precedentes, una labor necesaria y correcta en aras de la adecuación de la actividad administrativa autonómica al ordenamiento jurídico y la persecución de los intereses generales”.

Junto a la dificultad que deriva de la dualidad en la que se asienta el modelo regulado en la Castilla-La Mancha, reconoce la Ley la complejidad y diversidad de los asuntos encomendados a la Administración Autonómica, que requieren “una constante especialización de los abogados a su servicio y a su vez una coordinación con otras entidades”. Para hacer frente al aumento de los litigios, hecho ya constatado en el momento de la promulgación del texto legal y, que sin duda alguna, se ha visto incrementado de forma exponencial desde ese momento, litigios que afectan a todas las Consejerías y los organismos



autónomos vinculados o dependientes, se propone la necesidad de profesionalización de la asistencia jurídica “que requiere una constante mejora del servicio y adecuación a los vertiginosos cambios normativos; y las exigencias de rapidez y eficacia que deben caracterizar la relación entre abogado y cliente, aunque estos se incardinan en la raíz del servicio público”.

Tras esta parte expositiva, en su artículo 1 la Ley 5/2013 establece la composición de los Servicios Jurídicos de Castilla-La Mancha, diferenciando:

“a) La Dirección de los Servicios Jurídicos.

b) El Gabinete Jurídico.

c) Las unidades de Servicios Jurídicos de las Consejerías, que se denominarán «asesoría jurídica» en la Consejería que corresponda.

d) Las unidades de Servicios Jurídicos de los organismos autónomos, que se denominarán «asesoría jurídica» en el organismo autónomo que corresponda”.

Partiendo de esta composición, el artículo 7 del texto legal configura su organización, poniéndose aquí de manifiesto la dualidad a la que se ha hecho referencia anteriormente.

Así, para los letrados, integrados en el Gabinete Jurídico, se establece con absoluta claridad su dependencia orgánica y funcional de la Dirección de los Servicios Jurídicos, sin perjuicio del destino donde realicen sus funciones (apartado 2), por lo que no cabe duda de la existencia de una organización jerárquica, que facilita el dictado de instrucciones, órdenes de servicio y la implementación de todos los mecanismos a



los que se viene haciendo referencia. Como ejemplo de instrucciones, que encuentran amparo en este principio jerárquico, cuyo ámbito de aplicación queda reducido al Gabinete Jurídico, cabe citar:

- Instrucciones 1/2015, de 13 de octubre, 1/2016, de 13 de octubre, 5/2016, 2/2021, 1/2022, de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en las que se abordan distintos aspectos relacionados con la tasación de costas.
- Instrucción para solicitar autorización para no recurrir a través de Dicea.
- Instrucción 3/2015 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre el señalamiento de las pruebas que se practican en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, así como las que se practican por exhorto en los juzgados.
- Instrucción 4/2015 de la Dirección de los Servicios Jurídicos sobre elaboración de estadísticas mensuales y anuales por parte de las distintas unidades del Gabinete Jurídico.
- Instrucción para la emisión de informes consultivos.
- Instrucción para los comentarios de sentencias.

A diferencia de la regulación anteriormente citada, que configura un claro principio jerárquico entre Dirección de los Servicios Jurídicos y Gabinete Jurídico, el artículo 7.3 de la Ley 5/2013, establece: "Las asesorías jurídicas en las Consejerías y en los organismos autónomos de la Administración de la Junta de



Comunidades de Castilla-La Mancha dependerán orgánica y funcionalmente de la Secretaría General correspondiente sin perjuicio de las especialidades funcionales determinadas en los siguientes artículos". Si bien es cierto que el artículo 14, para la designación de las Jefaturas de las asesorías jurídicas de las Consejerías y organismos autónomos, cuyos titulares son nombrados mediante el procedimiento de libre designación, exige que sea oída la Dirección de los Servicios Jurídicos, no cabe duda de que se evidencia la ausencia de un principio jerárquico que sirva de fundamento sólido y eficiente a la adopción de las medidas necesarias para la consecución del principio de la unidad de doctrina.

Como mecanismo para garantizar la necesaria unidad de doctrina, en el artículo 7.4. se establece que "La coordinación entre el Gabinete Jurídico y las asesorías jurídicas en las Consejerías y en los organismos autónomos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha corresponde a la Dirección de los Servicios Jurídicos".

Por tanto, la Dirección de los Servicios Jurídicos tiene legalmente encomendada la coordinación entre las asesorías jurídicas en las Consejerías y organismos autónomos, por una parte, y el Gabinete Jurídico, por otra, aunque la vinculación jerárquica queda limitada a este último.

A lo largo del texto legal, se observan manifestaciones de esa interrelación entre Gabinete Jurídico y Servicios jurídicos de Consejerías y organismos autónomos, así como de la función de coordinación atribuida a la Dirección General de los Servicios Jurídicos. Así, se



aprecia dicha interrelación en los artículos 10 y 11 de la norma, al regular, respectivamente, la labor consultiva del Gabinete Jurídico y las funciones encomendadas a las asesorías de las Consejerías y organismos autónomos. En este último caso, se evidencia la coordinación encomendada a la Dirección General de los servicios jurídicos, especificándose la necesidad de su supervisión técnica y jurídica, para el ejercicio de las funciones de asesoramiento en Derecho que produzcan incidencia sobre cuestiones que se eleven a Consejo de Gobierno o sobre la representación y defensa de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

En la misma línea, el citado artículo 11, en su apartado 3, exige, para la remisión de expedientes a los órganos jurisdiccionales, el previo conocimiento de los mismos por el Gabinete Jurídico, salvo casos excepcionales.

Como nexo común, tanto el artículo 10 como el 11 (este último por remisión), en sus respectivos apartados 4, establecen que "El Consejo de Gobierno, los titulares de las Consejerías, de las Viceconsejerías, de las Secretarías Generales, el titular de la Dirección de los Servicios Jurídicos y los titulares de los órganos de gobierno superiores de los organismos autónomos o entidades del Sector Público Regional a las que se refiere esta ley pueden consultar al Gabinete Jurídico sobre cualquier cuestión jurídica relacionada con los asuntos de su competencia, precisando los puntos que deben ser objeto de asesoramiento".

Otro mecanismo para la consecución de la unidad de doctrina es el derivado de la obligación de elevar



consulta a la Dirección de los Servicios Jurídicos establecida en el artículo 12 de la Ley. Dicha obligación, que no posibilidad, no se limita a los letrados del Gabinete Jurídico, para asuntos de especial importancia por su dificultad jurídica o su relevancia en la aplicación práctica para la Administración o existencia de discrepancias entre letrados, sino que también se exige cuando exista disparidad de criterios jurídicos en el ejercicio de las funciones consultivas entre un letrado y una asesoría jurídica. Dichas consultas serán resueltas por un órgano colegiado, para cuya designación se remite la ley a un futuro reglamento.

En orden al principio de unidad de doctrina y al dictado de órdenes e instrucciones para su consecución, interesa destacar el contenido del capítulo V de la Ley, rubricado "Principios de jerarquía, colaboración y contraposición de intereses entre órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha".

A las instrucciones y autorizaciones en concreto, hace referencia el artículo 15, estableciendo, con absoluta claridad, en su primer apartado que "Los integrantes de los Servicios Jurídicos están sometidos en su actuación a la coordinación y supervisión técnicas y jurídicas de la Dirección de los Servicios Jurídicos, que, a tal efecto, podrá dictar las instrucciones que sean necesarias, en especial, en relación con el anuncio, preparación, interposición, formalización o no sostenimiento de recursos así como la determinación de los supuestos de consulta preceptiva al centro directivo y de autorización previa del mismo".



El artículo 15, en su apartado 2, tras hacerse eco del sometimiento al imperio de la ley de letrados y funcionarios de las asesorías jurídicas en Consejerías y organismos autónomos, establece que “gozarán de independencia profesional sin perjuicio de la necesaria uniformidad jurídica”. El texto legal establece, en aras de la unidad de doctrina, la necesidad de uniformidad jurídica como límite a la independencia profesional, lo que, abre la posibilidad de dictar instrucciones unificando criterios en supuestos en los que pudieran plantearse dudas jurídicas que den lugar a diversas interpretaciones.

En uso de estas atribuciones, la Dirección General de los Servicios de Castilla- La Mancha ha dictado numerosas instrucciones, entre las que cabe citar las siguientes:

- Instrucción nº 2/2015 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la coordinación entre Gabinete Jurídico y Asesorías Jurídicas en las Consejerías y en los Organismos Autónomos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
- Instrucción nº 2/2016 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la coordinación entre Gabinete Jurídico y Asesorías Jurídicas en las Consejerías y en los Organismos Autónomos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en los envíos de expedientes administrativos a los órganos jurisdiccionales.



- Instrucción nº 3/2016 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la coordinación entre Gabinete Jurídico y Asesorías Jurídicas en las Consejerías y en los Organismos Autónomos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre recurso de casación.
- Instrucción nº 4/2016 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la coordinación entre Gabinete Jurídico y Asesorías Jurídicas en las Consejerías y en los Organismos Autónomos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre comunicación de recurrir sentencias y petición de autorizaciones para no recurrir.
- Instrucción nº 1/2017 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la coordinación entre Gabinete Jurídico y Asesorías Jurídicas en las Consejerías y en los Organismos Autónomos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre comunicación de sentencias y su impugnación.
- Instrucción nº 1bis/2017 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la coordinación entre Gabinete Jurídico y Asesorías Jurídicas en las Consejerías y en los Organismos Autónomos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre comunicación de sentencias y su impugnación.
- Instrucción nº 2/2017 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La



Mancha para la representación y defensa en juicio de los empleados públicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por el Gabinete Jurídico.

- Instrucción nº 1/2020 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la coordinación entre Gabinete Jurídico y Asesorías Jurídicas en las Consejerías y en los Organismos Autónomos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

- Instrucción nº 2/2020 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la coordinación entre Gabinete Jurídico y Asesorías Jurídicas en las Consejerías y en los Organismos Autónomos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

- Instrucción nº 2/2022 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la coordinación entre Gabinete Jurídico y Asesorías Jurídicas en las Consejerías y en los Organismos Autónomos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre los recursos de casación en los órdenes jurisdiccionales civil, penal y laboral.

- Instrucción 1/2023 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la coordinación entre Gabinete Jurídico y Asesorías Jurídicas en las Consejerías y en los Organismos Autónomos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por la que se comunican los criterios alcanzados con la Fiscalía Superior de la Comunidad de Castilla-La Mancha en los



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

casos de delitos presuntamente cometidos por personal empleado personal dependiente de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha siendo víctimas los empleados públicos y otros grupos de personas.

- Instrucción 2/2023 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la coordinación entre Gabinete Jurídico y la Consejería de Bienestar Social en los casos de delitos presuntamente cometidos por personal empleado o dependiente de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha siendo víctimas los menores tutelados por la entidad pública.

- Instrucción nº 3/2023 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la coordinación entre Gabinete Jurídico y Asesorías Jurídicas en las Consejerías y en los Organismos Autónomos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre la comunicación del derecho de opción en los despidos improcedentes del personal laboral y remisión de información sobre el cálculo de las eventuales cuantías indemnizatorias en procesos de despido.

- Instrucción sobre denuncias y ejercicio de acciones.

Con fundamento en las especiales circunstancias generadas por la crisis sanitaria derivada de la Covid-19 y la necesidad de abordar de forma conjunta y coordinada las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que tenían su origen en las medidas adoptadas al respecto, se dictó la Instrucción 1/2021 de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de



Comunidades de Castilla-La Mancha por la que se crea, a propuesta del Vicepresidente, un grupo de trabajo entre el Gabinete Jurídico y las Consejerías de Hacienda y Administraciones Públicas; Bienestar Social; Economía, Empresas y Empleo; Sanidad y SESCAM para los asuntos de responsabilidad patrimonial derivados de la crisis sanitaria por la covid-19.

De especial interés para la adecuada representación y defensa en juicio de la Administración Regional resulta lo establecido en el artículo 16 de la citada ley, que regula la colaboración interorgánica, estableciendo la obligación de todos los órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos y entidades del sector público regional, en particular los órganos interesados en los procesos, de prestar –“la colaboración precisa para la mejor defensa de los intereses en litigio”, así como de remitir a los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma “con la mayor celeridad posible, cualquier comunicación recibida de órganos jurisdiccionales”. Esta misma celeridad se exige a los letrados para la remisión a los órganos de la Administración interesados en los procesos de las comunicaciones recibidas de órganos jurisdiccionales, “especialmente cuando ordenen alguna actuación por parte de la Administración, y prestarán la colaboración que sea precisa a estos efectos”.

También interesa una referencia al artículo 17 del texto legal, que regula la contraposición de intereses para los supuestos en los que ante cualquier orden jurisdiccional litigasen entre sí u ostentasen intereses contrapuestos distintos órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que, a falta de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

normativa especial o cláusulas convencionales de aplicación, atribuye determinadas facultades a la Dirección del Servicio Jurídico.

Tras este recorrido por el texto legal actualmente vigente, se constata que la estructura dual establecida hace más difícil la consecución de la unidad de doctrina, como ya adelantaba la norma en su exposición de motivos.

La propia Ley 5/2013, en su parte introductoria, en la que hace referencia a la necesidad de una renovación de la organización de los servicios jurídicos diez años después de su última regulación, puede dar pie a una reflexión sobre la conveniencia de abordar una actualización de la regulación de los servicios jurídicos de Castilla-La Mancha. En dicha propuesta de *lege ferenda* podrían introducirse mecanismos al servicio de la unidad de doctrina, planteándose, si se considerase conveniente, un cambio de modelo introduciendo una estructura semejante a la existente en otras abogacías, que permitiese una mayor intervención consultiva, con la finalidad de introducir elementos de uniformidad jurídica en un plano administrativo, antes del planteamiento del conflicto judicial. O, simplemente, podría apostarse por un sistema mixto en el que, manteniendo la estructura actual, se estableciese algún tipo de dependencia jerárquica de los servicios jurídicos de las Consejerías y Organismos Autónomos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha respecto a la Dirección de los Servicios Jurídicos.

Otra posibilidad sería confiar al desarrollo reglamentario el establecimiento y potenciación de mecanismos eficaces para hacer realidad esa deseable uniformidad y



coordinación, siendo conscientes de que, sin una previa modificación del texto de rango legal, ninguna dependencia jerárquica cabría establecer.

En cualquier caso, ninguna duda cabe de que el modelo actual obliga a la búsqueda de fórmulas imaginativas, que, junto a las más convencionales como el uso de instrucciones, posibiliten alcanzar el objetivo pretendido. Dada la ausencia de dependencia orgánica y funcional de dichas asesorías respecto a la Dirección de los Servicios Jurídicos, nos parece de especial relevancia el establecimiento de mecanismos de coordinación, eficaces e imaginativos, fundamentados al margen del principio de jerarquía, para conseguir que la unidad de doctrina se haga presente en esa dualidad organizativa.

No cabe duda de que constituye un reto hacer realidad ese principio de unidad de doctrina, en el marco del actual sistema dual legalmente configurado, sin presencia de dependencia jerárquica. Se hace necesario potenciar el principio de colaboración, al que se refiere el texto legal en su parte expositiva, reforzando la profesionalidad de todos los funcionarios, utilizando todas las herramientas posibles, en las que, junto a las instrucciones anteriormente referidas, se incluyen todo tipo de acciones formativas, reuniones para abordar problemas transversales y específicos de cada centro gestor, así como un contacto fluido y continuo entre el Gabinete Jurídico y los Servicios Jurídicos de las Consejerías y Organismos Autónomos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para conseguir una mayor coherencia y eficacia, tanto en el ámbito consultivo como en el contencioso. Se trata de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

explorar todas las vías posibles para alcanzar esa unidad de doctrina, necesaria para posibilitar que los servicios jurídicos realicen de forma eficaz sus funciones.

Por su parte, en el seno del Gabinete Jurídico, cabe resaltar la utilización de herramientas prácticas como las reuniones semanales de coordinación entre todas las unidades, en las que se adoptan criterios comunes y cuyo contenido se comparte con todos los letrados. Además, funcionan grupos de trabajo para abordar y trabajar coordinadamente los temas transversales o de especial importancia cuantitativa y cualitativa, para la mejor defensa de los intereses de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Igualmente, para las materias que lo hacen aconsejable, se aplica un criterio de especialización de letrados, con especial atención a la formación, que hacen posible una mejor y más coordinada actuación en los ámbitos consultivo y contencioso en temas de especial dificultad. Por último, las distintas acciones formativas, con celebración de jornadas, cursos, talleres, etc. colaboran de forma eficiente a hacer posible ese principio de unidad de doctrina, reforzando el potencial humano y la profesionalización.

Como herramienta efectiva para la promoción del principio de transparencia y rendición de cuentas, de especial relevancia para la consecución de la unidad de doctrina, cabe destacar la publicación anual de la Memoria del Gabinete Jurídico. En ella se refleja la actividad llevada a cabo por el Gabinete Jurídico durante el correspondiente año judicial. Contiene una recapitulación de datos constatables, extraídos de las



bases de datos utilizadas para el control y seguimiento de todos los asuntos, que permite estandarizar los procesos, mejorando la eficacia y la seguridad. Consideramos que su publicación y difusión responden a un compromiso real con los citados principios de transparencia y rendición de cuentas, contribuyendo a la promoción de la confianza.

9. CONCLUSIONES

Las respuestas regulatorias a la actividad de los titulares de las Abogacías Públicas pueden abordarse desde diversas perspectivas, pero todas estas se articulan en torno a un mismo eje: "la unidad de doctrina jurídica". La mayoría de los problemas se producen con motivo de las contradicciones en que pueden incurrir quienes defienden los intereses de la Administración, extremo que se produce cuando aflora la falta de coordinación. Como hemos expuesto reiteradamente, la unidad de doctrina es un principio que deriva del principio de buena Administración, lo que sólo se consigue por medio de una adecuada coordinación.

A la hora de abordar los posibles mecanismos que se tienen para coordinar la actuación de los integrantes de una Abogacía Pública, las instrucciones u órdenes de servicio aparecen como un instrumento idóneo, pero no son el único. No obstante, aunque son un mecanismo idóneo, su uso debe ser proporcionado.

Las instrucciones u órdenes de servicio sólo son necesarias cuando se trata de aspectos recurrentes que afectan a todos por igual, pues no se debe hacer uso de



aquellas para resolver aspectos de algún supuesto concreto y singular. Es verdad que las instrucciones son costosas de crear e implementar, y con frecuencia son ignoradas por sus destinatarios, pero eso no desmerece su importancia, al contrario, eso las convierte en fundamentales.

En este contexto, la clave del eje de las instrucciones u órdenes de servicio, como se ha apuntado antes, es que sea posible neutralizar la amenaza de la incoherencia. En particular, es sugerente la comparativa entre la actuación de los letrados sin estas y con las mismas. Si bien es cierto que no son valorables por su resultado final, a diferencia de las Abogacías Públicas que no hacen uso de estas, cuando los letrados actúan con plena observancia de las instrucciones el riesgo de la contradicción desaparece.

Por tanto, los directores de las Abogacías Públicas están llamados en la práctica a conseguir la unidad de criterio de sus integrantes, extremo que hace que las instrucciones u órdenes de servicio estén llamadas a desempeñar un papel esencial en la consecución de ese objetivo, a pesar de las críticas que algunos plantean.

En esta tesitura hacemos nuestras las palabras empleadas en 1881 para justificar la creación del actual Cuerpo de Abogados del Estado, ya que consultar el derecho con unidad de doctrina y/de criterio, defender del mismo modo los intereses de la Administración ante los Tribunales, así en lo civil, contencioso-administrativo, laboral como en lo criminal, y vigilar toda trasgresión de ley que redunde en daño del Tesoro o del mejor servicio, han de ser las importantes y principales tareas de todo cuerpo de letrados que



conforme una Abogacía Pública, y que para mayor precisión y claridad usarán los parámetros y criterios de actuación que determine el titular de la misma; todo sin perjuicio de las responsabilidades propias e individuales de quien esté asumiendo la dirección letrada de un asunto concreto.

Por ello, esperamos que este trabajo sirva para avivar la importancia de la unidad de criterio en una Abogacía Pública. Confiamos en que, al igual que sucedió en la España de 1881, las distintas Abogacías Públicas puedan contar hoy con una autonomía suficiente que garantice la “coherencia” y la “consistencia” de manera clara, contundente y reconocible.

En este contexto, tal y como se ha dicho antes, cobra especial relevancia la especialización de letrados, con especial interés a la formación, que hacen posible una mejor y más coordinada actuación en los ámbitos consultivo y contencioso en temas de especial dificultad, extremo uno y otro que permite conseguir un mejor servicio en defensa de los intereses generales.

En conclusión, la formación, la transparencia y la rendición de cuentas junto con la aplicación correcta de los instrumentos de coordinación que prevé el ordenamiento jurídico son lo que sirven para conseguir una mayor credibilidad de la Abogacía Pública ante los ciudadanos y ante los órganos jurisdiccionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- 1) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, “Comentarios a la Ley de Régimen



Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”.

- 2) Miguel Ángel Gilabert Cervera, “La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas”, Aranzadi, Cap. IV, Pág. 62.
- 3) Carmen María García Miranda, “El principio de unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 1.
- 4) José Ramón Chaves García, “El arte de la guerra en la justicia administrativa”, Wolters Kluwer, 2018, pág. 77.
- 5) José Antonio Morillo-Velarde del Peso “La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas”, Aranzadi, Cap. V, Pág. 72.
- 6) PONCE SOLÉ, J: El derecho a una buena Administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos. A propósito de la sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017 en Revista de Administración Pública, 221, mayo - agosto (2023), pp. 163-182.
- 7) GALLARDO CASTILLO, M.J: La Abogacía del Estado en España: antecedentes, regulación y funciones en Actualidad Administrativa, Nº 1, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Ene. 2012, pág. 6, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer.



- 8) AAVV: Capítulo V. principios de jerarquía, colaboración y contraposición de intereses entre órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en Comentarios a la Ley 5/2013, de 17 de octubre, de ordenación del servicio jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Revista Gabilex, núm. Extraordinario junio 2015, pág. 152.

- 9) Elena Otero-Novas Miranda, "La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas", Aranzadi, Cap. XVI, Pág. 493.

**DE NUEVO LAS RETRIBUCIONES DE
LOS TRABAJADORES MIEMBROS A SU
VEZ DEL CONSEJO DE
ADMINISTRACIÓN. AHORA,
DEFINIENDO LA COMPETENCIA DE
UNA DE LAS ADMINISTRACIONES
TRIBUTARIAS EN CONFLICTO**

D. Francisco José Negro Roldan

Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de
Navarra

Resumen: El Tribunal Supremo confirma la decisión de la Junta Arbitral prevista en el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, que resuelve un conflicto entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Hacienda Foral de Navarra respecto de la competencia para recaudar las retenciones a cuenta del IRPF de miembros del consejo de administración de una entidad domiciliada en Navarra. La competencia depende de si los



servicios de los citados miembros a que responden las remuneraciones sobre las que se practica la retención son los propios de tales miembros del consejo o no, siendo trabajos diferentes. La Junta Arbitral entiende que son tareas añadidas a las propias de los miembros del consejo, por lo que la competencia recae en la Administración tributaria que corresponde al lugar de prestación de los servicios. Siendo una cuestión esencialmente fáctica, la Resolución de la Junta también recuerda la discusión relativa a la naturaleza de los servicios de los miembros del consejo de administración, especialmente en cuanto a la deducibilidad o no en el Impuesto sobre Sociedades de los gastos en que la entidad incurre al abonar esas remuneraciones. El autor aporta alguna reflexión más que corrobora la tesis de la Junta y que cuestiona la pervivencia automática de la exclusión de las remuneraciones de los miembros de los consejos de administración que también son trabajadores de la entidad. Se refresca el estado actual de la excepción legal a la deducción de gastos por este concepto en el Impuesto sobre Sociedades. Se aporta doctrina de los tribunales laborales. Y se establecen conclusiones para el caso examinado y otras con carácter general respecto de las tareas de las miembros del consejo de administración y sus retribuciones.

Abstract: The Supreme Court confirms the decision of the Arbitration Board provided for in the Economic Agreement between the State and the Autonomous Community of Navarre, which resolves a conflict between the State Tax Administration Agency and the Regional Treasury of Navarre regarding the competence to collect withholdings on account of



Personal Income Tax from members of the board of directors of an entity domiciled in Navarre. The circumstance that determines competence depends on whether it is considered that the services of the aforementioned members have been performed by them as such members of the Council or not, being different jobs. The Arbitration Board thinks that these are services added to those of members of the Board, so the competence lies with the Tax Administration that corresponds to the place of provision of services. Being an essentially factual issue, the Resolution of the Board also recalls the discussion with reference to the nature of the services of the members of the Board of Directors, especially regarding the deductibility or not in the Corporation Tax of the expenses that the entity incurs when paying these remunerations. The author provides some more reflection that corroborates the thesis of the Arbitration Board and that questions the automatic survival of the exclusion of the remuneration of the members of the Boards of Directors who also work for the company. The article recalls the current state of the legal exception to the deduction of expenses for this concept in the Corporation Tax. The doctrine of the labour courts is provided. Conclusions are established for the case examined and others in general regarding the tasks of the members of the Board of Directors and their remuneration.

Palabras clave: Convenio Económico, su origen, caracteres y regulación de la competencia de cada administración tributaria. Retenciones a cuenta del



IRPF. La Junta Arbitral y su resolución en el conflicto de competencias. Las retribuciones de los miembros del consejo de administración. Las tareas de los miembros del consejo de administración. Impuesto sobre Sociedades.: gastos deducibles.

Keywords: Economic Agreement, its origin, characteristics and the regulation of the competence of each tax administration. Withholdings on account of Personal Income Tax. The Arbitration Board and its resolution in the conflict of competences. The remuneration of the members of the Board of Directors. The tasks of the members of the Board of Directors. Corporate Income Tax: deductible expenses.

1. - INTRODUCCIÓN

Este artículo persigue poner de manifiesto cómo una vieja polémica referida al trato que merezcan ciertas retribuciones de los miembros del consejo de administración de una sociedad mercantil ha sustentado un conflicto entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) y la Hacienda Foral de Navarra (HFN), cuyos perfiles también se describirán.

2.- REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD TRIBUTARIA DE NAVARRA



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Parece conveniente recordar las notas más relevantes del peculiar sistema que la normativa integrada en el bloque de constitucionalidad prevé para el desarrollo de la actividad tributaria y financiera de Navarra. Esas características son objeto de análisis más profundos, extensos y atinados que el que se ofrece aquí, a los que este escrito se remite, sin ánimo de cita exhaustiva.¹

Con sustento en la Disposición Adicional Primera de la Constitución,² el artículo 45 de la Ley

¹ Aranburu Urtasun, M. "Convenio Económico". Enciclopedia Auñamendi [en línea], 2022. [Fecha de consulta: 17 de enero de 2022]. Disponible en: <https://aunamendi.eusko-ikaskuntza.eus/es/convenio-economico/ar-32416/>

De La Hucha Celador, Fernando: "El régimen jurídico del Convenio Económico de la Comunidad Foral de Navarra". Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia. San Sebastián. 2006.

Del Burgo Tajadura, Jaime Ignacio: "La autonomía fiscal de Navarra", Hacienda Pública Española, 1985, núm. 92, págs. 205-227.

Simón Acosta, Eugenio: "Los tributos de los Regímenes Forales", en LASARTE, Javier (ed) Manual General de Derecho Financiero. Madrid: 1998.

Alli Aranguren, JC: "Los convenios económicos entre Navarra y el Estado. De la soberanía a la autonomía armonizada". Colección Pro Libertate, número 22. Gobierno de Navarra. Pamplona, 2010.

² "La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.



Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA) previene:

"1. En virtud de su régimen foral, la actividad tributaria y financiera de Navarra se regulará por el sistema tradicional del Convenio Económico (...)

3. Navarra tiene potestad para mantener, establecer y regular su propio régimen tributario, sin perjuicio de lo dispuesto en el correspondiente Convenio Económico que deberá respetar los principios contenidos en el Título Preliminar del Convenio Económico de mil novecientos sesenta y nueve, así como el principio de solidaridad a que se refiere el artículo 1.º de esta Ley Orgánica.

4. Dada la naturaleza paccionada de los Convenios Económicos, una vez suscritos por el Gobierno de la Nación y la Diputación, serán sometidos al Parlamento Foral y a las Cortes Generales para su aprobación mediante ley ordinaria (...)"

Dentro de la clasificación de las competencias de Navarra según su origen, que se diseña en el artículo 39 de la LORAFNA, la establecida en ese artículo 45 LORAFNA se engloba dentro de las denominadas, "facultades y competencias que actualmente (Navarra) ejerce", al

La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía."



amparo de lo establecido en la Ley Paccionada y disposiciones complementarias. Se trata de las llamadas competencias garantizadas o históricas.

Para que una competencia foral sea "histórica", según la STC 173/2014, de 23 de octubre, es preciso que haya formado parte históricamente del régimen foral navarro, que haya sido asumida en la LORAFNA y que su subsistencia sea compatible con la Constitución. Razona el FJ 6 de la STC 180/2016, de 20 de octubre (en materia de régimen local) que las previsiones de la LORAFNA, en la parte que reflejen derechos históricos, enraízan en la Disposición Adicional Primera CE que desplaza respecto a esta entidad foral la competencia estatal del artículo 149.1 CE. Así, esas competencias pueden considerarse al margen de lo que el artículo 149.1 CE previene.

Pues bien, las competencias tributarias reconocidas en la LORAFNA en esos términos tan precisos han venido siendo ejercidas por Navarra con refrendo por parte del Estado, han sido asumidas por la LORAFNA y alcanzan su sustento en la propia Disposición Adicional Primera CE, constituyendo un plus competencial respecto del techo que conviene a las Comunidades Autónomas conforme al juego de los artículos 148 y 149 CE y los otros preceptos delimitadores de competencias.

El "régimen tributario" cuyos mantenimiento, establecimiento y regulación corresponden a Navarra se articula en la competencia exclusiva para regular los impuestos



exigibles en la Comunidad Foral. Junto a esa dimensión positiva, el reconocimiento de tal potestad entraña también una dimensión negativa respecto del Estado, ya que la propia existencia del poder tributario de Navarra lleva consigo *a sensu contrario* la limitación de los poderes tributarios del Estado en Navarra, por lo que, salvo previsión del Convenio Económico (por ejemplo, en su artículo 3)³, las competencias tributarias en Navarra corresponden a las instituciones forales.

3.- EL CONVENIO ECONÓMICO⁴

El vigente Convenio Económico reitera que:

"En virtud de su régimen foral Navarra tiene potestad para mantener, establecer y regular su propio régimen tributario" (artículo 1).

³**Artículo 3. Competencias exclusivas del Estado**

1. *Corresponderá, en todo caso, al Estado la regulación, gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión de los derechos de importación y los gravámenes a la importación en los Impuestos Especiales y en el Impuesto sobre el Valor Añadido.*

2. *Quedará siempre a salvo la alta inspección del Estado, en garantía de las facultades que se le reservan en el presente convenio económico."*

⁴ Ley 25/2003, de 15 de julio, por la que se aprueba la modificación del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, aprobado por Ley 28/1990, de 26 de diciembre (con posteriores modificaciones incorporadas a su texto).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Los límites al ejercicio de tal potestad son (artículo 2):

"1. En el ejercicio de la potestad tributaria a que se refiere el artículo anterior, la Comunidad Foral de Navarra deberá respetar:

a) Los criterios de armonización del régimen tributario de Navarra con el régimen general del Estado establecidos en este convenio económico.

b) Las competencias que, conforme a lo dispuesto en el presente convenio económico, correspondan al Estado.

c) Los tratados o convenios internacionales suscritos por el Estado, en especial los firmados para evitar la doble imposición, así como las normas de armonización fiscal de la Unión Europea, debiendo asumir las devoluciones que proceda practicar como consecuencia de la aplicación de tales convenios y normas.

d) El principio de solidaridad a que se refiere el artículo 1.º de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

e) Las instituciones, facultades y competencias del Estado inherentes a la unidad constitucional, según lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de régimen general del Estado, la Comunidad Foral de Navarra podrá establecer y



regular tributos diferentes de los mencionados en el presente Convenio, respetando los principios recogidos en el apartado 1 anterior y los criterios de armonización previstos en el artículo 7 de este Convenio.”

Aparte de los criterios generales de armonización que se establecen en el artículo 7 del Convenio⁵, no hay criterio armonizador específico que afecte al IRPF (por centrarnos en el tributo a que se ciñe el conflicto sobre el que versa este estudio).

No obstante, juega un papel relevante la regulación de los puntos de conexión, que deslindan

⁵ “Artículo 7. Criterios generales de armonización: *La Comunidad Foral de Navarra en la elaboración de la normativa tributaria:*

a) Se adecuará a la Ley General Tributaria en cuanto a terminología y conceptos, sin perjuicio de las peculiaridades establecidas en el presente Convenio.

b) Establecerá y mantendrá una presión fiscal efectiva global no inferior a la existente en el resto del Estado.

c) Respetará y garantizará la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes, capitales y servicios en todo el territorio español, sin que se produzcan efectos discriminatorios.

d) Utilizará la misma clasificación de actividades industriales, comerciales, de servicios, profesionales, agrícolas, ganaderas y pesqueras que en territorio común, sin perjuicio del mayor desglose que de las mismas pueda llevar a cabo la Comunidad Foral”.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

las competencias de cada una de las administraciones tributarias (la AEAT y la HFN) para cada uno de los impuestos.

En concreto, para las retenciones e ingresos a cuenta del IRPF, el artículo 10.1 del Convenio Económico contiene una previsión específica respecto de la Administración tributaria a que corresponde su exacción⁶.

⁶ "Artículo 10. Retenciones e ingresos a cuenta por rendimientos del trabajo.1. *Las retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos del trabajo, en concepto de pago a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se exigirán, conforme a su propia normativa, por la Comunidad Foral cuando correspondan a los que a continuación se señalan:*

a) Los procedentes de trabajos o servicios que se presten en Navarra. En el supuesto de que los trabajos o servicios se presten en territorio común y navarro, se presumirá, salvo prueba en contrario, que los servicios se prestan en Navarra, cuando se ubique en este territorio el centro de trabajo al que esté adscrito el trabajador."

(...) f) Las retribuciones que, en su condición de tales, perciban los presidentes y vocales de los consejos de administración y juntas que hagan sus veces en toda clase de entidades, cuando la entidad pagadora tribute exclusivamente a la Comunidad Foral por el Impuesto sobre Sociedades.

Cuando la entidad pagadora sea sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades exigible por el Estado y la Comunidad Foral, la retención corresponderá a ambas Administraciones en proporción al volumen de operaciones efectuado en cada territorio, conforme a lo previsto en el artículo 21 de este convenio. Estas retenciones se exigirán, conforme a la



Cuando existen controversias entre las administraciones en conflicto, el propio Convenio Económico prevé la existencia de una Junta Arbitral (JA), que resuelve las discrepancias y conflictos que surgen entre ambas administraciones en la interpretación y aplicación del Convenio⁷.

La JA está integrada por tres miembros, nombrados por los titulares de las carteras de Hacienda de Navarra y el Estado para un período de seis años, entre personas con reconocido prestigio

normativa foral o común, según que a la entidad pagadora le resulte de aplicación la normativa foral o común del Impuesto sobre Sociedades, y la inspección se realizará por los órganos de la Administración que corresponda por aplicación de este mismo criterio. No obstante lo anterior, las normas relativas al lugar, forma y plazo de presentación de las correspondientes declaraciones-liquidaciones serán las establecidas por la Administración competente para su exacción."

⁷ Compete a la Junta Arbitral, según el artículo 51 del Convenio:

"a) Conocer de los conflictos que surjan entre las Administraciones interesadas como consecuencia de la interpretación y aplicación del presente Convenio a casos concretos concernientes a relaciones tributarias individuales.

b) Resolver los conflictos que se planteen entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Foral, o entre ésta y la Administración de una Comunidad Autónoma, en relación con la aplicación de los puntos de conexión de los tributos cuya exacción corresponde a la Comunidad Foral de Navarra y la determinación de la proporción correspondiente a cada Administración en los supuestos de tributación conjunta por el Impuesto sobre Sociedades o por el Impuesto sobre el Valor Añadido.

c) Resolver las discrepancias que puedan producirse con respecto a la domiciliación de los contribuyentes."

en materia tributaria. Sus acuerdos solo pueden ser recurridos ante el Tribunal Supremo. Su regulación se completa en el correspondiente Reglamento⁸.

4.- EL PLANTEAMIENTO DEL CONFLICTO ANTE LA JUNTA ARBITRAL⁹

A) Objeto del conflicto

La cuestión que enfrenta a ambas administraciones se refiere a la oficina tributaria que ha de recaudar las retenciones a cuenta de las retribuciones de dos de los miembros del consejo de administración de una sociedad que tributa por el Impuesto sobre Sociedades (IS) conjuntamente al Estado y a la Comunidad Foral de Navarra, en razón de su volumen de operaciones, pues actúa en ambos territorios.

Ingresado íntegramente el importe de las retenciones en la Hacienda Foral de Navarra (HFN), la Agencia Estatal de Administración Tributaria

⁸ Reglamento aprobado por el Real Decreto 353/2006, de 24 de marzo y modificado por el Real Decreto 530/2017, de 26 de mayo.

⁹ Conflicto positivo de competencias núm. 141/2020, a que pone fin la Resolución de 28 de julio de 2021, de la Junta Arbitral del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.



(AEAT) plantea conflicto ante la JA, a fin de que la misma declare que la AEAT es la Administración competente para la exacción, en la proporción que le corresponde, de las retenciones practicadas y se ordene a la HFN que remese a la AEAT las sumas indebidamente recaudadas en ese concepto.

B) Criterio jurídico de solución del conflicto

Como se desprende del artículo 10.1 del Convenio, antes referenciado, si los trabajos se desarrollan exclusivamente en territorio común, las retenciones se deberán ingresar en la AEAT, mientras que si se llevan a cabo exclusivamente en territorio foral deberán ingresarse a la HFN. Si los trabajos se prestan en territorio común y navarro, se consagra una presunción, que admite prueba en contrario, de que los servicios se prestan en el territorio donde se ubique el centro de trabajo al que esté adscrito el trabajador. El régimen previsto difiere en el caso de las retribuciones que, en su condición de tales, perciban los presidentes y vocales de los consejos de administración y juntas que hagan sus veces. En caso de que la mercantil tribute a Navarra por el IS, la exigencia de esas retenciones e ingresos a cuenta corresponderá a Navarra. Si tributa a ambas oficinas tributarias, la retención pertenecerá a ambas Administraciones en proporción al volumen de operaciones efectuado en cada territorio.

C) Circunstancias de hecho relevantes

En la certificación de la empresa y en las nóminas aportadas por la entidad se constata que las percepciones satisfechas a dos integrantes del consejo de administración responden (al menos formalmente) al concepto de contraprestación que retribuye un trabajo por cuenta ajena. Son salarios cobrados en su condición respectiva de gerente y director comercial. Esos salarios son aprobados por las correspondientes Juntas Generales Ordinarias Universales, y se acuerdan en concepto de "salario de personal directivo" No existe discrepancia entre las Administraciones contendientes en que los dos miembros del consejo desempeñaban sus labores en el centro de trabajo ubicado en Navarra.

El consejo de administración de la entidad se encuentra integrado por seis miembros, sin que conste el nombramiento de consejeros delegados.

Los cargos de presidente y vicepresidente no son desempeñados por los dos miembros a que el conflicto se refiere. Uno de ellos es el Secretario de dicho órgano social, cargo que ni siquiera exige ostentar la condición de miembro del consejo, según los Estatutos de la mercantil.

Los miembros del consejo cuyas retribuciones se enjuician no son socios de la entidad.

Los estatutos sociales no contemplan remuneración en relación a los miembros de este



órgano, por lo que las funciones vinculadas a esos cargos se entienden gratuitas, de acuerdo con el artículo 217 del TRLSC¹⁰.

D) La cuestión clave de que depende la solución

Dados los datos fácticos reseñados, la discrepancia estriba en si las remuneraciones de los dos miembros del consejo que tienen asignadas las categorías de gerente y director comercial responden a retribuciones que les corresponden en su condición de tales vocales del consejo de administración.

5.- LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO¹¹

La lectura de la Resolución, a efectos de nuestra exposición, puede abocar a la sistematización que se expone a continuación.

A) Las posiciones de las partes analizadas por la resolución.

¹⁰ Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

¹¹ Conflicto positivo de competencias número 141/2020. Texto disponible en [Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas \(IRPF\) - navarra.es](https://www.navarra.es)



La JA –a lo largo de su Resolución- reseña, en primer término, cómo la AEAT considera que, cuando concurre una doble actividad en los miembros del consejo de administración, esto es, por un lado, en cuanto tales y, por otro en cuanto personal de alta dirección (gerente y director comercial) ha de “prevalecer” la naturaleza de la actividad mercantil. Sustenta su tesis en la “teoría del vínculo”, expuesta en determinadas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. En las alegaciones finales, la AEAT circunscribe la aplicabilidad de la “teoría del vínculo” (o del “tratamiento unitario”) a los casos de funciones de los miembros del órgano de administración que puedan trascender de las propias de su función de consejeros pero que, en todo caso, sigan siendo de dirección o gerencia.

Las resoluciones judiciales en que esa postura de la AEAT se funda analizan si procede la consideración como gastos deducibles en el IS de las retribuciones de los componentes del órgano de administración cuando perciben remuneraciones tanto en concepto de tales como en concepto de otras actividades a que se hará posterior referencia. En algún caso se trata de resoluciones del orden civil que advierten contra la remuneración de miembros de los órganos de administración no previstas estatutariamente.



La HFN –sintetiza la Resolución- recuerda los datos fácticos más relevantes¹². Dado que esos trabajos se prestan en Navarra, en la HFN han de ingresarse las retenciones. Se apoya en diversa doctrina judicial, especialmente establecida en el orden social de la jurisdicción. La HFN se hace eco de resolución de 17 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). Con sustento en esa doctrina, ninguna objeción puede oponerse a la disposición estatutaria que exige que el importe de dicha remuneración se acuerde anualmente en junta general de socios, aun no prevista estatutariamente, cuando los componentes del consejo desempeñan funciones añadidas a las que les corresponden en cuanto tales.

B) La doctrina de la Junta Arbitral. Desestimación de la pretensión de la AEAT.

Aludida esa “vieja cuestión” por la Resolución de la JA, la misma señala que la legislación tributaria la ha abordado autónomamente, tanto en lo atinente a la deducibilidad en el IS de las retribuciones satisfechas a los miembros del consejo, como en lo que afecta a la tributación de estos en el IRPF y al tipo ya fijo ya variable de determinadas remuneraciones en su retención. Corresponde a la Comunidad Foral de Navarra la exacción del IRPF de los sujetos pasivos con residencia habitual en

¹² Ya recogidos en el punto 4, apartado C) de este escrito



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Navarra. Pero el cobro de las retenciones a cuenta - total o parcialmente- dependerá del resultado que se confiera al tema en conflicto.

Analiza el texto del artículo 10.1 del Convenio y, a su vista, concluye que, de ser correcta la calificación de la empresa respecto de la clave otorgada a las retenciones (trabajadores por cuenta ajena), la retención corresponde a la Comunidad Foral. Y ello porque no se cuestiona que los trabajos se prestan en Navarra. Opuesta conclusión procede si la postura de la AEAT es la que acredita ser estimada.

La razón de ser de la doctrina mercantil que se aduce por la AEAT estriba en la protección del socio frente a posibles maniobras económicas de la administración de la entidad. Examina la sentencia número 98/2018, de 26 de febrero de 2018, de la Sala de lo Civil (Sección 1ª) del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación número 3574/2017. La misma considera que los salarios del miembro del órgano de administración como gerente o director comercial se podrían reputar retribuciones percibidas en condición de tal miembro del órgano de administración. Lo cual no sucedería en el caso de trabajos comunes u ordinarios, tales como conserje, trabajos contables o de asistencia letrada. La JA califica la tesis de esa sentencia como expansiva de lo que sean funciones de miembro del órgano de administración en su condición de tal.

Se refiere la JA a los ya mencionados artículos 217 y 249 TRLSC y a que en las sociedades



cotizadas se desglosa la remuneración de los consejeros en su condición de tales y la derivada del desempeño de funciones ejecutivas. En suma, la expresión de la regla de conexión “en condición de tales” puede merecer una interpretación diferente de la que se ha aplicado (quizá extensivamente) en el ámbito mercantil (al que vuelve a referirse la Resolución). La incorporación del artículo 217.2 del TRLSC suponía, por su propio texto, la previsión de que ciertos miembros del órgano de administración pueden percibir otras retribuciones que respondan a causa distinta a su propia condición de miembro del órgano de administración. Abona esa conclusión lo que prevé el artículo 249, apartados 3 y 4, que regula el contrato entre sociedad y miembros del consejo de administración nombrados consejeros delegados o a quienes se atribuyan funciones ejecutivas en función de otro título.

No obstante, lo que sean retribuciones percibidas por el miembro del órgano de administración en su condición de tal para el TRLSC puede no coincidir con lo que lo sean para el Convenio Económico, que no obedece al espíritu protector del capital de la norma mercantil.¹³

Por el contrario, las reglas de conexión que fija el Convenio tratan de plasmar la más significativa relación entre el territorio y la fuente de

¹³ Ni tampoco a la finalidad excluyente de la deducibilidad en el IS de remuneraciones encubiertas al capital. En el posterior epígrafe 19, la JA examina con mayor detalle ese tema de la deducibilidad de las retribuciones de los consejeros en el IS.



la renta. La misma se manifiesta con claridad con las rentas del trabajo. No tanto con las remuneraciones percibidas por los miembros del órgano de administración en cuanto tales. Ahí se prefiere el domicilio fijado por la empresa, corregido en empresas de envergadura con el juego de la cifra de negocios.

La expresión “en su condición de tales” se incorpora al Convenio mucho antes de su uso por la normativa mercantil (2004), lo que autoriza a cuestionarse si quería tener un alcance tan expansivo.

En cuanto a la vertiente tributaria, se detiene la JA en dos manifestaciones diferentes: el tipo de retención y la aplicación restrictiva que se ha venido realizando de la deducibilidad de las retribuciones de los miembros del órgano de administración en el IS.

El tipo de retención aplicable es diferente si se trata de las rentas del trabajo (variable) o si son rentas de los miembros del órgano de administración en su condición de tales (tipo fijo). En general, según la JA, las consultas vinculantes evacuadas sobre la elección de uno u otro tipo suelen inclinarse por la aplicación del tipo fijo, siempre que las retribuciones de los miembros del órgano de administración lo sean en condición de tales. No obstante, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1ª) número 4658, de 12 de noviembre de 2020 (recurso contencioso-



administrativo nº 1075/2019) aplica el tipo variable, en cuanto el miembro del órgano de administración único, socio único, percibía retribuciones por su trabajo (camarero) no en su condición de miembro del órgano de administración.

De todos modos, la regla que establece el punto de conexión en el Convenio no obedece a la misma finalidad, consistente en el interés de que se aplique un tipo de retención fijo y elevado para las retribuciones de los que ejercen meras funciones de miembro del órgano de administración.

En el caso examinado, los miembros del órgano de administración con contrato laboral no son socios, y sus funciones directivas (director comercial y gerente) son diferenciables de las que ejercen junto con otros cuatro consejeros (no retribuidos) por su pertenencia al consejo.

Analiza, en fin, la deducibilidad de los pagos efectuados en el IS. Se excluyen de los gastos deducibles los donativos y liberalidades. En ese concepto se venían encuadrando las remuneraciones de los consejeros en que concurrían determinadas circunstancias (en las que la Resolución no entra). No obstante, la propia normativa reguladora del IS declara a partir de 2014 que no se entenderán donativos o liberalidades las retribuciones a los miembros del órgano de administración por el desempeño de funciones de alta dirección u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad. Recoge la JA doctrina del TEAC que, sin embargo, mantiene la inercia anterior a 2014, en cuanto sigue considerando las retribuciones de los consejeros, en determinados



casos, como gastos no deducibles en el IS, cuando puedan considerarse derivados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico.

En lo atinente a la resolución del conflicto, y teniendo en consideración la finalidad de la regla que regula el punto de conexión, funciones netamente ejecutivas, como las que corresponden al gerente o al director comercial de una empresa radicada en Navarra y con un centro de trabajo sito en Navarra, han de generar una fiscalidad imputable a la Comunidad Foral. La finalidad de la norma del Convenio (reparto entre dos Administraciones tributarias de la exacción de determinados tributos, y, en este caso, de retenciones) no se identifica con la finalidad de la normativa tributaria, que obedecería a la evitación del fraude consistente en la deducción de la retribución al capital propio, que puede concurrir cuando los miembros del órgano de administración son también socios (aunque no es el caso).

Las funciones de los miembros del órgano de administración en cuanto tales abarcan las representativas y deliberativas, pero no las ejecutivas. Abunda en esa conclusión la existencia de un contrato laboral entre la sociedad y esos dos miembros del órgano de administración que ejercen funciones añadidas, en el que se patentiza la ajenidad y la dependencia de estas labores encuadradas en el propio contrato de trabajo.

Aplicando las pautas interpretativas del artículo 3.1 del Código Civil, concluye que la



incorporación de la expresión en condición de tales miembros del órgano de administración en el Convenio es anterior e independiente de la que se incorpora al TRLSC. La autonomía calificatoria que deduce de la Ley General Tributaria (LGT) y la no permeabilidad entre las normas del IS y las del IRPF impone concluir, de acuerdo con la finalidad de la norma de reparto competencial, que las retribuciones de funciones ejecutivas añadidas a las propias de miembro del órgano de administración seguirán la suerte de los rendimientos del trabajo.

Lo anterior impone la desestimación del *petitum* del escrito iniciador del conflicto por la AEAT.

6.- LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 1754/2022, DE 23 DE DICIEMBRE DE 2022

El Abogado del Estado, en representación de la AEAT, interpone el recurso contencioso-administrativo número 307/2021 frente a la resolución de la JA.¹⁴ La sentencia dictada por la Sala Tercera (Sección 2ª) refiere los antecedentes más relevantes (a que se ha aludido en el apartado

¹⁴ El artículo 51.3, segundo párrafo, del Convenio Económico anteriormente referenciado previene lo siguiente: “*Los acuerdos de esta Junta Arbitral, sin perjuicio de su carácter ejecutivo, únicamente serán susceptibles de recurso en vía contencioso-administrativa y ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo*”.



4, letra C, de este escrito), efectúa una amplia transcripción de las conclusiones de la resolución del órgano arbitral (que hemos extractado en el punto 5, letra B) y refleja las argumentaciones de las partes, que en sede judicial vienen a coincidir con las que se mantenían en la vía arbitral, y que este estudio ha resumido en el punto 5.A). A continuación, ofrece el marco normativo en que encuadrar la correcta resolución de la controversia, copiando el artículo 10.1, letras a) y f) del Convenio Económico, sintetizado en el apartado 4.B, de este mismo escrito.

La argumentación autónoma de la sentencia alude a la circunstancia de que los dos miembros del consejo de administración tienen también vínculo laboral, estando adscritos al centro de trabajo situado en Navarra, y recuerda que ni son socios de la mercantil, ni consejeros delegados, aun contando con poderes equiparables a los de éstos, conferidos por el consejo. Perciben retribuciones fijadas anualmente por la Junta General, no estando previsto en los estatutos que el cargo de miembro del consejo sea retribuido, por lo que ha de reputarse gratuito. Se desmarca de la doctrina de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, a cuyo contenido se ha hecho referencia en el tercer párrafo del apartado 5.B de este artículo, que simplemente resolvía sobre la denegación de la inscripción registral de una cláusula de los estatutos que preveía la no retribución del cargo de miembro del órgano de administración, sin perjuicio de que el consejo de



administración (de existir) acordase una remuneración a los consejeros ejecutivos, sin acuerdo de Junta ni necesidad de ulterior precisión estatutaria. Esa cláusula contradice el carácter gratuito del cargo de miembro del órgano de administración, salvo que se prevea en los estatutos su remuneración.

En el caso que resuelve esta sentencia de 23 de diciembre de 2022, que pone fin al conflicto que hemos tratado de describir, la retribución no se percibe en condición de miembros del consejo de administración (no prevista estatutariamente) sino como remuneración de la relación laboral, siendo de aplicación el artículo 10.1.a) del Convenio y no el 10.1.f) del mismo, correspondiendo a Navarra la práctica de las retenciones en disputa. Confirma, pues, la resolución de la Junta.

7.- LA EXPRESIÓN “EN SU CONDICIÓN DE TALES” REFERIDA A LAS TAREAS DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN EN EL CONVENIO ECONÓMICO

A) En concreto, la introducción de la expresión “en su condición de tales” en el Convenio. Momento, fundamento e interpretación contextual de la completa regulación de las retenciones a cuenta del IRPF.



El apartado f) del artículo 10.2 del Convenio anteriormente citado se introdujo en el texto del mismo por la Ley 25/2003, de 15 de julio, que completa la hasta entonces exigua regulación de las retenciones.

La Exposición de Motivos de la Ley justifica las diversas modificaciones introducidas en el texto del Convenio en circunstancias que, a su vez, habían determinado alteraciones sustanciales en el ordenamiento jurídico tributario del Estado. De un lado, la articulación del principio de corresponsabilidad fiscal en el ámbito de las comunidades autónomas de régimen común, lo que impuso la introducción de importantes cambios en el régimen de los tributos del Estado cedidos a dichas comunidades autónomas, llevados a cabo por la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, y por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre. De otro lado, la creación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, cuya implantación llevó a cabo la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. También influye en la nueva redacción la conveniente generalización del proceso de profundización en la autonomía tributaria.

La regulación de las retenciones vigente hasta su dictado prevenía que corresponderían a la Comunidad Foral las retenciones e ingresos a cuenta relativos a actividades profesionales, artísticas, empresariales, agrícolas, ganaderas y premios cuando la persona o entidad obligada a efectuar la



retención o ingreso a cuenta tuviera su domicilio fiscal en territorio navarro.

Sin embargo, la concreta modificación que analizamos (relativa a las retenciones tan descritas) no encuentra encaje en la Ley Orgánica 7/2001. Y sólo muy mediatamente podríamos atisbar alguna conexión con lo que regula la Ley 21/2001: únicamente en cuanto que el artículo 20, para la determinación de la residencia habitual de las personas físicas, tiene en cuenta, como criterio subsidiario, la fuente de sus ingresos. De modo que los rendimientos de trabajo se entenderán obtenidos donde radique el centro de trabajo respectivo, y los derivados de actividades económicas, ya sean empresariales o profesionales, se entenderán obtenidos donde radique el centro de gestión de cada una de ellas. En suma, criterio compatible con el que defienden la JA y la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que analizamos, que, a los concretos efectos de la retención, consideran que su exacción pertenece a la Administración tributaria de Navarra, por radicar el centro de trabajo (e, incluso, el domicilio social de la entidad) en Navarra.

La reforma del artículo 10.2 no responde a la otra motivación expresada en la Ley, la profundización de la autonomía tributaria. De todos modos, no casaría con esa finalidad la nueva regulación referida a retenciones de rentas que, hasta ese momento, se ingresaban en la HFN y pasarían a serlo en la AEAT.

Lo cierto es que el nuevo precepto prevé un preciso tipo de rentas, a efectos de retenciones, que



se desgaja de las retenidas por Navarra, en cuanto que son específicas y distintas de las comunes, y ello por el hecho diferencial consistente específicamente en que se trata de rentas percibidas en la condición de tales por los miembros del órgano de administración.

Este análisis no parece -a simple vista- ofrecer mucha luz sobre el tema que estudiamos, pues nos remite de nuevo a qué haya de entenderse como rentas percibidas "en su condición de tales" por los miembros de estos órganos de entidades societarias.

Pero ha de prestarse atención al carácter excepcional que encarna esa regla, que altera la general distribución competencial en materia de retenciones, separándola del lugar de prestación de servicios, e, incluso, del domicilio de la entidad o de donde radique su centro de gestión (criterios precedentes). Por ello, la interpretación de esa expresión nunca podrá ser extensiva sino estricta.

No es ocioso recordar a estos efectos, la doctrina contenida en la Consulta vinculante núm. V1446/17 de 7 junio, de la Dirección General de Tributos, que, a efectos de la administración competente sobre las retenciones a cuenta del IRPF, recuerda la regla general del Convenio, en virtud de la cual cada Administración es competente para exigir, conforme a su normativa propia, las retenciones por rendimientos del trabajo que deban practicarse sobre las rentas que se abonen como consecuencia de los servicios o trabajos prestados



en su territorio (artículo 10.1 a). Es decir, la competencia para la exacción de las retenciones por rendimientos del trabajo se atribuye al territorio (común o foral) donde se preste el trabajo. En consecuencia, en el caso que examinaba, si los trabajos se desarrollan exclusivamente en territorio común, las retenciones se deberán ingresar en la AEAT, mientras que si se llevan a cabo solamente en territorio foral deberán ingresarse a la Hacienda Foral correspondiente. Asimismo, recuerda que dicho artículo prevé, para el supuesto de que los trabajos se presten en territorio común y navarro, una presunción, que admite prueba en contrario, de que los servicios se prestan en el territorio donde se ubique el centro de trabajo al que esté adscrito el trabajador.

B) Autonomía de la normativa del Convenio Económico respecto de la deducción o no de los gastos ocasionados por las remuneraciones de miembros del consejo de administración en las cuotas del Impuesto sobre Sociedades.

La “vieja cuestión” aludida reiteradamente se vincula con la regulación vigente hasta 1 de enero de 2015 en el Texto Refundido de la Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TRLIS). Veremos cómo su artículo 14, a los efectos de determinar los gastos no deducibles en el IS, consideraba que no podían serlo, entre otros, los que representasen una retribución de los fondos propios y los donativos y liberalidades. No



serían, sin embargo, donativos o liberalidades determinadas operaciones de relaciones públicas con clientes o proveedores o con el personal de la empresa, o relacionados con promociones, ni los que se hallaran correlacionados con los ingresos.

La normativa del Convenio que alude a las funciones de los miembros del órgano de administración en cuanto tal es muy anterior a cualquier mención al respecto en la normativa reguladora del IS, completamente independiente de esta última y ajena a su objeto, pues se limita a establecer un punto de conexión para determinar la administración competente respecto de las retenciones por el IRPF de determinados ingresos, sin tener relación con la exacción del IS. Tampoco es una norma tributaria. La norma enjuiciada establece un punto de conexión para atribuir la exacción de determinados tributos (en este caso, retenciones) a una u otra administración tributaria. Pero la relación tributaria que se establece entre la administración (cualquiera que sea) y el obligado tributario (bien contribuyente, sustituto, sujeto pasivo...) no se regula por esta norma. La doctrina que considera que las retribuciones de los miembros del consejo no son deducibles en el IS, analizada ya por la Resolución de la JA a que nos referimos, no es aplicable al caso que examinamos: aquí no se trata de ver si hay o no una actuación defraudatoria, con un intento de no tributar por meras liberalidades. En el supuesto que se analiza, la retención se ha producido y se ha ingresado en una administración tributaria. No se intenta (en el



ámbito del IRPF, que es el afectado por la cuestión que motiva el conflicto) dejar de ingresar cuota tributaria alguna. El punto de partida de esa doctrina, restrictiva de los gastos deducibles, podría ser acomodado a la norma tributaria relativa al IS vigente hasta 1 de enero de 2015, con las precisiones que haremos, pero queda desplazado por el que tenemos que tomar en consideración aquí. En efecto, la propia ley del Convenio Económico asume la existencia de funciones de los consejeros “en su condición de tales”, de modo que existen otras que pueden desempeñar y que no corresponden con las anteriores.

No obstante, haremos un estudio sobre la deducibilidad en el IS como gastos de aquellas retribuciones de los consejeros que obedecen a funciones no coincidentes con las propias de miembros del órgano de administración de la entidad. Sus conclusiones apoyan la equiparación de las remuneraciones sobre las que operan las retenciones en cuestión con las de los trabajadores, aun siendo miembros del consejo de administración.

8.- ESTUDIO SOBRE LA “VIEJA CUESTIÓN” ALUDIDA AL RESOLVERSE EL CONFLICTO: LA EXCLUSIÓN DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS CONSEJEROS DE LOS GASTOS DEDUCIBLES EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

A) Doctrina que se dicta con arreglo a la normativa vigente antes de 1 de enero de 2015.

A pesar de la diferencia de objeto y finalidad que persigue la normativa reguladora del IS y la



propia del Convenio Económico al referirse a las retribuciones de los consejeros, analizamos, a los restringidos efectos compatibles con el objetivo de este artículo, la regulación del IS, que ha dado ocasión a sentencias de diversas Salas del Tribunal Supremo que examinan distintos supuestos (con casuística variada) en que un miembro del consejo de administración compatibiliza las funciones en su condición de tal con otras. En especial, las que analizan el trato de las remuneraciones de los miembros del consejo de administración a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del IS.

Ese precepto precisaba que, en el régimen de estimación directa, la base imponible se calcularía corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la citada Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas. Su artículo 14 excluía del concepto de gastos fiscalmente deducibles los donativos y liberalidades. Esa regulación se mantenía en el Texto Refundido de la Ley del IS, aprobada por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 2ª) de 11 de marzo de 2010 (recurso de casación nº 10315/2003), recogiendo otros pronunciamientos judiciales, recuerda que, al tratar de discernir si existe *"una doble relación -la orgánica mercantil y la*



laboral especial de alta dirección- o si, por el contrario, ha de prevalecer una de ellas", la Sala Cuarta de este Tribunal ha señalado que,"[e]n principio y desde una perspectiva objetiva, es difícil apreciar la dualidad de relaciones, porque, a diferencia de lo que ocurre con la realización laboral común, las funciones propias de la alta dirección en cuanto correspondientes a la titularidad de la empresa son normalmente las atribuidas a los órganos de administración social".

La doctrina que considera las remuneraciones de los miembros del órgano de administración como gastos no deducibles se ve refrendada por el hecho de que los Estatutos no fijen retribución a los consejeros. Cuestión reiteradamente aludida en la sentencia citada.

Parece que, no obstante, ninguna conclusión definitiva puede extraerse del hecho de que se asigne o no una remuneración a los consejeros que realizan las funciones inherentes a su cargo, si no desempeñan tareas añadidas a las de miembro del órgano de administración, que es lo que interesa desentrañar.

Entiendo que esa doctrina ya planteaba alguna dificultad aplicativa. Sin perjuicio de la exposición que más adelante se efectuará, se puede señalar sintéticamente que es posible que a un miembro del órgano de administración se le hayan concedido unos emolumentos. Que estos salarios no estén previstos expresamente o incluso que vayan más allá de las previsiones estatutarias. Decretado su abono por acuerdo de la Junta, quizá



estuviéramos ante una anomalía de orden mercantil. No obstante, adoptada la decisión, ha de examinarse si realmente se ha tomado en vista de que genera un beneficio a la compañía. Desde la perspectiva de la deducibilidad como gasto en el IS de esas remuneraciones, el desembolso resultaría correlacionado con los ingresos, con lo que sería deducible fiscalmente, salvo que fuera una remuneración vacía de contraprestación a algo añadido a las labores del miembro del órgano de administración. No parece que se trate de una liberalidad, cuando existe contraprestación de servicios (si realmente han sido prestados). No estamos ante una disposición hecha a título gratuito a favor de otro, en la que no concurra causa onerosa alguna. Si los servicios son reales, su retribución no casa con ese concepto de liberalidad.

Pareciera que, desde una perspectiva tributaria, ese fuera un pago debido, en virtud de un acuerdo adoptado por el órgano soberano de la entidad. Si se cumple con el requisito de la debida contabilización, y el acuerdo persigue optimizar la gestión societaria, no aparecen por lado alguno las notas de la liberalidad.¹⁵

¹⁵ El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de España, en su Consulta número 1, publicada en el BOICAC de 21 de abril de 1995, entendía que:

"... la retribución de los administradores de una sociedad es un gasto más, necesario para poder obtener los ingresos correspondientes de la misma. De acuerdo con lo anterior, la cuenta de pérdidas y ganancias al recoger todos los ingresos de una sociedad y los gastos en que ha incurrido para su



B) La regulación laboral.

La línea jurisprudencial a que hacemos referencia, plasmada en la sentencia citada de 11 de marzo de 2010, se hacía eco de otra emanada de los tribunales del orden social. Esa tesis de órganos jurisdiccionales sociales -invocada para considerar no deducible en el IS la retribución de los miembros del consejo de administración- resulta algo chocante desde una perspectiva precisamente laboral, en cuanto, en apariencia, ignora lo que el Estatuto de los Trabajadores (ET) prevé¹⁶.

Resulta llamativa la afirmación de que "*el fundamento de la exclusión del ámbito laboral no está en la clase de funciones que realiza el sujeto, sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza*"¹⁷

Un intérprete -como el autor de este artículo- menos avezado en la exégesis jurídica que el Alto Tribunal podría aventurar que lo que la ley justamente establece es una dualidad de funciones concurrentes en ese "sujeto": las que se realizan como incorporadas al mero desempeño del cargo de miembro del órgano de administración y las que

obtención, deberá incluir necesariamente la retribución correspondiente a los administradores al ser ésta, como se ha dicho anteriormente, un gasto más de la empresa".

¹⁶ Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

¹⁷ Sentencias del orden social invocadas en el Fundamento de Derecho Octavo, e) de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2010 (recurso de casación nº 10315/2003).



pueden concurrir con ellas, que exceden de los cometidos inherentes al cargo en el órgano de gobierno.

El citado ET en su artículo 1.1 considera trabajador sometido al régimen laboral a quien voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. Excluye, no obstante, del ámbito aplicativo del mentado Estatuto (artículo 1.3.c) a quienes desarrollen una actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.

Además, el artículo 2.1.a) de dicho texto legal prevé la existencia de una relación laboral especial del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c). La misma supone el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios o instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad (artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto). Como se aprecia, existe una especie dentro del género relación laboral, diferente de la mera pertenencia al órgano de administración de la sociedad, que se caracteriza por la circunstancia de



que el grado de autonomía del personal de alta dirección es muy elevado, acatando órdenes, pero con un nivel muy liviano de dependencia.

De nuevo, en esta espiral argumentativa, nos acercamos a un punto clave ya alcanzado con anterioridad, consistente en que es la realidad de las funciones el elemento de que depende cuál sea el vínculo real en virtud del cual se realizan. No la supuesta prevalencia apriorística de la naturaleza de una relación sobre la otra.

Una precisión ha de hacerse respecto de aquellos supuestos en que concurre –a diferencia del que examinamos aquí– la condición de socio en quien ejerce ese “plus” funcional. Esa circunstancia puede autorizar –en aplicación, aparentemente correcta, de la normativa laboral– que se entienda no existente una auténtica relación laboral. Pero no tanto por el examen de las funciones efectivamente desempeñadas, sino (aquí sí que habría que apelar –pero limitadamente– a la “naturaleza del vínculo”) por la conclusión que se extrae de un análisis previo al funcional: el de la concurrencia de un elemento esencial para que exista un vínculo laboral. Para que haya relación de trabajo, han de confluir, como hemos anticipado, las notas de dependencia y ajenidad. La dependencia aparece matizada y limitada en la relación de alta dirección del no socio. Pero siempre ha de presentarse la característica de la ajenidad, esto es, que se presten los servicios por cuenta ajena, lo cual puede al menos ser discutible si el miembro del consejo es socio (atendiendo,

además, a la ratio de su participación en el capital social).¹⁸

Sin embargo, existen pronunciamientos que consideran gastos deducibles las remuneraciones percibidas por un socio mayoritario cuando responden a la efectiva prestación de servicios laborales para la entidad¹⁹.

¹⁸ La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4ª, en sentencia de 18 de diciembre de 2019, dictada en el recurso nº 545/2017, eso sí, a los efectos de la exención en el IRPF de la indemnización derivada de extinción del contrato de alta dirección por desistimiento empresarial, se hace eco de lo anteriormente declarado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en las respectivas sentencias de 12 de septiembre de 2014 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 1158/2013) y de 16 de marzo de 2015 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 819/2014), al analizar las notas que convienen a la relación de alta dirección.

¹⁹ La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) número 950/2022 de 6 julio, dictada en el recurso de casación número 6278/2020, entiende que los gastos relativos a la retribución que perciba un socio mayoritario no administrador, como consecuencia de los servicios prestados en favor de la actividad empresarial de la sociedad, constituyen gastos fiscalmente deducibles a efectos del IS, cuando, observando las condiciones legalmente establecidas a efectos mercantiles y laborales, dicho gasto acredite la correspondiente inscripción contable, se impute con arreglo a devengo y revista justificación documental. Se trata de un socio, no administrador, caso diferente del objeto de este análisis, pero que permite establecer el centro sobre el que pivota la



Según doctrina establecida en el orden social, el cargo societario no se considera un vínculo laboral en cuanto funcionalmente sólo conlleve una actividad correspondiente con la ejecución de los cometidos propios del órgano de administración social. No se aplica la llamada "teoría del vínculo", pues, cuando, junto a tales funciones, se acredita el desempeño de otras distintas, existe una relación laboral. Su calificación como de alta dirección u ordinaria dependerá de la concurrencia o no de las notas fijadas en el Real Decreto 1382/85, de 1 de agosto, ya citado.

Las sentencias que detallamos en nota al pie estiman la existencia de vínculo contractual de trabajo en casos de despido o de reclamaciones de cantidad de consejeros que desarrollan otras funciones añadidas. Y, existente una relación laboral en esos casos (conclusión que sería inalcanzable en caso de aplicarse la doctrina del vínculo), resuelve sobre el fondo, pues la concurrencia de una relación laboral confiere jurisdicción a los órganos del orden social. Se trataba de consejeros con funciones de director general (en diversas sentencias), primer piloto, director de tráfico, directora, maestros de taller, encargado, jefe administrativo y gerente,

consideración del gasto en la realidad de los servicios prestados en ese caso por el socio, trabajos encuadrables en la categoría de servicios laborales.

En el mismo sentido, la respuesta a la Consulta vinculante núm. V0625/21 de 17 marzo, de la Dirección General de Tributos.

incluso en casos en que se trataba de socios no mayoritarios.²⁰

Si hay una relación laboral, con prestación de servicios, con las notas de dependencia (bien que

²⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 499/2008, de 23 de junio, dictada en el recurso de suplicación núm. 383/2008. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nº 1354/1990, de 25 de octubre, dictada en el recurso de casación por infracción de ley número 311/90. La sentencia de esa misma Sala de lo Social del Tribunal Supremo nº 6023/1998, de 20 de octubre, que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina número 4062/1997, añade que concurrían las notas de dependencia y ajenidad, en cuanto ninguno de los actores, entre los que se repartían igualitariamente el capital social, tenía poder decisorio suficiente para conformar la voluntad social de la persona jurídica de que dependían bajo una relación laboral (circunstancia que se ve acentuada en nuestro caso, en el que los trabajadores afectados carecen de participación alguna en el capital social). La de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991, resolutoria de recurso de casación por infracción de ley número 977/90, abona esa tesis, al recordar que la Dirección General se establece como algo distinto del consejo de administración y subordinado a éste, sin que ninguna regla de incompatibilidad impida la designación para este puesto a un miembro del consejo. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 1888/2018 de 22 marzo, resolutoria del recurso de suplicación número 6843/2017, considera existente relación laboral común entre la sociedad y el consejero que no ostenta el 50% del capital social, en cuanto director comercial.



reducida por disposición normativa en los casos de personal de alta dirección, como hemos expuesto anteriormente) y de ajenidad, la remuneración de los mismos ¿es contraria al ordenamiento jurídico? O, más bien ¿se trata de una obligación principal impuesta justamente por el ordenamiento jurídico (artículo 4.2.f) del Texto refundido del ET)?²¹

Por tanto, a tenor de la doctrina expuesta, cabe concluir que la condición de miembro de un consejo de administración es compatible con la percepción de un salario que retribuya servicios o trabajos distintos a las funciones inherentes del cargo societario, e incardinados en el marco de una relación laboral.

C) La regulación del Impuesto sobre Sociedades vigente desde 1 de enero de 2015.

C). -1 La nueva redacción del artículo 15 de la LIS

Sea como fuere, incluso desde la estricta perspectiva a que ahora nos referimos, consistente en la deducibilidad como gasto de las percepciones de los consejeros, la redacción otorgada a la norma analizada por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS, sitúa la anterior doctrina en otro escenario.

²¹ **Artículo 4. Derechos laborales.**

(...)

2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

(...)

f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida”.



El artículo 15, ahora vigente, mantiene la no deducibilidad de los donativos y liberalidades no correlacionados con los ingresos, pero su apartado e), en su párrafo tercero, establece con claridad lo siguiente:

“Tampoco se entenderán comprendidos en esta letra e) las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad.”

Las retribuciones de los consejeros unidos por una relación laboral con la entidad (como aquéllos a quienes se les practicaron las retenciones analizadas por la JA), aunque desempeñen labores de alta dirección, no constituyen liberalidades en ningún caso, y son gastos deducibles en el IS.

C). -2 Doctrina del TEAC que mantiene la no deducibilidad tras la vigencia de la nueva LIS. Su crítica.

No obstante, la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 17 de julio de 2020²² sigue aplicando la tesis que hemos tratado de sintetizar en el punto A) de este punto 8 del presente artículo. Esa resolución merece un análisis más profundo que el que se puede ofrecer en este estudio²³, pero el mismo puede

²² Procedimiento 00/03156/2019.

²³ Márquez Sillero, C y Márquez Márquez, A. “Las retribuciones de los administradores sociales: ¿gastos fiscalmente deducibles en el Impuesto de Sociedades?”



esquematzarse en el sentido de que, para el TEAC, la deducibilidad de estas retribuciones depende del cumplimiento de la normativa mercantil. El TEAC mantiene, para períodos en que ya rige la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, la doctrina de los tribunales referida a ejercicios anteriores, en los que se aplicaba una la ley del IS que no mencionaba expresamente a estas retribuciones.

Una de las razones para defender la no deducibilidad de esas retribuciones consistía en la disconformidad de las mismas con la normativa mercantil, antes vista. No obstante, para justificar en normativa tributaria la pervivencia de esa doctrina en algo más que la pura inercia, el TEAC acude a lo establecido en el artículo 15.f) de la actual Ley reguladora del IS, en virtud del cual no serán gastos fiscalmente deducibles *“los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico”*. Sería, a juicio del TEAC, una actuación contraria al ordenamiento jurídico la remuneración por funciones ejecutivas de los administradores y consejeros si la sociedad no cumple con la normativa mercantil en materia de retribuciones, acaeciendo la vulneración cuando los Estatutos no prevén esa contraprestación para los miembros del órgano de administración. El TEAC elude la norma específica del artículo 15. e), párrafo tercero, cuya claridad deriva de su texto antes transcrito y se ciñe a una regla inespecífica, cual la del artículo 15.f).

(comentario a la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 17 de julio de 2020). Carta Tributaria. Revista de Opinión nº 77-78, 2021, Nº 77, 1 de ago. de 2021. Wolters Kluwer



El TEAC hace suya la tesis de la sentencia número 100/2018, de 28 de febrero de 2018, de la Sala de lo Civil (Sección 1ª) del Tribunal Supremo (recurso de casación núm. 1389/2015), y señala que el sistema de remuneración de los miembros del órgano de administración “en su condición de tales” de las sociedades no cotizadas debe estar previsto en los Estatutos sociales. Además, la cuantía máxima anual a pagar a todos los administradores debe ser aprobada por la Junta; y el órgano de administración (salvo que la Junta determine otra cosa) debe decidir cómo se distribuye esta remuneración entre sus miembros. Finalmente, en el caso de consejeros con funciones ejecutivas, el órgano de administración debe aprobar un contrato en el que se detallen los conceptos retributivos por dichas funciones ejecutivas. Entiende el Tribunal Supremo en esa sentencia que cuando un consejero tiene funciones ejecutivas, toda su retribución deriva de “su condición de tal”. Aplica, pues, la conocida como “teoría del vínculo”, antes criticada.²⁴

²⁴ Si bien más desde la perspectiva mercantil, como novedad acomodada a la estructura cronológica de este estudio, merece cita la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) núm. 7030/2016, de 17 junio, según la cual el, tras la modificación establecida por la Ley núm. 31/2014, de 3 de diciembre, se prevén diferentes regímenes retributivos: uno para los administradores en su condición de tales, que estaría sujeto a los estatutos y al acuerdo de la junta previsto en el artículo 217.3 TRLSC; y otro para los consejeros ejecutivos, que quedaría al margen del sistema general del artículo 217 y que se regula en el



El mismo TEAC, en resolución de 22 julio 2021²⁵, mantiene su doctrina en el sentido de que de las funciones de determinados consejeros –que, a su juicio, configuran su relación laboral como de alta dirección- son subsumidas y absorbidas por las que esas personas han de prestar por sus obligaciones mercantiles como administradores o consejeros de tal sociedad, por aplicación de la "teoría del vínculo". Los Estatutos de la entidad establecen que el cargo de miembro del órgano de administración es retribuido, de lo que el TEAC infiere que su remuneración obedece a sus obligaciones de carácter mercantil, debiendo (Estatutos y artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital) ser determinada por la Junta General de Accionistas. Esa especificación en Junta no se da, no se cumple con ese requisito, luego la aplicación de la letra f) del artículo 15 LIS, antes citado, impide que esas retribuciones se consideren gasto fiscalmente deducible.

Parece que la aplicación de esa tesis antigua es contraria a la dicción literal del nuevo precepto, y sigue eludiendo la única cuestión a analizar: si se

artículo 249.3 TRLSC, correspondiente a la ejecución de funciones directivas que realicen en la empresa. El centro directivo considera que, para aquellos administradores que desempeñan funciones que, al ser añadidas a las deliberativas, constituyen un plus respecto de las inherentes al cargo de administrador "como tal", no es aplicable la norma del artículo 217 del citado texto legal, que impone la reserva estatutaria del sistema de retribución de los administradores en cuanto tales.

²⁵ Procedimiento 00-06363-2019



ejercen funciones añadidas a las de miembro del consejo. Si sólo se desarrollan funciones de administración de la sociedad y su remuneración no se ha previsto estatutariamente, podría entenderse que hay cuestión.

Además, si los Estatutos no previeran remuneración de los miembros del consejo en cuanto tales y el órgano de gobierno acordase conceder una remuneración a algunos miembros del consejo que, a diferencia de los demás, ejercen otras funciones (como las de gerente y director comercial del caso que motiva este análisis, descrito al comienzo del mismo), no parecería que existiera contravención alguna a la norma estatutaria, pues no se está retribuyendo a los consejeros en cuanto tales.

Las genéricas competencias de gestión y representación que corresponden a los miembros del órgano de administración no impiden que en gran parte de las sociedades exista una variedad de personal que ejerce realmente las funciones concretas en que se encarnan esas inespecíficas atribuciones. Existen, de hecho, en la gran mayoría de sociedades, gerentes, directores comerciales, o cargos similares. Esas funciones se delegan, se concretan, se llevan a cabo por y se remuneran a quienes las realizan. Si las llevan a cabo personas integradas en el consejo de administración, no hay razón, por esa mera circunstancia, para que no se consideren retribuciones, incluso deducibles en el IS.



Los estatutos sociales no constituyen una norma imperativa que determine la nulidad de cualquier decisión soberana de la junta general en ejercicio de sus funciones. Las normas de derecho privado se presumen dispositivas. Y no puede prevalecer la previsión estatutaria de no retribución frente a la realidad. La realidad del ejercicio de funciones añadidas es la que constituye el título de su pago.

Como algún autor defiende²⁶, las retribuciones no se pagan porque figuren o no en los Estatutos, sino porque determinadas personas han llevado a cabo una serie de funciones materiales (más allá de las abstractas de gestión, dirección y representación de la sociedad).

En suma, la aplicación de la doctrina del TEAC que analizamos, mantenida forzosamente una vez vigente la nueva Ley reguladora del IS, elude la cuestión nuclear: comprobar si se han realizado funciones añadidas a las propias de los miembros del consejo de administración.

En este sentido que apuntamos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 2ª), en sentencia número 458/2021, de 30 de marzo de 2021 (recurso de casación número 3454/2019) señala que *“serán sin embargo deducibles aquellas disposiciones que conceptualmente tengan la consideración de gasto*

²⁶ GARCÍA NOVOA, C. (2009), *“La deducibilidad de las retribuciones de los administradores en el Impuesto sobre Sociedades: La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008”*, Quincena Fiscal número 8, págs. 57-94.



contable y contabilizado ... a título gratuito realizadas por relaciones públicas con clientes ... y todas aquellas que no comprendidas en esta enumeración, respondan a la misma estructura y estén correlacionadas con la actividad empresarial, dirigidas a mejorar el resultado empresarial, directa o indirectamente, de presente o de futuro, siempre que no tengan como destinatario a socios o partícipes."

Otro obstáculo se erige ante la aplicación de esa doctrina introducida por el TEAC. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 2), en sentencia número 150/2021, de 8 de febrero de 2021 (recurso de casación 3071/2019), al analizar si los intereses de demora son gastos deducibles en el IS, afirma que el concepto de gasto derivado de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico se debe interpretar de forma restrictiva (Fundamento de Derecho Tercero). En efecto, la expresión "(...) *actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico*" *no pueden equiparse, sin más, a cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico ya que esto conduciría a soluciones claramente insatisfactorias, sería una interpretación contraria a su finalidad. La idea que está detrás de la expresión "actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico" necesita ser acotada, han de evitarse interpretaciones expansivas, puesto que esa expresión remite solo a cierto tipo de actuaciones, vg. sobornos y otras conductas similares."*



Claramente, el hecho de no haberse previsto estatutariamente la remuneración de los consejeros, o no haberse fijado la posible remuneración estatutariamente contemplada en junta general, si aquéllos realizan actividades que exceden de las propias de su condición de tales miembros del consejo, no participa de esas notas que el propio Tribunal Supremo ofrece para poderse encuadrar en la excepción normativa consistente en actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico.

Como hemos anticipado, el Tribunal Supremo también ha incidido en la realidad de las funciones desempeñadas, en este caso, por un socio (aún muy mayoritario) no administrador para concluir la deducibilidad de las retribuciones por las mismas en el IS²⁷.

C). -3 Las últimas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a este respecto.

Estas modestas reflexiones deberían resultar ya ociosas a la vista de la profunda doctrina que sienta la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2.ª) del Tribunal Supremo en sus sentencias número 875/2023, de 27 de junio de 2023, dictada en el recurso de casación número 6442/2021 y número 1378/2023, de 2 de noviembre de 2023, emitida en el recurso de casación número 3940/2022. Entre otras cuestiones planteadas en el primero de esos recursos y en la cuestión que guarda interés casacional en el segundo, el TS se pronuncia acerca de si resultan

²⁷ Apartado 8.B), nota 19, de este artículo.



deducibles en el IS las retribuciones satisfechas a los directores generales de las sociedades, con contrato laboral de alta dirección que, al mismo tiempo, formen parte como vocales de los consejos de administración de las mismas.

La extensión, exhaustividad y profundidad de esas resoluciones judiciales aconsejan su íntegra lectura. Nos permitimos aquí un extracto de las mismas, a los efectos de dejar sentada una posición del Alto Tribunal acerca de la deducibilidad de los gastos consistentes en las retribuciones de los trabajadores que, a la vez, son miembros del consejo de administración.

Se recoge en esas sentencias la evolución sufrida por la concepción de gasto deducible, de la que es reflejo la sentencia de 30 de marzo de 2021, ya invocada en el apartado 8. C) 2, de este escrito. Tras ella, se dicta por la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo la de 6 de julio de 2022, también referenciada en la nota 19 de este estudio. Hace propias las consideraciones que esa doctrina antecitada de la propia Sala efectuaba acerca del concepto de donativo o liberalidad, no aplicable a aquellos gastos que tienen causa onerosa, siempre que cumplan con los requisitos de inscripción contable, imputación con arreglo a devengo, y justificación documental.

Particularizando esa doctrina respecto a los casos enjuiciados, se entiende que los pagos efectuados a miembro del órgano de administración de la empresa en relación con la prestación de su



función propia no guardan relación con los que obedecen al desempeño de otros servicios que es real, abonos que nunca pueden identificarse con una liberalidad.

En la sentencia número 875/2023, de 27 de junio de 2023, la Sala no se pronuncia formalmente sobre si ha de mantenerse o no la controvertida doctrina del vínculo, pero en realidad viene a desecharla, al considerar indiscutible que los desembolsos a los miembros del consejo, que no son socios en ese caso, no son liberalidades. Circunscribe la aplicabilidad de la doctrina del vínculo (fundamento de derecho séptimo) a la determinación del orden jurisdiccional competente, pues, predominando la naturaleza mercantil, por superponerse a la laboral, la jurisdicción social no sería competente para conocer de los conflictos suscitados en el seno de esa relación, siéndolo la jurisdicción mercantil. Nótese que esa conclusión aparece contradicha por la doctrina judicial referida en la nota 20, del epígrafe 8.B) de este artículo.

Examina profusamente la normativa mercantil y su aplicabilidad al caso que enjuicia, partiendo de la premisa de que los estatutos recogían la retribución a los miembros del órgano de administración y que ésta consistía en una cantidad fija. Y menciona la circunstancia de tratarse, en el supuesto estudiado por la Sala en esa sentencia de junio de 2023, de una sociedad unipersonal, lo que dispensaba a la misma de convocar Junta General y de adoptar en ella acuerdo alguno sobre la remuneración concreta de los miembros del consejo. No obstante, en cualquier caso, la Sala entiende que el que no hubiera previsión específica de la



retribución por la Junta de Accionistas (de ser precisa) supondría un posible incumplimiento de la norma mercantil, pero que en ningún caso transformaría una prestación onerosa en otra gratuita. En otras palabras, que no cabe deducir de la norma tributaria que esa inobservancia mercantil condujera necesariamente a la pérdida del derecho material o sustantivo a deducir un gasto contabilizado, acreditado y remunerador de unos servicios onerosos, efectivamente prestados. La finalidad de esa exigencia de la norma mercantil consiste en la protección al accionista minoritario, a fin de garantizarle que no serán los propios miembros del órgano de administración los que, de un modo directo o indirecto, dispongan su propia retribución, el modo de establecerla o su cuantía.

En suma, el Alto Tribunal señala que las retribuciones que perciban los miembros del órgano de administración de una entidad mercantil, que estén debidamente contabilizadas, acreditadas y previstas en los estatutos, deben ser consideradas fiscalmente deducibles con independencia de que hayan o no sido aprobadas por la Junta, pues dicho requisito no es exigido por la norma mercantil vigente en el período enjuiciado. Aun siendo requerida esa exigencia, su inobservancia en el caso de una sociedad participada por un socio único no puede comportar la consideración de liberalidad del gasto ni la improcedencia de su deducibilidad.

Trascendiendo del caso, la argumentación de la sentencia permite entender extensible esa consideración a otras sociedades (con más de un



socio) y a otros períodos, pues lo que subyace en la resolución judicial es la convicción de que no es posible que un hipotético incumplimiento mercantil despliegue efectos a la hora de calificar como liberalidades y no como gastos deducibles unas remuneraciones debidas por servicios efectivos no coincidentes con los de miembro de un órgano de administración del ente.

De hecho, la sentencia de 27 de junio de 2023 invoca las sentencias del TJUE de 9 de julio de 2015 (asunto Balkaya, C-229/14), de 11 de noviembre de 2010 (asunto Danosa, C-232/09) y de 5 de mayo de 2022 (asunto HJ, C-101/21). En ellas, se concluye que un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital, que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para ser considerado "trabajador" en el sentido del Derecho de la Unión. O que un director de una sociedad mercantil que sea también miembro del órgano de administración de dicha entidad, por esa circunstancia no ha de presumirse, pero tampoco excluirse, que esté vinculado por una relación laboral. El TS hace alguna precisión respecto de la doctrina de la última sentencia dictada, pero que, a nuestro juicio, no altera para nada la sustancia de la argumentación seguida y la conclusión acerca del carácter oneroso de estas retribuciones y su deducibilidad como gastos en el IS.



Pues bien, la sentencia de 2 de noviembre de 2023 reproduce estas consideraciones de la resolución judicial de 27 de junio y entiende, ya con carácter incondicionado, que resultan deducibles en el IS las retribuciones satisfechas a los directores generales de las sociedades, con contrato laboral de alta dirección que, al mismo tiempo, formen parte como vocales de los consejos de administración de las mismas, siempre y cuando se correspondan con una prestación de servicios reales, efectivos y no discutidos.

Conclusiones

1.- Las retenciones e ingresos a cuenta sobre las remuneraciones percibidas por los miembros del consejo de administración no en su condición de tales, sino como trabajadores por cuenta ajena de la sociedad, ya como personal laboral común, ya como personal de alta dirección, corresponderán a la Administración tributaria competente respecto de las remuneraciones de los trabajadores por cuenta ajena.

2.- Esa consecuencia es congruente con la consideración en cuanto a deducibles como gastos en el IS, siempre que cumplan con el resto de exigencias que la normativa reguladora del IS previene, que merecen las retribuciones de empleados de una sociedad que a su vez sean miembros del consejo de administración, y que derivan de sus servicios como trabajadores de la misma, bien en régimen común, bien como de alta dirección, y no se deben al desempeño de sus



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 38

2024

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

estrictos cometidos como miembros del órgano de administración.

LA REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS Y DISPOSICIONES EN EL ÁMBITO LOCAL

D. José Manuel Bejarano Lucas

Adjunto a la Secretaría General del Pleno del Ayuntamiento de Marbella

Funcionario de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional. Subescalas de Secretaría (categoría de entrada) y Secretaría – Intervención. Técnico de Administración General de la Diputación de Cádiz (en excedencia).

Resumen: El presente trabajo tiene por pretensión tratar de perfilar las principales particularidades que en el ámbito local se plantean en el ejercicio de la potestad administrativa de revisión de oficio de actos y/o disposiciones administrativas por causas de nulidad de pleno derecho, dado su alcance, que puede desembocar en su expulsión del mundo jurídico, con las connotaciones y consecuencias que ello supone para los afectados por tales decisiones.

De ahí que sea especialmente relevante, atender al conjunto de particularidades y garantías que se añaden



en ciertos aspectos por la legislación de régimen local, junto a la doctrina jurisprudencial más reciente y autorizada que se ha dictado para su correcta aplicación e interpretación.

Abstract: The purpose of this work is to try to outline the main particularities that arise at the local level in the exercise of the administrative power of ex officio review of acts and/or administrative provisions for reasons of nullity by operation of law, given their scope, which can lead to their expulsion from the legal world, with the connotations and consequences that this entails for those affected by such decisions.

Hence, it is especially relevant to attend to the set of particularities and guarantees, which are added in certain aspects by the local regime legislation together with the most recent and authorized jurisprudential doctrine that has been issued for its correct application and interpretation.

Palabras clave: revisión de oficio, acto administrativo, disposiciones administrativas, órgano competente, informes.

Keywords: ex officio review, administrative act, administrative provisions, competent body, reports.



I. LA POTESTAD DE REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS: NATURALEZA JURÍDICA. II. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS Y DISPOSICIONES EN EL ÁMBITO LOCAL. III. LA REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS NULOS DE PLENO DERECHO. IV. LA REVISIÓN DE OFICIO DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS. V. LA VERTIENTE PROCEDIMENTAL DE LA REVISIÓN DE OFICIO. Iniciación. Inadmisión. Informes y trámite de audiencia. Plazo para resolver y notificar. Órgano competente. Límites a la revisión. VI. CONCLUSIONES

I. LA POTESTAD DE REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS: NATURALEZA JURÍDICA

Desde una perspectiva terminológica, hemos de comenzar nuestro trabajo delimitando la técnica de revisión de oficio de actos y disposiciones administrativas por causas de nulidad de pleno, que es en la que centraremos nuestro análisis, de otras técnicas o instrumentos también orientadas a la purga o sanación de vicios concurrentes en actos y disposiciones administrativas.

Y ello, porque en la actualidad en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACA) bajo la rúbrica de



“revisión de oficio” junto a la revisión en sentido estricto, se contemplan otras técnicas revisoras con un alcance y rigor muy diverso, tal y como puede colegirse sin mayor dificultad de lo preceptuado en los arts. 106 y ss. LPACA, en los que se articula el régimen jurídico básico de cada una de ellas, que bascula o pivota, tanto en función del vicio concurrente, como en la naturaleza jurídica sobre la que opera la técnica respectiva, esto es, si nos encontramos frente a una disposición administrativa de carácter general o bien frente a un acto administrativo.

Siendo así que, a título meramente enunciativo, hemos de señalar que el conjunto de facultades revisoras que se contemplan con carácter general y básico en la LPACA son la revisión de oficio de actos y disposiciones propiamente dicha, junto a la declaración de lesividad de actos anulables, la revocación de actos o la rectificación de errores aritméticos, materiales o, de hecho.

De manera que, en aras de comenzar a profundizar si quiera someramente en la delimitación de cada una de ellas, especialmente en relación con la que es objeto de nuestro estudio, siguiendo al profesor **ALENZA GARCÍA**¹, procede efectuar dos prevenciones en cuanto a tales facultades revisoras:

a) Todas las facultades revisoras que la LPACA reconoce a la Administración constituyen potestades

¹ **ALENZA GARCÍA, José Francisco.** *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017, págs. 33 y ss.



en sentido técnico-jurídico. Es decir, son poderes atribuidos directamente por el ordenamiento jurídico para salvaguardar la legalidad y servir con ello a los intereses generales.

De entre todas las modalidades revisoras, la más representativa y potente, desde el punto de vista de los poderes de la Administración es la revisión de oficio de actos y disposiciones nulos de pleno derecho.

El resto de las modalidades son potestades de menor intensidad puesto que o requieren el refrendo de la decisión judicial (para la invalidez de los actos anulables) o se restringen a actos favorables o de gravamen (en el caso de la revocación) o se limitan a corregir errores materiales sin modificar el contenido del acto (en la rectificación de errores materiales, de hecho, o aritméticos).

Pero incluso en la modalidad menos potente, son potestades porque atribuyen facultades extraordinarias para revisar actos definitivos, en algún caso, incluso cuando ya han alcanzado firmeza.

b) En segundo lugar, en todos los casos se trata de potestades ejercitables con arreglo a las garantías y las limitaciones legales. Lógicamente estas potestades no son discrecionales o no enteramente discrecionales (ni siquiera la revocación de actos desfavorables).

Y ello, porque se limitan las causas que permiten el ejercicio de tales potestades, se delimita el objeto específico de cada una de ellas y su finalidad, se



establecen procedimientos con garantías para los interesados, etc. Lógicamente, cuanto mayor o más intensa es la potestad, mayores serán las garantías y las limitaciones.

Así, efectuadas las precisiones anteriores, resulta por tanto nítido y claro que en el caso de la facultad de revisión de oficio de actos y disposiciones nulos de pleno derecho, nos encontramos frente una potestad jurídico – administrativa que tiene por finalidad hacer desaparecer del mundo jurídico, privando de sus efectos, a los actos y disposiciones administrativas que incurran en vicios de nulidad de pleno derecho, esto es, los vicios más graves y claudicantes que se contemplan tanto en la legislación de procedimiento administrativo como en la legislación sectorial.

Lo que supone que la revisión de oficio de sus propios actos (así como disposiciones) por parte de la Administración se configura, como una potestad de autotutela, de modo que, además de no constituir una alternativa al régimen general y ordinario de los recursos administrativos, implica el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos (y disposiciones) por razón de los vicios e infracciones legales que les son imputables y atribuibles, esto es, por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, permitiendo a través de su potestad de revisión con cumplimiento de las formalidades y procedimentales que le son propias, su corrección por la propia Administración autora del acto² (o disposición),

² **STS, Sala de lo contencioso de 14 de mayo de 2020,** Rec. 2269/2019.



obviamente siempre y cuando tales vicios sean calificables como de nulidad de pleno derecho.

Siendo así que, en el ejercicio de la potestad de revisión de oficio nos encontramos con una pugna entre dos principios nucleares del ordenamiento jurídico administrativo, como son de un lado, el principio de legalidad que exige que los actos administrativos se ajusten al ordenamiento jurídico, en tanto que de otro, el principio de seguridad jurídica que exige que los actos administrativos dictados, y consiguientemente las situaciones por ellos creadas, gocen de estabilidad y no puedan ser revisados fuera de determinados plazos, salvo en aquellos supuestos en que la ilegalidad del acto afecta al interés público general, por tratarse de infracciones especialmente graves cuyo conservación resulta contraria al propio sistema, como es el caso de los supuestos de nulidad de pleno derecho³.

Lo que nos permite afirmar, por tanto, que, mediante el cauce procedimental de la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, se pretende facilitar la depuración de vicios de nulidad radical o absoluta de la que adolecen los actos administrativos a fin de ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho y perpetuada en el tiempo produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante

³ **STS, Sala de lo contencioso de 26 de junio de 2018**, Rec. 2011/2016.



trascendencia⁴.

Por lo que, en suma, recapitulando lo expuesto hasta ahora, la revisión de oficio de actos y disposiciones incursas en nulidad de pleno derecho se configura en nuestro ordenamiento jurídico administrativo a nivel general como una potestad administrativa en sentido técnico jurídico a través de la cual se permite la remoción de actos y disposiciones por la concurrencia de los vicios más graves o de nulidad radical, si bien únicamente a través del procedimiento legalmente establecido, lo que no es óbice para recordar que su ejercicio exige prudencia y contención⁵, pues afecta a la seguridad jurídica derivada de la firmeza de los actos y disposiciones sobre los que se pretende aplicar dicha técnica revisora.

Siendo que, todo lo expuesto hasta ahora, nos permite concluir el presente apartado sintetizando las notas básicas que caracterizan en nuestro ordenamiento jurídico a la potestad de revisión de actos y disposiciones nulos, que conforme expone de forma magistral el magistrado **CHAVES GARCÍA**⁶ con apoyo en una sólida corriente jurisprudencial asentada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo⁷, son las siguientes:

⁴ **STS, Sala de lo contencioso de 21 de noviembre de 2023**, Rec. 7189/2021.

⁵ **STS, Sala de lo contencioso de 16 de noviembre de 2023**, Rec. 517/2022.

⁶ **CHAVES GARCÍA, José Ramón**. *Derecho Administrativo Mínimo*. Editorial Amarante, 2020, págs. 589 – 590.

⁷ **STS, Sala de lo contencioso de 14 de mayo de 2019**, Rec. 3457/2017.



a) El procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho constituye un cauce extraordinario para, en determinados y tasados supuestos expulsar del ordenamiento jurídico aquellas decisiones que, no obstante, su firmeza, incurren en las más groseras infracciones del ordenamiento jurídico (STS de 19 de febrero de 2018, rec. 122/2016).

b) Tal procedimiento sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando ésta es vulnerada de manera radical, lo que obliga a analizar la concurrencia de aquellos motivos tasados con talante restrictivo (STS de 13 de mayo de 2013, rec. 6165/2011). Por ello, los supuestos por los que cabe acudir a este remedio son tasados, y deben interpretarse de forma rigurosa (STS de 16 de junio de 2016, rec. 805/2015).

c) La acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico sino solo aquellas que constituyan un supuesto tasado de nulidad plena, de manera que la revisión de oficio no es remedio para pretender la invalidez de actos anulables, sino solo para revisar actos nulos de pleno derecho (STS de 14 de abril de 2010, rec. 3533/2007).

d) La revisión de oficio reviste carácter subsidiario respecto de los recursos ordinarios no interpuestos en tiempo y forma (STS de 9 de junio de 2011, rec. 5481/2008).

II. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS Y



DISPOSICIONES EN EL ÁMBITO LOCAL

Esbozadas las líneas maestras configuradoras de la potestad revisora de actos y disposiciones incuridas en nulidad de pleno derecho, pasaremos a abordar el marco normativo general que la disciplina junto con algunas especialidades normativas que se contemplan tanto en la legislación de régimen local como en algunas legislaciones sectoriales.

A tal efecto, hemos de partir del reconocimiento legal expreso en favor de las entidades locales territoriales, esto es, de los municipios, provincias e islas, dentro del conjunto de potestades que se enuncian en el art. 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), de la potestad de revisión de sus actos y acuerdos, sin perjuicio de la posibilidad de que la legislación de régimen local autonómica pueda extender el reconocimiento de la misma, a otras entidades locales, como pueden ser las entidades de ámbito territorial al municipio, comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades u otras entidades locales.

De manera que, tras dicho explícito reconocimiento, el art. 53 LBRL viene a establecer una expresa remisión para su ejercicio a la legislación básica estatal sobre procedimiento administrativo común, en los siguientes términos:

"Sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de esta Ley, las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento



administrativo común”.

Y en idénticos términos viene a pronunciarse a nivel reglamentario el ROF, tanto en lo que se refiere a su reconocimiento a las diferentes entidades locales, como en su remisión en lo que se refiere a sus términos y alcance, en sus arts. 4 y 218 respectivamente.

Remisión que nos sitúa a día de hoy en las determinaciones básicas que al respecto se contienen en el art. 106 LPACA que contempla la revisión de disposiciones y actos nulos, en los siguientes términos:

“1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.

Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.

2. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a



trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

3. Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

4. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo”.

Ahora bien, no se agota en dicho precepto la regulación a tener en cuenta desde la óptica de la legislación de procedimiento administrativo común, puesto que como ya hemos apuntado con anterioridad, el válido ejercicio de la potestad de revisión de oficio de actos y disposiciones va ligado como *conditio sine qua non* a la existencia de una causa de nulidad de pleno derecho, lo que conecta con las previsiones del art. 47 LPACA, cuyos términos damos aquí por



reproducidos, dado que más adelante los abordaremos con mayor detalle, si bien teniendo en cuenta, que se diferencian entre las que pueden afectar a los actos administrativos, de las que puedan reputarse de las disposiciones administrativas, siendo que, en el caso de las primeras además se contemplan con el carácter de “mínimos”, dado que se abre la puerta a que el legislador sectorial puede ampliar el elenco de causas de nulidad de pleno derecho, como ocurre a modo de ejemplo en materia urbanística, y en particular en el art. 55 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 que reputa como nulos de plenos derecho los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de las zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística.

A lo que se vez cabe añadir los límites que se contemplan para las facultades de revisión en el art. 110 LPACA.

Junto a tales previsiones, volviendo a la legislación sobre régimen local debe atenderse a que para algunas entidades locales, como ocurre con los municipios que se rigen por las peculiaridades organizativas del Título X LBRL se establece la distribución de competencias internas entre los órganos de gobierno municipales, no así para el resto de entidades locales territoriales, siendo un aspecto de “vacío normativo” que abordaremos más adelante con ocasión del análisis de la vertiente procedimental en el ámbito local.



E igualmente, también en la propia legislación básica de régimen local se contemplan otras peculiaridades normativas en lo que se refiere al ejercicio de la potestad de revisión de oficio, como es el caso, de sus especialidades en el ámbito tributario local, que, si bien excede su análisis pormenorizado de las pretensiones del presente trabajo, sí que al menos conviene referenciar tal particularidad contemplada en el art. 110.1 LBRL que remite a lo dispuesto en la legislación tributaria considerada en términos amplios, tanto a lo atinente a los casos en que procede como al procedimiento para ejercitarla, pronunciándose al respecto en los siguientes términos:

"Corresponderá al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho y la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria, en los casos y de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 153 y 154 de la Ley General Tributaria".

Otro de los ámbitos sectoriales en el que con frecuencia se ejercita la potestad de revisión de oficio en el ámbito local es en el de la contratación pública local, siendo que, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP), se contemplan determinadas especialidades a las que han de atenderse cuando se opere dicha técnica revisora en este ámbito, que contempla especialidades tanto en lo que se refiere a causas de nulidad de pleno derecho específicas de la contratación del sector público como en materia procedimental, tal y como se expresa en los arts. 39 y ss. LCSP.

A lo que cabe añadir, las particularidades que para el ámbito local se establecen en materia de control, ya



desde una óptica jurídica, 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 (RJFHN), en lo que respecta al ejercicio de las funciones reservadas de asesoramiento legal preceptivo cuando se pretende ejercitar la revisión de oficio de actos y disposiciones dictadas por la Corporación Local, las cuales se encomiendan a los titulares de puestos de trabajo de Secretaría, ya desde la vertiente de control interno económico financiero, conforme a los postulados del RD 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades locales del Sector Público Local (RCI), que atribuye ciertas funciones de propuesta para el ejercicio de dicha técnica revisora a quienes desempeñan la función interventora en el ámbito local.

Por tanto, de lo expuesto hasta ahora, podemos extraer que a la hora de ejercitar la potestad de revisión de oficio de actos y disposiciones nulos en el ámbito local, ha de atenderse no sólo a la legislación básica de régimen local así como de procedimiento administrativo común, sino también a la legislación de desarrollo en determinados aspectos de la misma, así como a la legislación sectorial en función del ámbito material en que se ejercite dicha técnica revisora, teniendo en cuenta que esta última puede establecer modulaciones y especialidades a las que en todo caso, como es patente, habrá de atenderse cuando resulte preciso para su adecuado y correcto ejercicio.



De manera que, una vez esbozadas las principales pautas normativas a las que ha de atenderse en el ejercicio de la potestad de revisión de oficio de actos y disposiciones nulos, procederemos a abordar algunos de los aspectos que mayor controversia generan en su ejercicio en la praxis administrativa local.

III. LA REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS NULOS DE PLENO DERECHO

Tal y como se colige del art. 106.1 LPACA, los actos administrativos constituyen uno de los ámbitos objetivos sobre el que puede proyectarse el ejercicio de la potestad de revisión de oficio, lo que exige como requisito primordial, que nos encontremos frente a un acto que pueda caracterizarse como tal, y que presente las connotaciones que son propias de los mismos, siendo que pese a las múltiples definiciones doctrinales formuladas en torno al mismo, sigue siendo válida a día de hoy para su correcta conceptualización la definición clásica de ZANOBINI que define el acto administrativo como toda declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo formulada por una Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.

Así lo pone de relieve a modo de ejemplo, la **SJCA n.º 1 León de 27 de enero de 2022**, cuando en torno a la delimitación de los actos administrativos refiere que:

"Para comprender mejor esta cuestión es preciso comenzar afirmando que, en palabras de Zanobini, el acto administrativo es el resultado del ejercicio por parte de las Administraciones Públicas de sus potestades administrativas. Este acto administrativo



emana y se fundamenta en el llamado poder de autotutela de la Administración, y en particular, en la denominada por García de Enterría como la autotutela declarativa, consistente en la potestad de las Administraciones Públicas de emitir declaraciones o decisiones capaces por sí mismas de modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas sin la intervención de los órganos judiciales y con independencia del consentimiento o colaboración del sujeto destinatario de aquéllas”.

Siendo así que, por tanto un primer deslinde que debe efectuarse a la hora de abordar la potestad de revisión de oficio es sí nos encontramos frente a un acto o frente a una disposición administrativa, puesto que, si bien en ambos casos se admite el ejercicio de aquella, su fundamento y posibilidades de éxito difieren conforme se pone de relieve de la confrontación de lo establecido en los apartados 1 y 2 del art. 106 LPACA.

De manera que, resulta especialmente relevante por las razones que acabamos de expresar, la correcta delimitación de sendos conceptos, y particularmente la diferenciación de los reglamentos de los denominados actos administrativos “plúrimos” o generales, siendo especialmente interesantes los criterios que se plasman al respecto en la **STS, Sala de lo contencioso de 29 de septiembre de 2022**, Rec. 937/2021, que podemos sintetizar y sistematizar de la siguiente forma:

- El reglamento tiene siempre tiene un contenido normativo, es decir, establece auténticas normas jurídicas que se aplican a todos los que se



encuentran en el supuesto de hecho de la norma (generalidad) así como a todos aquellos casos que se produzcan en el futuro (abstracción), en tanto en cuanto el acto administrativo general, carece de naturaleza normativa, de manera que no deja de ser un acto administrativo, que no puede innovar ni modificar el ordenamiento jurídico.

- La distinción entre reglamento y acto administrativo general no sólo tiene un fuerte arraigo en la jurisprudencia y la doctrina, sino que responde a la existencia de dos regímenes jurídicos diferenciados en la legislación administrativa española.

Así, sin ánimo de exhaustividad, los reglamentos tienen sus propios procedimientos de elaboración, su invalidez es siempre nulidad de pleno derecho y admiten ser impugnados indirectamente con ocasión de los actos administrativos de aplicación de los mismos, siendo que tales rasgos no concurren en los actos administrativos generales, que siguen, en principio, el régimen jurídico del acto administrativo.

- Debe reconocerse, sin embargo, que la distinción entre reglamento y acto administrativo general no siempre es fácil de aplicar, dado que respecto de determinados actos puede ser arduo dilucidar si tienen o no carácter normativo.

- Si bien el hecho de que en contadas ocasiones sea difícil determinar si un tipo de acto es reglamento o acto administrativo general no da base para sostener que la distinción sea inútil o que deba ser superada, ni tampoco para afirmar la existencia de un *tertium genus* de actos de la Administración Pública que, estando dirigidos a una pluralidad de



personas, no sean reglamentos (disposiciones generales) ni actos administrativos generales (actos plúrimos).

- En último lugar, se hace preciso aclarar que la existencia de una dicotomía reglamento – acto administrativo general, sin cabida para un *tertium genus*, no impide que un texto reglamentario no puede hacer enunciados prescriptivos que no tienen carácter general y abstracto y, por tanto, que no son auténticas normas jurídicas.

Atendiendo a dicha distinción, como ya se ha tenido ocasión de aclarar, dicha distinción no es puramente académica o teórica, sino que proyecta sus efectos en diversos campos del ordenamiento jurídico administrativo, entre otros, en el ejercicio de la potestad de revisión de oficio que a tenor del propio art. 106 LPACA presenta una dualidad de regímenes en algunos aspectos, en función de si se ejercita sobre una disposición administrativa o sobre un acto administrativo de carácter general.

Por lo que en concordancia con ello, la doctrina jurisprudencial ha tenido ocasión de precisar y aclarar que gozan de esta última naturaleza, por citar algunos ejemplos, sobre los que no es infrecuente el ejercicio de la potestad de revisión en la práctica local, la relación de puestos de trabajo⁸, la oferta de empleo

⁸ **STSJ CCAA Valenciana, Sala de lo contencioso de 23 de noviembre de 2018**, Rec. 200/2016 o **STSJ Galicia, Sala de lo contencioso de 2 de febrero de 2022**, Rec. 11/2021.



público⁹, las bases específicas de selección de personal¹⁰ o los pliegos de cláusulas administrativas particulares¹¹ en el ámbito de la contratación del sector público, siendo que estos últimos además tienen carácter contractual y por ende carecen de naturaleza normativa.

De otro lado, conviene tener en cuenta las diversas clasificaciones de los actos administrativos, algunas con expresa contemplación legal, como es el caso de la diferenciación entre resoluciones y actos de trámite cualificados o no, expresamente prevista en el art. 112 LPACA, dado que la propia calificación del acto en alguna de tales categorías puede implicar la posibilidad o no de ejercitar la potestad revisora de oficio tal como seguidamente veremos.

Siendo por tanto que, no puede perderse de vista que tal y como señala la **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 29 de mayo de 2020**, Rec.

⁹ **STS, Sala de lo contencioso de 25 de junio de 2007**, Rec. 4281/2001, si bien como matiza la **STS, Sala de lo contencioso de 18 de marzo de 2019**, Rec. 2528/2016 no siempre ha existido un criterio estable al respecto.

¹⁰ **STS, Sala de lo contencioso de 30 de noviembre de 2017**, Rec. 1253/2015; **STSJ Andalucía (Sevilla), Sala de lo contencioso de 22 de febrero de 2023**, Rec. 549/2019 o **STSJ Cataluña, Sala de lo contencioso de 17 de marzo de 2023**, Rec. 87/2021.

¹¹ **STS, Sala de lo contencioso de 4 de julio de 2002**, Rec. 4183/1997.

55/2020, que:

"...el concepto de acto administrativo no engloba solamente a los actos escritos definitivos y motivados que recoge la ley (...) sino también a los actos de trámite, a los actos de medidas de autotutela administrativa como son los actos compulsivos, los actos de prueba, a los actos de necesaria investigación para llevar a cabo un expediente sancionador o de otro tipo...".

De manera que, conforme ha señalado la doctrina consultiva, la potestad de revisión de oficio sobre actos administrativos puede ejercitarse tanto sobre aquellos que pongan fin al procedimiento (resoluciones) como frente a los que tienen la consideración de actos de trámite "cualificados", tal y como se infiere entre otros¹², del **Dictamen n.º 276/2017 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña**, cuando apunta al respecto que:

"El artículo 102.1 de la LRJPAC dispone que pueden ser objeto de revisión de oficio los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en el plazo correspondiente.

Según el artículo 107.1 de la LRJPAC (hoy 112 LPACA) pueden poner fin a la vía administrativa, como regla general, las resoluciones, pero también, excepcionalmente, los denominados actos de trámite

¹² **Dictámenes 95/2012, 172/2014, 243/2014, 370/2014, 182/2015 o 276/2016 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña.**



cualesificados si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, y producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Esta Comisión ha considerado que, aunque se pueda tratar de un acto de trámite, esta circunstancia no determina la imposibilidad de revisarlo si se puede calificar de trámite cualificado en los términos indicados (...)”.

Junto a las consideraciones expresadas hasta ahora, un segundo aspecto de relieve a la hora de ejercitar la potestad de revisión de oficio sobre un acto administrativo tiene que ver con su preceptiva interconexión con alguna de las causas de nulidad de pleno derecho que para los actos de las Administraciones Públicas se contemplan en el art. 47.1 LPACA, siendo las siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de los órganos colegiados.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por lo que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

Además del carácter no tasado de las causas de nulidad de pleno derecho que para los actos administrativos pueden ser objeto de ampliación por el legislador sectorial, como se colige del meritado precepto, tal y como con anterioridad hemos expresado, ha de tenerse en cuenta a la hora de su apreciación, que las mismas conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial han de ser objeto de una interpretación restrictiva¹³ o con talante restrictivo¹⁴, puesto que en el Derecho Administrativo la regla general es la de la anulabilidad del acto administrativo, por lo que solo pueden considerarse como nulos de pleno derecho las causas expresamente establecidas

¹³ **STS, Sala de lo contencioso de 25 de mayo de 2023**, Rec. 2465/2021; **STSJ País Vasco, Sala de lo contencioso de 11 de octubre de 2023**, Rec. 189/2023; **STSJ Andalucía (Granada), Sala de lo contencioso de 28 de marzo de 2023**, Rec. 3557/2020 o **STS, Sala de lo contencioso de 17 de junio de 2021**, Rec. 1123/2020, a modo de ejemplo, entre otras muchas.

¹⁴ **STS, Sala de lo contencioso de 13 de mayo de 2013**, Rec. 6165/2011.



en la ley¹⁵.

Dicho lo cual, hemos de referir que el análisis de la concurrencia y apreciación de las causas de nulidad de pleno derecho en el ámbito administrativo, y en particular en el ámbito local, está dotado de un gran casuismo, lo que no nos impide al menos tratar de expresar de forma sintetizada los criterios más asentados tanto en la doctrina consultiva como jurisprudencial a la hora de valorar la apreciación de cada uno de los supuestos de nulidad de pleno derecho que con carácter básico se contemplan en la LPACA, de frecuente invocación en la praxis local.

Comenzando por los actos administrativos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, los mismos se circunscriben a los que se contemplan en los arts. 14 a 29 y 30.2 de nuestro texto constitucional, siendo que tal y como recuerda el **Dictamen n.º 333/2019, de 18 de julio del Consejo Consultivo de Castilla y León**, en relación con dicha causa:

"...es preciso destacar, como ha señalado este Consejo Consultivo en los Dictámenes 81/2016, de 7 de abril, o 191/2019, de 16 de mayo, que para subsumir en tal precepto una pretendida contravención no basta, obviamente, con la invocación de tal motivo, sino que ha de producirse realmente la violación de un derecho fundamental y que ésta afecte medularmente al contenido del derecho, según ha manifestado el Consejo de Estado en reiterada doctrina (Dictámenes

¹⁵ **STSJ Madrid, Sala de lo contencioso de 15 de noviembre de 2023**, Rec. 813/2021 o de **8 de noviembre de 2023**, Rec. 853/2021.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

3.221/2000 y 3.226/2000, de 26 de octubre...

En tanto que, en lo que se refiere a la causa de nulidad de actos administrativos por haber sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, tal como declara el **Dictamen n.º 1592/2011, de 17 de noviembre, del Consejo de Estado**:

"...para generar la nulidad la incompetencia ha de ser "manifiesta", sin que exija un esfuerzo dialéctico su comprobación o, dicho de otro modo, como también ha tenido ocasión de reiterar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de ser clara, incontrovertida y grave, sin que sea precisa una labor previa de interpretación jurídica (SSTS de 12 de junio de 1986 y 22 de marzo de 1988, entre otras muchas, utilizando términos tales como -patente- u -ostensible o -notoria- para adjetivar la incompetencia (STS de 20 de febrero de 1992))".

No obstante, en relación a esta causa conviene precisar que no cabe apreciar dicha causa de nulidad, cuando en el ámbito municipal se adopta por un órgano colegiado de gobierno (Junta de Gobierno Local o Pleno) un acuerdo de la competencia del Alcalde sin que exista delegación al respecto, siempre y cuando el titular de la Alcaldía estuviere presente en la sesión del órgano colegiado correspondiente y hubiere votado a favor de su adopción, lo que viene a ser una suerte de convalidación "sui generis", si bien precisando que ello no ocurre en sentido contrario, esto es, cuando es el Alcalde el que adopta un acuerdo de competencia plenaria, tal y como viene a



expresar al respecto el **Consejo Consultivo de Andalucía** en su **Dictamen n.º 841/2014, de 11 de diciembre**, puntualizando que:

"En fin, respecto a la calificación de dicho vicio, como este Consejo ha puesto de relieve, recogiendo jurisprudencia reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1992 y 11 de mayo de 1996), la relación entre el Pleno y el Alcalde no es una relación jerárquica, sino de superioridad política.

Ciertamente, esta misma doctrina ha puesto de relieve que cuando ha sido el órgano colegiado el que ha adoptado un acuerdo de competencia del Alcalde con votación favorable del mismo, no debe operar dicha causa de nulidad, y también ha declarado la posibilidad de ratificar la actuación del Alcalde por el Pleno que no sería una convalidación, sino simplemente la asunción como propio del acto del Alcalde, de modo que la autoría del Pleno quedaría así realizada.

Pero esta última doctrina, perfectamente aplicable cuando el Pleno tiene voluntad de asumir como propia la del Alcalde no es trasladable al caso en que justamente lo que sucede es lo contrario, esto es, que el Pleno no quiere ratificar el acto del Alcalde sino cabalmente revisarlo de oficio. No tiene sentido exigir al Pleno que adopte un acuerdo contrario a su voluntad, que es lo que supondría sostener que cabe tal ratificación...".

En lo que respecta a la causa de nulidad de pleno derecho relativa al dictado de actos administrativos de contenido imposible, conforme señalan las **STSJ Navarra de 22 de febrero de 2023**, Rec. 106/2022 o **de 17 de enero de 2018**, Rec. 144/2017 siguiendo



la jurisprudencia del TS:

"...la imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto que suele comportar anulabilidad (...); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría la simple ineficacia del acto.

Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a las leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste.."

Por lo que, en suma, es imposible lo que materialmente no se puede realizar, bien sea porque va contra las leyes físicas o bien porque parte de un supuesto de hecho irreal o inexistente¹⁶.

En cuanto a la causa contemplada en el apartado d)

¹⁶ **STS, Sala de lo contencioso de 3 de diciembre de 2008**, Rec. 218/2004.



del art. 47.1 LPACA tal como explicita el **Dictamen n.º 402/2020, de 8 de octubre, del Consejo de Estado**:

"...es doctrina reiterada (entre otros, dictamen número 2.122/2005, de 9 de febrero de 2006) que dicha causa de nulidad de pleno derecho comprende no sólo los actos cuyo contenido constituya en sí mismo un delito, sino también aquellos -como el presente, objeto de revisión- que tienen como presupuesto una conducta delictiva, es decir, en cuya elaboración ha sido causa determinante dicha conducta delictiva, de modo que, sin la misma, no se hubiera producido el acto administrativo".

Si bien, como matiza la **STS, Sala de lo contencioso de 15 de noviembre de 2022**, Rec. 360/2021, no puede perderse de vista en relación con dicha causa de nulidad de pleno derecho que:

"...esa causa de nulidad de pleno derecho solo puede hacerse valer mediante una sentencia penal pues nuestro ordenamiento atribuye con carácter exclusivo a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal el conocimiento de las causas y juicios criminales (art. 9 LOPJ) sin que los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo puedan conocer de estos asuntos ni siquiera a título prejudicial (art. 4 LOPJ)".

De mayor relevancia, también en el ámbito local, resultan ser las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el apartado e) del art. 47.1.e) LPACA, que, por un lado, reputa como incursos en tal vicio los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, en tanto que, de otro, también lo son los dictados con infracción de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

En lo que respecta a la primera de ellas, como ha precisado recientemente la **STS, Sala de lo contencioso de 13 de diciembre de 2023**, Rec. 846/2022:

"Es necesario, para apreciar la nulidad de pleno derecho que postula el precepto que sea apreciable, como se dispone literalmente, que se haya producido una omisión total y absoluta del procedimiento, no que existan irregularidades procedimentales porque, en ese caso, los defectos formales deberían remitirse a la anulabilidad del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que condiciona la ineficacia de los actos que hayan ocasionado indefensión o impidan alcanzar su fin".

En lo que se refiere a los supuestos incardinables en dicha causa de nulidad de pleno derecho, encontramos una interesante compilación de la doctrina consultiva del Consejo de Estado, así como del Tribunal Supremo, en la **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 1 de diciembre de 2023**, Rec. 111/2023, de la que podemos extraer las siguientes conclusiones, en relación con dicho supuesto:

- Es preciso que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que supongan anomalías en la tramitación de especial gravedad.



- Se da dicha causa cuando se ha seguido un procedimiento completamente opuesto al correcto o legalmente procedente.

- Incluye no sólo el supuesto en el que se prescinda del procedimiento por entero sino también los casos en que se prescinda de un trámite esencial o de hitos esenciales del procedimiento.

- La omisión del procedimiento o supuestos equiparables ha de ser en todo caso clara, manifiesta y ostensible.

- Por lo que en suma se consideran nulos de pleno derecho todos los casos en que falten los trámites esenciales que la Ley establezca para dictar los actos administrativos de que se trate.

En tanto que, en lo referente a la segunda de ellas, tal y como viene a compilar la **STS, Sala de lo contencioso de 9 de diciembre de 2011**, Rec. 202/2008 son vicios incardinables en dicha causa de nulidad de pleno derecho la vulneración de las siguientes reglas esenciales en la formación de la voluntad de los órganos colegiados:

- Las que afectan a la asistencia de sus miembros y al preciso conocimiento de los asuntos a tratar en la correspondiente sesión.

- Las que se refieren a la elaboración y ulterior comunicación del orden del día, en tanto que comprenden las materias objeto de deliberación, y en su caso, posterior aprobación.

- Las que establecen un determinado quórum de asistencia y votación, en la medida que



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

determinan la pormenorizada participación en la sesión de que se trate.

- Las que comprenden el sentido preciso de la deliberación de los distintos asistentes, en orden a identificar la específica votación de cada uno de tales asistentes.

- Las que determinan la concreta composición del órgano colegiado.

Por último, se contempla a nivel básico como causa de nulidad de pleno derecho, los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, siendo que, en palabras de la **STS, Sala de lo contencioso de 24 de abril de 2015**, Rec. 427/2013, bajo idéntica causa de nulidad contemplada en el art. 62.f) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, no puede perderse de vista que:

"Esos requisitos esenciales se refieren a los presupuestos esenciales de los destinatarios de los actos, de modo que no se reúnan las condiciones que de modo ineludible deben concurrir para ser titular de un derecho u ostentar la facultad que se reconoce (...)

Este precepto, artículo 61.1.f) ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina del Consejo de Estado de modo estricto, pues la expansión de esta causa pulverizaría las tradicionales categorías de invalidez de los actos administrativos, desdibujando



los linderos entre las causas de nulidad plena y anulabilidad, haciendo pasar por causa de nulidad de pleno derecho a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, lo que atentaría gravemente a la seguridad jurídica.

En definitiva, para la concurrencia de esta causa se requiere que no sólo haya un acto atributivo de un derecho y este sea contrario al ordenamiento jurídico, sino que, además falten esos requisitos esenciales, relativos a la estructura básica y primaria de la propia definición del acto, respecto del destinatario titular del derecho”.

Por último, resta señalar que, en relación a la nulidad de los actos administrativos son aplicables las técnicas de *favor acti* en los términos que se contemplan respectivamente en los arts. 49, 50 y 51 LPACA referidos a la no extensión de la nulidad a otros actos independientes, a la conversión o la conservación de actos nulos de pleno derecho, no así la convalidación contemplada en el art. 52 que únicamente resulta aplicable a los supuestos de anulabilidad¹⁷.

IV. REVISIÓN DE OFICIO DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS

En lo que se refiere a la revisión de oficio de disposiciones administrativas, como es obvio, su ámbito objetivo recae sobre aquellos instrumentos que gozan de carácter reglamentario, siendo que su

¹⁷ **STS, Sala de lo contencioso de 8 de abril de 2010**, Rec. 1325/2006 o **STSJ Andalucía (Granada), Sala de lo contencioso de 19 de noviembre de 2020**, Rec. 108/2017.

régimen jurídico presenta algunas singularidades en comparativa con el régimen jurídico aplicable a la revisión de oficio de actos administrativos, que de forma sintetizada iremos abordando en el presente apartado.

Si bien, lo primero que se impone a la hora de delimitar el ámbito objetivo de la revisión de oficio de disposiciones administrativas, es atender a los instrumentos que en el ámbito local gozan de naturaleza reglamentaria y por tanto se sujetan al régimen contemplado en el art. 106.2 LPACA, siendo que no ofrece dudas que el mismo resulta aplicable tanto a las ordenanzas y reglamentos ordinarios tramitados conforme a las previsiones del art. 49 LBRL, incluidos los reglamentos orgánicos como genuina manifestación de la potestad de autoorganización local que se reconoce en el art. 4 LBRL¹⁸, así como a las manifestaciones del poder tributario local conforme a los arts. 106.2 LBRL y 15 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) el cual se materializa tanto a través de ordenanzas fiscales generales de recaudación, gestión e inspección, como por vía de las específicamente reguladoras de los diferentes tributos locales, ya sean preceptivos o facultativos en su exigencia por parte de la respectiva

¹⁸ **STS, Sala de lo contencioso de 24 de febrero de 1999**, Rec. 3640/1993 o **STSJ Madrid, Sala de lo contencioso de 3 de abril de 2018**, Rec. 233/2017.



Entidad Local.

No obstante, a las que podemos denominar manifestaciones “clásicas” del poder normativo local, se añaden otras a las que la doctrina jurisprudencial atribuye o reconoce valor normativo o reglamentario, lo que implica que, en caso de pretenderse su revisión de oficio, la sujeción al régimen establecido para las disposiciones administrativas en el art. 106.2 LPACA, como es el caso, del planeamiento urbanístico¹⁹, el presupuesto municipal²⁰ o de los estatutos de las personificaciones instrumentales dependientes o vinculadas a la respectiva Entidad Local²¹.

En lo que respecta a las especialidades del régimen jurídico de la revisión de oficio de disposiciones administrativas, por contraposición al establecido para los actos administrativos, las mismas se caracterizan porqué a diferencia de estos últimos, no se contempla para las disposiciones administrativas la posibilidad de ejercicio de la llamada “acción de nulidad” bajo el fundamento de que en relación a estas últimas los interesados pueden combatirlas transcurridos los plazos ordinarios de impugnación por vía de la denominada impugnación indirecta –art. 112.3 LPACA; art. 26 LJCA-, a lo que cabe añadir que las causas de nulidad de pleno derecho de que puedan adolecer han

¹⁹ **STS, Sala de lo contencioso de 29 de abril de 2021**, Rec. 218/2020.

²⁰ **STS, Sala de lo contencioso de 29 de septiembre de 2022**, Rec. 6376/2021.

²¹ **STS, Sala de lo contencioso de 27 de octubre de 2010**, Rec. 100/2009.



de ser las previstas en el art. 47.2 LPACA y no las del apartado 1 del mismo precepto legal, tal como atinadamente pone de manifiesto el **Dictamen n.º 528/2014, de 20 de noviembre del Consejo Consultivo de Castilla León** en relación a la extinta ley 30/1992, de 26 de noviembre, pero cuyas consideraciones son extrapolables a lo dispuesto en la LPACA dada la identidad normativa que mantiene a tales efectos, cuando al respecto viene a referir que:

"Para declarar la nulidad de pleno derecho de la disposición administrativa de carácter general objeto de examen, no es necesaria invocación de alguna de las causas de nulidad enumeradas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (tal y como aparece consignado en el expediente) sino que debe acudir a lo dispuesto en el artículo 62.2 de la citada norma, que determina la nulidad radical de las disposiciones administrativas que vulnere la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y a las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Por otro lado, tal como mantiene la Sentencia (...) del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2006, la Administración Pública tiene potestad de tramitar un procedimiento para la revisión de oficio de una disposición general nula de pleno derecho. Tal potestad administrativa no supone conferir a los particulares interesados el ejercicio de una acción de nulidad tendente a obtener dicha declaración de



nulidad radical, lo que resulta lógico, dada la posibilidad que estos tienen de impugnar en sede jurisdiccional una disposición de carácter general al ejercitar una acción frente a un acto de aplicación de la misma, basándose en que aquella no es conforme a derecho”.

Y en concordancia con ello, de forma rotunda, niega el TS el ejercicio de la acción de nulidad cuando se trata de disposiciones administrativas, entre otras, en la **STS, Sala de lo contencioso de 1 de diciembre de 2020**, Rec. 3857/2019 o de **25 de febrero de 2022**, Rec. 6512/2020, cuando afirma que:

“El artículo 106.2 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no reconoce legitimación a los interesados para ejercer una acción de nulidad dirigida a obtener la declaración de revisión de oficio de disposiciones generales”.

En tanto que, para concluir el presente apartado, hemos de referenciar que desde la óptica procedimental fuera de las especialidades que acabamos de expresar previstas en el art. 106.2 LPACA, para la revisión de disposiciones administrativas no se contemplan especialidades procedimentales, siendo de aplicación las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos, tal como viene a concluir el **Dictamen n.º 204/2019, de 25 de abril, del Consejo Consultivo de Castilla León**, afirmando que:

“Este artículo 106 no contempla un procedimiento específico para la revisión de oficio de las disposiciones administrativas, sino que se limita a exigir el dictamen previo favorable del Consejo de



Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Por ello, resultan de aplicación las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, contenidas en el título IV de la citada Ley”.

V. LA VERTIENTE PROCEDIMENTAL DE LA REVISIÓN DE OFICIO

Como es patente el procedimiento de revisión de actos y disposiciones nulos de pleno derecho ha de arbitrarse a través del procedimiento legalmente establecido, partiendo de las reglas esenciales establecidas actualmente en el art. 106 LPACA y completándose con el resto de disposiciones contempladas en el Capítulo en el Título IV de dicha disposición legislativa²², en los términos en que ha venido expresando la doctrina consultiva y jurisprudencial tal y como tendremos ocasión de abordar en el presente apartado.

Debiendo a su vez tenerse en cuenta que el procedimiento de revisión de oficio se articula en dos fases²³: una primera que ha de tramitarse conforme a las prescripciones legales antedichas, sin excluir la intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, y

²² **Dictamen n.º 10/2020, de 6 de febrero, del Consejo Consultivo de Castilla León.**

²³ **STS, Sala de lo contencioso de 13 de octubre de 2004, Rec. 3983/2002.**



una fase resolutive propiamente dicha sobre la pretensión de declaración de nulidad del acto o disposición administrativa, si bien en este último caso, a instancia exclusiva de la Administración Pública que la hubiere dictado y promulgado.

- Iniciación

En lo que respecta a la iniciación del procedimiento de revisión de oficio, fuera de la inexistencia de una acción de nulidad en favor de los interesados en el caso de las disposiciones administrativas por las razones que ya hemos expresado con anterioridad, el principal foco de controversia, con especial intensidad en el ámbito local, se plantea acerca de la legitimación para instar la revisión de actos nulos de pleno o acción de nulidad, dado que el art. 106.1 LPACA la refiere exclusivamente a quienes tengan la condición de interesado/a, teniendo en cuenta que en el caso de los actos incursos en nulidad de pleno derecho, solo es posible iniciar el procedimiento para su revisión, sí así lo acuerda el órgano que lo adoptó o su superior jerárquico o bien lo insta el interesado²⁴, noción esta última con un carácter muy preciso que se refiere a toda persona con un interés legítimo para intervenir en un procedimiento administrativo²⁵.

Lo que nos sitúa desde un punto de vista legal en la órbita del art. 4 LPACA en lo que se refiere al concepto de interesado/a teniendo tal condición:

²⁴ **STSJ Cataluña, Sala de lo contencioso de 13 de noviembre de 2023**, Rec. 1402/2023.

²⁵ **STS, Sala de lo contencioso de 1 de febrero de 2010**, Rec. 6200/2004.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

En concordancia con ello, en lo que respecta a la necesidad de ostentar dicha cualidad para promover la revisión de oficio o acción de nulidad, ello no difiere de los requisitos exigidos para instar cualquier otro procedimiento administrativo, tal y como concluye la **STS, Sala de lo contencioso de 25 de febrero de 2021**, Rec. 290/2019, cuando al respecto refiere que:

"La cualidad de interesado, cuando se promueve en el procedimiento, viene determinada por ser titular de un derecho o por la concurrencia de intereses legítimos, individuales o colectivos. El concepto de interesado en el procedimiento administrativo, con carácter general, se confiere, tanto a quien es titular de un derecho subjetivo como al que ostente un interés que en la vieja LPA era un interés "legítimo, personal y directo" (art. 23) y en la ley 39/2015 (art. 4.1.a) reiterando lo establecido en la ley 30/1992 (...) ha pasado a ser simplemente un "interés" legítimo.

Esta legitimación para promover el procedimiento de



revisión de oficio, solicitando la nulidad de un acto de nombramiento, tiene las mismas condiciones esenciales exigibles para cualquier otro procedimiento (...)

Y su interés debe traducirse en la obtención de un beneficio o en la eliminación de un perjuicio, cierto, real y efectivo para el recurrente que quien promovió tal procedimiento”.

Lo que no es óbice para que deba considerarse que la estimación de un interés ha de ser amplia y generosa respecto del accionante del procedimiento, sin llegar a convertir la revisión de oficio de una acción pública de nulidad²⁶, a salvo de aquellos ámbitos sectoriales en los que existe un reconocimiento legal expreso de acción pública, lo que implica la legitimación para instar la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de actos administrativos²⁷, tal como ocurre en el ámbito urbanístico²⁸.

Siendo que, a partir de tales consideraciones, en el ámbito local, se suscitan dos supuestos polémicos o controvertidos a la hora instar la revisión de oficio y por tanto del reconocimiento de legitimación, como es de un lado, a otras Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades de tutela, en tanto que, de otro, a los miembros electos integrantes de la propia

²⁶ **Dictamen n.º 425/2010, del Consejo de Estado.**

²⁷ **STSJ La Rioja, Sala de lo contencioso de 6 de noviembre de 2023**, Rec. 69/2023.

²⁸ Art. 62 TRLSRU.



Corporación.

En cuanto a la posibilidad de instar la revisión de oficio por parte de otras Administraciones Públicas, hemos de partir que en el ámbito local tanto el Estado como las CCAA gozan de cauces especiales y específicos de tutela para instar la anulación de actos y/o acuerdos de las entidades locales por los procedimientos y motivos que se plasman en los arts. 65 a 67 LBRL.

Siendo así que, la posibilidad de instar la revisión de oficio por parte de otras Administraciones, fuera de los cauces señalados, ha sufrido un viraje jurisprudencial que se plasma en las **STS, Sala de lo contencioso de 12 de abril de 2016**, Rec. 3550/2014 o **STS, Sala de lo contencioso de 26 de octubre de 2020**, Rec. 1443/2019 que niegan tal legitimación fuera de los cauces y por los plazos que se establecen en la legislación de régimen local para ejercer sus potestades de tutela, la cual ha sido objeto de refrendo por la **STS, Sala de lo contencioso de 20 de noviembre de 2023**, Rec. 1051/2022, concluyendo al respecto que:

"...podemos afirmar que la Administración autonómica carece en principio de legitimación para instar la revisión de oficio actos nulos de pleno derecho emanados de la Administración Local".

Por lo que, en síntesis, cuando la Administración estatal o autonómica pretende la anulación de un acto de una Entidad Local no está legitimada para instar la revisión de oficio debiendo ceñirse a los cauces específicos y plazos previstos en los arts. 65 a 67



LBRL, si bien es cierto, que se matiza en la última de las sentencias citadas "salvo que una norma con rango legal se la atribuya expresamente", por lo que habrá de ser el legislador sectorial el que reconozca tal legitimación en el ámbito material concreto, a lo que hemos de añadir que de forma reciente, se ha admitido para formación de doctrina casacional objetiva por el Tribunal Supremo ²⁹la cuestión de si tal legitimación "*puede reconocerse, en defecto de previsión legislativa expresa, en una norma de rango reglamentario*", cuestión que al ser de reciente admisión queda pendiente de concretar a futuro.

En lo que se refiere a la legitimación de los miembros de las Corporaciones Locales para instar la revisión de oficio surge el interrogante de si por el mero hecho de ostentar tal condición como representante de la ciudadanía están legitimados para instar la revisión de oficio, lo que, a mi juicio, no debe ser objeto de confusión con la legitimación que se les reconoce en el art. 63.1.b) LBRL o en el art. 211 del 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 (ROFEL) para la impugnación de actos o acuerdos de órganos de los que formen parte, cumpliendo los requisitos contemplados en tales preceptos.

Efectuada dicha precisión, la cuestión señalada dista de ser una cuestión pacífica, tal como pone de relieve

²⁹ **ATS, Sala de lo contencioso de 14 de diciembre de 2023**, Rec. 2325/2023.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

ÚBEDA TARAJANO³⁰ que se inclina por una respuesta en sentido positivo, sobre la base de las siguientes consideraciones:

"En el ámbito específico de las corporaciones locales, el artículo 211 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre dispone:

El plazo para interponer recurso de reposición por los Concejales o miembros de las Corporaciones locales que hubieran votado en contra del acuerdo contará desde la fecha de la sesión en que se hubiere votado el acuerdo.

Pues bien, si en el ámbito jurisdiccional se ha ampliado la legitimación de los miembros de las corporaciones locales en el sentido de abrirles la posibilidad de impugnar los acuerdos adoptados por órganos de los que no forma parte, ninguna duda debe albergarse de que a quien se le reconoce lo más (impugnación en sede jurisdiccional) no se le puede negar legitimación para impugnar lo menos (interponer recursos en vía administrativa e instar la revisión de oficio de actos y disposiciones nulos)".

Siendo contraria la opinión que sostiene **GALLEGO**

³⁰ **UBEDA TARAJANO, Francisco.** "El nuevo régimen jurídico de impugnación de actos y acuerdos de las Corporaciones Locales por los miembros disidentes tras la STC 173/2004, de 18 de octubre". Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica n.º 307, mayo – agosto, 2008.



ALCALÁ³¹ que considera que no es posible reconocer tal legitimación a los electos locales, sobre la base de los siguientes postulados:

"La jurisprudencia ha tenido ocasión de analizar la cuestión, concluyendo que la acción pública no la poseen los concejales (STS 26/09/2014), dado que ello supondría tanto como reconocer una acción pública a todos los que con independencia del cargo esgriman su condición de políticos.

Llegados a este punto no debe confundirse la acción pública con la legitimación que ostenten los miembros de las Corporaciones Locales (artículo 64 LRBRL) para impugnar actos de la Entidad local, legitimación que encuentra como criterio general, conviene recordar, que se haya votado en contra del acuerdo municipal adoptado por órgano colegiado del que es miembro.

En mérito de ello, partiendo de que el concejal carece de legitimación al no ostentar la posición de interesado que pueda articular o poner en marcha el procedimiento administrativo de revisión de oficio, lo razonable jurídicamente frente a tal solicitud es que el Ayuntamiento no se encuentre compelido u obligado a iniciar procedimiento alguno, pues pudiera con ello afectar al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3. de la CE)".

³¹ **GALLEGO ALCALÁ, José Domingo.** "Legitimación de un corporativo para instar la revisión de oficio ante el Ayuntamiento". El Consultor de los Ayuntamientos, n.º 3, sección gestión y problemática y pequeños municipios / Fondo de Armario Local, marzo 2020, pág. 84.



También en la doctrina jurisprudencial encontramos criterios dispares, como es el caso de la **STS, Sala de lo contencioso de 19 de diciembre de 2001**, Rec. 6803/1997, que se inclina en favor de su reconocimiento, en tanto que, por el contrario, de forma más reciente parecen venir a negar tal legitimación a los corporativos locales la **STS, Sala de lo contencioso de 26 de septiembre de 2014**, Rec. 3928/2012 o **STSJ Extremadura, Sala de lo contencioso de 19 de diciembre de 2022**, Rec. 214/2022.

A mí modo de ver, me inclino por considerar que no es factible tal reconocimiento, dado que ello podría dar lugar a disfunciones o situaciones problemáticas, dada la imprescriptibilidad de la acción de revisión de oficio, como podría ser la posibilidad de instarse por un miembro de una Corporación en relación con un acto administrativo dictado por un órgano municipal cuando no ostentaba tal condición, es decir, con anterioridad a su toma de posesión como tal, o bien el reconocimiento “perpetuo” de dicha legitimación cuando instada bajo la condición de miembro electo, pierda tal condición una vez iniciado el procedimiento de revisión.

De ahí que, me parecen muy acertadas el conjunto de consideraciones que se esgrimen en el interesante **Auto n.º 40/2018, JCA n.º 1 de Cartagena de 2 de mayo de 2018**, cuando inadmite la legitimación de un concejal para instar la revisión de oficio, sobre la base de las siguientes consideraciones, que por su interés para la praxis local reproduciremos



ampliamente:

"La condición de concejal no otorga a la actora legitimación para la revisión de oficio de un Acuerdo del Pleno de 12 de noviembre de 2003 en materia contractual, que es firme desde hace ya largo tiempo (casi quince años).

Los argumentos esgrimidos en la solicitud de revisión de oficio, como ahora en la demanda, son alegaciones en defensa de una legalidad supuestamente infringida en su día cuando se aprobó la modificación del contrato de concesión (...); y como tiene dicho en reiteradas ocasiones la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo no cabe entender legitimado a aquel peticionario (ahora demandante) que interesa una revisión de oficio de un acto administrativo firme basado en un –mero interés de la legalidad-, necesitando una relación determinada con la cuestión debatida.

La condición de concejal no otorga a la actora legitimación para interponer el presente recurso, pues no concurren en ella los requisitos legalmente establecidos para ostentar la especial legitimación que los concejales pueden tener ex artículo 63.1.b) de la Ley de Bases de Régimen Local para determinados asuntos; este precepto otorga legitimación "representativa" en aquellos en que el concejal hubiera votado en contra del acto o acuerdo respecto del cual pretende su anulación (en este caso la iniciación de un expediente de revisión de oficio); y no es controvertido, que la recurrente no formaba parte del Pleno que aprobó el acuerdo en 2003 respecto del que ahora ha visto denegado por silencio su solicitud de revisión de oficio (entre otras STS Sala CA de 14 de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

marzo de 2002, o la STSJRM Sala CA de 26 de junio de 2006)

En esta última sentencia se recuerda que no es suficiente la alegación de motivos referentes a la defensa de la legalidad para ostentar legitimación activa, recordando también que en materia contractual no existe, a diferencia de en materia urbanística, la acción pública; y en concreto refiere que "un partido político (aquí una concejal), no puede arrogarse a estos efectos (de legitimación procesal) la representación de la masa social que le ha votado, al ser evidente que la misma no le confiere interés legítimo exigido por el artículo 19.1 LJCA en la forma en que es interpretado por la jurisprudencia (...).

De todo lo anterior, se concluye que la actora, como concejal del Ayuntamiento (...) carece de interés legítimo, personal e individual respecto del acuerdo cuya revisión de oficio interesa, más allá de su interés en la legalidad ordinaria o en un interés político cuya defensa, democrática y legítima, debe ser encauzada por otras vías ante los órganos en los que la misma ejerce su ordinaria representación política.

Finalmente, tal y como refiere la codemandada, tampoco tiene la actora legitimación activa por su condición de vecina del municipio (...) puesto que como ya se ha dicho más arriba no existe acción pública en materia de contratación, y, por tanto, no estando en tela de juicio sus concretos derechos e intereses propios (...) la misma carece de legitimación".



Por último, para concluir el presente apartado, además de las particularidades expuestas, ha de tenerse en cuenta que, en principio, es aplicable el trámite de subsanación de solicitudes a las peticiones de revisión de oficio, si bien, bajo el matiz, de que dicho trámite no abarca los elementos esenciales que la norma exige para su tramitación y habilitan la inadmisión del procedimiento³².

- Inadmisión

En lo que respecta a la posibilidad de inadmitir la solicitud de revisión de oficio el art. 106.3 LPACA contempla la posibilidad de que el órgano competente para resolver aquella pueda acordar de forma motivada la inadmisión a trámite, esto es, denegarla de plano, sin tramitación del procedimiento y sin por tanto instar el dictamen del órgano consultivo competente, por 3 circunstancias: (i) cuando no se base en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho; (ii) cuando carezcan manifiestamente de fundamento; (iii) en el supuesto en que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

Siendo que, tal y como se colige de tal previsión legal, la misma tiene la sola finalidad de cercenar “ab initio” un procedimiento instado, sin que concurran, los requisitos exigidos para pretender de la Administración la revisión de oficio de un acto previo, de forma que se permite efectuar un juicio adelantado

³² **STS, Sala de lo contencioso de 24 de febrero de 2021**, Rec. 8075/2019.



cuando anticipadamente se conozca que la misma en ningún caso va a ser estimada, al quedar acreditado de modo ostensible y palmario, la falta de viabilidad y aptitud de la acción nulidad para ser entablada, poniendo a cubierto este de tipo de procedimiento, de solicitudes inconsistentes por temerarias³³.

A lo que cabe añadir que, las causas por las que procede inadmitir solicitudes de revisión de oficio tienen carácter tasado y exigen cumplimentar los requisitos necesarios para dicho juicio anticipado, esto es, la causa concreta y la motivación de su concurrencia, siendo que tal como expresa la **STS, Sala de lo contencioso de 27 de noviembre de 2009**, Rec. 4389/2005, cuyas consideraciones son plenamente extrapolables bajo la vigencia de la LPACA³⁴:

"La inadmisión de la acción de nulidad únicamente puede ser acordada, ahora hacemos referencia a los requisitos que deben mediar para dicho pronunciamiento anticipado, a) cuando no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 – apartado – porque ahora estamos ante un acto administrativo-, b) cuando carezcan manifiestamente de fundamento, y, en fin, c) cuando se hubieran desestimado sobre el fondo otras solicitudes

³³ **STS, Sala de lo contencioso de 15 de julio de 2016**, Rec. 1637/2015 o **STS, Sala de lo contencioso de 27 de febrero de 2020**, Rec. 350/2018.

³⁴ **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 30 de octubre de 2023**, Rec. 100/2023.



sustancialmente iguales. Siempre que, y éste es un requisito de carácter transversal, se realice de forma motivada.

Estas causas que permiten cercenar tempranamente el procedimiento instado por el interesado en el ejercicio de la acción de nulidad, por tanto, comprenden no sólo los casos en que se citen las causas del indicado artículo

62.1 de la ley 30/1992 o cuando el discurso argumental nada tiene que ver con las mismas, sino también aquéllos otros casos en los que, aludiendo a las indicadas causas, su desarrollo resulta ajeno al contenido de las mismas por centrarse en causas de anulabilidad que debieron ser esgrimidas mediante los correspondientes recursos administrativos.

Y, en fin, también, cuando no resulte procedente la tramitación del procedimiento porque la cuestión de fondo ya ha sido resuelta en casos anteriores.

A estos efectos no está de más advertir los peligros que podría comportar una interpretación no rigurosa (...) que produciría una confusión entre los plazos de impugnación y las causas de nulidad que pueden esgrimirse, mezclando cauces procedimentales que responden a finalidades distintas y cumplen diferentes funciones (...)

Dicho lo anterior, interesa destacar igualmente que la inadmisión (...) por falta de fundamento de la solicitud, no permite identificar el juicio que tendría lugar tras la sustanciación del procedimiento de revisión de oficio y el que se adelante sobre la admisión. No. Únicamente se permite el juicio anticipado negativo cuando su falta de fundamento aparece como -manifiesta-...".



De forma que tal y como reitera, una doctrina jurisprudencial consolidada, se impone que la inadmisión sumarísima de la petición de revisión de oficio sin tramitación de procedimiento alguno sea interpretada de forma estricta “so riesgo de vaciar de contenido el propio procedimiento de revisión”³⁵.

Bajo dichas premisas, las principales especialidades que en relación a la inadmisión de solicitudes de revisión de oficio vienen referidas bien al órgano competente para declararla, bien en materia de informes, siendo que, dado que tales aspectos los abordaremos con mayor detenimiento más adelante, si nos referiremos aquí a la previsión contemplada en el art. 28 del RD 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local, que en los supuestos de omisión de la función interventora, permite que al órgano o unidad que ejerce tal función, valorar a través de su informe la posibilidad y conveniencia de revisar los actos dictados con infracción del procedimiento, y si es procedente, la revisión de oficio de actos nulos en función de razones de economía procesal.

Lo que debe contemplarse como una especialidad en este ámbito, dado que ello implica no solo un análisis preliminar sobre el fondo, que habría de tener lugar en

³⁵ **STS, Sala de lo contencioso de 21 de marzo de 2022**, Rec. 1188/2022.



el seno del procedimiento de revisión para mayor garantía del posible interesado/a afectado, sino también un componente discrecional para tramitar o no un procedimiento debido cuando se dan las causas legalmente previstas bajo criterios o fundamentos de orden económico, además de una posible apreciación de los límites contemplados en el art. 110 LPACA, en un momento temporal diferente al normalmente previsto para la revisión de oficio, que ha de ser con ocasión de la resolución, tras la tramitación legalmente establecida.

Siendo que así viene a ratificarlo **OREIRO ROMAR**³⁶, apuntando en relación con el precitado precepto reglamentario que:

"Este precepto plantea la revisión como una posibilidad, no como una condición sine que non. Las normas se interpretarán según el sentido literal de sus palabras (artículo 6 del Código Civil), o dicho más sencillamente, in claris non fit interpretatio. Cualquier interpretación en sentido contrario supone vaciar de contenido la cláusula reproducida, ya que, con independencia de lo informado por el interventor, habría que tramitar una revisión de oficio".

Finalmente, para concluir el presente apartado en lo atinente a la inadmisión, hemos de expresar que no resulta posible la revisión de oficio, siendo una causa de inadmisión, en aquellos supuestos en que existe

³⁶ **OREIRO ROMAR, José Ángel.** "Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre la utilización del reconocimiento extrajudicial de créditos y la revisión de oficio para el abono de prestaciones contratadas de forma irregular". Cuadernos de Derecho Local, n.º 62, junio 2023, págs. 414-427.

cosa juzgada³⁷, si bien, si se admite la revisión de oficio cuando la resolución judicial únicamente se pronuncia sobre la ratificación de la producción de un acto administrativo producido por silencio administrativo positivo, sin entrar en otras cuestiones de fondo³⁸.

- Informes y trámite de audiencia

En lo que respecta a los informes que deben recabarse en el procedimiento de revisión de oficio en el ámbito local, una vez adoptado el acuerdo de iniciación, la primera especialidad a tener en cuenta, es que la unidad administrativa competente que lo inicie habrá de llevar a cabo los pertinentes actos de instrucción, entre los que necesariamente se encuentra el denominado informe propuesta de resolución contemplado en los arts. 172 y 175 ROFEL en concordancia con lo establecido en el art. 80 LPACA.

En relación al mismo, tal y como ha tenido ocasión de poner de relieve una jurisprudencia constante, no puede pasarse por alto, que dicho informe del jefe de la dependencia tienen carácter preceptivo dado el carácter imperativo de dicho precepto reglamentario³⁹, por lo que no cabe su omisión

³⁷ **STS, Sala de lo contencioso de 4 de julio de 2023**, Rec. 6486/2021.

³⁸ **STS, Sala de lo contencioso de 7 de febrero de 2023**, Rec. 3435/2021.

³⁹ **STSJ Castilla La Mancha, Sala de lo contencioso de 11 de octubre de 2007**, Rec. 575/2003; **STS, Sala de lo**



alegando que no tiene carácter vinculante, dado que si el legislador le atribuye carácter preceptivo es porque le quiere dar un valor y lo considera necesario para que el órgano que ha de resolver se forme un criterio sobre las cuestiones a dilucidar⁴⁰.

Su emisión le corresponde al jefe de la dependencia⁴¹, sin que por la vía de la colaboración pueda atribuirse el desempeño de tales funciones, a un subordinado que no ostente jefatura alguna⁴², siendo además que se trata de un informe de carácter jurídico⁴³.

A tal informe debe añadirse el informe preceptivo del titular del puesto de Secretaría de la Entidad Local conforme al art. 3.3.d).3º. RJFHN el cual lo exige en los procedimientos de revisión de oficio de actos de la Entidad Local a salvo de los de carácter tributario⁴⁴, si bien pese a su tenor literal, considero que abarca tanto

contencioso de 27 de enero de 2011, Rec. 5854/2007 o **STSJ Andalucía (Granada), Sala de lo contencioso de 24 de abril de 2017**, Rec. 1006/2016.

⁴⁰ **STSJ Extremadura, Sala de lo contencioso de 11 de marzo de 2014**, Rec. 776/2010.

⁴¹ **STSJ Extremadura, Sala de lo contencioso de 20 de diciembre de 2017**, Rec. 265/2017.

⁴² **SJCA n.º 2 Santander de 9 de enero de 2017**, Rec. 135/2016.

⁴³ **STSJ Baleares, Sala de lo contencioso de 21 de junio de 2022**, Rec. 263/2019.

⁴⁴ **STSJ Murcia, Sala de lo contencioso de 5 de octubre de 2020**, Rec. 190/2019.



los supuestos de revisión de oficio de disposiciones administrativas como los acuerdos o actos de inadmisión del procedimiento de revisión de oficio por concurrir las causas que legalmente la justifican, pudiendo consistir en la emisión de una nota de conformidad ex art. 3.4 RJFHN sobre los informes jurídicos emitidos por los servicios del propio Ayuntamiento⁴⁵, esto es, sobre el informe propuesta de resolución que preceptivamente ha de antecederle, sin que en modo alguno, pueda considerarse que el uso de dicha técnica suponga una omisión del informe preceptivo de la Secretaría General⁴⁶, en este o en otros supuestos en los que legalmente está obligado a ejercer su función de asesoramiento legal preceptivo.

En tanto que, en lo que se refiere al eventual informe preceptivo de la Intervención Municipal, en su modalidad de función interventora, únicamente cabría exigirlo cuando la resolución o acuerdo en que culmine el procedimiento de revisión de oficio pudiere implicar obligaciones económicas a cargo de la Entidad Local conforme a lo dispuesto en el art. 214 TRLHL y arts. 7 y siguientes del RCI, como podría ser el caso, en que

⁴⁵ **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 17 de enero de 2023**, Rec. 55/2021 o **de 7 de febrero de 2023**, Rec. 61/2021.

⁴⁶ **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 18 de enero de 2023**, Rec. 62/2021 o **de 24 de enero de 2023**, Rec. 57/2021.



la declaración de nulidad llevare aparejada la correspondiente indemnización, tal como habilita y contempla el art. 106.4 LPACA.

A su vez en materia de informes, debe atenderse a que se exige además el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma de acuerdo con el art. 106.1 y 2 LPACA, por lo que cabe reputar su carácter no solo preceptivo sino también vinculante, de forma que su omisión puede comportar la nulidad de pleno derecho de la resolución que finalmente se adopte⁴⁷.

De manera que, el carácter vinculante del órgano consultivo en la revisión de oficio se erige en una cautela a fin de que la Administración actúe de acuerdo con los criterios y recomendaciones de un órgano especializado en la materia, evitando la arbitrariedad y la discrecionalidad de la Administración, al obligarla a seguir las recomendaciones y criterios técnicos establecidos por el órgano consultivo, máxime si se trata de hacer desaparecer del mundo jurídico y privar de eficacia con alcance "ex tunc" a un acto o disposición administrativa que genera efectos favorables para sus destinatarios.

Dictamen que se inserta en el procedimiento de revisión de oficio en el momento inmediatamente anterior a la adopción de la resolución final del órgano competente, una vez concluida la tramitación del

⁴⁷ **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 6 de junio de 2022**, Rec. 694/2022.



procedimiento⁴⁸.

En lo que respecta al trámite de audiencia en el seno del procedimiento de revisión de oficio, viene siendo tradicional en la legislación de procedimiento administrativo omitir cualquier referencia a dicho trámite, tal como ocurre actualmente en el art. 106 LPACA, a diferencia de lo que ocurre con otras técnicas revisoras como la declaración de lesividad (art. 107 LPACA), lo cual no supone que en modo alguno puede prescindirse de dicho trámite, pues en tal caso, ha de estarse a lo dispuesto con carácter general en las disposiciones generales del procedimiento administrativo, y en particular a lo dispuesto en el art. 82 LPACA.

De forma que, a modo de recapitulación, podemos concluir en lo que respecta a los informes y trámite de audiencia en el procedimiento de revisión de oficio por causas de nulidad de pleno derecho, con lo manifestado por el **Dictamen n.º 317/2023, de 15 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid**, cuando afirma que:

"La normativa general en materia de procedimiento administrativo determina que el procedimiento comience con un acuerdo de inicio y posteriormente continúe con la realización de los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales

⁴⁸ **Dictámenes n.º 419/2004, de 15 de julio; n.º 249/2020, de 3 de septiembre o n.º 10/2020, de 6 de febrero, del Consejo Consultivo de Castilla y León.**



deba pronunciarse la resolución (art. 75.1 LPAC).

Estas actuaciones instructoras deben incluir la emisión de los correspondientes informes en garantía de la legalidad, objetividad y acierto de la resolución final que se dicte en el procedimiento, exigidos con carácter general por el artículo 79 de la LPAC.

Además, como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 106.1 de la LPACA, se impone la audiencia al interesado, trámite contemplado con carácter general en el artículo 82 de la LPAC, que obliga a que se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificante que estimen pertinentes en defensa de sus derechos.

El correcto desarrollo procedimental demanda que dicho trámite se sustancie una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución según dispone el artículo 82 de la LPAC”.

- Plazo para resolver y notificar

Con carácter general, la fijación de un plazo para resolver y notificar un procedimiento administrativo, no es más que una manifestación de los principios de legalidad y seguridad jurídica, dado que los mismos no pueden prolongarse *ad eternum*, sin perjuicio de los supuestos que legalmente habilitan para la suspensión o ampliación de plazos.

Por lo que en la materia que abordamos, además de a las reglas generales que se establecen en la legislación de procedimiento administrativo común,



hemos de estar a las reglas específicas que se contemplan en el art. 106 LPACA, sin perjuicio de aquellas otras que, con respeto de esta última, puedan fijarse por el legislador sectorial en otros ámbitos materiales sobre los que se proyecte o ejercite la potestad de revisión de oficio de actos o disposiciones nulas.

Así, una de las principales novedades que ha traído consigo la promulgación de la LPACA es que se eleva de 3 a 6 el plazo para resolver y notificar el procedimiento de revisión de oficio en relación a su antecesora, siendo que en los supuestos de ejercicio de la acción de nulidad transcurrido dicho plazo para resolver y notificar se producirá el silencio administrativo con carácter desestimatorio ex art. 106.5 en concordancia con el art. 24.1 LPACA, en tanto que, en los supuestos de incoación de oficio, se producirá la caducidad.

Si bien, como principal particularidad en cuanto a las reglas de cómputo para resolver y notificar, además de resultar aplicables las previstas en la LPACA para la ampliación de plazos por las causas que pueden fundamentarla⁴⁹, en los supuestos que en la incoación se produzca de oficio se establece una excepción siendo que se considera cumplido el plazo para resolver con la adopción de la resolución que pone fin a la revisión, no operando la caducidad, por lo que en

⁴⁹ **STS, Sala de lo contencioso de 10 de julio de 2018**, Rec. 1555/2016.



tal supuesto la notificación podría producirse en un momento temporal posterior sin que acaezca aquella, tal como deriva de la **STS, Sala de lo contencioso de 12 de marzo de 2020**, Rec. 846/2018, cuando como doctrina casacional objetiva viene a fijar que:

"...en el procedimiento de revisión de actos nulos previsto por el artículo 102 de la Ley 30/1992, la fecha a considerar para apreciar la caducidad a que se refiere su apartado 5 es aquélla en la que se dicta la resolución que le pone fin".

Pronunciamiento que para concluir este último apartado nos permite señalar que, en el caso del *dies a quo* conforme a las reglas generales del procedimiento a efectos del silencio administrativo o de caducidad, según se inste por un interesado/a o se incoe por el propio órgano competente, habrá de tenerse en cuenta respectivamente, bien el día de presentación de la solicitud en el registro del órgano competente para la tramitación -art. 21.3.b) LPACA-, bien el día en que se adopte el acuerdo de inicio por el órgano competente -art. 21.3.a) LPACA-; en tanto, que en lo que se refiere al *dies ad quem* cabe entender que en los supuestos de ejercicio de la acción de nulidad se exige no solo la adopción de la resolución que ponga fin al procedimiento sino también la notificación al interesado/a para evitar la producción del silencio, en tanto que en los supuestos de inicio de oficio basta que se produzca la resolución dentro de plazo para que no opere la caducidad.

- Órgano competente

En lo que respecta al órgano competente para los



acuerdos que han de adoptarse para operar la revisión de oficio en el ámbito local, fuera de los supuestos específicos previstos en la legislación específica que desbordan las pretensiones de nuestro trabajo, como podría ser en materia de contratación del sector público aunque con los matices introducidos por la **STC n.º 68/2021, de 18 de marzo**, ha existido una polémica de largo recorrido al respecto por su falta de determinación históricamente tanto en la legislación de régimen local como en la de procedimiento administrativo tanto en el ámbito de los municipios de régimen común como de las Diputaciones Provinciales a salvo de en materia tributaria -art. 110 LBRL-, a diferencia de lo que ocurre con otras técnicas revisoras como es la declaración de lesividad en los que sí se concreta, o en el régimen de los municipios de gran población incorporados al articulado de la LBRL por la ley 57/2003, de 16 de diciembre.

De forma que, tradicionalmente han sido mayoritarias las posturas que se decantaban por considerar que la competencia para adopción de actos en materia de revisión de oficio en municipios de régimen común o Diputaciones Provinciales correspondía al Pleno de la Corporación respectiva⁵⁰, por vía analógica, bien por lo dispuesto para la declaración de lesividad, bien por

⁵⁰ Sirvan de ejemplo, entre otros muchos, los **Dictámenes n.º 13/2015, de 1 de octubre** o **n.º 24/2014, de 8 de septiembre, del Consejo de Navarra** o el **Dictamen n.º 353/2004, de 25 de noviembre del Consejo Consultivo de Andalucía**.



lo previsto en el art. 110 LBRL para los actos de gestión tributaria, aunque no han faltado posturas que han abogado por considerar que el órgano competente lo era el mismo que hubiere dictado el acto que se pretendiere revisar de oficio⁵¹.

Si bien, a dicha polémica, como decimos de largo recorrido en el tiempo, ha venido a poner fin la **STS, Sala de lo contencioso de 13 de diciembre de 2022**, Rec. 4472/2022, que ha fijado como doctrina casacional objetiva al respecto la siguiente:

"1) En tanto no se colme el evidente vacío legal, el órgano competente para conocer de las revisiones de actos nulos de pleno derecho de los Presidentes de las Corporaciones Locales de régimen común es el Pleno del Ayuntamiento.

2) No cabe delegación de tal facultad".

Doctrina que entendemos se proyecta igualmente para la determinación de la competencia para acordar la inadmisión de revisión de oficio en el ámbito de los municipios de régimen común o Diputaciones Provinciales conforme al art. 106.3 LPACA, dado que se encomienda la declaración de tal inadmisión conforme a dicho precepto legal al "órgano competente para la revisión".

Si bien dicha polémica, como hemos advertido, no se da en el ámbito de los denominados de gran población que se rigen con carácter preferente por las determinaciones del Título X LBRL dado que se contempla expresamente que cada uno de los órganos

⁵¹ Al respecto **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 10 de noviembre de 2006**, Rec. 116/2006.



de gobierno municipales -Alcalde, Junta de Gobierno Local o Pleno- son competente para la revisión de oficio de sus respectivos actos.

No obstante, sí que existe cierta polémica en cuanto al órgano competente en tales municipios para llevar a cabo la revisión de oficio de actos en materia tributaria, al menos desde la óptica del Consejo Consultivo de Andalucía, que en su **Dictamen n.º 586/2022, de 14 de septiembre**, aboga también en estos municipios por considerar competente a tales efectos y en dicha materia al Pleno conforme al art. 110 LBRL, si bien a mí juicio resulta muy discutible la posición adoptada por dicho órgano consultivo, dado que conforme al art. 19.3 LBRL las determinaciones del Título X LBRL tienen carácter preferente, no existiendo situación de vacío normativo que justifique acudir al art. 110 LBRL que sistemáticamente se ubica fuera del meritado Título, dado que como decimos para tales municipios se reserva a cada órgano la potestad de revisión, sin distinción en función de la materia a la que venga referida, lo que a mí modo de ver haría entrar en juego el clásico aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

- Límites a la revisión

En lo que respecta a los límites de la revisión de oficio, entre las que se incardina la potestad de revisión de oficio de actos nulos, en sentido estricto, dispone el art. 110 LPACA que no podrá ser ejercida "*cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena, al derecho de los particulares*



o a las leyes”.

De manera que, a pesar a la imprescriptibilidad que en principio legalmente se reputa de la potestad que estamos analizando, en dicho precepto se contempla una modulación de los efectos de la nulidad a consecuencia de la prevalencia de otros principios que igualmente han de ser tenidos en cuenta al respecto, como son los de seguridad jurídica, proporcionalidad, equidad, buena y protección de la confianza en la apariencia de la actuación administrativa, entre otros.

Si bien, lo primero que conviene tener en cuenta al respecto, como ya anticipábamos en cierta medida en otros apartados del presente trabajo, es que la apreciación de tales límites ha de producirse en el seno del procedimiento administrativo, con ocasión de su resolución, y no en el trámite preliminar de inadmisión de la revisión⁵², puesto que esta última se sustenta en los supuestos tasados del art. 106.3 LPACA.

Y asimismo también desde la óptica jurisprudencial, resulta interesante traer a colación la **STS, Sala de lo contencioso de 11 de enero de 2017**, Rec. 1934/2014, que, en cuanto a la aplicación de tales límites a las facultades revisoras, ofrece algunas pautas para su correcta aplicación:

"Partiendo de que la revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho se puede realizar en cualquier momento y, por tanto, se trata de una acción

⁵² **STS, Sala de lo contencioso de 23 de mayo de 2013**, Rec. 2098/2011.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

imprescriptible, hay que tener en cuenta que el art. 106 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre establece una cláusula de cierre que limita la posibilidad de revisión de oficio en supuestos excepcionales (...)

En definitiva, si de un lado en el artículo 102 de la ley se establece la posibilidad a la revisión de oficio sin sujeción a plazo (en cualquier momento), en el artículo 106 (hoy 110 LPACA) se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias excepcionales que en él se prevén, limitándose la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias de todo orden concurrentes y los bienes jurídicos en juego.

Esta previsión legal permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio que puede ejercer la Administración, confiriéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de la eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico y/o en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o a la equidad entre otros factores”.

Así, en lo que se refiere al tiempo transcurrido como uno de los límites de más frecuente invocación, conforme se desprende de la **STS, Sala de lo contencioso de 15 de marzo de 2018**, Rec. 3500/2015 o **STS, Sala de lo contencioso de 24 de abril de 2019**, Rec. 166/2017 no existe una regla matemática al respecto, sino que exige una



ponderación del resto de circunstancias concurrentes además de un cierto casuismo, si bien ha de atenderse como refiere la última de las citadas sentencias que:

"Si la revisión de oficio de actos nulos puede efectuarse en cualquier momento, habrá que entender que si se opone a que por el tiempo transcurrido la declaración de nulidad produciría un resultado contrario a la equidad, es que concurren razones serias, poderosas, para exceptuar lo que es, precisamente, uno de los elementos identificadores de este remedio excepcional: que se reacciona extemporáneamente frente a un acto, lo que se admite porque adolece de un vicio de tal entidad que lo hace nulo de pleno derecho.

Añadiendo al respecto que:

"La Administración asume la carga de la prueba de razonar por qué por razón de ese tiempo se produciría un resultado contrario a la equidad de declararse la nulidad del acto objeto de revisión".

De modo que, uno de los ámbitos en que existe un mayor grado de consolidación en la aplicabilidad de tales límites, es en materia de función pública, a través de la denominada doctrina de los "aprobados de buena fe", de frecuente aplicación en procesos selectivos locales, y con fuerte arraigo hoy en día en la doctrina jurisprudencial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo⁵³.

⁵³ **STS, Sala de lo contencioso de 18 de enero de 2012**, Rec. 1073/2009; **de 21 de marzo de 2012**, Rec. 5010/2010; **de 12 de diciembre de 2012**, Rec.



VI. CONCLUSIONES

Como hemos tenido ocasión de poner de relieve a lo largo del presente trabajo, la potestad de revisión de oficio de actos y disposiciones por nulidad radical, cuyo ejercicio encuentra reconocimiento expreso en el ordenamiento administrativo local, se configura como una potestad exorbitante que permite a los entes locales que legalmente la tienen reconocida, expulsar y privar de efectos a los actos y disposiciones previamente por ellos dictados, por concurrencia de los vicios más graves, groseros y claudicantes en ellos concurrentes, lo que exige una aplicación mesurada y rigurosa de las causas y requisitos que habilitan para su ejercicio, dado el carácter restrictivo y tasado con el que debe operarse

Sin perjuicio, de que también en el ámbito local, resultan de aplicación en su ejercicio, los presupuestos básicos que caracterizan dicha potestad administrativa, las mayores singularidades desde la óptica local se plantean en la fase de instrucción o en materias de índole competencial, de forma que:

- Debe atenderse especialmente en materia de informes, a los que resultan legalmente exigibles, en aras de tratar de garantizar el mayor acierto en el ejercicio de la revisión de oficio dado que atendiendo a

6827/2010; **de 29 de noviembre de 2018**, Rec. 385/2016; **de 18 de marzo de 2018**, Rec. 499/2016; **de 20 de marzo de 2019**, Rec. 2116/2016 o **de 20 de julio de 2022**, Rec. 6185/2020.



su alcance puede culminar con la desaparición del mundo jurídico del correspondiente acto, o inclusive, de la correspondiente disposición administrativa.

- Si bien, en lo que se refiere al órgano competente para adoptar los pertinentes acuerdos a lo largo del procedimiento que debe tramitarse, especialmente en los municipios de régimen común y/o Diputaciones Provinciales, el Tribunal Supremo ha puesto fin a la ardua polémica existente al respecto, no puede perderse de vista que inclusive en los supuestos en que dicha concreción parece nítida, como es el caso de los municipios de gran población, no parece existir una posición clara en lo referente al órgano competente para la revisión de oficio de actos en materia tributaria.

- Por último, en lo que se refiere a los límites, la posibilidad introducida en el art. 28 RCI que contempla la revisión de oficio como una posibilidad a juicio del órgano interventor, supone introducir un elemento distorsionador en lo que se refiere a la apreciación de los límites de la revisión de oficio, puesto que la regla general que sigue sosteniendo la doctrina jurisprudencial más reciente y autorizada, es que tal apreciación debe efectuarse con ocasión de la resolución, y no conforme añadimos nosotros, mediante un juicio anticipado con carácter previo a la iniciación propiamente dicha, con las consecuencias que ello implica para los posibles afectados.

BIBLIOGRAFÍA

ALENZA GARCÍA, José Francisco. *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*. Thomson-Reuters Aranzadi, 2017.



CHAVES GARCÍA, José Ramón. *Derecho Administrativo Mínimo*. Editorial Amarante, 2020.

GALLEGO ALCALÁ, José Domingo. *Legitimación de un corporativo para instar la revisión de oficio ante el Ayuntamiento*. El Consultor de los Ayuntamientos. marzo 2020.

OREIRO ROMAR, José Ángel. *Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre la utilización del reconocimiento extrajudicial de créditos y la revisión de oficio para el abono de prestaciones contratadas de forma irregular*. Cuadernos de Derecho Local, n.º 62, junio 2023.

UBEDA TARAJANO, Francisco. *El nuevo régimen jurídico de impugnación de actos y acuerdos de las Corporaciones Locales por los miembros disidentes tras la STC 173/2004, de 18 de octubre*. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica n.º 307, mayo – agosto, 2008.



LOS CONTRATOS RESERVADOS (II)

D^a María Elena Moleón Alberdi

Abogada del Iltre. Ayuntamiento de San Bartolomé de
Tirajana.
(Gran Canaria)

Resumen: Como confirmación al artículo “Los contratos reservados (I)”, en el presente trabajo se abordará el análisis pormenorizado de la reserva de mercado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, profundizando en su implantación y desarrollo, marcando como objetivo de ambos artículos comprobar si la Ley ha transformado de manera fundamental y positiva el panorama de esta reserva de mercado. Mediante el análisis de distintos textos se ha logrado comprobar las razones de su tímido cumplimiento, y el aumento paulatino de esta reserva a favor de los centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción desde la entrada en vigor de la Ley. La comprensión de las causas y la adopción de medidas adecuadas de supervisión y el apoyo son fundamentales para garantizar un cumplimiento efectivo de estos contratos y promover la inclusión sociolaboral.



Palabras clave: Contratación pública, contratos reservados, empresas de inserción, centros especiales de empleo, empleo, economía social.

Abstract: As confirmation of the article "Reserved contracts (I)", this work will address the detailed analysis of the market reserve in Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts, delving into its implementation and development, setting the objective of both articles to verify whether the Law has fundamentally and positively transformed the panorama of this market reserve. Through the analysis of different texts, it has been possible to verify the reasons for its timid compliance, and the gradual increase of this reservation in favor of special employment centers of social initiative and insertion companies since the entry into force of the Law. Understanding of the causes and the adoption of appropriate supervision and support measures are essential to guarantee effective compliance with these contracts and promote socio-labor inclusion.

Keywords: Public procurement, reserved contracts, insertion companies, special employment centers, employment, social economy.

Sumario: 3.2. CONTRATOS OBJETO DE RESERVA. 3.3. PORCENTAJE DE RESERVA. 3.4. CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP. 4. EL CONTROL DE SU CUMPLIMIENTO. 5. CONCLUSIONES



6.- BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfica 1: Distribución de los contratos reservados por tipo de Administración durante el año 2017.

Gráfica 2: Distribución de los contratos reservados por tipo de Administración durante el año 2018.

Gráfica 3: Distribución de los contratos reservados por tipo de Administración durante el año 2019.

Gráfica 4: Distribución de los contratos reservados por tipo de Administración durante el año 2020.

Gráfica 5: Evolución del número de contratos reservados por Administración entre 2017 y 2020.

3.2. CONTRATOS OBJETO DE RESERVA

Es evidente que las EI y los CEE centran su actividad en sectores en los que la mano de obra es intensiva y se adapta a las características de los colectivos con los que trabajan. Además, tiene escaso valor añadido, circunstancia que limita los contratos que pueden ser objeto de reserva¹. Por esta razón, la

¹ Prevalecen los contratos de servicios respecto a cualquier otra categoría. En el Informe especial de supervisión relativo



D.A 4ª de la LCSP señala, como contratos objeto de reserva, a los contratos de suministros y servicios comprendidos en los códigos CPV del anexo VI. Por tanto, únicamente podrán ser objeto de reserva estos contratos y no otros. Esta restricción, supeditada únicamente a la Administración estatal, en tanto en cuando se trata de legislación plena, no básica conforme a lo preceptuado en la Disposición Final Primera² (D.F 1ª), no impide que las entidades regionales y/o locales, limiten su reserva de mercado a los contratos del anexo VI.

De lo expuesto se extrae que, salvo para la Administración estatal, no existen limitaciones para aplicar la reserva de mercado a todos los contratos que se regulan en la LCSP. La Disposición se limita únicamente a indicar (1) la obligatoriedad de establecer porcentajes mínimos de reserva, (2) la posibilidad de reservar contratos, así como reservar uno o varios lotes en cada contrato, (3) a los destinatarios de la reserva de contratos, y (4) que la calificación como contrato reservado se haga constar en el anuncio de licitación. Este requisito constituye un elemento formal que incide

a la contratación estratégica en 2021 (ORIESCON), 2023 se señala que un 92,56% corresponde a servicios, un 4,96% corresponde a suministros y un 2,48% a concesión de servicios, p.28.

2 La Disposición final primera de la LCSP, relativa a los títulos competenciales establece que la D.A.4ª de la LCSP no es de carácter básico con lo cual sólo será exigible a la Administración estatal.



directamente en el principio de publicidad, que adquiere una importancia particular por las especiales características de los colectivos a los que se dirige y (5) a la no exigencia de garantía definitiva, salvo supuestos excepcionales, que deberá justificarse de manera motivada en el expediente. Esta exención general, obedece consecuentemente al fin social de estas entidades y al escaso riesgo que comportan las posibles responsabilidades que puedan derivar del incumplimiento del contrato; así como evitarles una carga financiera y facilitarles el acceso a la contratación.

En consecuencia, al no regularse de manera específica la tipología de los contratos ni el porcentaje de reserva, los contratos, sectores e importes de ésta, quedará a criterio de cada Administración Pública, autonómica o local. De esta manera, podrá calificarse como reservado un contrato de obras, de servicios, de suministro, de concesión de obra pública y de concesión de servicios. Igualmente, podrá adjudicarse a través de cualquiera de los procedimientos de licitación establecidos en la Ley: procedimiento abierto, restringido, simplificado o negociado en cualquiera de sus dos modalidades, diálogo competitivo, asociación para la innovación, acuerdo marco e, incluso, adjudicarse mediante contrato menor.

Aunque ni la Directiva ni la LCSP establecen restricción alguna respecto de los contratos que pueden ser objeto de reserva, en el ámbito autonómico y local, resulta conveniente a la hora de realizar la reserva de mercado que las Administraciones tengan en cuenta los



sectores de actividad en los que actúan los CEE de iniciativa social y las EI, así como la oferta existente en el mercado, de modo que los lleve a realizar una reserva razonable y factible. Una herramienta muy recomendable, por estar dirigido a la obtención de contrataciones públicas más eficaces y eficientes, son las consultas preliminares³. A través de este instrumento el órgano de contratación podrá comprobar si existen entidades y/o empresas de iniciativa social que operan en los sectores de actividad cuya contratación se pretende.

Por otra parte, la mayoría de los sectores de actividad en los que operan las empresas y/o entidades de carácter social se encuentran sujetos a convenios colectivos de carácter estatal que obligan a la subrogación del personal. Por este motivo, en el planteamiento estratégico de la reserva de mercado, las Administraciones deberán tener en cuenta aquellas prestaciones en las que exista tal obligación, pues tal medida no resulta compatible con los porcentajes de personas con discapacidad y/o en riesgo de exclusión que los CEE y las EI deben mantener para ser

3 Informe 19/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de 17 de diciembre. Señala que las consultas de mercado constituyen un mecanismo muy recomendable por estar dirigido a la consecución de contrataciones públicas más eficaces y eficientes, como pieza fundamental de una adecuada planificación y preparación de los procedimientos de contratación pública, pp. 6-7.



calificadas como tales⁴. Por el contrario, si el servicio objeto de reserva ya estuviera siendo prestado por entidades/empresas de carácter social o se tratara de necesidades nuevas, y se licitara un nuevo contrato reservado, no habría inconveniente alguno vinculado a la obligación de subrogación⁵. En esta línea, existen acuerdos adoptados por distintas Administraciones en el que se dispone que, de tratarse de un contrato en los que proceda la subrogación del personal, no se calificará como reservado cuando de conformidad con su normativa específica no pueda asumirse al personal por no tratarse de personas en exclusión social o con discapacidad. Por el contrario, procederá la subrogación, cuando se trate de contratos que estén

4 El Informe 4/2020 de 18 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias sobre el cumplimiento del acuerdo de Gobierno de 22 de mayo del 2019, relativo a los contratos reservados a CEE de iniciativa social, a EI y programas de empleo protegido, señala que carece de sentido calificar como reservado un contrato que implique subrogación de personal no compatible con el de esta tipología de empresas, que no va a poder asumirlo, por no estar aquellos en situación de exclusión social o ser personas con discapacidad (Pág. 8).

5 La Contratación Pública Responsable: Una propuesta para su Implementación, Mendoza Jiménez. J. 2018, pp. 276-279.



prestados por CEE de iniciativa social, por EI o bien se trate de efectuar nuevas contrataciones⁶.

De ahí la importancia de que el órgano de contratación, en cumplimiento del artículo 130.1 de la LCSP, informe en los pliegos que rijan el procedimiento de licitación de la existencia de una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, que imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en el CEE, tal y como prescribe el párrafo segundo del apartado 2 del mencionado precepto.

3.3. PORCENTAJE DE RESERVA

Tal y como ya se ha expuesto, la D.A 4ª determina con carácter preceptivo que todas las Administraciones del sector público estatal están obligadas a reservar una parte de sus contratos a entidades cuyo fin sea la integración sociolaboral de personas en riesgos de exclusión. Es más, fija el porcentaje mínimo de reserva que los órganos de

⁶ Acuerdo de la Junta de Gobierno sobre Reserva de Contratos e instrucciones sobre su cumplimiento del Ayuntamiento de Sevilla (2022). Web:

<https://www.sevilla.org/servicios/contratacion/archivos/acuerdo-junta-de-gobierno-03-06-22.pdf>



contratación que integran el sector público estatal deben cumplir, si bien el resto de las Administraciones Públicas deberán establecer su propio porcentaje. En este sentido, aunque la Ley no marca mínimos para éstas, parece aconsejable que el porcentaje de reserva sea concordante con lo exigido a la Administración del Estado (7%-10%), teniendo en cuenta el presupuesto de la Administración de que se trate y el sector de actividad de los centros y empresas de su ámbito territorial.

Con relación al criterio sobre el que se establece ese porcentaje, la Disposición hace referencia al importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV del anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva. No obstante, no señala si el importe global se calcula sobre el presupuesto base de licitación, o, por el contrario, sobre los importes de adjudicación de los contratos. Esto ha provocado que las Administraciones determinen su porcentaje de reserva con base a distintas referencias, por ejemplo, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación, también sobre el presupuesto base de licitación (PBL), con o sin el impuesto sobre el valor añadido (IVA), o sobre el importe de adjudicación o respecto del valor estimado (VE)⁷.

⁷Dato extraído de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON). Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en 2021. Abril 2023, p.18 Web:



Sin embargo, resultaría más adecuado que el porcentaje de reserva se calcule sobre el PBL, pues de aplicarse sobre el VE se distorsionaría el resultado final, al tratarse de una magnitud compuesta por elementos de carácter eventual tales como las prórrogas o las modificaciones previstas. Igualmente, si se tomara sobre el importe de adjudicación, supondría un obstáculo para la planificación y el control de su cumplimiento⁸, en tanto en cuanto este importe en ocasiones se podrá referir a un precio alzado, a precios unitarios o, resultar desierto el procedimiento.

Tras el análisis de diferentes acuerdos adoptados por distintas Administraciones Públicas realizado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), podemos comprobar que la referencia más utilizada para la determinación del porcentaje de reserva de mercado es el PBL. Entre ellas se encuentra el propio Estado, así como las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla la Mancha, Illes Balears, Madrid, País Vasco, y el Principado de Asturias⁹.

<https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica2023.pdf>

⁸ Quintana, J.L. & Rodríguez, A.R. (2019): "La reserva de contratos para centros especiales de empleo", *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 4, pp. 139-157.

⁹ Dato extraído de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON). Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales,



En cuanto al Acuerdo que ha de adoptarse para fijar los porcentajes mínimos de reservas, sea por el Consejo de Ministros o por el órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, resulta evidente que todas las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público vienen obligadas por la normativa a aprobar, mediante acuerdo expreso, un porcentaje de sus compras públicas y reservarlas a estos centros y empresas. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la LCSP¹⁰, ni la Administración General del Estado ni algunas Comunidades Autónomas han adoptado acuerdo al respecto. Sobre esto, OIREscon, en su *"Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación"*, de marzo de 2022, revela una escasa utilización de la reserva de contratos. Considera como una de las causas de esta insuficiente utilización, la inexistencia de acuerdos de reserva y fijación de

sociales y de innovación. Marzo – 2022. pp 35-36. Web: <file:///D:/M%C3%93DULO%2012%20TFM/ies-contratacion-estrategica%20OIRESCON.pdf>.

¹⁰ Tras una "vacatio legis" de cuatro meses, establecida en la Disposición Final Decimosexta de la LCSP, ésta entró en vigor el 9 de marzo de 2018.



porcentajes por parte de la Administración General del Estado¹¹ y algunas Comunidades Autónomas (CC.AA).

La adopción de estos acuerdos le concierne, en el ámbito de la Administración Estatal, al Consejo de Ministros, mientras que en el ámbito de las Comunidades Autónomas, al Consejo de Gobierno. Son Varias las CC.AA que han llevada a cabo este mandato legal. Entre ellos, los Gobiernos de las Comunidades Autónomas de Aragón, Cataluña¹², Cantabria, Canarias, Castilla y la Mancha, Castilla y León, la Comunidad

11 La Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, remite a los porcentajes establecidos en el DA4^a hasta tanto se lleve a cabo la aprobación del Acuerdo por el Consejo de Ministros (BOE nº 125, de 25 de mayo de 2019).

12 La C.A de Cataluña no establece un porcentaje de reserva, sino que anualmente señala en sus presupuestos una cifra concreta que distribuye entre las diferentes Consejerías para su cumplimiento. Para el ejercicio presupuestario de 2021 señaló la cantidad de 22.000.000 € como PBL a CEE, EI y talleres de empleo protegido. Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en 2021 (ORIESCON), 2023 se señala que un 92.56% corresponde a servicios, un 4,96% corresponde a suministros y un 2,48% a concesión de servicios, p. 34.



Foral de Navarra, Extremadura, Madrid, la Región de Murcia, País Vasco, Illes Balears y la Comunidad Valenciana.

En lo que al ámbito local se refiere, el acuerdo deberá adoptarse por el Pleno. Sin embargo, a pesar de que la compra pública representa una parte estimable del presupuesto de las entidades locales, es en este sector donde se produce un mayor incumplimiento. En el *"Estudio, análisis y propuesta sobre los contratos reservados a empresas de inserción en España"*, realizado por la Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción (FAEDEI), se contrasta este dato tomando como referencia el número de Ayuntamientos de Cataluña (947), País Vasco (251) y Asturias (81). Expone que, de un total de 1.279 municipios, solo 24 Ayuntamientos disponen de acuerdo relativo a la reserva de mercado. Asimismo, se afirma que ni siquiera el 3% del total de Administraciones Públicas obligadas a la reserva han adoptado el acuerdo alguno¹³.

Dicho esto, hay que indicar que, de no llevarse a cabo acuerdo alguno, ello no impedirá que no pueda calificarse y licitarse un contrato como reservado. Esto

13 Estudio, análisis y propuesta sobre los contratos reservados a empresas de inserción en España", de la Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción (FAEDEI). Lesmes Zabalegui, S. 2020, p. 63. Web: <https://faedei.org/wp-content/uploads/2021/11/Estudio-Contratos-Reservados-WEB.pdf>



obedece al ámbito subjetivo del artículo 99.4 de la LCSP, que resulta más amplio que el de los destinatarios de la Disposición. Comprende a cualesquiera de los órganos de contratación del sector público estatal, esto es, a las Administraciones Públicas y a todas las entidades del sector público (empresas públicas, fundaciones públicas, organismos autónomos, mancomunidades, universidades, etc.), y aunque impone que tal decisión se realice de conformidad con la Disposición, no implica una restricción, y ello es así precisamente porque el objetivo de la Disposición es garantizar un mínimo de reserva de contratos o lotes en favor de las referidas entidades¹⁴.

14 - Informe 19/2018, de 17 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Señala que el objetivo esencial de D.A 4ª es garantizar la existencia de un porcentaje mínimo de reserva. El hecho de que la D.A 4ª establezca la obligación de reserva con carácter de mínimo y, por lo tanto, mejorable y, la circunstancia de que el ámbito subjetivo del artículo 99.4 de la LCSP resulta más amplio que el de los destinatarios de la Disposición, pone claramente de manifiesto que la posibilidad de reservar contratos o lotes específicos a la que se refiere el artículo 99.4 de la LCSP no se ve condicionada restrictivamente por la remisión a la Disposición. Tanto objetiva como subjetivamente el ámbito del artículo 99.4 de la LCSP desborda el de la disposición adicional a la que remite.

- La Resolución 67/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, considera erróneo interpretar que por no existir un acuerdo de reserva conforme a la D.A.4ª de LCSP no es



Por otra parte, es necesario subrayar que el acuerdo que se adopte deberá establecer las condiciones mínimas que garanticen el cumplimiento. Muchos Ayuntamientos han creado como medidas de control, mesas o comisiones de seguimiento a través de las cuales se llevan a cabo actuaciones de control, evaluación y propuesta de actualización. Comisiones en las que intervienen además del personal técnico y jurídico de la Administración, representantes del sector de los CEE y EI. Este trabajo en común permite no sólo que se lleve a cabo la reserva de contratos sino al mismo tiempo, un conocimiento mutuo entre la Administración y las entidades y/o empresas de iniciativa social. En este sentido, se trae a colación la Comisión de Contratación Pública con Responsabilidad Social del Ayuntamiento de Barcelona. Esta Comisión es responsable de supervisar el cumplimiento de las medidas sociales, resolver las dudas, así como aportar asesoramiento y criterios de actuación.

En definitiva, no solo es obligatorio señalar un porcentaje de contratos reservados, sino que además deben fijarse las condiciones mínimas para garantizar su cumplimiento.

posible reservar contratos o lotes a CEE y EI, pues la intención del legislador es que existan licitaciones reservadas, pp. 4-8.



3.4. CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP

A pesar del carácter obligatorio de la reserva de mercado en favor de los CEE y EI, desde la entrada en vigor de la Ley 31/2015 de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, ha existido una traducción a la práctica escasa. Así lo revela el "*Informe relativo a la contratación pública en España - 2017*" (abril de 2018) y, el "*Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España 2018, 2019 y 2020*" (abril de 2021), elaborados por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado¹⁵ (-en adelante, JCCPE-).

El primer Informe indica que el número de procedimientos de contratación reservados para talleres y operadores económicos protegidos durante el año 2017 fue de un total de 224 contratos, cifra que incluye tanto a los contratos reservados regulados de conformidad con la D.A 5ª del TRLCSP, como los regulados con arreglo al artículo 89 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación

¹⁵La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) viene obligada a informar a la Comisión Europea, cada tres años en materia de contratos públicos (artículo 328.4). Asimismo, la OIREscon viene obligada a elaborar un informe de supervisión que remitirá a la Junta Consultiva de Contratación, que se integrará en el informe nacional a remitir a la Comisión Europea (artículo 332.8 LCSP).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. La distribución de dicha contratación entre las distintas Administraciones fue la siguiente: la Administración General del Estado (AGE) con un total de 6 contratos, la Administración autonómica con 99 contratos y, la Administración local con 119 contratos reservados.

Gráfica 1: Distribución de los contratos reservados por tipo de Administración durante el año 2017.

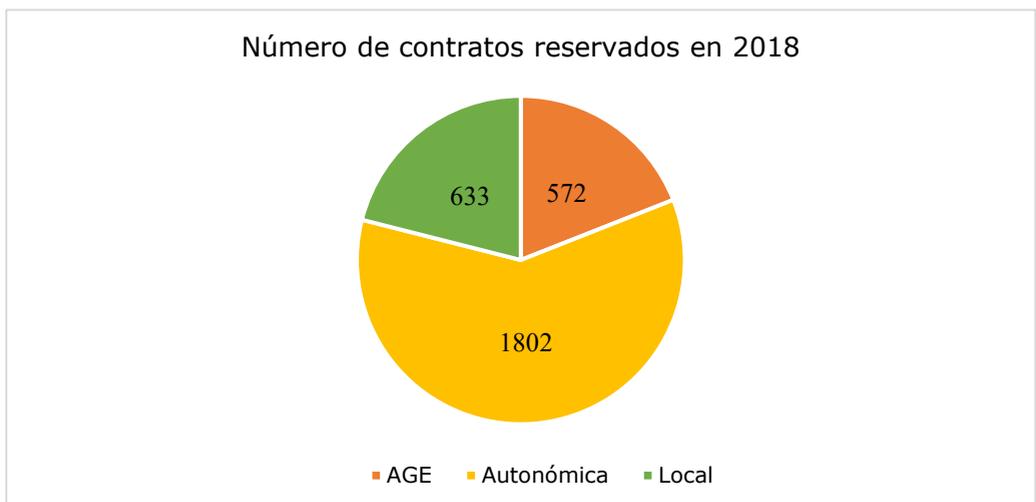


Fuente: Elaboración propia a partir de los datos recogidos en el Informe relativo a la contratación pública en España - 2017 (abril de 2018) de la JCCPE.



El segundo Informe, de carácter trienal, pone de manifiesto la evolución de la reserva de mercado desde el año 2018, tomando como fuente de información para su estudio los datos obrantes en la Plataforma de Contratos del Sector Público (PLACSP), y en las plataformas de contratos públicos del ámbito autonómico. Los datos, permiten observar si la entrada en vigor de la LCSP ha supuesto un punto de inflexión para tomar en consideración el valor estratégico de la contratación pública como instrumento de implementación de políticas que fomenten la integración social y profesional de personas en riesgos de exclusión social. Así, los datos muestran que la reserva de contratos realizada durante el año 2018 fue de 3.007, de los cuales 572 corresponden a la AGE, 1.802 a la Administración Autonómica y 633 a la Local.

Gráfica 2: Distribución de los contratos reservados por tipo de Administración durante el año 2018.



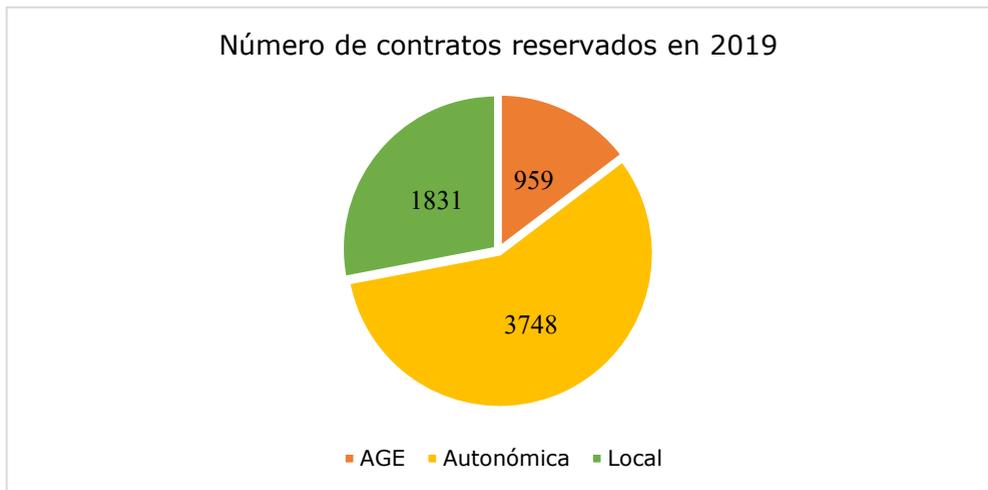


<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Fuente: Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España 2018, 2019 y 2020 (abril de 2021) de la JCCPE.

Se observa que las cifras muestran un aumento significativo de reserva de contratos con respecto al año anterior, lo que supone un incremento porcentual del 1.242,41 %.

Gráfica 3: Distribución de los contratos reservados por tipo de Administración durante el año 2019.

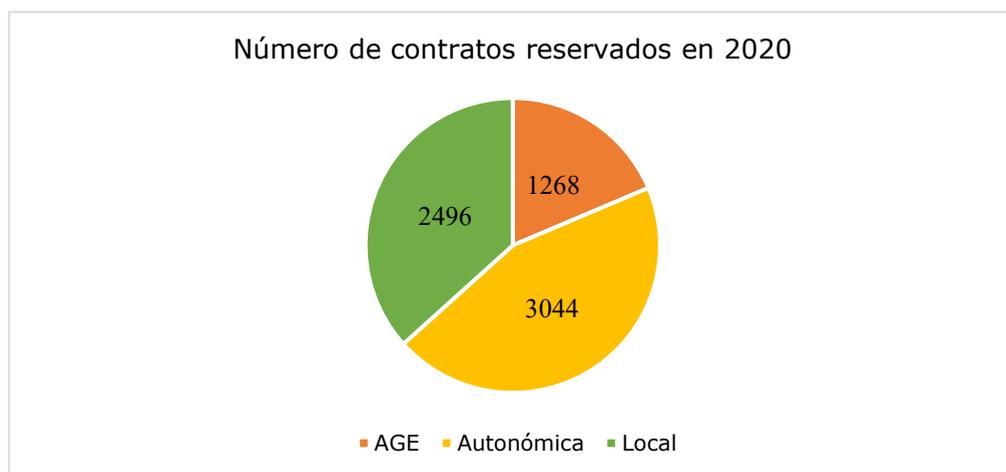


Fuente: Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España 2018, 2019 y 2020 (abril de 2021) de la JCCPE.



En este periodo de tiempo los contratos reservados suman un total de 6.538, correspondiendo 959 a la AGE, 3.748 a la autonómica y 1.831 a la local, de lo que se desprende que las cifras aumentan considerablemente, suponiendo un incremento de contratos reservados del 117,43 % respecto del año 2018.

Gráfica 4: Distribución de los contratos reservados por tipo de Administración durante el año 2020.



Fuente: Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España 2018, 2019 y 2020 (abril de 2021) de la JCCPE.

Los datos relativos al ejercicio 2020 arrojan un total de 6.808 contratos de esta naturaleza, de los cuales 1.268 los formalizó la AGE, 3.044 la



Administración autonómica y, 2.496 la local, lo que supone un incremento respecto del año 2019 del 4,13 %. En este periodo de tiempo se produce un evidente incremento global de número de contratos reservados en todos los niveles territoriales respecto a los años anteriores, si bien también hay que significar que en el ámbito autonómico disminuye un 18,78 %.

Como puede observarse, las gráficas muestran un aumento paulatino de la reserva de contratos a favor de CEE y EI desde la entrada en vigor de la LCSP, si bien no se ha conseguido el resultado esperado. En este sentido el "Estudio, análisis y propuesta sobre los contratos reservados a empresas de inserción en España", elaborado por la Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción (FAEDE), relativo a la evolución de la adjudicación de contratos reservados a las EI, precisa en sus conclusiones que, aunque de forma lenta crece el importe y el número de contratos reservados a las EI. Acentúa dicho estudio que la obligatoriedad normativa no sólo permite que muchas empresas de inserción den el paso al mercado de las compras públicas, sino que, además, se ha observado que una vez emprenden esta relación contractual con las Administraciones Públicas el incremento de estas contrataciones es exponencial¹⁶.

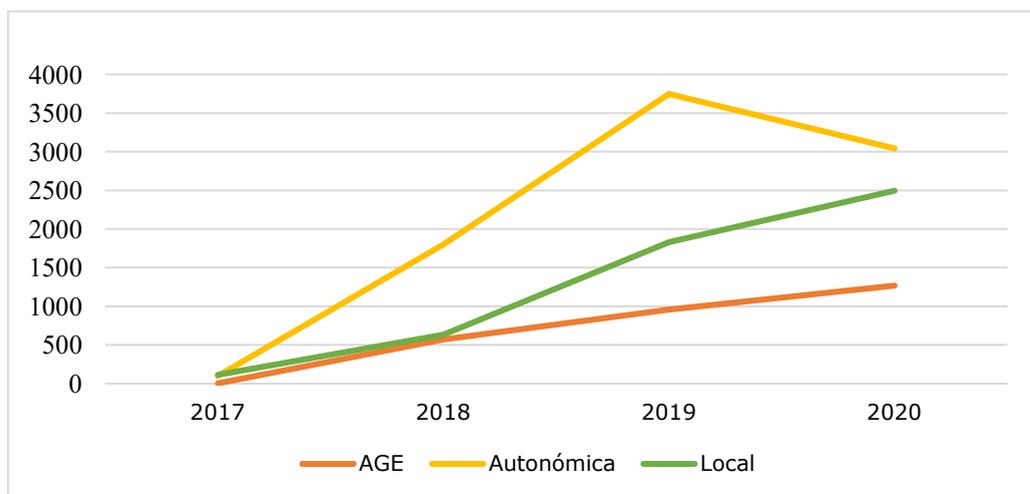
16 FAEDEI. (2020). Estudio, análisis y propuesta sobre los contratos reservados empresas de inserción en España. Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción. Obtenido de Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción, pp. 68-69.



Igualmente destaca que en los tres últimos años las EI han aumentado en casi un 45% el volumen de facturación con el sector público.

Por lo tanto, se puede afirmar que es a partir de la entrada en vigor de la LCSP cuando se nota un mayor desarrollo de este instrumento estratégico de la contratación pública socialmente responsable. Así lo muestra la siguiente gráfica.

Gráfica 5: Evolución del número de contratos reservados por Administración entre 2017 y 2020





Fuente: Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España 2018, 2019 y 2020 (abril de 2021) de la JCCPE.

De todo ello se desprende que este tipo de contratación en la AGE tiene una proyección creciente, pero muy por debajo de la Administración autonómica y la local. Se observa cómo entre el año 2017 y 2018 la implantación en la Administración local creció de manera similar a la AGE, pero a partir de 2018 se acelera claramente el proceso frente a la AGE. Por su parte, la Administración autonómica tiene un repunte claro entre los años 2017 al 2019 con un incremento porcentual en el número de contratos del 3.049,6%, si bien se produce un descenso en el año 2020 con relación al año anterior. Pese a ello, es la Administración regional la que tiene un mayor grado de cumplimiento en la reserva de contratos.

4. EL CONTROL DE SU CUMPLIMIENTO

A diferencia de su antecesora, la LCSP ha pretendido garantizar de manera efectiva el cumplimiento de esta medida estratégica que recoge la D.A 4ª de la Ley, al exigir para la AGE unos porcentajes mínimos de reserva si en el plazo máximo de un año desde su entrada en vigor el Consejo de Ministros no adoptase acuerdo al respecto. Ello supone una medida de control que permite asegurar su cumplimiento, y que ha transformado de manera fundamental y positiva el panorama que hasta ese momento ofrecía la reserva de mercado. Por otra parte, hay que señalar que la Comisión Interministerial para la incorporación de



criterios sociales en la contratación pública, creada por el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, es la responsable del desarrollo, seguimiento y propuesta del Acuerdo del Consejo a que se refiere la D.A 4ª LCSP.

Si bien la Disposición no decide una cantidad mínima para el resto de las Administraciones Públicas, sí es determinante en la obligación de fijar porcentajes a favor de los CEE y EI, razón por la cual existen numerosos instrumentos de carácter normativo que regulan este deber. Esto ha provocado diversidad en los criterios para fijar el porcentaje de reserva, así como en lo que respecta a las medidas para garantizar su realización. A modo de ejemplo, el Acuerdo de Cataluña¹⁷ para el ejercicio 2021 no establece un porcentaje fijo sino una cuantía determinada, y como medida de control, el seguimiento se le atribuye a la Dirección General de Contratación Pública (DGCP).

17 El Acuerdo del Gobierno de 2 de marzo de 2021, por el que se fija la cuantía que los departamentos de la Administración de la Generalitat y su sector público han de destinar a la contratación reservada para el fomento de los objetivos sociales, mantiene para el 2021 la cuantía de 22.000.000 €.

El seguimiento de los objetivos señalados en el Acuerdo, se le encomienda a la Dirección General de Contratación Pública. A tal efecto, los directores de los servicios de los departamentos de la Generalitat comunicarán los datos relativos al cumplimiento cada seis meses. Dato del Informe Especial de Supervisión Relativo a la Contratación Estratégica en 2021 (2023), de OIRESCON, p. 35.



Cantabria¹⁸ toma como referencia los mínimos establecidos en la D.A 4ª de la Ley, y los aplica sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de los contratos de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV del Anexo VI de la LCSP. Otra fórmula utilizada es establecer un porcentaje fijo sobre el importe global de todos contratos de suministro y servicios incluidos en los códigos CPV del anexo VI de la LCSP, como es el caso de La Rioja¹⁹, que reserva un 1% del importe global de todos contratos de suministros y servicios adjudicados. También, Canarias²⁰ señala un 2% sobre el presupuesto total de

18 El Decreto 75/2019, de 23 de mayo, por el que se establecen las directrices de política general sobre la incorporación de criterios y cláusulas sociales en la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Acuerda mediante Decreto un porcentaje mínimo del 7%, que incrementará hasta un 10% a los cuatro años de su entrada en vigor de este Decreto.

19 Acuerdo de Consejo de Gobierno de la C.A. de la Rioja, por la que se determina el porcentaje de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o lotes de los mismos, a centros especiales de empleo de iniciativa social y a las empresas de inserción y se fijan las condiciones mínimas para su cumplimiento, aprobado mediante Resolución 1448/2021, de 23 de diciembre.

20 Acuerdo por el que se procede a la fijación de un porcentaje de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o lotes de los mismos, a centros especiales de empleo de iniciativa social, a empresas de inserción y programas de



los contratos de suministros y servicios adjudicados en el ejercicio anterior, cuyos CPV se encuentren en el Anexo VI de la LCSP.

En lo que respecta al grado de cumplimiento de estos instrumentos normativos dictados en el marco competencial de las CC.AA, el Informe de la OIReScon (abril 2021) concluye que las deficiencias en la publicidad de estos procedimientos, además de provocar el desconocimiento por parte de los potenciales licitadores u operadores económicos objeto de esta reserva, dificulta el control de su cumplimiento efectivo en lo que respecta a las reservas establecidas en los distintos acuerdos o disposiciones²¹ autonómicas.

A través de la Estrategia Nacional de Contratación Pública (ENCP) 2023-2026, se pone de manifiesto la tendencia progresiva a emplear esta fórmula estratégica en el marco de los contratos públicos. Sin embargo, insiste en que el grado de

empleo protegido, y se fijan las condiciones mínimas para su cumplimiento, de 23 de mayo de 2019.

La JCCA, con la participación de un representante del Servicio Canario de Empleo y de la Dirección General competente en materia de discapacidad, realizará un informe poniendo de manifiesto el grado de cumplimiento y medidas que incentiven su realización (BOC nº 108 de 7 de junio de 2019).

21“Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España 2018, 2019 y 2020” de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), de abril de 2021, pp. 164-165.



utilización de algunos de los mecanismos legales, dista de alcanzar los objetivos de la LCSP, y pone de relieve la necesidad de que los órganos de contratación refuercen sus actuaciones. En este sentido, señala que la reserva de mercado no ha sido desarrollada por todas las Administraciones públicas, ni se han seguido criterios homogéneos en aquéllas en los que sí se han implantado²². Entre sus actuaciones, propone desarrollos normativos que den lugar a un adecuado funcionamiento de la reserva de mercado, así como impulsar la aprobación de acuerdos en aquellas CC.AA. o Ciudades Autónomas que aún no han fijado la reserva.

Al respecto, cabe indicar que Canarias es la única que realiza un seguimiento sobre el cumplimiento de esta obligación a través de su JCCA²³. En su Informe 4/2020, sobre el cumplimiento del Acuerdo de Gobierno de 22 de mayo del 2019, relativo a los contratos reservados concluye que el grado de cumplimiento es ínfimo e incorpora propuestas para fomentar su cumplimiento²⁴. En igual sentido se pronuncian los

22 Estrategia Nacional de Contratación Pública (ENCP), 2023-2026, p. 56.

Web: <https://contrataciondelestado.es/b2b/noticias/ENCP.pdf>

23 Informe Especial de Supervisión Relativo a la Contratación Estratégica en el 2020, de la OIRESCON. Marzo 2022, p. 25.

24 El Informe 4/2020 de 18 de la JCCA de Canarias sobre el cumplimiento del Acuerdo de Gobierno de 22 de mayo del 2019 relativo a los contratos reservados a centros especiales



Informes 2/2021²⁵, de 1 de junio y, de 10/2022, de 6 de octubre²⁶, respecto de los contratos tramitados en el ejercicio 2020 y 2021, respectivamente.

Por otra parte, la observancia de esta reserva por las Entidades Locales se muestra aún más compleja dado el número de corporaciones que existen en España, un total de 8.131 municipios²⁷. Además, el grado de cumplimiento viene determinado en función de sus propias políticas y porcentajes de reserva; por lo que, para tener información precisa sobre su cumplimiento es necesario consultar las normas y

de empleo de iniciativa social, a empresas de inserción y programas de empleo protegido, pp. 14-15.

25 Informe 2/2021 de 1 de junio de la JCCA de Canarias sobre el cumplimiento del Acuerdo de Gobierno de 22 de mayo del 2019, relativo a los contratos reservados a centros especiales de empleo de iniciativa social, a empresas de inserción y programas de empleo protegido en relación a los contratos tramitados en el ejercicio 2020.

26 Informe 10/2022 de 6 de octubre de la JCCA de Canarias sobre el cumplimiento del Acuerdo de Gobierno de 22 de mayo del 2019 relativo a los contratos reservados a centros especiales de empleo de iniciativa social, a empresas de inserción y programas de empleo protegido en relación a los contratos tramitados en el ejercicio 2021.

27Dato extraído del Instituto Nacional de Estadística (INE).
Web:
https://www.ine.es/daco/daco42/codmun/cod_num_muni_provincia_ccaa.htm



disposiciones de cada uno de estos consistorios y analizar caso por caso.

En definitiva, con la finalidad de lograr una contratación pública socialmente responsable, es fundamental que los gestores de la contratación controlen el cumplimiento de esta previsión normativa, procurando su efectiva aplicación y control. Es más, parece aconsejable la creación de órganos de seguimiento y control que hagan públicos los resultados, y de este modo, se daría visibilidad al grado de cumplimiento de los porcentajes asumidos por cada una de las Administraciones. A fin de cuentas, la norma no solo obliga a fijar un porcentaje, sino además impone que se establezcan las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA. La contratación pública se ha convertido en un instrumento jurídico al servicio de los poderes públicos capaz de impulsar políticas sociales a través de la reserva de mercado, cuyo objetivo fundamental es promover el empleo, la inclusión social e inserción laboral de personas en riesgo de exclusión, logrando con ello una contratación socialmente responsable.

El fundamento de esta herramienta jurídica radica en la idea de que las Administraciones Públicas, al ser las principales compradoras, pueden usar sus



adquisiciones para promover objetivos de interés general. De este modo, al reservar contratos a favor de determinados colectivos, se ofrecen oportunidades de participación en este mercado y se contribuye al desarrollo y crecimiento de empresas y/o entidades de marcada índole social.

SEGUNDA. El marco normativo de la reserva de mercado se encuentra en el artículo 20 de la Directiva 2004/24/UE y en la D.A 4ª de la LCSP. El primero de ellos, establece la posibilidad de que los Estados miembros reserven el derecho a participar en determinados contratos a los diferentes CEE y EI. Por su parte, la D.A 4ª establece la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con dicha previsión y tomar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento y control. Asimismo, esta Disposición queda reforzada por el artículo 99.4 del mismo texto legal, al permitir reservar lotes en favor de estos centros y/o empresas.

TERCERA. Con la aprobación de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo, la reserva de contratos a favor de CEE y EI pasa a tener carácter obligatorio; sin embargo, estaba desprovista de instrumentos que garantizaran su cumplimiento.

En ese escenario, la LCSP ha provocado una verdadera transformación en este campo. Así, la D.A 4ª, además de exigir un mayor compromiso, garantiza unos porcentajes mínimos, lo que ha supuesto un hito



importante en el desarrollo de esta figura, aumentando paulatinamente desde su entrada en vigor.

CUARTA. Serán determinantes para el desarrollo de esta reserva legal las características de las entidades, la composición de sus plantillas, sus objetivos sociales y fines fundacionales, dado que no todas las empresas son iguales ni proporcionan el mismo beneficio social en el empleo de los colectivos más desfavorecidos.

QUINTA. Podrán tener la consideración de reservado cualquier tipo de contrato, el de obras, concesión de obra pública, servicios, concesión de servicios, suministros. Asimismo, podrán tramitarse mediante un procedimiento abierto, restringido, simplificado o negociado, en cualquiera de las modalidades, mediante dialogo competitivo, mediante un acuerdo marco, e incluso a través de un contrato menor. No obstante, las Administraciones Públicas, con carácter previo, deben realizar un análisis de los sectores de actividad en los que operan estas entidades y/o empresas, de modo que la reserva resulte razonable y factible.

SEXTA. A pesar de que la LCSP ha logrado avances significativos desde el punto de vista de la inclusión social, desarrollo económico y fomento de entidades con dificultades de acceso en el mercado laboral, queda mucho por hacer. Resultan necesarias medidas más eficaces para el control y supervisión de la implantación de este tipo de contratación reservada,



y para ello, los gestores de la contratación pública pasan a ser una pieza fundamental.

6. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- LESMES ZABALEGUI, S. (2020) "*Estudio, análisis y propuesta sobre los contratos reservados a empresas de inserción en España*". Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción (FAEDEI), p.63.
<https://faedei.org/wp-content/uploads/2021/11/Estudio-Contratos-Reservados-WEB.pdf>
- MENDOZA JIMÉNEZ, J; ROMÁN CERVANTES, C & HERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2018) "Los contratos reservados en España: su evolución e impacto en los últimos 10 años". XVII Congreso Internacional de Investigadores en Economía Social y Cooperativa La Economía Social: transformaciones recientes, tendencias y retos de futuro" Universidad de La Laguna. s.f., pp.13-14. <http://ciriec.es/wp-content/uploads/2018/09/COMUN-072-T2-MENDOZA-ROMAN-HERNANDEZ.pdf>
- MENDOZA JIMÉNEZ, J. (2018) "La Contratación Pública Responsable: Una Propuesta para su implementación", pp. 276-279.
https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/24390/416322_1122010.pdf?sequence=1



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- MENDOZA JIMÉNEZ, J; ROMÁN CERVANTES, C & HERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2019) "La Economía Social y la contratación pública: la herramienta de los contratos reservados", pp.231-232. <https://ojs.uv.es/index.php/ciriecespana/article/view/14657/14528>.
- PINTOS SANTIAGO, J. (2020) "Derecho aplicado de los tribunales administrativos de recursos contractuales a la contratación pública responsable: exigencia y necesidad". Revista de Estudios Locales nº 234.
- PINTOS SANTIAGO, J. (2022) "1. Decálogo de consideraciones vinculantes sobre las condiciones especiales de ejecución". Revista Aranzadi Doctrinal nº 1
- QUINTANA, J.L. & RODRÍGUEZ, A.R. (2019) "La reserva de contratos para centros especiales de empleo". Anales de Derecho y Discapacidad, nº. 4, pp.139-157. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6973343>

Otras referencias:

- Asociación Empresarial de Centros Especiales de Empleo de COCEMFE (AECEMCO). (2018). Acuerdo para establecer el porcentaje de reserva de contratos públicos para el fomento de la empleabilidad de las personas con discapacidad. Web: <https://www.aecemco.es/pdf/3-EL-ACUERDO->



PARA-ESTABLECER-EL-PORCENTAJE-DE-RESERVA-
DE-CONTRATOS-PUBLICOS.pdf

- Ayuntamiento de Sevilla (2022). Acuerdo de la Junta de Gobierno sobre Reserva de Contratos e instrucciones sobre su cumplimiento del Ayuntamiento de Sevilla. 3 de junio de 2022.
- Asociación de Empresas de Inserción de Navarra (EIXNA), Asociación de Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social de Navarra (CEISNA) y Gobierno de Navarra (2012). Guía para la aplicación de la reserva de contratos públicos, p.11.
- Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid (2018). Acuerdo de 3 de mayo de 2018 por el que se establece la reserva de contratos públicos a favor de ciertas entidades de la economía social y se impulsa la utilización de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública de la Comunidad de Madrid. B.O.C.M. Núm. 116 de 16 de mayo de 2018, p.129.
- Consejo de Gobierno de la C.A. de Canarias (2019). Acuerdo por el que se procede a la fijación de un porcentaje de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o lotes de los mismos, a centros especiales de empleo de iniciativa social, a empresas de inserción y programas de empleo protegido, y se fijan las condiciones mínimas para su cumplimiento, de 23 de mayo de 2019. BOC núm. 108 de 7 de junio de 2019, p. 2849.



- Comunicación de la Comisión “Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas (2.ª edición)” (2021). Diario Oficial de la Unión Europea, de 18 de junio de 2021.
- Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, apartado [68].
- Decreto 75/2019, de 23 de mayo, por el que se establecen las directrices de política general sobre la incorporación de criterios y cláusulas sociales en la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de Cantabria nº 108, de 6 de junio de 2019).
- Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026.
<https://contrataciondelestado.es/b2b/noticias/ENCP.pdf>, p.56.
- Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción (FAEDEI) (2020). Estudio, análisis y propuesta sobre los contratos reservados empresas de inserción en España, pp.68-69. Web: <https://faedei.org/wp-content/uploads/2021/11/Estudio-Contratos-Reservados-WEB.pdf>



- Gobierno de la Generalitat Valenciana (2021). Acuerdo del Gobierno de 2 de marzo de 2021, por el que se fija la cuantía que los departamentos de la Administración de la Generalitat y su sector público han de destinar a la contratación reservada para el fomento de los objetivos sociales. Diario Oficial de la Generalitat Valenciana, núm. 9182, de 8 de marzo de 2021, pp. 20858-20860. 2 de marzo de 2021.
- Gobierno de la C.A. de La Rioja (2021). Acuerdo de Consejo de Gobierno de la C.A. de la Rioja, por la que se determina el porcentaje de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o lotes de los mismos, a centros especiales de empleo de iniciativa social y a las empresas de inserción y se fijan las condiciones mínimas para su cumplimiento, aprobado mediante Resolución 1448/2021, de 23 de diciembre. 23 de diciembre de 2021.
- Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), (2018) "Informe relativo a la contratación pública en España – 2017", abril de 2018, p.79.
- Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), (2021) "Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España 2018, 2019 y 2020", abril 2021, pp.74-76.
- Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, Informe 19/2014, de 17 de diciembre, (2014). "Previsiones con incidencia en materia de PYMES de la Directiva 2014/24/UE del



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Análisis de su aplicabilidad”, pp.6-7. Web: <https://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/01JuntasConsultivas/JCCA%20Catalunya/JCCA%20Catalunya%2019-2014.pdf>

- Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (2018). Informe 19/2018, de 17 de julio, “Reserva de contratos o lotes concretos en ausencia de acuerdo previo de fijación de porcentaje mínimo de reserva”, p.7. Web: <https://www.aragon.es/documents/20127/674325/192018A.pdf/89043211-0057-5a13-e97b-c787f25a517e>.
- Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias (2020). Informe 4/2020 sobre el cumplimiento del acuerdo de Gobierno de 22 de mayo del 2019, relativo a los contratos reservados a CEE de iniciativa social, a EI y programas de empleo protegido, p.8. Web: https://www.gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/hacienda/dgpatrimonio/galeria/2020-Informe-JCCA-4_2020.pdf
- Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias (2021). Informe 2/2021 de 1 de junio sobre el cumplimiento del Acuerdo de Gobierno de 22 de mayo del 2019, relativo a los contratos reservados a centros especiales de empleo de iniciativa social, a empresas de inserción y



programas de empleo protegido en relación a los contratos tramitados en el ejercicio 2020.

- Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias (2022). Informe 10/2022 de 6 de octubre sobre el cumplimiento del Acuerdo de Gobierno de 22 de mayo del 2019 relativo a los contratos reservados a centros especiales de empleo de iniciativa social, a empresas de inserción y programas de empleo protegido en relación a los contratos tramitados en el ejercicio 2021.
- Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación -OIRESCON- (2022). "Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación". Marzo - 2022, pp. 35-36. Web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/inform-es-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica.pdf>.
- Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación -OIRESCON- (2023) "Informe Especial de Supervisión Relativo a la Contratación Estratégica en 2021", pp. 18; 30-57; 66. Web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/inform-es-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica2021>



LA INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 28 DE JUNIO DE 2022 EN LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

D^a Teresa Guijarro Sánchez

Graduada en Derecho y Administración de Empresa
Asesora financiera

Resumen: El Derecho Comunitario reconoce que los ciudadanos europeos tienen el derecho a ser indemnizados cuando los legisladores de los Estados miembros no respetan los derechos que la Unión Europea reconoce. Existe; sin embargo, libertad a la hora de regular cuales son los requisitos necesarios para obtener esta indemnización.

Si analizamos la evolución del ordenamiento jurídico español respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, podemos observar las limitaciones que ha sufrido desde su primer reconocimiento de forma jurisprudencial hasta su primera regulación escrita en las leyes 39 y 40 del 2015. Los exigentes requisitos que estas normas recogen han sido objeto de estudio en la sentencia del TJUE del 28 de junio de 2022, la cual se analizará en el siguiente trabajo a la luz de los principios de efectividad y equivalencia europeos, para terminar, determinando los efectos



sobre nuestra regulación actual y los principales puntos que la futura reforma legislativa debería tratar.

Palabras clave: Estado legislador, eficacia, eficiencia, acto administrativo, recurso, Unión Europea.

Abstract: Community law recognizes that European citizens have the right to be compensated when member state legislators fail to respect EU-recognized rights. However, there is freedom to regulate the necessary requirements to obtain this compensation.

If we analyze the evolution of Spanish legal system concerning the liability of legislative action by the state, we can observe the limitations it has faced since its first recognition through case law until its first written regulation in laws 39 and 40 of 2015. The stringent requirements outlined in these laws have been studied in the ruling of the ECJ on June 28, 2022, which will be analyzed in the following study in light of the European principles of effectiveness and equivalence, to ultimately determine the effects on our current regulation and the main points that future legislative reform should address.

Keywords: Legislator State, effectiveness, efficiency, administrative act, appeal, European Union.



SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN. 2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR: DEL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL A SU REGULACIÓN POR LA LEYES 39/2015 y 40/2015. 2.1. LA LEY 30/1992 NO REGULABA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR. 2.2 LA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR ANTERIOR AL AÑO 2015 Y SU REGULACIÓN EN LA LEYES 39 Y 40 DE 2015. 2.2.1 Responsabilidad derivada de normas declaradas inconstitucionales. 2.2.2 La responsabilidad derivada de normas contrarias al Derecho de la Unión. 2.2.3 Conclusión: las Leyes 39 y 40 de 2015 recortan las posibilidades de obtener indemnización por responsabilidad del Estado legislador. 3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO: CÓMO SE PLANTEA EL CONFLICTO ANTE EL TJUE. 4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TJUE DEL 28 DE JUNIO DE 2022 Y DE LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS QUE SE EXIGEN.4.1 EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY 40/2015.4.1.1 El requisito relativo a la necesidad de que exista una declaración del Tribunal de Justicia acerca del carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma aplicada. 4.1.2 El requisito de que el perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin establecer ninguna excepción. 4.1.3 El plazo de prescripción es de un año y el de cinco años anteriores a la fecha de



publicación de la Sentencia, salvo que la esta disponga otra cosa. 4.2 EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA. 5. PROPUESTA DE REFORMA. 6 EFECTOS DE LA SENTENCIA, EN ESPECIAL PARA EL DERECHO TRIBUTARIO. 7. CONCLUSIONES.8. BIBLIOGRAFÍA

1.INTRODUCCIÓN

Los legisladores nacionales tienen un papel principal a la hora de conseguir que los derechos que reconoce la Unión Europea a los particulares sean una realidad. Corresponde al legislador, en efecto, adaptar constantemente el ordenamiento interno a las exigencias del Derecho de la Unión, tarea que no siempre es sencilla ni se hace en el tiempo exigido.

Cuando el legislador falla, y los particulares sufren la pérdida de un derecho reconocido por la Unión, el propio Derecho Comunitario impone a los Estados, bajo determinadas condiciones, el deber de reparar los daños. Nos encontramos entonces ante la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión.

Lo que no regula el ordenamiento comunitario son, sin embargo, los procedimientos, a través de los cuales los particulares pueden reclamar la reparación del daño sufrido, tarea que corresponde decidir a cada Estado. Ahora bien, al regular estos mecanismos, los Estados no son libres pues, de un lado las reglas no pueden ser más exigentes con estas reclamaciones que las que el



ordenamiento interno contempla para supuestos similares (principio de equivalencia), y, de otro la legislación nacional no puede hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil la obtención de la indemnización (el principio de efectividad).

En España, la regulación de la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión se contiene, por primera vez, en unos pocos artículos de las leyes 39 y 40 de 2015. Pues bien, esta regulación se ha sometido al doble test de equivalencia y efectividad en el asunto C-278/20 que ha dado lugar a la STJUE de 28 de junio de 2022.

Este trabajo analiza el contenido de esta importante Sentencia, para comprender su verdadero alcance, a fin de desvelar los efectos que de ella se derivan y los cambios legislativos que a partir de ella se van a requerir.

2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR: DEL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL A SU REGULACIÓN POR LA LEYES 39/2015 y 40/2015

1. 2.1. LA LEY 30/1992 NO REGULABA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

La responsabilidad del Estado legislador no ha contado realmente con una legislación específica en nuestro derecho hasta la aprobación de las Leyes 39 y 40 de



2015 que han sido objeto de la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20).

Es cierto que la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común contenía en su art. 139.3 una referencia a la responsabilidad derivada de la aplicación de actos legislativos pero este precepto no regulaba, en realidad, un supuesto de responsabilidad patrimonial sino el reconocimiento de una obviedad, tal y como se encargó de señalar la doctrina¹, al limitarse a prever que *las Administraciones*

¹ El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en su libro *La responsabilidad del Estado Legislador en el Derecho Español*, 2.ª ed., Civitas, 2007 pág. 235 y también en la pág.135, claramente advierte que no se trata de un supuesto de "responsabilidad" sino de una "obligación derivada de la Ley" y que es ocioso que la Ley 30/1992 diga algo sobre los efectos de la ley que declara la obligación. En la misma línea MARTÍN REBOLLO, L., en *Leyes Administrativas Básicas*, 4ª edición, Civitas, 2000, págs. 317 a 321 señala que el art. 139.3 de la Ley 30/1992 es un texto que seguramente no tenía demasiadas pretensiones y cuyo alcance era más bien retórico. Por su parte, FERNÁNDEZ FARRERES, G., en *Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 («As. C 278/20»)*, *Revista española de Derecho Administrativo*, 2022, nº 221, también considera que *La referida previsión parecía dar cobertura legal a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Pero era mera apariencia. Difícilmente podía dar esa cobertura, una vez que la indemnización –o compensación económica, más propiamente– dependería de*



Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos (...) cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos. En estos casos la indemnización al particular afectado será el resultado de la aplicación del principio de legalidad, una consecuencia de la aplicación de la propia ley que establece tal indemnización o compensación y determina su alcance, pero no el resultado del reconocimiento de una indemnización por responsabilidad patrimonial derivada de la ley.

Es más, en los supuestos en que una ley prevé que los perjuicios que conlleva su implantación deben ser compensados a los ciudadanos afectados y regula los términos en que deben indemnizarse, difícilmente podemos hablar de la existencia de una lesión, pues precisamente en estos casos no se habrá generado un daño si los perjuicios son evitados o impedidos por la propia ley mediante mecanismos propios. Por otro lado, el hecho de que los términos de la indemnización en esos casos sea el previsto en cada una de las leyes y no la completa reparación que requiere la institución de la responsabilidad patrimonial, confirman que no estamos aquí propiamente ante un supuesto de responsabilidad del Estado legislador².

que la propia ley la hubiera previsto; y, además, lo sería en los términos que en la misma se especificasen. No era propiamente, pues, un reconocimiento del derecho.

² La STS núm. 4941/2001, de 11 de junio (recurso 117/2000) explica bien que no es lo mismo la responsabilidad patrimonial que deriva de la existencia de una lesión en sentido estricto, que las compensaciones que



De hecho, lejos de pensar que la Ley 30/1992 recogía y regulaba la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, más bien parece que, al contrario, lo que se proponía era afirmar que únicamente procedía indemnizar las cargas derivadas de la aplicación de leyes cuando estas lo previeran expresamente y en los términos en que ellas mismas lo previeran, dando a entender que en cualquier otro caso los ciudadanos tienen la obligación de soportar las consecuencias perjudiciales derivadas de la aplicación de leyes.

Sin embargo, esta falta de regulación no ha sido inconveniente para que el TS, antes del año 2015, haya reconocido la responsabilidad del Estado legislador en varias ocasiones al amparo del artículo 9.3 de la Constitución Española que garantiza la "responsabilidad de todos los poderes públicos", del principio de confianza legítima, de la comprensión del concepto de

puedan preverse en una ley por los perjuicios que derivan de una nueva regulación que, en principio, se tiene la obligación de soportar. Dice así que *La diferencia entre lo que es daño derivado de la privación singular de un derecho o de la causación de una lesión jurídica y necesariamente indemnizable, por un lado, y lo que constituye mero perjuicio que pudiera merecer «algún género de compensación» no estrictamente exigible con arreglo a derecho, por otro, en ambos casos derivados de la aprobación de nuevas Leyes, se encuentra en la jurisprudencia de esta Sala y en la propia doctrina constitucional (sentencias constitucionales 108/1986, 99/1987 y 70/1998, ya citadas), que no duda en reconocer la legitimidad constitucional de este género de compensaciones.*



nulidad de pleno derecho y, en el caso del incumplimiento del Derecho de la UE mediante la aplicación directa de la doctrina del TJUE al respecto.

A través de su jurisprudencia el TS ha ido definiendo las condiciones en que es posible reconocer la responsabilidad derivada de actos legislativos inconstitucionales, contrarios al Derecho de la UE e, incluso, de leyes que, siendo conformes a la Constitución, pueden generar daños que el ciudadano no tiene el deber de soportar.

2. 2.2 LA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR ANTERIOR AL AÑO 2015 Y SU REGULACIÓN EN LA LEYES 39 Y 40 DE 2015.

En nuestro caso nos interesa centrarnos en la interpretación jurisprudencial correspondiente a los daños derivados de normas contrarias al Derecho de la UE y de leyes contrarias a la Constitución, por ser este el ámbito sobre el que se proyecta la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20), dejando al margen la problemática cuestión de la responsabilidad derivada de actos legislativos constitucionales. El conocimiento de esta jurisprudencia, previa al 2015, permite entender en qué medida la Ley 40/2015 se puede considerar influenciada por el reconocimiento judicial de la responsabilidad del Estado legislador en los términos en que hasta esa fecha se venía entendiendo por el TS.



2.2.1 Responsabilidad derivada de normas declaradas inconstitucionales

Por lo que respecta a la responsabilidad patrimonial derivada de leyes declaradas inconstitucionales, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, a quien seguimos en este aspecto, analiza con detalle y claridad la jurisprudencia del TS al respecto de la que discrepa abiertamente³.

Explica este autor cómo a partir del año 2000 el TS empezó a estimar las reclamaciones de responsabilidad que se plantearon tras la STC 173/1996, de 31 de octubre de 1996, que declaró inconstitucional el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria. Este precepto de la citada Ley creó una tasa que gravaba los juegos de suerte y los empresarios que la habían pagado reclamaron al Gobierno una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, que el Gobierno desestimó en 1997. En algunos casos los empresarios afectados habían recurrido en su día las liquidaciones tributarias sin éxito y en otras habían dejado firmes los actos, es decir, no los recurrieron.

En este contexto, las Sentencias del TS consideraron que el Estado debía reparar los daños provocados por la Ley declarada inconstitucional fundándose a tal efecto

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., op.cit., en especial las páginas 214 a 273.



en el art. 9.3 de la Constitución y, curiosamente, en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 al considerar que *la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido «a priori» en su texto.*

En consecuencia, el TS concedió la indemnización incluso en los casos en que existía una sentencia firme desestimatoria (a modo de ejemplo la STS de 29 de febrero de 2000, recurso 49/1998) y ello a pesar de que, como reconoce el propio TS, el TC declaró expresamente en su Sentencia 159/1997, de 2 de octubre, en consonancia con el art. 40 de la LOTC, que *la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la STC 173/1996, no permite, revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada en el que, como sucede en el presente caso, antes de dictarse aquella decisión se ha aplicado una ley luego declarada inconstitucional.* Es más, añadía la Sentencia del TC, *No estando en juego la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, que son los supuestos exclusivamente exceptuados por el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto no puede tener consecuencia sobre los procesos terminados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada.*

A pesar de ello, como decimos, el TS concede la indemnización al considerar que la cosa juzgada, esto



es, la Sentencia firme que confirmó la correcta liquidación de la tasa sobre el juego, es algo ajeno e independiente de la indemnización que corresponde otorgar a los reclamantes en virtud de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Igualmente considera el TS que procede indemnizar a quienes no recurrieron en su día las liquidaciones tributarias (entre otras la STS de 13 de junio de 2000, recurso 567/1998) dado que *la acción de responsabilidad ejercitada es ajena a la firmeza del acto administrativo* y que, además, exigir a los ciudadanos haber recurrido un acto fundado en una ley que, en principio, debe considerarse constitucional, supondría una carga excesiva.

En consecuencia, a partir de estas Sentencias del alto tribunal se considera que merecen ser indemnizadas tanto las personas que actuaron diligentemente e impugnaron en su día los actos administrativos que aplicaron la Ley que posteriormente fue declarada inconstitucional como quienes no recurrieron y dejaron firmes los actos administrativos. El plazo de un año para reclamar la indemnización que antes de la Ley 39/2015 estaba previsto en el art. 142 de la Ley 30/1992 debió de ser objeto de interpretación jurisprudencial de manera que se contaría desde la publicación de la Sentencia del TC que anula la Ley y no al año de producirse el acto que motivó la indemnización⁴.

⁴ Así lo recoge GARCÍA DE ENTERRÍA, E., op.cit., pág. 226 citando la Sentencia del TS 70/2001, de 11 de enero (recurso



Como bien se puede apreciar, la redacción actual del artículo 32.4 de la ley 40/2015 corrige la jurisprudencia del TS que, además, matiza. El artículo 32.4 únicamente considera indemnizables las lesiones causadas a quienes en su día recurrieron los actos de aplicación de la ley finalmente declarada inconstitucional y vieron desestimadas sus pretensiones mediante una sentencia firme. En estos casos, se incorpora, además, una exigencia adicional pues no solo se exige haber recurrido sino también que en el recurso contencioso se hubiera alegado precisamente la inconstitucionalidad de la ley. A lo anterior hay que añadir, finalmente, una limitación temporal, dado que el art. 34.1 en su párrafo segundo únicamente considera *indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley.*

455/1998), que, entre otras muchas, señala lo siguiente: *el momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, no puede ser sino el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por estimarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. En consecuencia, es dicha publicación la que determina el inicio del citado plazo específicamente establecido por la ley para la reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida a las Administraciones públicas.*



En consecuencia, conforme a la Ley 40/2015 no tendrán derecho a indemnización quienes no recurrieron los actos de aplicación de la ley, los dejaron firmes, ni quienes los recurrieron, pero por razones que nada tienen que ver con la constitucionalidad de la Ley, así como tampoco quienes, a pesar de haber recurrido el acto argumentando incluso la inconstitucionalidad de la ley, sufrieron la lesión con anterioridad al plazo de cinco años previsto en el art. 34.1 párrafo segundo de la Ley 40/2015.

En cuanto al plazo para reclamar la indemnización, el art. 67.1 párrafo tercero de la Ley 39/2015 establece ahora expresamente que *prescribirá al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma.*

En relación precisamente con el requisito de haber recurrido los actos de aplicación de una ley posteriormente declarada inconstitucional, los más recientes pronunciamientos del TS (Sentencia 1393/2021, de 29 de noviembre; 1706/2020, de 10 diciembre; 1158/2020, de 14 de septiembre; 1186/2020, de 21 de septiembre; 1264/2020, de 7 de octubre; 1351/2020, de 17 de octubre, y 1384/2020, de 22 de octubre) han interpretado que dicha exigencia se cumple no solo mediante la impugnación del acto, sino también cuando el perjudicado haya solicitado la revisión de oficio⁵ a la Administración y contra su

⁵ IBÁÑEZ GARCÍA, I., en *El régimen de responsabilidad patrimonial de la Ley 40/2015 ante el TJUE (recurso por*



desestimación haya acudido a los tribunales obteniendo una sentencia desestimatoria. Se exige, eso sí, que en la solicitud de revisión de oficio y en el recurso contencioso posterior se haya alegado la causa de inconstitucionalidad de la ley aplicada y que el procedimiento de revisión de oficio se haya instado antes de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, aunque la sentencia firme desestimatoria de la revisión de oficio pueda ser posterior a dicha declaración de inconstitucionalidad⁶.

2.2.2 La responsabilidad derivada de normas contrarias al Derecho de la Unión

incumplimiento C-278/20) Universidad Complutense de Madrid. WP IDEIR nº 39, 2021 página 5, indica que "se exige que el procedimiento de revisión de oficio ha de instarse antes de la declaración de inconstitucionalidad de la norma."

⁶ Se puede observar, por ejemplo, cómo en el caso resuelto por la STS 1393/2021, de 29 de noviembre, la Sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la norma foral vasca se dictó en diciembre de 2016 (STC 203/2016). Varios años antes, en 2011, el interesado había instado la revisión de oficio de los actos tributarios. Al no obtener la revisión en vía administrativa, acudió al contencioso dando lugar a la STJPV de 27 de noviembre de 2014 que desestima la revisión de oficio y la posterior STS 8 junio 2017 que la confirma. Así pues, aunque la Sentencia firme desestimatoria es del año 2017, posterior a la declaración de inconstitucionalidad del año 2016, la reacción del interesado procede del año 2011, cuando insta la revisión de oficio de la liquidación tributaria. A esta sentencia remite el profesor MARTÍN REBOLLO, L., en su código Leyes administrativas básicas editorial, página 320.



Cuando la norma que genera el daño patrimonial contradice el Derecho de la UE, no ya la Constitución, el TS inicialmente negaba el derecho a la indemnización a las personas que no hubieran recurrido en su día los actos administrativos que aplicaron las normas nacionales contrarias al Derecho comunitario. Si el afectado no recurrió, considera el TS que no se da el requisito de la relación de causalidad entre la lesión y el incumplimiento del derecho de la UE ya que habría sido la inactividad del propio afectado la que habría provocado la lesión al no recurrir el acto o no ejercitar en plazo la acción de devolución (SSTS de 29 de enero de 2004, y 24 de mayo de 2005).

Sin embargo, el TS rectifica su criterio a partir de la Sentencia de 17 de septiembre de 2010 (recurso de casación 153/2007) en la que, atendiendo a la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 26 de enero de 2010, considera que por aplicación del principio de equivalencia ha de darse a estos casos el mismo tratamiento que a la responsabilidad derivada de las leyes inconstitucionales y, en consecuencia, reconoce el derecho a indemnización también a quienes dejaron firmes los actos administrativos y no agotaron los recursos administrativos o judiciales frente a la liquidación tributaria practicada⁷.

⁷ Un comentario crítico a esta Sentencia es el que realiza TORNOS MAS, J., La responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. El cambio jurisprudencial establecido por la STS de 17 de septiembre de 2010, en el libro "Administración de Justicia. Un análisis Jurisprudencial Volumen I. España. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández, Ed. Civitas, Madrid, 2012, páginas 2365 a



En consecuencia, a partir de esta Sentencia del alto tribunal se empezó a considerar que merecían ser indemnizadas tanto las personas que actuaron diligentemente e impugnaron en su día los actos administrativos que aplicaron la Ley que posteriormente fue declarada por el TJUE contraria al Derecho de la UE como quienes no recurrieron, dejando firmes los actos administrativos, o no ejercitaron en plazo la correspondiente acción de devolución o reintegro. Siguiendo la línea de las normas inconstitucionales, el plazo de un año para reclamar la indemnización se contaría desde la publicación de la Sentencia del TJUE en el DOUE y no al año de producirse el acto que motivó la indemnización.

Sin embargo, como bien se puede apreciar, la redacción actual del artículo 32.5 de la Ley 40/2015 no asume esta última jurisprudencia del TS ya que únicamente considera indemnizables las lesiones causadas a quienes en su día recurrieron los actos de aplicación de la norma contraria al derecho comunitario y, pese a alegar la infracción del Derecho de la UE, vieron desestimadas sus pretensiones mediante una sentencia firme. En todo caso, al igual que con las leyes

2378. Advierte este autor en la pág. 2378, refiriéndose a la responsabilidad por leyes inconstitucionales que *los efectos de una jurisprudencia interna discutible se extienden más allá de lo querido por el Tribunal Supremo. Además, en el caso de vulneración del derecho comunitario no se podrá contar con lo que pueda disponer la Sentencia del Tribunal Constitucional limitando los efectos en el tiempo de su sentencia de inconstitucionalidad.*



inconstitucionales, se incorpora una limitación temporal, dado que el art. 34.1 en su párrafo segundo únicamente considera *indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la norma contraria a Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.*

Además, siguiendo la doctrina del TJUE al respecto⁸, se exige que la norma de la UE confiera derechos a los particulares, que el incumplimiento esté suficientemente caracterizado y que exista causalidad directa entre el daño sufrido y el incumplimiento de la Administración responsable.

2.2.3 Conclusión: las Leyes 39 y 40 de 2015 recortan las posibilidades de obtener indemnización por responsabilidad del Estado legislador

Por lo tanto, concluimos que las Leyes 39 y 40 de 2015 dispensan un trato similar a las lesiones derivadas de normas declaradas contrarias al derecho de la UE que a las reclamaciones derivadas de una ley declarada inconstitucional y recortan las posibilidades de obtener indemnización que la jurisprudencia del TS contemplaba dado que en ambos casos se exige ahora:

⁸ La STJUE de 28 de junio 2022 en su punto 31 reconoce que estos tres requisitos son exigidos de manera reiterada por su propia doctrina (punto 31)



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- que el interesado haya recurrido el acto de aplicación de la norma posteriormente declarada inconstitucional o, en su caso, contraria a derecho de la UE;
- que se haya alegado la inconstitucionalidad o que la norma es contraria al Derecho Comunitario.
- Se impone el deber de soportar los daños producidos más allá del plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la norma inconstitucional o contraria a Derecho de la Unión Europea.

En relación con este último requisito la posterior jurisprudencia del TS ha sido generosa en su interpretación al considerar que el daño no se produce cuando se dicta el acto administrativo sino cuando se consolida la situación perjudicial derivada del mismo, esto es, cuando se agotan las vías de impugnación que el ciudadano haya interpuesto contra el mismo⁹

⁹ Así la STS 401/2022, de 31 de marzo (recurso de casación 836/2020) señala que *cuando el daño se imputa a un acto administrativo que se considera ilegal, la producción del daño viene referida al momento en que se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante, que tiene lugar al agotarse las vías -para corregir o evitar la efectividad del perjuicio- utilizadas por el interesado.*

Y esta apreciación, consideramos, es también conforme con la naturaleza del plazo establecido en el referido art. 34.1, dado que al cuestionarse por el perjudicado el acto causante del perjuicio ha de entenderse interrumpido su cómputo, de manera que no puede referirse la producción del daño consolidado y definitivo a un acto pendiente de decisión judicial y, que, caso de resultar favorable, determinaría la



En cualquier caso, se puede concluir que las leyes 39 y 40 de 2015 han supuesto una limitación a la jurisprudencia del TS, por ello no es llamativo que mientras no existía regulación alguna sobre la responsabilidad derivada de normas declaradas contrarias al Derecho de la Unión y se funcionaba únicamente con la jurisprudencia cambiante del TS no se planteaba ningún problema, pero que una vez que el legislador intentó poner un cierto orden regulando estas cuestiones, se produjo una regulación más restrictiva, lo que acabará provocando que se vulnere el principio de eficacia y, por tanto, el Derecho de la Unión como veremos a continuación.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO: CÓMO SE PLANTEA EL CONFLICTO ANTE EL TJUE

Para entender cómo se llegó al recurso por incumplimiento ante el TJUE primero se debe analizar el procedimiento administrativo que lo precede.

La Comisión inició el 25 de julio de 2016 el procedimiento, motivada por las quejas que le habían llegado de los ciudadanos, a través de "Eu Pilot"¹⁰

eliminación del mismo y consiguientemente la procedencia del daño. No puede olvidarse, en este sentido, que uno de los elementos que conforman la responsabilidad patrimonial es la realidad del daño.

¹⁰ Este tipo de procedimiento consiste en un diálogo constructivo entre los Estados miembros y la Comisión para



contra el Reino de España, en relación con la entonces reciente regulación española sobre la responsabilidad derivada de normas nacionales contrarias del Derecho de la UE, las Leyes 39 y 40 de octubre del año 2015.

A partir de este momento comienza el diálogo entre las dos partes. En primer lugar, el Reino de España, en contestación a la solicitud de la Comisión, explica los motivos por los que considera que las disposiciones no vulneran los principios de equivalencia y efectividad; sin embargo, esto no convence a la Comisión, la cual emite un dictamen motivado el 26 de enero de 2018 donde quedan reflejados los motivos por los que piensa que los preceptos son contrarios a los principios ya mencionados.

La Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022 relata que durante este procedimiento de diálogo, se presentó por el Reino de España un proyecto legislativo que pretendía armonizar el Derecho español con el Derecho de la Unión, sin embargo, la Comisión consideró que esta propuesta quizás evitaba la vulneración del

aclarar de forma preventiva la situación de hecho y de Derecho y solucionar los posibles problemas en la aplicación del derecho de la Unión. En concreto se pretendía revisar los artículos antes mencionados (32 y 34) de la Ley 40/2015 y (67) de la Ley 39/2015 porque se iba adelantando una posible vulneración de los principios de equivalencia y efectividad que, según la doctrina consolidada del TJUE, deben presidir las regulaciones nacionales sobre responsabilidad derivada de las infracciones del Derecho de la UE que le sean imputables al Estado.



principio de equivalencia, pero seguía sin solución lo relativo al principio de efectividad¹¹.

Finalmente España se negó a presentar nuevas propuestas alegando que el gobierno de ese momento estaba en funciones, lo que no le dejó otra opción a la Comisión que presentar demanda de fecha 24 de junio de 2020 ante el TJUE solicitando que se declarasen los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015 y el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, contrarios a los principios previamente mencionados.

4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TJUE DEL 28 DE JUNIO DE 2022 Y DE LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS QUE SE EXIGEN.

3. 4.1 EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY 40/2015

El principio de efectividad tiene como finalidad asegurar que la legislación interna de los Estados miembros, principalmente las normas procesales, no impidan la correcta y completa aplicación del Derecho de la UE y lo

¹¹ Las referencias al Dictamen de la Comisión, a la respuesta dada por el Estado español y el proyecto de reforma legal, se toman de la Sentencia del TJUE que comentamos ya que ninguno de estos documentos está disponible ni son publicados en las plataformas de información de la UE ni de la Administración del Estado y no son accesibles al público en general.



vuelvan ineficaz. Es un principio de creación jurisprudencial, recogido, entre otras, en la Sentencia del TJUE de 16 diciembre 1976 (C-33/76), asunto “Rewe”, que declara que la normativa interna procesal no puede hacer *imposible en la práctica el ejercicio de derechos* conferidos por el ordenamiento comunitario *que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar*. (También están las sentencias del TJUE: caso de Peterbroeck, de 14 de diciembre de 1995 (C-312/93); Levez, de 1 de diciembre de 1998 (C-326/96); Tele2 Telecommunication, de 21 de febrero del 2008 (C-426/05) entre otras)¹².

En concreto, por lo que respecta a la responsabilidad del Estado legislador, el TJUE ya había dicho en reiteradas ocasiones que era contrario principio de efectividad condicionar el derecho a la indemnización a que exista un pronunciamiento previo del TJUE declarando el incumplimiento del Estado. El pronunciamiento del TJUE puede ser un indicio, pero no puede ser un requisito indispensable ya que también los jueces nacionales, por sí mismos, pueden apreciar la incompatibilidad de una ley nacional con el Derecho de la Unión y otorgar al ciudadano afectado la correspondiente indemnización¹³.

¹² Sobre el alcance y la interpretación del principio de efectividad puede verse LACABA SÁNCHEZ, F., (2018). El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria. Revista de Derecho VLex. (166). En línea. Disponible <https://vlex.es/vid/principio-efectividad-jurisprudencia-comunitaria-707111385>

¹³ El profesor COBREROS MENDAZONA, E., lo explica bien en su libro *La obligación de los Estados miembros de indemnizar*



En consecuencia, algunos autores venían prediciendo que los *nuevos requisitos para reclamar responsabilidad al Estado legislador por los daños sufridos como consecuencia de leyes declaradas contrarias al Derecho de la Unión hacen «extremadamente difícil» obtener una indemnización*¹⁴ y por lo tanto iban a ser declarados contrarios al principio de efectividad y al Derecho Comunitario si se interpretaban en su literalidad¹⁵. En efecto, finalmente el TJUE declara

por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000. pág. 63 aludiendo a la STJUE *Danske*, apartados 37 a 39 que, a su vez, recoge lo ya dicho en las Sentencias *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*.

¹⁴ En este sentido advierte LOZANO CUTANDA, B., que la normativa española puede vulnerar el principio de efectividad en «*La Comisión considera que los requisitos procesales que exige la Ley 40/2015 para poder reclamar responsabilidad al Estado legislador no son conformes con el Derecho de la Unión*», *Diario La Ley*, 2018, 9149.

¹⁵ *Por su parte*, COBREROS MENDAZONA, E., *op.cit.*, pág. 63 y 64, considera que *la referencia a que la norma haya sido «declarada contraria al Derecho de la Unión Europea» (art. 32.4 LRJSP) no puede interpretarse sólo y en su literalidad como la inexcusable existencia de una sentencia previa del Tribunal de Justicia* pues ello sería contrario al principio de efectividad dado que el incumplimiento *también puede contenerse –como su presupuesto básico– en la propia sentencia del Tribunal español (contencioso-administrativo) que estima la pretensión indemnizatoria ya que, para hacerlo, ha debido declarar previamente contraria al Derecho de la Unión Europea la española aplicada (en su caso, con la*



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

contrarios al principio de efectividad buena parte de los requisitos contemplados en la legislación española tal y como seguidamente analizaremos.

Así lo estimó también el Abogado General en sus conclusiones¹⁶ cuando de manera tajante advierte que exigir una previa Sentencia del TJUE que declare el incumplimiento del legislador español es *manifiestamente contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y puede hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización de un daño causado por el Estado legislador* (apartado 72 de sus conclusiones).

Además, según el Abogado General, también es contrario al principio de efectividad condicionar en todo caso el derecho a la indemnización a la previa impugnación del acto de aplicación de la ley. Esta exigencia sería admisible únicamente cuando el daño lo causa un acto administrativo dictado en aplicación de una ley (apartado 84), pero no en otro caso, esto es, cuando el daño lo causa directamente la ley (apartado 86). En estos casos no es razonable exigir al ciudadano que interponga una acción judicial previa (apartado 87), de ahí que considere finalmente que *Cuando es la*

ayuda del Tribunal de Justicia, vía solicitud de cuestión prejudicial).

¹⁶ SR. MACIEJ SZPUNAR,. Curia- *Conclusiones del abogado general, 2021* [en línea]. Disponible en:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&doid=250884&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=318641>



ley la que causa directamente el daño, ese requisito tiene por efecto en realidad impedir el ejercicio de cualquier acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador (apartado 89) y, en consecuencia, vulnera el principio de efectividad.

También supone una carga excesiva superior a la diligencia exigible y contraria al principio de efectividad, según el Abogado General, imponer al afectado que al recurrir el acto identifique correctamente la disposición concreta del Derecho de la Unión infringida por el Estado (apartado 101). Puede ser admisible, dice el Abogado General, que se exija al ciudadano recurrir el acto lesivo, pero no se le puede exigir que *haya identificado correctamente la disposición concreta del Derecho de la Unión infringida* (apartado 102).

4.1.1 El requisito relativo a la necesidad de que exista una declaración del Tribunal de Justicia acerca del carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma aplicada

El objeto del recurso presentado por la Comisión se ciñe estrictamente a los preceptos que las Leyes 39 y 40 del año 2015 dedican a la regulación de la responsabilidad del Estado legislador derivada de infracciones del Derecho de la UE, en concreto los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, así como el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015. Estos preceptos coinciden, según la Sentencia, con los que la Comisión identificó en su Dictamen motivado y son, por consiguiente, los únicos que pueden ser objeto de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

enjuiciamiento, lo que lleva a la Sentencia a descartar que exista una ampliación o desviación respecto del procedimiento previo (art. 258 TFUE) que hubiera determinado la inadmisión del recurso por excederse o desviarse de la vía previa.

Ahora bien, que estos sean los únicos preceptos cuestionados, no exime del deber de analizarlos en el contexto general de las Leyes 39 y 40 de 2015 y de otras normas que, como la legislación tributaria, establecen las distintas vías a través de las cuáles un ciudadano puede obtener una indemnización derivada del incumplimiento del Derecho de la UE por el legislador nacional, ni permite desconocer el limitado alcance del citado artículo 32.5.

Decimos lo anterior porque buena parte de la Sentencia del TJUE pivota sobre las distintas interpretaciones sobre el sentido y alcance del artículo 32.5 de la ley 40/2015 que mantienen en sus alegaciones el Reino de España y la Comisión Europea.

Para comprender las diferentes interpretaciones del precepto que enfrentan a España y a la Comisión, comenzaremos por señalar que la Comisión entiende que la responsabilidad del Estado, derivada de los daños que provoquen sus normas contrarias a derecho de la Unión, únicamente se puede exigir a través del cauce previsto en el artículo 32.5. A su entender, este es el único precepto que regula esta cuestión, dado que es el específicamente destinado a ello. En consecuencia, según la Comisión, la Ley 40/2015 exige, para que se conceda la indemnización, que previamente se haya declarado la norma nacional contraria al



Derecho de la Unión por el TJUE. Dicho de otra manera, que según el artículo 32.5 la aplicación de las normas nacionales solo genera derecho a indemnización una vez que el TJUE las haya declarado contrarias al Derecho de la Unión (sobre este tema son especialmente importantes los apartados 54, 55 y 56 de la Sentencia y también el 91 y 92).

Por el contrario, el Reino de España defendía en sus alegaciones que el artículo 32.5 no es la única posibilidad que tiene el ciudadano perjudicado de solicitar y obtener una responsabilidad derivada de la infracción del Derecho de la Unión por el legislador español. Explica la defensa de España que el precepto es, en realidad, una cláusula de cierre que contempla un mecanismo al que se acude en último término, en el caso de que, habiendo recurrido el acto de aplicación de la norma nacional contraria a derecho de la Unión, no se haya obtenido, sin embargo, una Sentencia favorable (en este sentido especialmente los apartados 37 a 39).

A juicio del Reino de España, el ciudadano puede, al recurrir una actuación administrativa, invocar el Derecho de la Unión ante el juez nacional y conseguir por esa vía la inaplicación de la norma nacional que lo contradiga, lo que dará lugar a la anulación de la decisión administrativa y consiguiente indemnización. Es decir, el perjudicado podría obtener indemnización por la vía de los apartados 1 y 2 del artículo 32 y se estaría produciendo el reconocimiento de la responsabilidad del legislador por el daño causado por una norma contraria a la Unión Europea sin necesidad



de que el TJUE se hubiese pronunciado previamente. A modo de ejemplo, cita España la STS 425/2012 de 7 de febrero de 2012 recurso 419/2010 (apartado 40 de la STJUE)¹⁷.

Frente a los argumentos de la Comisión y del Reino de España, la Sentencia opta finalmente por los de la Comisión y considera que el artículo 32.5 es contrario al Derecho de la Unión al someter en todo caso la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión al requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada.

Por consiguiente, a partir de ahora, como señala la profesora LOZANO CUTANDA, *los particulares pueden reclamar responsabilidad por los daños ocasionados por leyes contrarias al Derecho de la Unión sin esperar a que sean declaradas contrarias al Derecho comunitario o a que se abra un procedimiento de incumplimiento y deberán ser indemnizados por dichos daños siempre que los tribunales españoles aprecien que se trata de*

¹⁷ En la misma línea que el Reino de España se ha pronunciado el profesor FERNÁNDEZ FARRERES, G., op.cit., para quien *No resulta fundada (...) la conclusión primera a la que llega el TJUE. Se trata de una conclusión excesiva y, al menos, parcialmente errónea. La posibilidad de exigir responsabilidad por daños ocasionados por la ley contraria al DUE (y también por la ley inconstitucional) no queda ceñida, ni reducida, a lo dispuesto en el artículo 32.5.*



una infracción «suficientemente caracterizada» de acuerdo con las pautas sentadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo sólo una de ellas el que este tribunal haya constatado la infracción¹⁸.

Así pues, uno de los extremos más relevantes a partir de esta Sentencia del TJUE será precisamente apreciar si estamos ante una “vulneración suficientemente caracterizada”. Esta misma autora cita los criterios que enunció el Tribunal de Luxemburgo en la Sentencia de 8 de octubre de 1996, Erich Dillenkofer (ass. acs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94):

En efecto, por una parte, una violación es suficientemente caracterizada cuando una institución o un Estado miembro, en el ejercicio de su facultad normativa, vulnera, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades (véanse las sentencias de 25 de mayo de 1978, HNL y otros/Consejo y Comisión, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209, apartado 6;

¹⁸LOZANO CUTANDA, B. (2021): *Administración Pública. El abogado general considera que los requisitos procesales que exige la legislación española para reclamar responsabilidad al Estado legislador no son conformes con el Derecho de la Unión* 2021, Página web Gómez Acebo disponible: <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-abogado-general-considera-que-los-requisitos-procesales-que-exige-la-ley-40-2015-para-reclamar-responsabilidad-al-estado-legislador-no-son-conformes-con-el-derecho-de-la-union-europea/>



Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 55, y British Telecommunications, antes citada, apartado 42 y, por otra parte, en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada (véase la sentencia Hedley Lomas, antes citada, apartado 28). (apdo. 25).

Así pues, en principio no es suficiente, con que exista un incumplimiento del legislador, sino que ha de tratarse de una infracción manifiesta y grave de los límites impuestos al legislador nacional.

No obstante, la mera infracción del Derecho Comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada cuando las obligaciones enunciadas en una Directiva no otorgan un margen de apreciación a los Estados miembros (Sentencia del TJUE de 17 de abril de 2007 (asunto C-470/03) apartados 81 y 82)¹⁹.

¹⁹ De nuevo seguimos aquí el estudio del profesor COBREROS MENDAZONA, E., *op.cit.*, en concreto las pags. 37 a 47 donde analiza en profundidad el concepto “infracción suficientemente caracterizada”.



En consecuencia, la infracción caracterizada será más difícil de apreciar cuando el legislador nacional tenga un mayor margen de discrecionalidad en la trasposición o en la aplicación del Derecho de la Unión o cuando la norma europea sea imprecisa y pueda dar lugar a una diversidad de interpretaciones (Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 1996, asunto -92/93)²⁰, que incluso pueden haber sido compartidas por la propia Comisión (Sentencia TJUE de 24 de septiembre de 1998, asunto C-319/96)²¹.

Ya hemos dicho, sin embargo, que para que exista una infracción suficientemente caracterizada, no es preciso que exista una Sentencia del TJUE. Una Sentencia del TJUE será, desde luego, un indicio relevante tanto se trate de Sentencias que declaren el incumplimiento del

²⁰ Dice así esta STJUE en su apartado 43. *En el caso de autos, procede señalar que el apartado 1 del artículo 8 es impreciso y admitía razonablemente, además de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en la presente sentencia, la interpretación que de él dio, de buena fe, el Reino Unido mucho en argumentos no cuidados en absoluto de pertinencia (véanse los apartados 20 a 22 de la presente sentencia). Tal interpretación, que también compartieron otros Estados miembros, no era manifiestamente contraria al texto de la Directiva ni al objetivo perseguido por ésta.*

²¹ Dice así esta STJUE en su apartado 31 *...la interpretación que las autoridades danesas dieron a las definiciones pertinentes no es manifiestamente contraria al texto de la Segunda Directiva y, en particular, al objetivo por ésta perseguido, tanto más cuanto que el Gobierno finlandés y la Comisión han defendido dicha interpretación*



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Estado como de aquellas que interpreten adecuadamente las normas del Derecho de la Unión y, sin embargo, el legislador nacional no se adecúe a dicha interpretación.

Así pues, habrá que tener en cuenta el carácter manifiesto y grave de la infracción, el margen de discrecionalidad del legislador nacional, así como la precisión y claridad de la norma europea y, por último, la posible existencia de jurisprudencia del TJUE al respecto.

4.1.2 El requisito de que el perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin establecer ninguna excepción.

El artículo 32.5 recoge que: *procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño.* Recordemos que el TS había cambiado su jurisprudencia inicial (SSTS de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005) que exigía la impugnación del acto para acceder a la indemnización, de modo que con la STS de 10 de septiembre de 2010 de manera que dejó de exigirlo. Con la redacción de la Ley 40/2015 se vuelve, sin embargo, al requisito exigido por la jurisprudencia inicial y se exige en todo caso, tanto para leyes inconstitucionales como contrarias al derecho comunitario, que el afectado por



el acto administrativo haya actuado de manera diligente impugnándolo.

En este contexto, la Sentencia aclara un extremo que la letra del artículo 32.5 no despejaba del todo, y es que, *aunque se requiere una sentencia firme desestimatoria del recurso previo, no es necesario que se haya agotado la vía jurisdiccional y la sentencia firme puede haberse obtenido en cualquier instancia* (puntos 120 y 126 de la Sentencia).

En todo caso, la aplicación de este requisito creaba dos escenarios posibles:

- Aquellos que no habían acudido a los tribunales, no tienen por lo tanto derecho a indemnización, aunque posteriormente se declare la norma contraria al Derecho de la Unión
- Los que sí habían acudido a los tribunales, pero no habían tenido sentencia estimatoria y por lo tanto son los únicos que podían optar a obtener indemnización.

En análisis del primer escenario, la propia Comisión admite que el Derecho de la Unión no se opone a que una norma nacional exija la actuación diligente e incluso que sea necesario ejercer una acción judicial para poder obtener la reparación, pero siempre y cuando la actuación judicial no cause dificultades excesivas y sea razonablemente exigible (punto 114 de la Sentencia). La propia Sentencia explica, como veremos, en qué circunstancias estamos ante una exigencia inadmisibles.



4.1.2.1 Únicamente se puede exigir al ciudadano haber interpuesto el recurso contra la actuación administrativa cuando la ley se aplica mediante actos administrativos, no en otro caso

Según el TJUE no es contrario al Derecho de la Unión exigir la actuación diligente del ciudadano mediante el ejercicio de la acción judicial cuando la norma jurídica se aplica mediante actos administrativos. Ahora bien, el problema se plantea cuando la razón de no haber acudido a los tribunales no sea la falta de diligencia sino la falta de acto recurrible. Es el caso de leyes que no requieren actos administrativos de aplicación, ya que entonces no se le puede exigir al ciudadano que provoque el acto a los solos efectos de impugnarlo (punto 127). En estos supuestos, dice la Sentencia, exigir el comportamiento activo del particular ocasiona dificultades excesivas o se trata de un comportamiento que no pueda exigirse razonablemente a la persona perjudicada (punto 128) con lo que el artículo 32.5 debe excepcionar de esta exigencia a estos supuestos (punto 132).

Lo cierto es que la lectura de la doctrina del TJUE que la propia Sentencia cita en sus apartados 123 y 124²² es muy expresiva de los casos en que el recurso previo

²² En concreto la Sentencia de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C-445/06, EU:C:2009:178, apartado 69) que cita, a su vez, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de marzo de 2001. - Metallgesellschaft Ltd y otros (C-397/98), Hoechst AG y Hoechst (UK) Ltd (C-410/98).



puede considerarse una exigencia excesiva. *Sería contrario al principio de efectividad obligar a los perjudicados a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan, aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejercite.*

Así, a modo de ejemplo, en el caso resuelto por la STJUE de 8 de marzo de 2001 (C-397/98 y C-410/98) se entiende bien el problema.

En este caso la normativa fiscal del Reino Unido impedía claramente que las filiales residentes de sociedades matrices no residentes se acogieran a la tributación en régimen de grupo, lo cual se declaró contrario al Derecho de la Unión. A efectos de la reclamación de responsabilidad por incumplimiento del Derecho Comunitario, se indicó que no se podía exigir a los demandantes haber manifestado su intención de optar por dicho régimen tributario para forzar la existencia de un acto reclamable, es decir, que aunque es cierto que si las demandantes de los procedimientos principales hubieran solicitado que se la aplicación de dicho régimen tributario, el «Inspector of Taxes» habría denegado sus solicitudes y esas resoluciones denegatorias de la administración tributaria habrían podido impugnarse ante los «Special Commissioners» o ante los «General Commissioners» y posteriormente, en su caso, recurrirse ante la High Court, esto habría sido demasiado gravoso para los demandantes.

Es por ello, que cuando el Gobierno del Reino Unido recrimina a las demandantes de los procedimientos



principales haber actuado de manera no diligente por no haber provocado una resolución denegatoria para poder reclamar posteriormente los daños derivados de la incompatibilidad, el Tribunal declara que en el caso de acciones de restitución o de indemnización basadas en derechos que nacen de las disposiciones de Derecho comunitario directamente aplicables, exigir este requisito haría imposibles o excesivamente difícil obtener indemnización.

Nos encontramos así con que la propia Sentencia del TJUE identifica concretamente los supuestos en que se considera que es excesivo exigir la acción judicial previa, supuestos que queda circunscrito a los supuestos en que la ley no requiere actos administrativos de aplicación.

En consecuencia, en relación con el anterior punto analizado, la Sentencia del TJUE obliga a incorporar en el artículo 32.5 una regulación específica para los casos en que estemos ante leyes autoaplicativas o, en general, ante leyes que no se aplican a través de actos administrativos, dado que entonces no habrá acto administrativo que recurrir y no le es exigible al ciudadano afectado provocarlo para generar luego el recurso contra el acto.

4.1.2.2 El deber de alegar en el recurso la infracción del Derecho de la Unión: una advertencia del TJUE

En segundo lugar, respecto al segundo escenario planteado, debe añadirse un matiz y es lo relativo a la tercera parte del artículo 32.5 *relativa al requisito de*



que el particular perjudicado haya alegado la infracción del Derecho de la Unión en el marco del recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño.

Este añadido supone dividir nuestro segundo escenario en dos: aquellos casos en los que habiendo obtenido sentencia desestimatoria no se había alegado la infracción, en los que se deja fuera de la posibilidad de exigir la responsabilidad, y los casos en los que esta sí que se había alegado.

Es curioso que este requisito en el que el principio de eficacia se veía claramente afectado, el TJUE no lo incluye en su declaración final cuando enumera los requisitos contrarios al principio de eficacia. Esto se debe a que la Comisión no dio el enfoque adecuado y su petición fue desestimada (punto 143 de la sentencia) ya que como explica el Abogado General no se puede decir que este requisito lo que pretendía era limitar la responsabilidad del Estado Legislador a las normas dotadas de efecto directo (punto 99 de las Conclusiones).

Sin embargo, el propio TJUE reconoce que esta exigencia puede suponer *una complicación procesal excesiva* (punto 144 de la sentencia) y es que como dice la profesora Lozano Cutanda al perjudicado *en definitiva, y dicho coloquialmente, se le piden «dotes de adivino»*²³. Se podría decir incluso que debido a que son los jueces los que no han interpretado la norma como contraria al derecho de la Unión Europea a pesar de

²³ LOZANO CUTANDA, B.: *op. cit.*, 2021.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

haber sido alegada por el ciudadano, lo que se está recogiendo es no solo la responsabilidad del Estado legislador sino también la responsabilidad del “Estado Juez” dado que el órgano judicial tampoco advirtió que la ley, o la omisión legislativa, vulneraba el Derecho de la Unión, lo que hubiera impedido el perjuicio.

En todo caso, la advertencia contenida en el punto 114 de la Sentencia cuando dice que *puede resultar excesivamente difícil, o incluso imposible, prever qué infracción del Derecho de la Unión declarará finalmente el Tribunal de Justicia* debe llevar a excluir esta exigencia de la futura redacción de la norma o, al menos, a rebajar su grado de exigencia con el fin de evitar una nueva Sentencia contraria a España.

En esta misma línea el Abogado General en sus conclusiones indica que, en primer lugar, el precepto es solo aplicable a los casos en los que existe acto administrativo (punto 95) y profundiza en el estudio indicando que lo que no se puede exigir es haber *identificado correctamente la disposición concreta del Derecho de la Unión infringida* (punto 102) y que por tanto es contraria al principio de eficacia ya que *va más allá de la diligencia que razonablemente cabe esperar de ellos para limitar la importancia del perjuicio* (punto 103)²⁴.

²⁴ En este mismo sentido puede verse BOIX CORTÉS A. y ÁLVAREZ BARBEITO, P., (2022) *El TJUE concluye que el régimen español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en casos de infracción del Derecho de la Unión vulnera el principio de efectividad*. Disponible en:



4.1.3 El plazo de prescripción de un año y el de cinco años anteriores a la fecha de publicación de la Sentencia, salvo que la esta disponga otra cosa.

El artículo 67.1 párrafo tercero de la Ley 39/2015 prevé que *el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.* y el artículo 34.1 párrafo segundo de la Ley 40/2015 dispone que *serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.*

Frente a esto, el Abogado General indica en los puntos 108 y 109 de sus conclusiones, acorde con la argumentación de la Comisión, que debido a que no se puede exigir como requisito la necesidad de una resolución del TJUE que declare la disposición de derecho nacional contraria al Derecho de la Unión, tampoco se puede exigir un plazo a partir de esta declaración y, por tanto, estos preceptos serían contrarios al principio de eficacia.

<https://www.ga-p.com/publicaciones/el-tjue-concluye-que-el-regimen-espanol-de-responsabilidad-patrimonial-del-estado-legislador-en-casos-de-infraccion-del-derecho-de-la-union-vulnera-el-principio-de-efectividad/>



La sentencia del TJUE asume esta argumentación en el punto 166 pero, además, añade que la limitación en el tiempo no permite el resarcimiento íntegro de los daños, ya que el plazo es de cinco años desde la publicación de la sentencia y *teniendo en cuenta la duración del procedimiento al final del cual se dicta tal sentencia, esto es, un procedimiento por incumplimiento en el sentido del artículo 258 TFUE o un procedimiento prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE*, se haría imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización.

En cambio, es cierto que el TJUE no se opone a que a falta de disposiciones del Derecho de la Unión, el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determine las reglas relativas a la evaluación de los daños, siempre que no vulneren el principio de efectividad (punto 164 de la sentencia) y la propia Comisión indica que el Derecho de la Unión no se opone a la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años a los créditos del Estado, siempre que este plazo no impida la íntegra reparación. (punto 149 de la sentencia). Por lo tanto, siguiendo a Cobrero Mendazona²⁵, el problema no está en la existencia de un plazo de caducidad, sino en que la duración de este

²⁵COBREROS MENDAZONA, E., *op.cit.*, pág. 58, considera que *Sobre los plazos procesales, recientemente el Tribunal de Justicia ha interpretado, con carácter de general aplicación, que «la fijación de plazos de caducidad respeta, en principio, la exigencia de efectividad, en la medida en que constituye una aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica.*



plazo no puede impedir que el derecho se ejercite de manera efectiva.

4. 4.2 EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA

El principio de equivalencia, que también se puede denominar principio de no discriminación, tiene la finalidad de evitar que las normas estatales aplicables a la ejecución del Derecho de la Unión Europea sean menos favorables que las aplicables a las normas puramente internas²⁶.

Este principio, al igual que el de efectividad, es de reconocimiento jurisprudencial. Se recoge en la Sentencia del TJUE de 16 diciembre 1976 (C-33/76), asunto "Rewe" que reconoce la autonomía procesal de los Estados con el límite de que *estas normas no pueden ser menos favorables que las correspondientes a recursos similares de carácter interno*.²⁷

Respecto a la Sentencia que estamos analizando, la Comisión considera que el artículo 32.5 vulnera el principio de equivalencia al contemplar como requisito para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en caso de infracción del Derecho de la Unión, que la norma infringida tuviera por objeto

²⁶ LOZANO CUTANDA B. (2020) Apuntes de la asignatura de Derecho Comunitario *Principios generales que rigen la aplicación del Derecho de la Unión por los Estados Miembros. Documento inédito. Madrid: CUNEF Universidad.*

²⁷ Sentencia del TJUE de 16 diciembre 1976 (C-33/76), asunto "Rewe" Punto 5 de los fundamentos jurídicos.



conferir derechos a los particulares y que dicha infracción esté suficientemente caracterizada (punto 171 de la Sentencia). A su juicio se infringe el principio de equivalencia dado que estas exigencias no se contemplan, sin embargo, en el artículo 32.4 para exigir la responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales.

En un primer momento puede parecer que tiene razón la Comisión, dado que como se ha explicado, el principio de equivalencia impide que la legislación nacional favorezca la responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales frente a las reclamaciones derivadas de leyes contrarias a derecho de la Unión²⁸.

Sin embargo, la Sentencia, sigue la línea de las conclusiones del Abogado General, en las que se diferencian las reglas que rigen el nacimiento del derecho a la indemnización, de las reglas que regulan el ejercicio de ese derecho. Para que el derecho a indemnización nazca, son suficientes y necesarios los tres requisitos ya expuestos previamente (la norma

²⁸ De la misma opinión que la Comisión participa COBREROS MENDAZONA, E., op.cit., págs. 64 y 65. Considera este autor que puede haber un incumplimiento del principio de equivalencia dado que, frente a la indemnización derivada de leyes inconstitucionales, *la diferencia es destacada en cuanto a los requisitos materiales, y siempre en detrimento de las leyes incompatibles con el Derecho de la Unión Europea. Lo que parece ir derechamente contra la advertencia ya señalada de que los requisitos materiales habrían de ser los de la legislación estatal si esta fuera más «generosa» para los supuestos internos de indemnización por la misma razón.*



tenga por objeto conferir derechos, que la infracción esté suficientemente caracterizada y que exista relación de causalidad entre la infracción y el perjuicio), pero respecto a su ejercicio, es el Derecho nacional el que regula las modalidades procesales y sustantivas y es solo en esta segunda parte en la que el principio de equivalencia es pertinente.²⁹

Así, la Sentencia del TJUE, se encarga de decir que el principio de equivalencia se refiere a las normas procesales y sustantivas que regulan la reclamación de la responsabilidad, pero no a las reglas que determinan el surgimiento de la obligación de indemnizar. Dice así claramente la Sentencia en el punto 178 que *el principio de equivalencia tiene por objeto establecer un marco para la autonomía procesal de la que disponen los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión y este no establece nada en la materia* y añade en el punto 179 al igual que lo hacía el Abogado en sus conclusiones en el punto 122 que, sin embargo, el principio de equivalencia *no puede fundamentar la obligación de los Estados miembros de permitir que nazca un derecho a indemnización conforme a requisitos más favorables que los previstos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*.

En consecuencia, dado que el artículo 32.5 de la Ley 40/2015 se limita a recoger fielmente los requisitos establecidos en la jurisprudencia del TJUE para que

²⁹ Conclusiones del abogado Sr. M. SZPUNAR, del 9 de diciembre de 2021, Asunto C-278/20, puntos 121 y 122 de la sentencia.



nazca el derecho, ámbito en el que el principio de equivalencia no se aplica³⁰ nada debe reprocharse a la norma nacional.

Recordemos que la redacción actual del artículo 32.4 y 32.5 iguala las exigencias procesales o procedimentales cuando se pretende la reclamación de responsabilidad por leyes inconstitucionales y contrarias al derecho comunitario al imponer en ambos casos al particular el deber de actuar diligentemente impugnando los actos administrativos que aplicaron en su día la ley posteriormente anulada, exigiéndose también en ambos casos la invocación del derecho constitucional o de la Unión que ha sido incumplido por la Ley. Este deber de trato igual había sido exigido por el TJUE en virtud del principio de equivalencia en su Sentencia de 26 de enero de 2010 (Asunto C-118/08) que dio lugar a la STS de 17 de septiembre de 2010 (recurso de casación 153/2007).

³⁰ Dice así el abogado general en sus conclusiones en el punto 124 que *el hecho de que la acción de responsabilidad del Estado legislador por infringir la Constitución española no esté sujeta a la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares, a diferencia de lo que ocurre con la acción de responsabilidad del Estado legislador por infringir el Derecho de la Unión, no constituye una vulneración del principio de equivalencia, dado que ese principio no se aplica en ese supuesto.*



Cuestión distinta es que esta exigencia de recurso no se pueda imponer por ser demasiado gravosa, como ya hemos visto más atrás, cuando la ley contraria al Derecho de la Unión no se aplique mediante actos administrativos o que tampoco se deba exigir que el recurrente alegue en ese recurso la infracción del Derecho de la Unión.

5. PROPUESTA DE REFORMA

A continuación, se pretende hacer una propuesta de reforma utilizando como base principal las propias afirmaciones de la propia sentencia del TJUE en la que expreso, en mi opinión, cuáles son los cambios necesarios para una correcta regulación de la responsabilidad del Estado legislador acorde con la normativa comunitaria.

La Sentencia del TJUE deja claro que un particular debe poder solicitar el derecho a la indemnización por los daños que le haya provocado la actividad o inactividad del legislador contraria a Derecho de la Unión, sin necesidad de que exista una Sentencia del TJUE que declare el incumplimiento del Estado y que, en todo caso, la regulación se debe configurar de manera tal que no haga en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (apartado 86 de la Sentencia).

Por otro lado, a la hora de regular estas posibles vías de reclamación habrá que tener en cuenta que, como



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

dice reiteradamente la Sentencia del TJUE, las leyes no siempre se aplican mediante actos administrativos.³¹

En este sentido la Sentencia advierte que los daños que ocasiona *un acto u omisión del legislador nacional como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión* no siempre pueden ser *imputados a la actividad de los servicios públicos* (apartado 76 de la Sentencia). Señala, asimismo, que la legislación española no regula los supuestos en que *el daño deriva de un acto u omisión del legislador contrarios al Derecho de la Unión, sin que exista una actuación administrativa que el particular pueda impugnar* (apartado 127 de la Sentencia) y que no es inusual que la actividad o inactividad del legislador cause directamente el daño a los particulares (apartado 129 de la Sentencia).

En consecuencia, a mi juicio será preciso modificar la regulación de las Leyes 39 y 40 del 2015 las vías a través de las cuáles puede el particular afectado

³¹DOMÉNECH PASCUAL, G., en *Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho*, 2022, pág. 220. Realiza una propuesta de reforma en la que se indica *Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas por las lesiones causadas por la aplicación de una disposición legal o reglamentaria contraria a Derecho o por la omisión contraria a Derecho de una disposición*. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=j&url=https%3A%2F%2Fwww.raco.cat%2Findex.php%2FInDret%2Farticle%2Fdownload%2F406123%2F500364&uct=1667220273&usg=dsWY6eARHFUIX1KRu2PvoDqh5s.&ved=2ahUKewiDm92x5tj7AhV_nycHao1AeoQwtwHKAB6BAgAEAE



solicitar la indemnización para incluir los aspectos citados.

Además, deberá revisar, el plazo de prescripción del derecho a reclamar. En relación con este aspecto la propia STJUE advierte que *es compatible con el principio de efectividad establecer plazos razonables de recurso de carácter preclusivo, aun cuando, por definición, el transcurso de estos plazos dé lugar a la desestimación, total o parcial, de la acción ejercitada* (apartado 112).

Puede, por lo tanto, mantenerse un plazo de prescripción de la acción pero, habrá que tener en cuenta que, como se ha mencionado previamente, el daño que conlleva la aplicación, o la omisión, de una ley contraria al Derecho de la Unión, se podrá producir de diversas maneras: mediante un acto administrativo, mediante una actuación ajena a la Administración e, incluso, directamente por la Ley³². En consecuencia, de esta diversidad resulta que a la hora de determinar el día a partir del cual empieza a prescribir el derecho a reclamar, a mi parecer, lo más correcto sería hacer referencia a cualquier "hecho, acto o actuación causante del daño."

Además, a mi juicio debería reformarse el art. 67 de la Ley 39/2015 para regular también los supuestos en que es la propia ley la que directamente genera el derecho a la indemnización, sin necesidad de acto de aplicación. Se podría añadir entonces, siguiendo al profesor

³² En este sentido FERNÁNDEZ FARRERES, G, *op. cit.* Pág. 9.



FERNÁNDEZ FARRERES³³, que si la lesión es consecuencia directa e inmediata de una ley que se estima contraria al derecho de la Unión Europea, el interesado podrá instar la acción de responsabilidad en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley.

En los casos en que la ley se aplica mediante un acto administrativo, en mi opinión, el plazo del año se puede mantener tal como ahora se regula en el art. 67, y para los casos en que el daño se produce por una actuación no administrativa se puede mantener también la redacción del art. 67.1 dado que este precepto se refiere al año desde la producción del "hecho o el acto" que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo, lo que engloba, en principio, cualquier tipo de hecho o acto y no únicamente los actos administrativos.

Además, lo que es más importante, de acuerdo con la Sentencia del TJUE el artículo 32 debe ser también modificado para dejar claro que la responsabilidad no surge únicamente cuando hay una Sentencia del TJUE, sino que el particular afectado puede reclamar la responsabilidad, cuando exista una infracción suficientemente caracterizada, sin que exista una Sentencia del TJUE en el plazo de 1 año a contar desde el hecho o acto que provoca la lesión o desde la entrada en vigor de la Ley.

Puede ocurrir, no obstante, que el ciudadano solicite la indemnización y se le deniegue y, finalmente, tras un recurso contencioso contra esa denegación, no obtenga

³³ FERNÁNDEZ FARRERES, G, *op. cit.* Pág. 12.



la reparación de su derecho. Esto puede ocurrir, desde luego, cuando los jueces nacionales no aprecien que la legislación estatal es contraria al Derecho de la Unión. Por lo tanto, en mi opinión la nueva regulación debe cubrir dos aspectos: por un lado, el que ya hemos analizado respecto de las reclamaciones que los ciudadanos pueden hacer de manera directa si consideran que existe un daño que cumple los requisitos para que de él se derive responsabilidad, y por otro el supuesto en el que el TJUE declara que el legislador español ha infringido el Derecho de la Unión.

Para este segundo supuesto, debería poder reabrirse el plazo para reclamar, al menos para quienes actuaron de manera diligente y reclamaron la indemnización dentro del plazo exigido.³⁴ No se podrá, sin embargo, conforme a con las indicaciones de la sentencia del TJUE, exigir la reclamación o actuación diligente previa para los casos en los que no existiera acto alguno.

En cuanto al plazo, me parece razonable que, en este supuesto que se mantenga el de un año para reclamar la indemnización que comience a computarse, tal y como ahora está previsto en el art. 67 de la Ley 39/2015, a partir de la publicación en el DOUE de la Sentencia que declara el incumplimiento del legislador español.

³⁴ Siguiendo a DOMÉNECH PASCUAL, G., *op. cit.*, pág. 193, cuando defiende que *Si el perjudicado ha podido evitar el perjuicio atacando en tiempo hábil los actos de que se trata y no lo ha hecho, luego no puede reparar esta omisión y procurarse un nuevo recurso por la vía de una demanda de responsabilidad.*



En resumen, las principales modificaciones que, a mi juicio, deberían introducirse en nuestra legislación para adecuarla a la Sentencia del TJUE, son las siguientes:

1. Prever un cauce para reclamar la indemnización derivada de una infracción del derecho de la Unión Europea suficientemente caracterizada por parte del legislador estatal sin necesidad de esperar a que exista una Sentencia del TJUE. Se podrá reclamar en el plazo de un año desde la producción del daño sea como sea la forma en que se haya producido ese daño: por un acto, por un hecho o directamente por la Ley.
2. Que, si a pesar de interponer la reclamación, el ciudadano no obtiene la indemnización solicitada, la posterior Sentencia del TJUE le debería permitir volver a solicitar la indemnización en el plazo de un año desde la publicación de la sentencia en el DOUE.

6. EFECTOS DE LA SENTENCIA, EN ESPECIAL PARA EL DERECHO TRIBUTARIO

La Sentencia del TJUE, objeto de este trabajo tiene varios efectos de gran importancia. En primer lugar, como ya se ha explicado previamente, la necesidad de que se apruebe una nueva legislación acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por normas contrarias al Derecho de la Unión. En segundo lugar, puede que incluso produzca un "efecto contagio" en el régimen de responsabilidad de normas declaradas



inconstitucionales³⁵, ya que si, el TJUE ha declarado que infringen el principio de eficacia los requisitos para exigir la responsabilidad por normas contrarias al derecho comunitario, no es de extrañar que estos mismos requisitos que se exigen para normas declaradas inconstitucionales terminen siendo considerados también contrarios al derecho de la tutela judicial efectiva y el artículo 106.2 de la CE, que reconoce el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por las lesiones sufridas como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos³⁶.

Por otro lado, la Sentencia del TJUE puede tener una enorme trascendencia en el ámbito tributario. Al final, las normas tributarias son especialmente sensibles debido a las implicaciones económicas que conllevan y su declaración de que son contrarias al Derecho de la Unión puede tener graves consecuencias para el Estado

³⁵ En este sentido opina BOIX CORTÉS, A. y ÁLVAREZ BARBEITO, P., (2022), *op cit.* que *ya que el fallo no limita sus efectos. Y, por otro lado, podría ser un punto de partida para situaciones similares en otro ámbito, como es el de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por normas declaradas contrarias a la Constitución.*

³⁶ CUATRECASAS (2022). En su Legal flash. *Anulación parcial del régimen de responsabilidad* indica que: *la STJUE comentada ofrece mimbres que permiten indagar, desde la perspectiva del efecto útil de la cláusula del artículo 106.2 CE, la constitucionalidad del sistema de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de una norma con rango de ley declarada inconstitucional.*



Español, a modo de ejemplo, pensemos en el caso conocido como "céntimo sanitario"³⁷. Un impuesto que el TJUE declaró en 2008 contrario al Derecho de la Unión y que en 2014³⁸ el mismo TJUE aclaró que debía indemnizar a los perjudicados por todas las cantidades recaudadas desde el año 2001, sin límite de tiempo, lo provoca el deber de hacer indemnización de cuantías muy elevadas.³⁹

Además, no son infrecuentes los casos en los que normas tributarias son declaradas no conformes con el Derecho de la Unión⁴⁰. Este mismo 27 de enero de

³⁷ CAMPOS MARTÍNEZ, J.A., (2016) en "La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador en materia tributaria, especial referencia a la vulneración del derecho de la Unión Europea". Albacete, España. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/8552/TESIS%20Campos%20Mart%C3%ADnez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Pág. 277. *Sobre el denominado «céntimo sanitario del cual se deriva la obligación que nace para los Estados miembros de devolver las cantidades satisfechas con ocasión de un tributo declarado contrario al ordenamiento jurídico europeo mediante los mecanismos dispuestos dentro de sus ordenamientos jurídicos.*

³⁸ STJUE de 27 de febrero de 2014 (C-82/12)

³⁹ MORALES ENRIQUE. (2022) *Los recursos del céntimo sanitario que no pagó Montoro se 'eternizan' en el TS*. La información. Disponible en: ww.lainformacion.com/juridico/reclamar-centimo-sanitario-supremo-requisitos-euros-2022/2859461/

⁴⁰ CUATRECASAS. (2022). Legal flash *Op.cit.* Pág.3 *Piénsese en las consecuencias en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de No Residentes y su tratamiento desfavorablemente*



2022 el TJUE declaró en su Sentencia (asunto C-788/19), que ciertos preceptos de la declaración de la Renta de No Residentes incumplen el Derecho de la Unión Europea.

Cabe destacar que con la regulación de la Ley 40/2015 era difícil, desde luego, obtener una indemnización por responsabilidad del Estado Legislador cuando la norma tributaria se aplicaba mediante autoliquidaciones. Recordemos que su art. 32 exigía al ciudadano haber recurrido los actos de aplicación de la norma contraria al Derecho de la Unión y que las autoliquidaciones no son actos administrativos⁴¹. El ciudadano vendría obligado entonces a provocar un acto administrativo a través, por ejemplo, de la solicitud de ingresos indebidos para que existiera una actuación administrativa contra la que recurrir lo cual, como ya hemos dicho, no le es exigible por vulnerar el principio de efectividad (apartados 123 y 124 de la Sentencia que comentamos y apartado 127 de la STJUE de 8 de marzo de 2001 C-397/98 y C-410/98).

distinto durante largos años en relación con el dispensado en el Impuesto sobre Sociedades a las compañías establecidas en la jurisdicción española.

⁴¹ CAMPOS MARTÍNEZ, J.A., (2016), *Op cit*, Pág 277, Preveía ya que con la entrada en vigor de las leyes 39 y 40 del 2015: *mayores implicaciones tendrá en el campo tributario, pues de aplicarse por parte del Tribunal Supremo (y en principio tendrá que hacerlo), los contribuyentes que pretendan recuperar sus tributos por la declaración de inconstitucionalidad o vulneración del Derecho de la UE tendrán como única opción recurrir los actos tributarios en vía administrativa.*



Tras la STJUE de 28 de junio de 2022 podemos considerar que, en el caso de autoliquidaciones y al igual que ocurrió con el céntimo sanitario, la declaración de que una norma es contraria al Derecho de la Unión debe permitir a los afectados, aunque en su día no recurrieran ni solicitaran la devolución de ingresos indebidos, sin límite temporal, el derecho a la indemnización siempre que se cumplan los tres requisitos (que la norma tenga por objeto conferir derechos, que la infracción esté suficientemente caracterizada y que exista relación de causalidad entre el la infracción y el perjuicio). Mientras la norma no sea declarada contraria al Derecho de la Unión, el ciudadano podrá, desde luego, solicitar la devolución de ingresos indebidos argumentando que la norma es contraria al Derecho de la Unión⁴², pero para que por esta vía obtenga satisfacción su reclamación debería ser la propia administración⁴³ la que inaplique la ley, o

⁴² CAMPOS MARTÍNEZ, J.A., (2016), *Op cit*, Pág, 408. *Así, cuando el obligado tributario considere que la presentación de una autoliquidación ha perjudicado sus intereses legítimos por cuanto la misma fue realizada en cumplimiento de un precepto del ordenamiento jurídico tributario incompatible con el Derecho de la UE, aun sin que concurra decisión en tal sentido por parte del TJUE, puede solicitar a través de esta vía la devolución de ingresos indebidos.*

⁴³ Como señala LÓPEZ ESCUDERO, M., *Primacía del Derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 64 (2019), 787-825. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.64.01>, ha precisado el TJUE que el deber de excluir la aplicación de una normativa nacional contraria al derecho de la Unión no solamente incumbe a los jueces y tribunales nacionales, sino también a



bien, de no hacerlo la Administración, posteriormente se le podrá pedir al juez que inaplique la ley al controlar el acto administrativo denegatorio de la solicitud de ingresos indebidos. El hecho de no haber seguido este difícil camino no debe impedir, como decimos, la posterior reclamación de responsabilidad una vez la ley haya sido declarada contraria al Derecho de la Unión por el TJUE.

Por último, y no solo para el ámbito tributario, un efecto que puede resultar paradójico es que podrá llegar a derivar responsabilidad del Estado legislador por normas contrarias al Derecho de la Unión de la Sentencia que comentamos y que declara la incompatibilidad de los preceptos citados de las Leyes 39 y 40 de 2015 con la normativa europea. Pensemos que es posible que existan particulares que no hayan podido obtener indemnización debido a los estrictos requisitos exigidos y ahora declarados contrarios al Derecho de la Unión. Por ejemplo, una persona a la que se haya denegado la indemnización por aplicación del plazo de cinco años recogido en el art. 34.1 de la ley 40/2015. Ese particular podría hoy reclamar responsabilidad derivada de la aplicación de la Ley 39 o

todos los órganos del Estado —incluidas las autoridades administrativas— encargados de aplicar, en el marco de sus respectivas competencias, el derecho de la Unión pág. 792. En el mismo sentido LOZANO CUTANDA, B., El principio de primacía del Derecho de la Unión y los órganos administrativos, disponible en <https://www.gap.com/publicaciones/el-principio-de-primacia-del-derecho-de-la-union-y-los-organos-administrativos/>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

40 de 2015, siempre y cuando se cumplan los requisitos general para obtener la indemnización, dado que ha sido esa norma, declarada contraria al Derecho de la Unión, la que le ha impedido obtener en su día la indemnización⁴⁴.

7. CONCLUSIONES

1) El ordenamiento español regula por primera vez la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión en sus Leyes 39 y 40 del año 2015 y lo hace en términos más exigentes que la Jurisprudencia del TS existente hasta entonces, suponiendo por ello una limitación a la hora de poder obtener la indemnización.

⁴⁴ HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., Una sentencia previsible: la STJUE Comisión/España de 28 de junio de 2022. (Segunda parte). Eventuales efectos en el orden interno, Disponible en <https://www.politicafiscal.es/equipo/joaquin-huelin-martinez-de-velasco/stjue-comision-espana-de-28-de-junio-22-efectos-en-el-orden-interno> En este mismo sentido: *aquellos que se abstuvieron de reclamar porque manifiestamente no cumplían algunos de los requisitos legalmente exigidos o que, habiendo reclamado, vieron por tal razón desestimada su solicitud por resolución administrativa o judicial firme, ya inamovible, tienen en la sentencia pronunciada por el Tribunal de Justicia con fecha 28 de junio de 2022 un título de imputación de responsabilidad patrimonial en la medida en que la disciplina legal interna les impedía obtener reparación exigiéndoles unas condiciones contrarias al principio de efectividad del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.*



2) La STJUE de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20) considera que la regulación contenida en las Leyes 39 y 40 de 2015 sobre la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión, vulnera el principio de efectividad, dado que hace en la práctica imposible o muy difícil obtener la indemnización. No se vulnera, sin embargo, el principio de equivalencia.

3) La vulneración del principio de efectividad deriva principalmente del hecho de condicionar el derecho a la indemnización a la previa existencia de una Sentencia del TJUE que declare el incumplimiento del legislador español (art. 32.5 párrafo primero). Por lo tanto, para que el principio de efectividad se respete, el particular afectado debe poder reclamar la indemnización, aunque no exista una Sentencia del TJUE.

4) La declaración del requisito de exigencia de Sentencia del TJUE como contrario al Derecho Comunitario, contamina al requisito del plazo para reclamar. Por un lado, el del año para reclamar desde la sentencia del TJUE, ya que, dado que no es exigible la previa sentencia tampoco es exigible que la reclamación se lleve a cabo en el plazo de un año desde su publicación en el DOUE (art. 66.1. párrafo 3 de la Ley 39/2015). Y por otro la limitación temporal, según la cual solo son indemnizables los daños producidos en los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la Sentencia del TJUE (art. 34.1 párrafo segundo de Ley 40/2015) por el mismo motivo, sin perjuicio de que, en todo caso, la limitación también es contraria al principio de efectividad por su escasa duración.



5) Vulnera el principio de efectividad condicionar la indemnización en todo caso al hecho de que el afectado haya recurrido en su día el acto administrativo de aplicación de la Ley finalmente declarada contraria al Derecho de la Unión (art. 32.5 párrafo primero). La razón es que esta exigencia hace imposible o muy difícil obtener la indemnización cuando el daño deriva directamente de la ley, sin necesidad de actos administrativos de aplicación, y cuando la ley no se aplica mediante actos administrativos.

6) Exigir al particular haber alegado en su recurso contra el acto que la ley aplicada era contraria al Derecho de la Unión (art. 32.5 párrafo primero), es un requisito que cae por su propio peso una vez se ha dicho que no se puede exigir en todo caso la interposición de ese recurso contra el acto. Ahora bien, incluso en los casos en los que sí se pudiera exigir el recurso contra el acto, la Sentencia del TJUE advierte que una exigencia como esta, puede suponer una complicación procesal excesiva y, en consecuencia, ser contrario al principio de efectividad.

7) Sin embargo, no se vulnera el principio de equivalencia por el hecho de prever el art. 32.5 que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las leyes inconstitucionales, la indemnización procede si se cumplen las condiciones siguientes: que el incumplimiento constituya infracción suficientemente caracterizada y que la norma infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares. En este punto considera la Sentencia del TJUE que la norma se limita a recoger fielmente los requisitos establecidos en



la jurisprudencia del TJUE para que nazca el derecho a la indemnización, ámbito en el que el principio de equivalencia no se aplica.

8) En consecuencia, los preceptos contrarios al principio de efectividad no se pueden aplicar por ser contrarios al Derecho de la Unión. Por lo tanto, mientras no se regule de nuevo esta cuestión, se debe permitir a los particulares afectados reclamar el derecho a indemnización por los daños que sufran como consecuencia de la aplicación de normas contrarias al Derecho de la Unión y esta reclamación no se podrá condicionar a la existencia de una Sentencia del TJUE, ni se podrán limitar los daños indemnizables a los que se produjeron en el plazo de cinco años anteriores a la publicación de la sentencia, y además no se podrá excluir del derecho a indemnización a quienes no impugnaron los actos de aplicación de las leyes.

9) Cuando el legislador modifique la regulación de la responsabilidad del Estado legislador para adaptarla a la Sentencia, deberá prever: las vías a través de las cuales los particulares afectados pueden solicitar la indemnización sin que exista una Sentencia del TJUE, y el plazo (un año a contar del acto o del hecho causante del daño o, en su caso, de la entrada en vigor de la Ley que provoca el daño). Por otro lado, deberá prever el supuesto de que se dictara una Sentencia del TJUE posterior que declarara el incumplimiento del legislador español, disponiendo que entonces se podrían reabrir los plazos para reclamar la indemnización (un año a contar desde la publicación de la Sentencia en el DOUE) distinguiendo, en su caso, entre quienes actuaron



diligentemente (por recurrir sus actos de aplicación) y quienes no a los efectos de reconocerles el derecho a la indemnización.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BOIX CORTÉS, A. y ÁLVAREZ BARBEITO, P., (2022) *El TJUE concluye que el régimen español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en casos de infracción del Derecho de la Unión vulnera el principio de efectividad*. Página web Gómez Acebo. Disponible on line [VÍNCULO](#)
- CAMPOS MARTÍNEZ, J.A., (2016) *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador en materia tributaria, especial referencia a la vulneración del derecho de la Unión Europea*. Albacete. Disponible on line [VÍNCULO](#)
- COBREROS MENDAZONA, E.: *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000. Disponible on line [VÍNCULO](#)
- CUATRECASAS. Legal flash Anulación parcial del régimen de responsabilidad patrimonial, 2022. Disponible on line [VÍNCULO](#)
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho, 2022*, Disponible on line [VÍNCULO](#)
- El Consultor de los Ayuntamientos (2019) *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador por el IIVTNU*, Wolter Kluwer. Disponible online [VÍNCULO](#)
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*



(Gran Sala) de 28 de junio de 2022 («As. C 278/20»), Revista española de Derecho Administrativo, nº 221, 2022.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La responsabilidad del Estado Legislador en el Derecho Español, 2.ª ed., Civitas, 2007.

- GARRIGUES, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador: las claves de la sentencia del TJUE que obliga a modificar la normativa española* [en línea]. 2022, Garrigues, covering every angle of business law. Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/responsabilidad-patrimonial-estado-legislador-claves-sentencia-tjue-obliga-modificar

- HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., *Una sentencia previsible: la STJUE Comisión/España de 28 de junio de 2022. (Segunda parte). Eventuales efectos en el orden interno*, Disponible on line [VÍNCULO](#)

- IBÁÑEZ GARCÍA, I., *El régimen de responsabilidad patrimonial de la Ley 40/2015 ante el TJUE (recurso por incumplimiento C-278/20) Universidad Complutense de Madrid*. WP IDEIR nº 39, 2021. Disponible on line [VÍNCULO](#)

- LACABA SÁNCHEZ, F., (2018). *El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria*. Revista de Derecho VLex. (166). Disponible on line [VÍNCULO](#)

- LÓPEZ ESCUDERO, MANUEL., *Primacía del Derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 64 (2019), 787-825. Disponible on line [VÍNCULO](#)

- LOZANO CUTANDA, B., *La Comisión considera que los requisitos procesales que exige la Ley 40/2015 para*



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

poder reclamar responsabilidad al Estado legislador no son conformes con el Derecho de la Unión, Diario La Ley, 2018, 9149.

- *Administración Pública. El abogado general considera que los requisitos procesales que exige la legislación española para reclamar responsabilidad al Estado legislador no son conformes con el Derecho de la Unión 2021, Página web Gómez Acebo disponible on line [VÍNCULO](#)*
- *Apuntes de la asignatura de Derecho Comunitario Principios generales que rigen la aplicación del Derecho de la Unión por los Estados Miembros. Documento inédito. Madrid: CUNEF Universidad, 2020.*
- *El principio de primacía del Derecho de la Unión y lo órganos administrativos, disponible on line [VÍNCULO](#)*
- MARTÍN REBOLLO, L. *Leyes Administrativas Básicas*, 4ª edición, Civitas, 2000.
- MORALES ENRIQUE. (2022) *Los recursos del céntimo sanitario que no pagó Montoro se 'eternizan' en el TS. La información.* [en línea], Disponible en: ww.lainformacion.com/juridico/reclamar-centimo-sanitario-supremo-requisitos-euros-2022/2859461/
- EUROPA CASTILLA. *Procedimientos de infracción* [en línea], (s.f). Portada | europa.castillalamancha.es. Disponible on line [VÍNCULO](#)
- SR. MACIEJ SZPUNAR,. *Curia- Conclusiones del abogado general*, 2021 [en línea]. Disponible on line [VÍNCULO](#)
- TORNOS MAS, J., *La responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. El cambio jurisprudencial establecido por la Sentencia del*



Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010, en el libro "Administración de Justicia. Un análisis Jurisprudencial Volumen I. España. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández, Ed. Civitas, Madrid, 2012, páginas 2365 a 2378.

LEGISLACIÓN

España. Constitución Española. «Boletín Oficial del Estado,» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Disponible en: [BOE-A-1978-31229](https://www.boe.es/eli/es/l/1978/12/29/311/con)

España. Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. «Boletín Oficial del Estado,» núm. 236, de 2 de octubre 2015. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/40/con>

España. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. «Boletín Oficial del Estado,» núm. 236, de 02 de octubre de 2015. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39/con>

España. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (disposición derogada). «Boletín Oficial del Estado,» núm. 285, de 27 de noviembre de 1992. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/l/1992/11/26/30/con>

España. Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria (procedente del Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre). «Boletín Oficial del Estado,» núm. 156, de



30 de junio de 1990, páginas 18710 a 18724 (15 págs.) Disponible:
<https://www.boe.es/eli/es/l/1990/06/29/5>

Europa. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. «DOCE» núm. 95, de 21 de abril de 1993, páginas 29 a 34 (6 págs.)

SENTENCIAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (STJUE)

STJUE (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20)

STJUE de 27 de enero de 2022 (asunto C-788/19)

STJUE de 27 de febrero de 2014 (asunto C-82/12)

STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11)

STJUE (Gran Sala) de 26 de enero de 2010 (asunto C-118/08)

STJUE (Gran Sala) de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, (asunto C-445/06)

STJUE de 21 de febrero del 2008, Tele2 Telecommunication (asunto C-426/05)

STJUE (Gran Sala) de 17 de abril de 2007 (asunto C-470/03)

STJUE de 30 de septiembre de 2003, Köbler (asunto C-224/01)

STJUE de 8 de marzo de 2001 Metallgesellschaft Ltd y otros (C-397/98), Hoechst AG y Hoechst (UK) Ltd (C-410/98).

STJUE de 1 de diciembre de 1998, Levez (asunto C-326/96)

STJUE de 24 de septiembre de 1998 (asunto C-319/96)



STJUE de 8 de octubre de 1996, Erich Dillenkofer (asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94)

STJUE de 26 de marzo de 1996 (asunto C-392/93)

STJUE de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck (asunto C-312/93)

STJUE de 9 de marzo de 1978 (Asunto Simmenthal C-106/77)

STJUE de 16 diciembre 1976, Rewe (asunto C-33/76)

STJUE de 15 de julio de 1964, Costa/Enel (asunto C-6/64)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (STC)

STC 173/1996, de 31 de octubre, (cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 3.563/1993, 3.564/1993, 3.565/1993 y 100/1994)

STC 159/1997, de 2 de octubre (recurso de amparo 168/1994)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (STS)

STS (sala tercera) núm. 401/2022, de 31 de marzo (recurso de casación 836/2020)

STS (sala tercera) núm.1393/2021, de 29 de noviembre (recurso 6198/2020)

STS (sala tercera) núm.1706/2020, de 10 de diciembre (Recurso de Casación 8022/2019)

STS (sala tercera) núm.1384/2020, de 22 de octubre (Recurso de Casación 6717/2019)

STS (sala tercera) núm.1351/2020, de 17 de octubre (Recurso de Casación 5694/2019)

STS (sala tercera) núm.1264/2020, de 7 de octubre (Recurso de Casación 4216/2019)



STS (sala tercera) núm.1186/2020, de 21 de septiembre (Recurso de Casación 2829/2019)
STS (sala tercera) núm.1158/2020, de 14 de septiembre (Recurso de Casación 2486/2019)
STS (sala tercera) de 7 de febrero de 2012 (Recurso de Casación 419/2010)
STS (sala tercera) de 17 de septiembre de 2010 (Recurso de Casación 153/2007)
STS (sala tercera) de 24 de mayo de 2005 (Recurso contencioso-administrativo 73/2003)
STS (sala tercera) de 29 de enero de 2004 (Recurso contencioso-administrativo 52/2002)
STS (sala tercera) de 11 de junio de 2001 (Recurso contencioso-administrativo 117/2000)
STS (sala tercera) de 11 de enero de 2001 (Recurso contencioso-administrativo 455/1998)
STS (sala tercera) de 13 de junio de 2000 (Recurso contencioso-administrativo 567/1998)
STS (sala Tercera) de 29 de febrero de 2000 (Recurso contencioso-administrativo 49/1998)



LA EXCEDENCIA LABORAL: UNA REVISIÓN DE LA FIGURA Y SU FINALIDAD CONCILIADORA

D. Nicolás Martínez Ibáñez

Abogado

Resumen: Según datos del ministerio de trabajo, el número de excedencias ha experimentado un crecimiento notable, siendo las solicitadas para el cuidado de familiares e hijos las principales, incrementándose de manera exponencial cada año. Dada su importancia, en el presente ensayo se pretenden analizar las características básicas de una figura tan relevante, prestando atención a todos sus elementos y haciendo hincapié en su existencia como figura que ampara la armonización de las aspiraciones personales y las circunstancias familiares con el desempeño laboral. El ensayo contendrá un marcado carácter crítico advertido desde una doble perspectiva: se cuestionará la existencia de la figura como elemento autónomo junto con los subtipos que la integran y, en segundo, lugar se planteará si verdaderamente el ánimo conciliador está adecuadamente garantizado. En último término se servirá del examen realizado a la figura para proponer las modificaciones pertinentes que, a juicio del autor, contribuyan a perfeccionar la institución y por tanto garanticen de forma más adecuada los



derechos de los trabajadores.

Palabras clave: Excedencia. Suspensión del contrato. Reincorporación. Conciliación familiar.

Abstract: According to data from the Ministry of Labor, the number of leaves of absence has experienced notable growth, with those requested for the care of relatives and children being the main ones, increasing exponentially each year. Given its importance, this essay intends to analyze the basic characteristics of such an important figure, paying attention to all its elements and emphasizing its existence as a figure that supports the harmonization of personal aspirations and family circumstances with work performance. The essay will contain a marked critical nature from a double perspective: the existence of the figure as an autonomous element together with the subtypes that comprise it and, secondly, it will be considered if the conciliatory mood is truly adequately guaranteed. Ultimately, the examination carried out on the figure will be used to propose the pertinent modifications that, in the author's opinion, contribute to perfecting the institution and therefore more adequately guarantee the rights of workers.

Key words: Leave of absence. Contract suspension. Reincorporation. Family conciliation.



SUMARIO

INTRODUCCIÓN.1. MARCO TEÓRICO 1.1. EL SURGIMIENTO DE LA FIGURA EN EL ÁMBITO LABORAL 1.2. LA EXCEDENCIA: RÉGIMEN Y CONSIDERACIONES GENERALES. 1.2.1. Excedencia forzosa. 1.2.2. Excedencia voluntaria 1.2.3. Excedencias por cuidado. 1.2.4. Régimen común 1.3. DELIMITACIÓN DE LA FIGURA: SUSPENSIÓN Y EXCEDENCIA 2. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN LA EXCEDENCIA 2.1. LA DEFECTUOSA REDACCIÓN DEL ART. 45 ET VINCULADA A LA NO INCORPORACIÓN EN LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA.2.2.LA EXCEDENCIA, LA BUENA FE Y LA POSIBILIDAD DE OPTAR A NUEVAS RELACIONES LABORALES 2.2.1. Una alusión a las cláusulas contractuales: el pacto de plena dedicación. 3. LA EXCEDENCIA POR CUIDADO. 3.1. LA IMPORTANCIA DE LA LEY DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL 3.2. REQUISITOS LEGALES 3.3. LA INCERTIDUMBRE DE LA FIGURA 3.3.1. La necesidad de dos subtipos en el cuidado 3.3.2. Discusión sobre su calificación 3.3.3. La escasa labor conciliadora. 4. CONCLUSIONES.BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La necesidad de configurar preceptos legales que no solo tengan como objetivo principal la protección



frente a terceros o la garantía de un orden social, hace necesaria la inclusión de normas que velen por otro tipo de intereses. En este sentido, se hace alusión a las excedencias laborales, cuyo objetivo claro puede resumirse bajo el término de compatibilización laboral en una doble perspectiva. En un primer sentido, permiten compatibilizar el régimen laboral ordinario con otros deberes o aspiraciones particulares, en un segundo aspecto, ofrecen el soporte imprescindible para garantizar el espacio que haga perfectamente compaginables el trabajo y la familia, en el ámbito cotidiano y también como respuesta al cuidado que demandan ciertas circunstancias sobrevenidas.

En el presente artículo se abordará la perspectiva de la excedencia laboral como institución que otorga flexibilidad en un mercado ampliamente regulado. En este contexto, el reto principal será un estudio pormenorizado de la figura, prestando atención a las posibles contradicciones y deficiencias en su concepción y regulación.

El análisis será articulado en dos partes claramente diferenciadas. Una primera parte de exposición general del fenómeno de estudio; se confrontará la excedencia con otras figuras afines o similares y se ofrecerán sus principales rasgos característicos. Además, se pondrá especial énfasis en el carácter crítico respecto a la estipulación y configuración de la figura, remarcando las incongruencias que se desprenden de su articulación legal. En la segunda parte, se producirá la abstracción centrandó el estudio en un tipo concreto: la excedencia por



cuidado. En esta segunda etapa de nuevo estará presente un marcado carácter crítico, en este caso, relativo a la adecuación de la figura a las finalidades perseguidas.

1. MARCO TEÓRICO

1.1 EL SURGIMIENTO DE LA FIGURA EN EL ÁMBITO LABORAL

La excedencia aparece en el Derecho del Trabajo como una manifestación clara de conquista proveniente en origen del Derecho Administrativo, en concreto, vinculado al ámbito funcionarial. Tal y como indica PEDRAJAS MORENO¹ la excedencia forzosa se estipulaba como una de las posibilidades con las que la Administración contaba para la reorganización de los servicios. Se acude, por tanto, a la migración de normas que permite la aparición de tal figura en el ámbito laboral.

El verdadero hecho que impulsó el interés en la figura fueron las pretensiones generales de los trabajadores de dar una mayor seguridad en el empleo, frente a las circunstancias que podían poner en riesgo su puesto de trabajo. La estipulación de la excedencia respondía, por tanto, a la garantía solicitada de una mayor estabilidad en el empleo frente a las diversas vicisitudes que la relación podía experimentar,

¹ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, ed. Montecorvo, Madrid, 1983, páginas 50, 93 y 97.



dejando patente, en todo momento, la clara voluntad de preservar el vínculo laboral frente a las posibles situaciones temporales "impeditivas". De esta manera, comienzan a regularse diversos hechos extintivos: licencias y permisos, tomando como criterio diferenciador la duración de cada uno de ellos.

Sin embargo, no es hasta la elaboración de las Bases de Trabajo de los Jurados Mixtos, 27 de noviembre de 1931, cuando se integra al ámbito laboral. A través de estas normas se incorpora por vez primera diversos supuestos interruptivos de la prestación laboral bajo la denominación excedencia. Con posterioridad a las Bases de Trabajo, la figura fue contemplada por las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas laborales donde verdaderamente comienza a configurarse como institución. Tanto la Ley de contratos de 1931 como la de 1944 no contenían referencias expresas a la figura, limitándose a estipular causas estrictamente suspensivas. Es en este momento cuando comienzan a destacar las Ordenanzas y Reglamentaciones², apartándose de lo que GORRELLI HERNÁNDEZ³ denomina "germen de la suspensión" en relación al

² En palabras de PEDRAJAS MORENO, *La excedencia laboral* (...) op. cit., página 163, pese a la tendencia de reconocer las Reglamentaciones y Ordenanzas como primeras figuras normativas que amparan la excedencia, las mismas no hacen sino generalizar algo ya mencionado por las bases de trabajo.

³ GORRELLI HERNÁNDEZ, J., *Las excedencias en derecho del trabajo*, ed. Comares, Granada, 1988, página 4.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

art. 45 ET, para comenzar a considerar estos supuestos de suspensión como causas de excedencia.

Se debe atender a la Ley de Relaciones Laborales de 1976 para que, aunque de forma dispersa, se regulen expresamente los primeros supuestos de excedencia⁴, reconociéndose en su art. 25.4 el derecho a excedencia por cuidado de hijos o en su art. 26 la excedencia voluntaria como derecho propio de todo trabajador por tiempo indefinido.

La incorporación de la excedencia ha sido muy criticada por muchos autores al considerar que la figura propia de la suspensión podría ocupar su papel a la perfección. No obstante, es preciso mencionar que tal figura —la suspensión— no se encontraba lo suficientemente matizada y que su concreción guarda correlación con la migración aludida.

1.2 LA EXCEDENCIA: RÉGIMEN Y CONSIDERACIONES GENERALES

Debe partirse de una definición común en virtud de la cual se considera la excedencia como una situación atípica en la que el trabajador deja de ejercer sus funciones laborales por un determinado tiempo para, *a posteriori*, afrontar las diferencias evidentes entre la naturaleza de cada uno de los tipos.

La consiguiente aclaración dará una cierta proximidad a la figura y por tanto una facilidad en la comprensión

⁴ GORRELLI HERNÁNDEZ, *Las excedencias (...)* op. cit., página 5; RUANO ALBERTOS, S., *La excedencia voluntaria no causal en el Estatuto de los Trabajadores*, ed. Colex, 1995, páginas 7 y 8.



de los subtipos.

1.2.1 Excedencia forzosa

Primeramente, es preciso indicar la apropiación del término forzoso que lleva a cabo el derecho laboral, pues, al contrario que la mayoría de las ramas del derecho, el mismo, se desliga por completo de su concepción habitual basada en la obligatoriedad como elemento sustancial, para referirse en el ámbito del trabajo a ciertas ventajas en el disfrute de la situación de excedencia. Por ello se destaca que en ningún caso la excedencia forzosa alude a un acogimiento obligado, pese a ser la tendencia de un primer pensamiento dada su denominación.

No se puede hablar, por norma general, de imposición empresarial, sino que su apelativo expresa el cómputo de antigüedad y reserva de puesto que implica, como consecuencia de la imposibilidad laboral del desarrollo conjunto de ambas funciones, entendiendo por ambas, tanto el trabajo empresarial como la ocupación que motiva la excedencia. Por tanto, se ofrece al trabajador la posibilidad de elegir entre una u otra, sin que tal elección, en caso de decantarse por la ajena al ámbito laboral cotidiano, suponga la extinción de su relación laboral.

- Identificación de los supuestos.

Basta atender a la redacción otorgada por el texto estatutario para determinar los supuestos tasados que permiten acogerse a la misma.

Así, en virtud del art. 46.1 ET se destaca la designación o elección para cargo público,



encontrándose el fundamento en el art. 23.1 CE respecto a la libertad de los ciudadanos para participar de los asuntos públicos, cuando dicho cargo impida la realización simultánea de las funciones laborales. Dela misma forma, el art.46.4 ET, así como el art.9.1 b) LOLS confiere al ejercicio de funciones sindicales el mismo régimen.

Como tercera situación en los supuestos que engloba la excedencia forzosa, parece incluirse, a partir de la Ley 4/1995 de 23 de marzo, sobre el permisoparental y la LCVFL⁵, los subtipos agrupados bajo el término "excedencia por cuidado de familiares"; cuidado de hijos y cuidado de familiares. No obstante, dicha clasificación será puesta en duda a lo largo del trabajo, de ahí la inclusión de una categoría particular en sucesivos apartados.

- Régimen legal.

Reunida alguna de las causas tasadas que habilita legalmente la excedencia forzosa, el empresario deberá concederla.

Durante el tiempo de duración de la misma, destacando que no existe un plazo establecido y que, por tanto, se extiende a la duración de la causa habilitante, el trabajador dispone a su favor del derecho de reserva del puesto. Tal derecho consta de dos implicaciones; en primer lugar, opera de manera inmediata, de tal forma que el trabajador cumplimentando los requisitos necesarios para su

⁵ Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.



reingreso, se reincorporará sin necesidad de que exista vacante. En segundo lugar, tal reincorporación se hará efectiva respecto al puesto exacto que venía ocupando el mismo, por lo que el empresario, en la sustitución del excedente, deberá acudir de forma lógica a la figura del contrato temporal por sustitución ex art.15 ET, apartados primero y tercero.

Otra característica importante es que el tiempo de excedencia será computable a efectos de antigüedad en la propia empresa.

Por lo que respecta al momento de reincorporación, el mismo entrará en juego una vez finalizada la causa habilitante, debiendo realizar el trabajador la oportuna solicitud de reingreso.

1.2.2 Excedencia voluntaria

Su carácter de voluntaria supone una sumisión directa a la voluntad del empleado, de tal manera que no cabe su valoración por parte del empresario y cumpliéndose los requisitos establecidos, su denegación no será posible. Se trata de un derecho subjetivo no acotado y, como tal, cabe su libre disposición por parte del empleado.

- Régimen legal.

El acogimiento a este tipo de excedencia, al contrario que en el régimen de las forzosas, no exige la reunión de ningún supuesto tasado, pudiendo acceder a las mismas a través de dos cauces: en un primer momento por la voluntad unilateral del trabajador, siempre y cuando el mismo ostente una antigüedad



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

de al menos un año en la empresa (salvo disposición más favorable del convenio colectivo) según dispone el art.46.2 ET y, en segundo término, en función de las letras a) y b) del art. 45 ET, eso es, bien por la voluntad mutua de las partes, lo cual supone que el empresario en consideración de los motivos alegados por el trabajador acceda o bien por las causas consignadas con carácter previo en el contrato, por ejemplo una cláusula negociada que haga posible el acogimiento a la excedencia voluntaria de darse una serie de situaciones.

En relación con esta segunda "categoría de acogimiento" no parecería necesario en un primer momento alegar antigüedad alguna, salvo pacto en contrario.

Es preciso destacar la necesidad de solicitud por parte del trabajador. Pese a no existir motivos tasados se requiere el reconocimiento de parte de la empresa. Se trata de un reconocimiento a simples efectos formales, puesto que es sabido que no cabe la denegación empresarial cumpliéndose los requisitos. No obstante, la ausencia de solicitud junto con la no contestación o negativa empresarial, no justificaría el acogimiento unilateral a la excedencia de parte del trabajador, pudiendo ser considerada tal actitud como un abandono del puesto de trabajo con la consiguiente sanción. Ante dicha situación la manera acertada de operar sería la oportuna reclamación judicial, para su efectivo reconocimiento y posterior disfrute, es decir, deberá atenderse a la correspondiente contestación de parte de la empresa, para, o bien comenzar en su disfrute o bien ejercer



la reclamación judicial en caso de negativa o falta de contestación. También es preciso destacar que para dicha comunicación la ley no establece plazo alguno de preaviso, pudiendo este ser impuesto por el convenio colectivo. En cualquier caso, lo más adecuado será la comunicación escrita ya que, frente a la oral, cuenta con la facilidad probatoria.

El plazo de disfrute oscila entre un mínimo de cuatro meses y un máximo de cinco años, susceptible de mejora por convenio colectivo, pudiendo de nuevo acceder tan solo a una nueva excedencia adicional cuando transcurran cuatro años desde el disfrute de la anterior. Debe resaltarse que no se tiene derecho a obtener la prórroga de la excedencia voluntaria cuando se solicitó, inicialmente, por un tiempo inferior al máximo legal, siendo la concesión de la misma decisión unilateral de la empresa en tanto *"se trata de una suspensión atípica del contrato"*⁶. Si bien cabe la posibilidad de señalar un plazo general "por un mínimo de cuatro meses hasta un máximo de cinco años", pero no concreto, y si el empresario no ha solicitado su concreción, es un plazo abierto y por tanto puede solicitarse el reingreso en cualquier momento⁷.

Respecto a los derechos que otorga dicha modalidad,

⁶ STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2009 (rec. 20/2009).

⁷ Ante la discrecionalidad empresarial en la concesión o no de prórroga la empresa en todo caso deberá previamente manifestar al solicitante la existencia o no de vacante.



al contrario que la forzosa, su tiempo de disfrute no será computable a efectos de antigüedad, además tampoco existe el derecho de reserva de puesto, sino un derecho de preferencia en la reincorporación, cuya efectividad está condicionada a la existencia de una vacante en un puesto de la misma o similar categoría profesional en la empresa, con posterioridad a la solicitud de reingreso.

1.2.3 Excedencias por cuidado

En este apartado se expondrán las excedencias que conforman la piedra angular del estudio. Consignadas bajo la denominación "excedencia para el cuidado de familiares" y recogidas en el art. 46.3 ET, se hace referencia a la excedencia por cuidado de hijos y a la "reciente" excedencia para el cuidado de familiares necesitados de atención.

Pueden ser consideradas como excedencias "especiales" o "intermedias". El término "especial" atribuido a estas dos subclases, no es más que una manera de evidenciar la duda que rodea a las mismas respecto a su integración en la tipología de forzosa o voluntaria. Antes de entrar en el análisis relativo a su pertenencia, resulta necesario establecer los caracteres propios de cada una de ellas.

- Régimen legal.

Por lo que respecta al cuidado de hijos en sentido estricto, los trabajadores tendrán derecho a excedencia por un periodo no superior a tres años para el cuidado de cada hijo, natural o adoptado⁸.

⁸ Modificación introducida por la LCFVL, lo cual supuso un gran avance en la equiparación de derechos al tener en



En cuanto al cuidado de familiares, el periodo de excedencia es más limitado, siendo su duración máxima de dos años, abarcando hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Ambas excedencias, que no requieren antigüedad alguna en la empresa, pueden disfrutarse de forma fraccionada y de forma individual teniendo en cuenta el límite en su simultaneidad en el caso de que dos trabajadores pertenezcan a la misma empresa y se refieran al mismo sujeto causante.

El tiempo en situación de excedencia será computable a efectos de antigüedad y llevará aparejado los derechos de reserva respecto al puesto exacto durante el primer año, de reserva "genérico" (respecto a la misma categoría profesional) a partir del mismo y el derecho a la asistencia a cursos de formación profesional.

1.2.4 Régimen común

- Causa suspensiva del contrato.

Las excedencias como causa general, producen un debilitamiento del vínculo laboral, ello supone dejar sin efecto las obligaciones principales como son el deber de trabajar y la percepción salarial, sin que ello suponga la pérdida de vigencia de otras

consideración a las personas que no pueden tener hijos pero sobre todo a las familias monoparentales no reconocidas hasta la fecha.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

circunstancias accesorias a dicha relación, eso es, que aunque de forma muy laxa, seguirán presentes como aspectos limitativos que operarán durante el tiempo de extensión de la situación de excedencia. En concreto, se menciona el deber genérico de buena fe y los derivados del mismo.

- Trabajadores con derecho a excedencia.

Es un derecho que asiste a todo tipo de trabajador por cuenta ajena, ya sean fijos o temporales (art. 15.6 ET), a tiempo completo o parcial (art. 12.4 d) ET), reconocido de forma inmediata para los supuestos de las excedencias forzosa y por cuidados y cumpliéndose el requisito antes mencionado para las excedencias voluntarias (antigüedad mínima de un año), salvo otras estipulaciones *interpartes*.

- La solicitud de reingreso.

La misma se articula como requisito indispensable para la operatividad de los derechos anexos a la excedencia en cualquiera de sus tipologías una vez finalizada la causa de acogimiento.

Respecto a la excedencia forzosa su presentación se habrá de hacer efectiva en el plazo de un mes tras la cesación del cargo público o sindical. La solicitud fuera de plazo supondrá la caducidad del derecho "*decaendo en el mismo por la falta de ejercicio en tiempo hábil*"⁹ y por tanto, la decisión de reincorporación corresponderá unilateralmente al empresario, no siendo su negativa, en ningún caso, constitutiva de despido.

⁹ STSJ de Andalucía de 5 de diciembre de 2002 (rec. 1695/2002).



Si bien en el supuesto de la excedencia forzosa existe un plazo para el ejercicio del requisito, una vez finalizada la causa habilitante, en el caso de las excedencias voluntaria y por cuidado, la regla general sería el ejercicio de la solicitud antes de la finalización de la excedencia, de otra manera, la espera a su terminación supondría una extensión de la situación de excedencia, que al contrario que en la forzosa, no estaría prevista legalmente mediante la estipulación de plazo. Nada indica la ley acerca del preaviso de la solicitud, bastando con su realización antes de la finalización de la misma, en ausencia de previsión sectorial o acuerdo, generando su solicitud extemporánea los mismos efectos que los indicados para la excedencia forzosa.

Por todo ello en cuanto a las prórrogas, pendientes de la decisión unilateral del empresario, cuando las mismas sean próximas al término de la situación de excedencia, es conveniente ejercitar junto con la solicitud de prórroga la solicitud de reingreso, de este modo no se corren riesgos, dejando totalmente clara la voluntad de mantener la relación laboral.

1.3 DELIMITACIÓN DE LA FIGURA: SUSPENSIÓN Y EXCEDENCIA

Una de las cuestiones problemáticas es la proximidad de la excedencia respecto de otras instituciones laborales y la necesidad en su delimitación. Concretamente se hace referencia a la figura de la suspensión.

En este supuesto, es necesario separar la propia



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

institución de la excedencia en aras a una mejor comprensión. Para ello se acude al art. 46 ET en el que se reconoce la existencia de dos tipos: forzosa y voluntaria.

Por lo que respecta a la excedencia forzosa, aparece regulada en el art. 45 k) ET como causa expresa de suspensión, además entre los supuestos estipulados como excedencia forzosa, el art. 46.1 ET recoge la elección para cargo público, establecido a su vez como causa suspensiva ajena a la figura de la excedencia en al art. 45.1 f) ET. Por último, el art.48 ET bajo la rúbrica "*suspensión con reserva de puesto de trabajo*", no solo incluye en su apartado 3º, de nuevo, el ejercicio de cargo público representativo, sino que indica que las causas estipuladas en el art. 45 ET vendrán acompañadas, a excepción de las letras a) y b) en las que se estará a lo pactado, de un derecho de reincorporación al puesto.

El régimen jurídico de la suspensión en sentido estricto se completa al indicar que el tiempo en suspenso implicará cómputo de antigüedad. En este aspecto, es preciso mencionar que tal previsión no aparece mencionada en la regulación de la suspensión, al contrario que su estipulación literal en el art. 46.1 ET relativo a la excedencia forzosa, pero es una posición perfectamente asumida por la doctrina. Todo ello conduce a considerar ambas figuras como idénticas y a plantearse el hecho de la necesidad de incorporar una figura ajena al derecho laboral, en sus inicios, cuando ya existía una propia que asumía sus funciones.



En este sentido, no se puede obviar la opinión compartida por la gran mayoría de autores, concluyendo que ambas instituciones son paralelas, van en la misma dirección. Por ello la figura de la excedencia, siendo la forzosa la extensión de un supuesto de suspensión, debería quedar relegada tan solo a la modalidad de voluntaria, lo cual conlleva a que la no existencia de más tipos variantes, suponga la supresión del apelativo voluntaria, por simple "excedencia" pues siendo la única figura plenamente autónoma, no cabe la dotación de un "apellido" que tienda a distinguirla de otras, en palabras de GORELLI HERNÁNDEZ "*la verdadera y única excedencia*"¹⁰.

En cuanto a la pregunta de la necesidad en un primer momento de esta figura existiendo la suspensión, da respuesta PEDRAJAS MORENO¹¹ indicando que lo que origina la suspensión del contrato, no es la excedencia forzosa en sí, sino las causas que engloba tal figura que han sido fruto de actualización. En conexión con lo expuesto en el apartado relativo al surgimiento de la institución y la afirmación de PEDRAJAS, se infiere que su existencia en un primer momento respondió a un perfeccionamiento de la figura originaria —la suspensión—, mediante el amparo de situaciones hasta la fecha no contempladas y que es a través de su arraigo cuando se dedujo doctrinalmente el cómputo de antigüedad

¹⁰ GORRELLI HERNÁNDEZ, *Las excedencias* (...) op. cit., página 20.

¹¹ PEDRAJAS MORENO, *La excedencia laboral* (...) op. cit., página 164



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

en las causas suspensivas. Dicho de otra forma, el perfeccionamiento y ampliación de la institución de la suspensión se debe al desarrollo de la excedencia forzosa.

Si bien la excedencia forzosa permitió una concepción más amplia de la institución suspensiva, hoy en día parece no tener sentido el mantenimiento de su independencia como figura.

Concluida la reflexión en la que la excedencia forzosa es una parte del todo representado por la figura de la suspensión, es preciso analizar la delimitación de esta última respecto a la excedencia voluntaria.

Ambas figuras nacen con un objetivo claro: la estabilidad en el empleo frente a las distintas vicisitudes que la relación laboral pueda atravesar. No obstante, en esta "auténtica excedencia" el régimen jurídico difiere de la suspensión al no considerarse el cómputo de antigüedad y enunciarse frente al derecho de reserva, un derecho de preferencia en la reincorporación, características que dotan de plena autonomía a la figura y que justificaría su denominación propia.

Si bien en el análisis anterior se cuestiona el surgimiento de dos figuras idénticas como separadas, la cuestión a debate, ahora, radica en la confección de dos figuras diferentes unidas. Si anteriormente se alegaba que la estipulación de dos figuras que no solo atendían al mismo fin, sino que respondían al mismo carácter jurídico, carecía de sentido, con mayor motivo se discute que las figuras en debate se integren bajo una única institución pese a las



diferencias evidentes. No es admisible que bajo la prerrogativa de finalidad laboral como mantenimiento del vínculo contractual y no extinción, se supedite la figura de la excedencia voluntaria en la suspensión. El principio de estabilidad en el empleo, parece ser un argumento insuficiente para el reconocimiento de una categoría unitaria entre suspensión y excedencia (voluntaria).

En palabras de ARGÜELLES BLANCO¹², más adecuado sería que la excedencia forzosa, dada su identidad, pasara a denominarse "suspensión por" seguida de la causa concreta que ampara, mientras que la excedencia voluntaria, fuera llamada sin más calificativo, "excedencia".

A modo de síntesis la delimitación de figuras quedaría resumida de la siguiente manera:

- La suspensión, en la que, teóricamente, debería incluirse la excedencia forzosa. No solo se interrumpe la prestación del trabajador, sino también la remuneración de parte del empresario, asistiendo por tanto a un reparto de los riesgos entre ambos sujetos que antes no se daba. Las causas que generan la suspensión —ampliadas con los supuestos de excedencia forzosa—, sobrevenidas e impositivas, imputables al trabajador (cuidado de hijos o familiares, maternidad y paternidad, incapacidad temporal, entre otras) o a la

¹² ARGÜELLES BLANCO, A.R., *La excedencia laboral voluntaria*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, página 38



empresa (causas económicas, técnicas, organizativas o productivas) y en algunos casos no imputables a ninguna de las partes (fuerza mayor), otorgan un nivel diferente de protección plasmado en el derecho de reingreso automático y el cómputo de antigüedad.

- La “auténtica excedencia” (voluntaria). Su argumento radica en los intereses del trabajador, profesionales o no, por ello la protección se suaviza, otorgándosele al mismo un derecho de preferencia en la reincorporación, derecho expectante y necesitado de surgimiento de vacante adecuada.

2. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN LA EXCEDENCIA

2.1 LA DEFECTUOSA REDACCIÓN DEL ART. 45 ET VINCULADA A LA NO INCORPORACIÓN EN LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA

En primer lugar, es preciso determinar la naturaleza jurídica de las excedencias, siendo necesario para ello, acudir al Estatuto de los Trabajadores, en el cual aparecen indicados dos tipos: la forzosa y la voluntaria.

Comenzando por la lectura del art. 45 ET, en él se consignan una serie de causas tasadas en virtud de las cuales se dará lugar a una suspensión del contrato laboral. Tras una interpretación literal se observa que el mismo expone una serie de motivos apreciados sin los cuales la suspensión no cabría, entre ellos se



encuentra el mutuo acuerdo de las partes y las causas válidamente estipuladas en el contrato, además del resto de circunstancias que generan de forma clara dicha suspensión. La separación de las letras a) y b) del resto de supuestos estipulados, no responde más que a una labor simplificadora en el análisis del precepto.

En cuanto al primer bloque, apartados a) y b), se pone de manifiesto el carácter abierto y flexible del artículo, que permite aumentar y por tanto mejorar las condiciones para acudir a la suspensión, ello en una primera reflexión indica que constituye un precepto "*numerus apertus*".

Por lo que respecta al segundo bloque, apartados c) a n), se encuentra por vez primera en la letra k) la alusión expresa a una de las tipologías de la excedencia; la forzosa. Es entonces donde se genera el primer conflicto en relación a la naturaleza jurídica que posee la excedencia voluntaria. Por un lado, no aparece recogida como tal en el art. 45 ET, no obstante, si puede ser incorporada a la lista abierta antes mencionada en los apartados a) y b), siempre y cuando existiera consenso entre empleador y empleado, bien en la estipulación del propio contrato con cierto ánimo anticipatorio, bien por el mutuo acuerdo como un supuesto excepcional sobrevenido.

Es esta falta de claridad la que desencadenará el conflicto a lo largo de la exposición de la primera parte del ensayo, pues si bien aparece indicada de forma precisa la naturaleza de la excedencia forzosa como causa de suspensión, no se encuentra manifestación alguna respecto a aquella relativa a la voluntaria, pudiendo alcanzarse como conclusión el conflicto



existente respecto a la naturaleza de la excedencia voluntaria, pudiendo considerarse tanto causa de suspensión en virtud de las letras a) y b) del art. 45 ET como causa de extinción del contrato según lo dispuesto en los apartados a) y b) del art. 49 ET, coincidentes en redacción con los anteriores.

Está perfectamente asumida la tesis que considera que la excedencia voluntaria no supone una ruptura del vínculo laboral, sin embargo, la puesta en duda de esta clasificación, únicamente tiene por objeto cuestionar si la calificación de la figura es todo lo claro que debiera.

A su vez, se plantea una cuestión vinculada con la calificación doctrinal de si, estando de acuerdo en que la vigencia contractual aunque extremadamente debilitada persiste, la imposibilidad de posterior reincorporación rompe la concepción acreditada en la doctrina suponiendo una extinción contractual, o bien, constituye una mera excepción a la regla general. En esta segunda hipótesis se pone de manifiesto si en este aspecto el derecho estaría cumpliendo de forma efectiva una de sus funciones básicas como es la de resolución de conflictos, o por el contrario, debería, a fin de tal consecución, apreciarse una estipulación clara: excedencia voluntaria como causa suspensiva, salvo en los supuestos amparados legítimamente en los cuales la reincorporación al puesto no sea posible, en cuyo caso constituye una causa extintiva de la relación laboral¹³. De esta forma se daría una mayor

¹³ En un sentido parecido se manifiesta PEREZ ALONSO, Ma A., *La excedencia laboral*, en "Colección laboral", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, página 17, como un tercer género con sustantividad propia o CUEVAS GONZÁLEZ, F., "La



información a los trabajadores de la totalidad de consecuencias que se despliegan de tal figura.

Esta falta de previsión, así como la inclinación mayoritaria de la doctrina hacia una consideración suspensiva y no extintiva, produce una grave indefensión para los trabajadores que se hallen en dicha tesitura, por cuanto refiere al desconocimiento de las implicaciones que tal figura pudiera llegar a desplegar.

La situación de desprotección que se pone sobre la mesa, se explica de forma precisa con base en una sentencia claramente ilustrativa del caso, la STS núm. 935/2017 de 28 noviembre (rec. 3844/2015), para la unificación de doctrina en relación al derecho de reingreso. La misma resuelve el supuesto de una trabajadora que tras realizar la oportuna solicitud de reingreso, finalizado el periodo de excedencia voluntaria, observa que la negativa de parte de la empresa alegando una falta de vacantes se ve acompañada de varios anuncios por parte de la misma, ofreciendo, aunque sin especificaciones concretas, puestos en los que la demandante venía desempeñando su trabajo, hecho que provoca la interposición de una demanda por despido, solicitando que se declare su derecho a reincorporarse junto con el devengo de los salarios dejados de percibir.

La cuestión claramente objeto de debate es si la

excedencia laboral en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *Documentación Laboral*, 1987, página 219, calificando tal tipología de una naturaleza intermedia a las antes mencionadas.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

empresa se halla vinculada por los anuncios realizados a través del portal de empleo, frente a ello, el TS recuerda su postura doctrinal en dicha materia resumida en los siguientes puntos:

- El reingreso es un derecho expectante y condicionado a la existencia de vacantes, en ningún momento un elemento cierto: *"no es un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso"*.
- Además dichas vacantes deberán estar referidas a puestos de similar o igual categoría profesional: *"(...) sobre el alcance del derecho de reingreso del excedente voluntario y sobre la calificación como vacantes de las plazas desempeñadas antes de la excedencia (...) El derecho expectante del trabajador en excedencia voluntaria sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando su mismo puesto de trabajo, u otro similar o equivalente, se encuentre disponible"*.
- Que dicho tratamiento difiere de la excedencia forzosa, puesto que las razones de acogimiento a la voluntaria responden a intereses personales y profesionales de la afectada: *"el tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego"*.
- Por último, el empresario no tiene la obligación de reservar al trabajador el puesto



desempeñado con anterioridad, pudiendo disponer de la plaza vacante o contratar a otro trabajador para su desempeño: *"si la excedencia voluntaria no implica para el empresario el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad ello quiere decir, que el empresario puede disponer de la plaza vacante"*.

Con arreglo a lo expuesto específica que las vacantes que harán efectivo tal derecho de reincorporación, no solo deberán ser coincidentes en categoría profesional sino también en modalidad contractual a la disfrutada por la trabajadora en excedencia, es decir, debe existir una equivalencia entre la plaza dejada en excedencia (por tiempo indefinido y a jornada completa) y la cubierta tras la solicitud de reingreso. Por lo que ante la falta de especificaciones en la modalidad contractual ofrecida por la empresa, no cabe en un primer momento la apreciación de tal derecho. Criterio posteriormente confirmado al demostrarse que el trabajador contratado en relación a las ofertas publicadas, lo era para obra/servicio determinado y a tiempo parcial, modalidades contractuales diferentes a la anteriormente ostentada por la trabajadora, fallando finalmente el tribunal a favor de la empresa, desestimando la demanda de la parte actora.

En base a los motivos expuestos en la argumentación del TS se puede deducir que el carácter suspensivo de la excedencia voluntaria, que como tal, suspende y no extingue el deber de prestar servicios y el derecho a percibir la retribución, no es todo lo beneficioso que pudiera parecer por dos motivos:



a) La novación impropia¹⁴, es decir, la reincorporación para el desempeño del mismo trabajo pero bajo otra modalidad contractual, no es posible puesto que la misma en virtud de lo dispuesto en el art. 1255 CC requiere la voluntad bilateral de las partes, no pudiendo ser impuesta. Por tanto, ni la propia empresa puede forzar a adoptar una modalidad contractual "inferior", ni a la inversa, se puede instar a la empresa cuando las condiciones sean más favorables.

Para este punto concreto, se considera que una mejora en la regulación al respecto pasara por atender a la voluntad única del empleado, eso es, que siempre que la vacante existente sea de la misma categoría pero distinta y "peor" modalidad (entendida como menor jornada y/o duración), la empresa se viera obligada a ofertarla al mismo en un primer momento, sin perjuicio de que las partes, o bien el propio trabajador unilateralmente, pudieran estipular una cláusula manteniendo ese derecho inicial de reincorporación

¹⁴ STS de 16 de marzo del 2006, 9 de enero de 1992 y 4 de abril de 1990, *"la novación modificativa o impropia, como su denominación implica, no tiene efectos extintivos, sino únicamente de simple cambio o alteración de alguno de los aspectos no fundamentales en cuanto a su carácter y naturaleza, del negocio u obligación por ella aceptado, razón por la cual el contrato en cuestión se mantiene aún modificado en alguno de sus aspectos"*.

STS 30 de mayo del 2003 determinó que la novación modificativa o impropia *"no extingue las obligaciones sino que las varía únicamente en el aspecto a que afecta la modificación"*.



directa en igual modalidad cuando se diera la vacante. De esta forma se encontraría una solución provisional al "limbo" en espera de vacante idónea.

La jurisprudencia en este sentido parte de una premisa clara: *"el trabajador excedente no puede invocar como vacante adecuada sino aquella plaza cuyo ofrecimiento le resultase de obligada aceptación, de manera que su rechazo comportase el decaimiento del derecho expectante"*¹⁵, lo cual se traduce en que la empresa carente de vacantes en el puesto adecuado a la modalidad originaria, puede ofrecerle una vacante temporal, que el trabajador podrá aceptar o rechazar. Si la acepta, dejando claro que su afirmativa no sería constitutiva en ningún momento de novación contractual, puesto que de lo contrario el derecho de idoneidad antes manifestado se vería agotado, el trabajador pasará a ocupar el puesto temporal y a su finalización, el contrato no se extinguiría sino que se mantendría en suspenso con un derecho preferente al reingreso en la primera vacante adecuada que se produzca. De la misma forma el trabajador podría negarse a ocupar la plaza temporal en espera de ejercitar directamente su derecho al reingreso en igualdad de condiciones (vacante idónea)¹⁶.

¹⁵ STS de 28 de noviembre de 2017 (rec. 3844/2015).

¹⁶ STSJ del País Vasco de 6 de junio de 1993 en la que se ofrece al excedente una vacante temporal que es aceptada, y en el que, a la finalización del contrato, la empresa pretende dar por extinguida la relación laboral, la doctrina judicial considera que el contrato temporal se celebró en fraude de ley por contener una renuncia de derechos por el trabajador



Es este caso, frente a la propuesta de mejora inicial, la empresa *motu proprio*, no de forma obligatoria, estaría otorgando una posibilidad al trabajador a la espera de surgimiento de la vacante adecuada, una oportunidad laboral.

Otra cuestión controvertida se suscita cuando la vacante surgiera aun estando en vigor ese contrato temporal aceptado. Se plantea si sería necesario agotar el primero o el derecho que la propia excedencia otorga, operaría de forma automática. La problemática planteada se relaciona con un perjuicio que recae sobre el empresario en el marco de la organización empresarial, puesto que la buena fe del mismo, al ofrecerle voluntariamente -pese a la primera proposición en la que la oferta sería obligatoria— un puesto a la espera del idóneo, podría derivarse en problemas organizativos, quedando vacante el puesto temporal. No obstante, la solución factible pasaría por la primacía del derecho a la vacante idónea salvo consideración contraria del trabajador: que opte por finalizar el primer contrato antes de ejercitar el derecho propio, debiendo ser ocupado el puesto objetivo a través de un contrato temporal en sustitución.

- b) En base a la no obligación de reserva de puesto por parte de la empresa, lo cual se puede llegar a traducir en la extinción de la relación laboral.

Como se confirma en la STS núm. 118/2018 de 8 febrero, lo que declara la excedencia es una primacía o preferencia en la reincorporación del trabajador, no

consistente en haber renunciado a su condición de trabajador indefinido.



un derecho automático frente a la aparición de una vacante, por tanto frente a la dimisión de varios de los trabajadores el tribunal declara que *"dichas extinciones de contrato no imponen a la empleadora la obligación de cubrirlos, como pretende el actor. Otra cosa sería si después de las aludidas extinciones la demandada hubiera incorporado a otro trabajador a través de nuevo contrato, al tener el excedente voluntario clara preferencia en ocuparlo, pero no si una vez producidas las extinciones, o el cambio de puesto, no hay actuación alguna tendente a cubrir alguno de los puestos de trabajo (...) Si en esa situación la empresa decide contratar a un nuevo trabajador para asumir esas tareas, se demuestra con ello la existencia de una vacante, y ninguna duda cabe que opera la preferencia de la que es titular el excedente voluntario que ha solicitado el reingreso. Pero si la empresa no recurre a ninguno de estos mecanismos para seguir llevando a cabo los cometidos de aquel puesto de trabajo, y lo que hace es, simplemente, suprimirlos y dejar de realizarlos, no puede entonces admitirse que exista una vacante a la que tenga derecho el excedente.*

Admitir lo contrario sería tanto como imponer al empresario la obligación de seguir manteniendo aquellas tareas, funciones y actividades del puesto de trabajo que ha decidido dejar sin contenido tras la extinción del contrato del trabajador que lo venía desempeñando, lo que es contrario al derecho de dirección y organización de la actividad empresarial que le corresponde".



En definitiva, el derecho de reingreso se muestra más incierto si cabe, al otorgar plena libertad al empleador para disponer del puesto del trabajador en excedencia, pudiendo dejarlo libre, amortizarlo o llevar a cabo una reordenación tendente a que las tareas queden asumidas mediante su reparto entre el resto de trabajadores, de tal forma que su aplicabilidad no entraría en juego y el vínculo laboral quedaría en suspenso *ad aeternum*, lo que en la práctica supone asumir la extinción.

En consonancia con lo expuesto en el anterior punto, en lo relativo a la novación, me parece digno de mención uno de los votos particulares de dicha sentencia pronunciado por la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga al que se adhiere la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Rosa María Virolés Piñol, donde se refleja la problemática abordada: *"(...) El precepto, de no muy feliz redacción, no puede ser interpretado en la forma que lo efectúa la empresa y la sentencia mayoritaria (...) la utilización de la expresión "derecho preferente al reingreso", no se refiere a que dicha preferencia haya de ser ejercitada frente a otros aspirantes a la plaza, sino a que se le reconoce un derecho incondicionado al reingreso, naturalmente siempre que exista plaza de igual o similar categoría que la suya (...). Si se aceptase que la empresa pudiera no asignar al excedente el puesto vacante existente, se vaciaría de contenido el derecho a la excedencia voluntaria, ya que el derecho al reingreso devendría un derecho meramente formal, que quedaría insatisfecho por la sola voluntad de la empresa, que podría decidir, sin justificación ni motivación alguna, la no cobertura de*



la plaza”

En este aspecto y en relación directa con la posibilidad de amortización de la plaza, vinculada a la libertad de organización y dirección de la actividad empresarial, tal facultad se halla limitada a la solicitud de reingreso. De tal forma se configura un instrumento de protección, que se amplía a varias situaciones, que aunque de forma débil resguardan en cierto sentido al trabajador, y se resume en los siguientes supuestos:

- Solicitada la reincorporación, si se produce una vacante en la empresa, el empresario no podrá amortizarla, reasignarla a otros trabajadores, externalizarla, acudir a la promoción de otros trabajadores con ánimo de cubrirla, ni siquiera acudir al cambio de modalidades contractuales de tal forma que empleados a tiempo parcial pertenecientes a la misma categoría profesional que el excedente, pasen a ser indefinidos¹⁷ y tendrá que readmitir al excedente, como ya se ha indicado¹⁸.
- Si solicitada la reincorporación y tras la

¹⁷ STS de 12 de febrero de 2015 (rec. 266/2014): "(...) *Lo que se trata es de decidirse, frente al derecho preferente del excedente, puede oponerse la transformación del empleo temporal y parcial*"

¹⁸ STS de 14 de febrero de 2006 (rec.4799/2004) respecto a la reasignación de tareas y la promoción; STS 30 de abril de 2012 (RJ 2012\8721) en relación a la amortización; STS de 30 de noviembre de 2012 (RJ 2013\1747) respecto a la externalización.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

amortización se crearan nuevas plazas, estas corresponderían de forma preferente al trabajador excedente.

En conexión directa a lo expuesto cabe el planteamiento de una cuestión controvertida relativa al surgimiento de una vacante en distinta localidad; ¿La renuncia a la reincorporación en distinta región supone la dimisión del trabajador? ¿Existiendo más de una vacante puede el empresario, amparándose en el derecho de dirección y organización empresarial, “forzar” al trabajador a aceptar dicha plaza amortizando aquella en la que éste venía ejerciendo su trabajo de forma habitual?

En cuanto a la primera cuestión planteada, de si la negativa de reincorporación al puesto en otra localidad agotaría el derecho de reingreso que concede la propia excedencia, el TS ha venido manteniendo desde antaño que el reingreso debe producirse en un puesto de trabajo situado en la misma localidad¹⁹ en la que el trabajador prestaba

¹⁹ STS de 12 de diciembre de 1988: “(...) dada la parquedad de su regulación legal, el concreto puesto de trabajo en que debe reingresar el excedente, la solución interpretativa más ajustada a derecho parece ser la de que el reingreso debe producirse en un puesto de trabajo de la misma localidad en la que prestaba sus servicios, ya que la pretensión unilateral de la empresa de que aquél reingrese en localidad distinta obstaculizaría gravemente el ejercicio del derecho del excedente a su reincorporación, alterando sustancialmente su situación original y posibilitando la asignación a éste de un puesto en el lugar que le fuera designado por la empresa, desvirtuando su propósito de reingreso”.



servicios, adoptando una solución equilibrada, considerando que la negativa por parte del trabajador no es constitutiva de renuncia de derecho y por tanto de dimisión, no dejando en manos únicamente del empresario la eficacia de tal derecho, manteniéndose el mismo indefinidamente²⁰.

Los conflictos existentes en torno al punto tratado no son más que una nueva evidencia de una redacción poco exacta del art. 46.5 ET, al incluir de forma no acotada el término empresa. No obstante la solución jurisprudencial resuelve la discordia de forma acertada, concediendo al trabajador la oportunidad de optar por el cambio de localidad haciendo efectivo su derecho, o el rechazo a tal vacante sin que ello suponga la renuncia al mismo.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, en caso de existir vacantes en dos zonas, el trabajador tendrá preferencia para la reincorporación en la localidad donde venía ejerciendo su trabajo, es decir, el empresario no ostentaría una disponibilidad plena de las mismas, no pudiendo instar al trabajador a que su reincorporación se haga efectiva en otro centro distinto del original, ni a la inversa, el trabajador podrá solicitar como vacante objeto de incorporación la plaza surgida en diferente localidad.

²⁰ STS de 13 de julio de 2017(rec. 618/2017): "(...) *el primero no se ve obligado a trasladar su domicilio con los perjuicios que ello siempre acarrea y el segundo no se encuentra obligado a readmitir, de momento, al excedente que quedaría en situación expectante por tiempo indeterminado*".



2.2 LA EXCEDENCIA, LA BUENA FE Y LA POSIBILIDAD DE OPTAR A NUEVAS RELACIONES LABORALES

Habiéndose determinado el carácter genérico de la excedencia como causa suspensiva que, como tal, supone la pervivencia, cuando menos, del principio de buena fe como vínculo operante y presente, de conformidad con lo dispuesto en el art.5 a) ET, se plantea como supuesto, si la situación excedente impediría el inicio de una nueva relación laboral.

Acudiendo a la tesis laboral básica por la que nuestro ordenamiento jurídico no impide el pluriempleo, la respuesta es negativa, siempre y cuando no existan pactos individuales que limiten tal derecho. No obstante, se trata de determinar aquellos supuestos en los que la conducta pueda manifestar una transgresión de la buena fe contractual siendo la misma una causa constitutiva de despido disciplinario ex art. 54 d) ET.

Obviamente, se hace referencia a las excedencias voluntarias o por cuidado, dado que carecería de sentido mencionar la excedencia forzosa cuya limitación temporal para el desempeño laboral como causa justificativa de su carácter forzoso o el régimen de incompatibilidades que muchos cargos representativos ostentan, lo haría poco viable.

Para el caso de la excedencia voluntaria, siendo la misma de "libre acceso" sin necesidad de alegar causa alguna, es decir estando dotada de una flexibilidad absoluta, cuya contrapartida son unos



derechos menos garantistas, como resulta obvio, no existiría límite alguno al inicio de una relación laboral nueva, más allá del deber de no concurrencia como causa de transgresión de la buena fe antes mencionada.

El deber suscitado de no concurrencia, se concreta a través de la jurisprudencia en una conducta que comporta:

- La dedicación por cuenta propia o ajena de igual o similar naturaleza o rama de producción de las que se están llevando a cabo, desarrollándose ambas dentro del mismo ámbito mercantil.
- Utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio y en ejecución de esa segunda actividad.
- Que dicha utilización redunde en un demérito o perjuicio para la empresa de origen.

Por ello, más allá de la competencia desleal constitutiva de despido, cualquier relación nueva será plenamente lícita incluso si el fundamento para la solicitud de excedencia consiste en la posibilidad de optar a un empleo mejor, constituyendo esta una especie de "seguro" por si la situación no fuera todo lo bien que se espera, es decir, que el pretexto de solicitud de excedencia fuera el desempeño del periodo de prueba laboral en otra empresa con vista a una nueva contratación, de tal forma, que de no superarse debidamente, se cuente con el derecho de preferencia en el reingreso que la figura otorga.

En relación con la conducta desleal objeto de debate, la



jurisprudencia no se muestra firme en cuanto a su estimación, quizás porque tal firmeza no es posible debiendo analizar cada supuesto de forma aislada. Si bien sí se muestra clara dicha conducta en comportamientos manifiestamente desleales tales como: revelación de secretos, el aprovechamiento de técnicas o procesos productivos, organizativos o innovadores en la nueva empresa o la captación de clientes²¹, la mera inclusión laboral en la nueva empresa, competidora directa, plantea sus dudas.

La no concurrencia desleal es un deber básico del trabajador que opera en forma de prohibición legal, no siendo necesaria su estipulación en cláusula contractual o norma sectorial para que sea efectiva, sin embargo constituye una necesidad su mención dado que no siempre que un trabajador trabaja para un empresario distinto (aunque sea de la competencia, dentro del mismo sector de actividad) está incurriendo en concurrencia desleal²².

Respecto a la definición de la concurrencia ha habido una evolución jurisprudencial, la STS de 8 de marzo de 1991 establece que será *"aquella actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un*

²¹ STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2011 (rec.1479/2011).

²² STSJ del País Vasco de 2 de julio de 2004 (AS 2004\3845): *"(...) la excedencia exime del deber de no concurrir, o si lo hace no incide en la causa de despido, siempre y cuando la concesión de la misma no se condicione a la no concurrencia, o que la prohibición no conste expresamente en una norma sectorial"*.



mismo ámbito del mercado en el que se disputa un mismo potencial de clientes". En base a la misma, toda conducta que implique el desempeño laboral de funciones similares a las que se venía ejerciendo en la empresa de origen, en una nueva empresa, competencia de la primera, constituiría argumento suficiente para el despido. Esta definición deja al margen esa deslealtad necesaria en la conducta, pues tan solo se ciñe a imponer el límite de desarrollar el empleo en empresas con la misma denominación mercantil.

Dicha deslealtad se precisa completándola con el hecho de causar un perjuicio, bien material o sólo potencial, a la empresa de origen, o la infracción de la prohibición expresa de concurrencia en el convenio colectivo o pacto individual.

En cuanto a la causación de perjuicio, la doctrina se muestra aún más restrictiva²³, de lo contrario, la interpretación del mismo sería amplísima, pues el mero hecho de trabajar para otra entidad competidora es perjudicial respecto al papel que el trabajador puede cumplir en la consecución de mayor número de ventas, clientes o circunstancias similares, que puedan dejar atrás a la empresa de origen. Por tanto, debe atenderse a los criterios jurisprudenciales, anteriormente citados, definatorios de dicha conducta, para su apreciación. En tal sentido, se deberá prestar atención a si se han empleado conocimientos, información o formación proporcionada por la primera

²³ STSJ de Islas Canarias de 22 de febrero de 2007(AS 2007\1953).



empresa para el desarrollo en la segunda, incluso en qué medida el desempeño laboral ejercido en la primera empresa puede resultar determinante para que, sin recibir una formación específica, el trabajador esté más valorado en el mercado, es decir, que como consecuencia de la primera contratación se le abran al mismo múltiples ofertas posteriores.

También se deberá atender al lugar geográfico de su realización e incluso el propio tiempo empleado en la nueva empresa, dado que la participación en la misma de forma puntual tiende a descartarse como conducta desleal. Siendo, de esta forma, múltiples las variables a tener en cuenta de cara a pronunciarse sobre una trasgresión de la buena fe contractual que frustre la expectativa de reincorporación.

Dada la dificultad en su estimación en función de las circunstancias concretas, con ánimo simplificador, juegan un importante papel complementario tanto el convenio como el contrato²⁴, pudiendo impedir tal

²⁴ STSJ de Navarra de 5 de junio de 2008 (AS 2008\1994): "*(...) en cuanto la prohibición de concurrencia, cuando no media pacto de plena dedicación, no permite entender que proscriba situaciones de pluriempleo*". Se evidencia por tanto, que la solución más sencilla para evitar el pluriempleo, sobre todo en el marco de la actividad empresarial de la empresa concedente de excedencia, pasa por la estipulación de prohibiciones en el contrato individual o en el convenio colectivo, obviamente las mismas deberán ser compensadas económicamente. En ese sentido se manifiesta la STS de 2 de diciembre de 2002 (RJ 2003\1839): "*(...) el dato que es preciso tener en cuentas es la existencia de pacto o de norma que prohíba o limite la realización por parte del trabajador excedente de actividades que puedan entrar en*



conducta durante la vigencia del mismo mediante una cláusula de prohibición, constituyendo la infracción a dicha estipulación causa de no reincorporación. Estas cláusulas prohibitorias en el caso de estar previstas en el convenio, al estar pactadas, se entienden aceptadas por el trabajador, de lo contrario si emanan del contrato constituyen un pacto privado necesitado de aceptación expresa.

Analizando el supuesto desde el prisma de las excedencias por cuidado, la cuestión parece algo más clara. Su carácter de figuras tasadas (para evitar entrar al debate de si verdaderamente son, o no, forzosas) hacen que el principio de buena fe presente opere de manera más rígida. Por ello, no solo basta con no infringir la competencia desleal antes mencionada para que la nueva relación laboral sea lícita, será requerido además, que las circunstancias de su desempeño sean más favorables, permitiendo el desarrollo de la circunstancia que motivó su acogimiento. En definitiva, la nueva relación deberá continuar

competencia o concurrencia con la empresa que le concedió esta específica situación, señalándose que de no existir ninguna prohibición en el sentido indicado, la conducta del trabajador difícilmente puede considerarse incurso en el art. 54-2-d)" o la STSJ de Madrid de 1 de diciembre de 2004: "A estos efectos, la Sala ya se pronunció en el sentido de considerar que el trabajador excedente puede, en principio, trabajar en empresas de similar actividad, salvo que se hubiese pactado expresamente la no concurrencia"; inexistencia de pacto expreso



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

permitiendo la conciliación con la vida familiar²⁵ o el cuidado pretendido.

De esta manera quedaría en entredicho la figura de la excedencia con el inicio de una relación laboral más "ardua", que no hiciera compatible el cuidado del familiar, por ejemplo, a través de un horario más intenso o con necesidades de desplazamiento. Tampoco entraría en el marco de "licitud" cuando el nuevo contrato se hubiera concertado con anterioridad a la solicitud de excedencia dado que en este caso se evidencia que la finalidad principal es la realización de nueva actividad y no la propia²⁶.

²⁵ STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (AS 2003\1757): *"(...) estos hechos evidencian su conducta desleal (...) cuando obtuvo la excedencia era plenamente consciente de que no utilizaría el tiempo para cuidar de su hijo, sino para continuar trabajando a tiempo completo"*.

STSJ de Islas Canarias de 16 de marzo de 2012 (AS 2012\2647); se aprecia despido procedente por transgresión de la buena fe contractual al prestar la trabajadora servicios a tiempo completo, evidenciándose que el motivo de la excedencia no era el cuidado del menor

²⁶ STSJ de Aragón de 10 de octubre de 2012 (AS 2013\991): *"(...) el hecho de prestar servicios -en este caso a tiempo parcial- para otra empresa no deja sin efecto la excedencia por cuidado de hijos (...) sin que la empresa en la que se encuentra en situación de excedencia haya despedido a esta trabajadora, lo que supone que la situación de excedencia subsistía en la fecha del hecho causante"*.

²⁷ Dicho pronunciamiento aprecia una doble trasgresión de la buena fe contractual. En primer lugar, por cuanto presta



Para finalizar el apartado de debate, resulta interesante mencionar el voto particular del Ilmo. Sr. Magistrado D. Florentino Eguaras Mendiri en la STSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2011 (rec. 278/2011). En dicho pronunciamiento, donde se aúnan varios elementos objeto de tratamiento en el presente, se decreta la procedencia en el despido del actor por constitución de una sociedad mercantil de igual denominación económica que la empresa de origen, añadido a la prestación de servicios durante la excedencia por cuidado de hijos²⁷. Por cuanto refiere a la concurrencia, el Magistrado considera que la excedencia, como causa suspensiva del contrato, no genera un deber ilimitado de fidelidad, la competencia solo sería apreciable con el mantenimiento del contenido de las prestaciones laborales plenas, por tanto es dicha suspensión junto con la no inclusión explícita de prohibición de concurrencia la que habilita la apreciación del derecho fundamental al trabajo y la libre elección profesional consagrado en el art. 35 CE, manifestándose tal derecho como preferente, permitiendo al trabajador el acceso al mundo laboral por cualquier cauce.

Como se observa, es una postura interesante puesto que plantea la posible limitación al derecho fundamental del trabajo derivado de una circunstancia de pervivencia débil contractual. Lo que lleva a plantearse hasta qué punto la interpretación

servicios en idénticas condiciones encontrándose en excedencia por cuidado. En segundo lugar, con base en la constitución de una sociedad competencia directa de la empresa de origen.



competitiva es restrictiva de derechos, es decir, hasta qué punto la formación y perfeccionamiento obtenido en la empresa inicial puede condicionar la imposibilidad de acceso a nuevas empresas del mismo sector durante la situación excedente.

2.2.1 Una alusión a las cláusulas contractuales: el pacto de plena dedicación.

En la línea de lo expuesto, sobre la base de que, a priori, el único óbice al inicio de una nueva relación laboral durante la excedencia, es el principio de buena fe, se sitúan unos límites expresos como son las previsiones contractuales. Se hace referencia en este aspecto a los pactos reflejados en el contrato, concretamente al pacto de plena dedicación (art.21.1 ET).

Dicho pacto supone en líneas generales limitar la libertad laboral del trabajador pudiendo únicamente prestar sus servicios a la empresa con la que se estipula dicha cláusula a cambio de una compensación económica adecuada.

En este contexto se plantea si la suspensión del contrato fruto de la excedencia genera la suspensión de igual forma de los pactos en él estipulados, es decir, si la excedencia excepcionaría o no la prohibición de pluriempleo contemplada en el pacto.

La estipulación del pacto de plena dedicación parece redundar en la propia capacidad del trabajador, impidiendo que durante cierto tiempo preste servicios a otras empresas dada su valía, requiriéndose como contrapartida una compensación económica. La forma de esta compensación se establecerá libremente por las



partes. Lo normal es que el trabajador perciba una cantidad mensual en su nómina en concepto, no obstante también podría pagarse una cantidad en tanto alzado. La diferencia en el pago es fundamental para responder a la cuestión.

Como bien se indica en el apartado relativo a la posibilidad de ejercicio de nuevas relaciones laborales durante la excedencia, dada la complicación existente en la estimación de competencia desleal, la jurisprudencia se inclina por la solución más sencilla basada en la fijación de cláusulas impeditivas, por lo que siempre que las mismas estén presentes el ejercicio de nueva relación sería constitutivo de transgresión²⁷. Se constituyen por tanto dichas cláusulas como una fórmula de certeza, frente a la necesidad de interpretación en los restantes supuestos. Todo ello es indicativo de que la suspensión de la relación laboral propia de la situación excedente, no abarcaría la suspensión de las cláusulas contractuales.

Respecto a la forma de compensación, como se adelantaba, resulta trascendente. Resulta cuestionable que siendo común el pago adicional mensual, como base para el mantenimiento de las condiciones "restrictivas" y siendo una de las consecuencias de la

²⁷ Vid. STSJ del País Vasco de 2 de julio de 2004 (AS 2004\3845): "(...) *La empresa no condicionó la concesión de la excedencia a la no concurrencia en actividad del sector, ni ello se contenía en las previsiones del Convenio vigente a la fecha en que la actora pasó a la situación de excedencia, siendo así que éste es el que debe regir su reincorporación y no el posteriormente vigente, ya que la actora accedió a la excedencia en unas condiciones que hay que respetar*



excedencia la suspensión de la retribución, dicha prohibición permaneciera intacta. Sería lógico considerar que el mantenimiento del pacto esté vinculado a la continuación en su pago durante la excedencia, periodo en el cual también entraría en acción, al permitirse el desempeño de nuevas relaciones. De lo contrario no solo se estaría frente a una injusticia absoluta para el trabajador, sino a la desvirtualización del contenido que el ET otorga a dichos pactos. Por tanto el tiempo en excedencia no sería posible trabajar para otras empresas si se percibe la compensación o de lo contrario el no pago, supondría admitir dicha posibilidad y que en la reincorporación se reanudara el cómputo, por el tiempo restante, del pacto. Por lo que respecta al pago en un único momento, el mantenimiento de la condición pactada no genera discusión alguna.

Lo que en todo caso se trata es garantizar una cierta equivalencia entre las partes, por lo que en virtud de ello, el pacto de exclusividad permanecerá en vigor en tanto se mantenga la cuantía debidamente percibida por el trabajador.

3. LA EXCEDENCIA POR CUIDADO

3.1 LA IMPORTANCIA DE LA LEY DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

Pese a que tal denominación corresponde a una única ley así nombrada, la Ley 39/1999, son un conjunto



de normas las que permiten conjugar la conciliación.

Como bien es sabido, la excedencia por cuidado de hijos se configuró como un tipo voluntario y de titularidad exclusivamente femenina, así aparece reflejado en el art. 5 del Decreto 2310/70, de 20 de agosto sobre derechos laborales de la mujer y en el art. 25 de la LRL. La primera modificación fue introducida por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del ET, atribuyendo su titularidad a cualquier progenitor de manera indistinta, pero continuando con su concepción de voluntaria.

La Ley 3/1989, de 3 de marzo, estipula por vez primera que el primer año de excedencia por cuidado de hijos será considerado como excedencia forzosa, al indicar que se tiene el derecho durante el mismo a la reserva del puesto de trabajo, aplicándose a los sucesivos años las reglas de la excedencia voluntaria. Con esta medida lo que se pretendía era evitar la disuasión que la anterior regulación suponía en el acceso a la excedencia.

Sin embargo, no es hasta la Ley 4/1995, de 23 de marzo, cuando se logra un gran avance reduciendo la desigualdad de las mujeres al extenderse "*el régimen de excedencia forzosa regulado por la Ley a todo el periodo de excedencia*". Con ello, la labor de cuidado, fundamentalmente desempeñada por mujeres, no supondría la finalización de su carrera laboral. La LCVFL completó la regulación anterior al prever una nueva excedencia en las mismas condiciones que la anterior pero referida al cuidado de familiares aunque por un periodo de tiempo inferior.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Finalmente es la Ley 40/2003, de 18 de noviembre la que culmina con el refuerzo necesario a la excedencia por cuidado mediante la incorporación de una última especificación: *"cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial"*.

Todas ellas contribuyeron y siguen contribuyendo a la promoción de la conciliación entre el ámbito familiar y laboral de los trabajadores, es por ello, que los cambios introducidos constituyen una de las reformas más notorias en el aspecto social-laboral. Se considera por tanto digno de mención la evolución legislativa con ánimo introductorio, constatándose la misma como una pieza esencial en la exposición del asunto a tratar en la segunda parte del trabajo.

Los cambios mencionados, surgen básicamente como un reclamo social de igualdad, rompiéndose con la tradicional división de ocupaciones en la que las mujeres quedaban relegadas a los quehaceres domésticos y al cuidado de niños, siendo el hombre el único con un derecho aparente a permanecer inserto en el mundo laboral. A modo de resumen se pueden considerar los siguientes objetivos como finalidad última de la evolución normativa experimentada:

- La conciliación, es decir, facilitar a los trabajadores su prestación de servicios sin que ello suponga un sacrificio absoluto del aspecto familiar.



- Renovar nuestro ordenamiento, en relación a preceptos de carácter comunitario pendientes de transposición, como son la Directiva 76/207/CEE en la que se hace alusión a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso, las relaciones y condiciones de trabajo, la Directiva 92/85 CEE para la protección de la salud y seguridad de la mujer embarazada en el trabajo o la Directiva 96/34 CEE referente a los permisos parentales. Es decir la trasposición al derecho interno de normas comunitarias con la finalidad de generar una igualdad de oportunidades.
- Romper con la situación hasta entonces vigente, garantizando un adecuado acceso al empleo de la mujer y responsabilizando al hombre en las labores domésticas, logrando así una cierta equiparación entre géneros.

3.2 REQUISITOS LEGALES

La concesión de la excedencia por cuidado en cualquier modalidad, así como la reducción efectiva por cuidado prevista en el art. 37.6 ET requiere el cumplimiento de tres requisitos estipulados:

- Que el sujeto necesitado de cuidados, siempre familiar hasta el segundo grado, no pueda valerse por sí mismo, tomando como referencia la edad para el caso del cuidado de hijos.
- Que el trabajador desarrolle de forma directa el cuidado al que se acoge.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- Que el sujeto causante no desempeñe actividad retribuida.

Es necesario determinar la expresión “que no pueda valerse por sí mismo”. El término falta de exactitud en palabras de SANCHEZ RODAS-NAVARO²⁸ puede ser interpretado en sentido amplio, incluyéndose tanto la necesidad de ayuda para los actos básicos vitales (comer, asearse, etc.), los cotidianos e incluso aquellas actividades que, aun pudiendo desempeñarse de forma autónoma, podrían constituir un riesgo potencial para la vida.

Dicha incapacidad por tanto sería posible a través de diversas circunstancias entre las que se engloba cualquier enfermedad común o profesional, leve o grave, acreditativa del requisito, también la existencia de accidentes laborales o no, la edad, que pese a estar prevista inicialmente para personas mayores según la declaración de motivos de la LCVFL nada obsta, dada la falta de precisión articular, que sea aplicada a cualquier sujeto y, en último término, el controvertido caso de la discapacidad.

Los requisitos estipulados parecen lógicos con la salvedad del impedimento del ejercicio de actividad retributiva alguna. No se aprecia correlación entre la posibilidad de desempeño laboral y la necesidad de cuidados, máxime en los supuestos de movilidad

²⁸ SANCHEZ RODAS-NAVARO, C., *La excedencia por cuidado de familiares*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, página 57 y ss.



reducida, impeditivos en la mayoría de los supuestos para el desarrollo de las funciones básicas, sobre todo las referidas al aseo, pero totalmente compaginables con ciertas modalidades laborales como el trabajo a distancia previsto en el art. 13 ET.

Tal previsión puede responder a que las posibles altas rentas percibidas por el sujeto causante, con posibilidad plena, por tanto, de contar con cuidadores profesionales supondrían el acceso a la excedencia como un aprovechamiento del sistema, produciéndose una analogía con el sistema de subvenciones en las que no solo se requiere la reunión de los requisitos, sino que existe una vinculación directa con un determinado nivel de ingresos. A esos efectos parece razonable y más óptimo, dejando aparte la propia ética que implica el cuidado familiar en cuanto a su desarrollo de forma personal, la fijación de límites salariales respecto a la actividad retributiva en lugar de una prohibición absoluta. En este sentido el art. 13 del Convenio colectivo para la sanidad privada de Valencia²⁹ limita la ganancia al Salario Mínimo Interprofesional.

Ante la falta de previsión estatutaria tal límite se configura como una barrera que logra la apropiación de la figura en aquellas familias con la solvencia suficiente, constituyéndose como un derecho elitista y carente de valor conciliador.

En todo caso la actividad retributiva puesta en duda no alcanzaría la prohibición de percepción por el

²⁹ Boletín Oficial de la Provincia de Valencia nº 38



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

sujeto causante de los subsidios que le correspondieran.

3.3 LA INCERTIDUMBRE DE LA FIGURA

3.3.1 La necesidad de dos subtipos en el cuidado

En una primera reflexión cabe plantearse la razón de la existencia de dos modalidades estipuladas en la excedencia para el cuidado; los hijos y en segundo término la alusión genérica de familiares.

No parece razonable la necesidad de distinción cuando el término familiares englobaría la primera modalidad directamente. La excedencia por cuidado de hijos prevé una duración máxima de tres años cuyo cómputo comienza a partir del nacimiento, en el caso de hijos naturales, o a partir de la resolución judicial acreditativa de la adopción o guarda. Ello parece indicar que dicha modalidad surge como principal medida conciliadora, orientada a la cobertura por razón de la edad, otorgando ese año adicional con respecto al cuidado de familiares cuya principal causa reside en la existencia de una enfermedad o accidente.

No obstante, tal estipulación no solo es innecesaria, sino injusta, dado que dicho tipo de conciliación es exclusiva para un periodo concreto de la vida, quizás el, cuantitativamente, más problemático en atención al mayor número de casos que engloba, pero no es capaz de dar lugar a una conciliación plena respondiendo a los problemas cada vez más frecuentes en nuestra sociedad. Dichos problemas aluden a las enfermedades que requieren de cierta supervisión o cuidado



constante, cuyo padecimiento es más probable a medida que se avanza en edad y que exigirían el acogimiento a la modalidad genérica de cuidado por familiares de dos años.

Es preciso matizar el carácter injusto o incluso discriminatorio considerando la necesidad de otorgar tres años, primando la necesidad de velar por los hijos durante los primeros años de su desarrollo (no se hace mención a un límite de tres años de edad ya que la adopción puede sucederse con posterioridad, no siendo lo normal que se prorrogue en exceso) y dejándolos en cierta manera más desprotegidos en relación a circunstancias sobrevenidas necesitadas de mayor protección, al concederles un plazo inferior (dos años). De esta forma, siendo el bien jurídico protegido similar, en atención a los mismos sujetos causantes, el alcance de la norma difiere. Gráficamente el supuesto se ve claro: se brinda un mayor alcance respecto a los recién nacidos contando con tres posibles años de supervisión, frente a una posible enfermedad grave del hijo que se manifieste durante una etapa posterior entrando en juego la necesidad de determinar hasta qué punto y en qué condiciones existe mayor vulnerabilidad para justificar el año de diferencia, es decir, hasta qué punto el criterio de la edad predomina sobre el surgimiento de una enfermedad o accidente limitativo de tal forma que para el primero el marco temporal sea superior.

Por ello, se considera innecesaria tal diferenciación poniendo de manifiesto que, de tener que acotar el tiempo establecido para este tipo de excedencias, tan solo la equiparación absoluta de ambos supuestos respondería a un fin conciliador pleno. Proponiéndose



como conclusión la abolición de ambas modalidades y su sustitución por el término genérico familiar al que se le otorgue tres años de acogimiento.

En relación al supuesto indicado, se plantea la posibilidad de si habiendo disfrutado una excedencia por cuidado de hijos, de manera sucesiva fuera posible acogerse a la excedencia por cuidado de familiares, situando tal fórmula como una manera artificial de prolongar la excedencia respecto al mismo sujeto causante. A dicho interrogante ofrece solución la SAN núm. 160/2017 de 13 de noviembre (rec. 290/2017) al indicar que *“los sujetos causantes de una y otra clase de excedencia son distintos, a excepción de aquellos casos en que la excedencia cuya aplicación se pretende esté motivada por la atención de un hijo sea o no menor de edad, que por razón de accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñen actividad retribuida-único supuesto en que el sujeto causante sería el mismo”*, siendo que tal fórmula solo parece plausible para el supuesto de accidente o enfermedad.

Resulta interesante mencionar el cómputo del comienzo de los tres años antes mencionados cuando se hace referencia al cuidado de hijos tanto naturales como adoptivos. Como bien se ha indicado, comienza desde el mismo día del nacimiento o resolución, entrando en colisión el derecho a excedencia, forzosa en el primer año, con la suspensión de dieciséis semanas tras embarazo prevista en el art. 48 ET en sus apartados 4 y 5³⁰, el cual indica que la distribución de las mismas

³⁰ Mención del RDL 6/2019 que prevé el mismo derecho de suspensión para el otro progenitor. Tal derecho será



será libre siempre y cuando al menos seis de ellas sean disfrutadas con carácter inmediatamente posterior al parto, a la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, configurándose como obligatorias y por tanto no pudiéndose renunciar a las mismas.

Parece difícil comprender como un derecho plenamente disponible como es la excedencia se agota necesariamente con la imposición de "descanso" antes mencionada. Si antes se argumentaba la falta de sentido respecto al comienzo del cómputo, puesto que no solo los tres primeros años de vida son altamente riesgosos para la propia, ahora se reitera dicha argumentación dado que los derechos en conflicto se subsumen el uno en el otro, no pudiendo hablar de tres años plenos y disponibles de excedencia, debiendo restársele esas, al menos, seis semanas impuestas por la normativa. Los supuestos de hecho parecen idénticos, al margen de que el carácter imperativo de la suspensión expresa, además de velar por el hijo pretenda cierta protección de la madre, no obstante, su alcance no aparece adecuadamente definido.

La literalidad del precepto deberá ser reinterpretada dada la imposibilidad que jurídicamente comporta estar en suspensión simultánea por dos causas diferentes. Muchos convenios solventan la cuestión indicando que el cómputo de la excedencia tendrá lugar una vez finalizado el periodo de suspensión por maternidad.

alcanzado de manera gradual culminando en el año 2021 a tenor de lo dispuesto en su art. 2.12 en correlación con su Disposición Transitoria novena.



3.3.2 Discusión sobre su calificación

Como bien se ha mencionado, la figura de la excedencia por cuidado se ha configurado como un elemento incierto, de tal forma que solo se puede considerar el primer año de su acogimiento (dadas las consecuencias que reporta: cómputo de antigüedad y reserva de puesto) como subtipo forzoso, considerándose el tiempo restante de su disfrute como algo más que dudoso respecto a su carácter. En el siguiente análisis se pretende determinar en la medida de lo posible su verdadera naturaleza en relación directa con su afán conciliador.

El primer año de disfrute se concreta indudablemente por la doctrina como una excedencia forzosa, es aquí donde se observa la primera incongruencia, pues uno de los aspectos característicos de las excedencias forzosas es la ausencia de acotes en cuanto a su extensión, pudiendo la misma desarrollarse durante toda la vigencia de la causa que habilita su disfrute.

En segundo término, se hace referencia a los posteriores años de disfrute a partir del primero (dos y uno en función del caso). Existen dudas respecto a su calificación, no obstante dicha incertidumbre parece disiparse cuando se hace mención que el derecho de reserva de puesto se ve sustituido por una "pseudo-reserva" de un puesto de la misma o similar categoría profesional, lo cual puede derivar en un abuso del empresario y en un sometimiento del trabajador a unas condiciones más desfavorables, entendidas como un menor tiempo de empleo o menor remuneración, entre otras. Por ello ante la existencia de varias vacantes:



del puesto exacto y otro de similar categoría, entraría en juego el libre arbitrio del empresario.

Por último, en cuanto a la comunicación de reincorporación deberá realizarse antes de que finalice la excedencia, al contrario del plazo de treinta días que la ley otorga para la forzosa tras su finalización.

Analizadas todas sus características no se puede sino deducir que se tratan de excedencias voluntarias, al ser este el carácter predominante en las mismas, con una peculiaridad: el reconocimiento de cómputo de antigüedad y el derecho a reserva modulado.

Como bien se advierte, tales excedencias cumplen con casi todas las estipulaciones plasmadas para la modalidad forzosa, sin embargo el hecho de su limitación temporal se advierte como un elemento esencial de la modalidad voluntaria, no considerándose de esta forma el cuidado del sujeto causante algo digno de la protección suficiente para que se extienda de forma indefinida en el tiempo. Es comprensible su interpretación como figura intermedia al constituirse como amalgama de ambas modalidades, no obstante, no parece posible concebir una excedencia en parte forzosa si no está presente una libertad plena del trabajador a la hora de orientar su ocupación, es decir, si transcurrido el plazo legal, al mismo no se le ofrece la posibilidad de conservar su empleo en iguales condiciones sin tener que renunciar con carácter anticipado al cuidado³¹.

³¹ El carácter anticipado al que se hace referencia indica que la única posibilidad de conservar el derecho de reserva pleno supone el disfrute parcial de las excedencias por cuidado, de



Por todo ello, se concluye con su denominación como excedencia voluntaria privilegiada.

3.3.3 La escasa labor conciliadora

La escasa labor conciliadora de la excedencia por cuidado se observa en cada uno de sus rasgos característicos. Pese a la duda respecto a su calificación en cuanto a forzosa o voluntaria, lo que si se muestra claro es su insuficiente valor como figura compatibilizadora.

No es discutible que su incorporación como se viene indicando constituyó un precedente importante, sobre todo, en relación directa con la integración de la mujer al mundo laboral, no obstante, dicho hito se ha ido desinflando a medida que aumenta la incertidumbre sobre su calificación. En primer lugar, se debe acudir a la justificación doctrinal que acredita las diferencias de tratamiento entre la modalidad forzosa (más ventajosa) y voluntaria. Las mismas se basan en los motivos de su acogimiento. Mientras que para la primera las causas de motivación además de ser específicas, redundan en la imposibilidad o dificultad de trabajar, por lo que respecta a la segunda, se origina por el propio deseo del trabajador, de ahí que la protección sea más escasa.

Teniendo en cuenta este criterio, se hace difícil comprender que la excedencia por cuidados no haya sido configurada como una excedencia forzosa íntegra con todas las consecuencias que conlleva. El hecho de introducir en la misma el derecho al cómputo de

tal forma que solo mediante el disfrute del primer año el mismo se encontraría garantizado



antigüedad y reserva exacta, este último, tan solo durante el primer año, rompe con la concepción anterior, considerando que el cuidado de un hijo o familiar se convierte en una mera voluntad del trabajador a medida que se prolonga en el tiempo. Ello se traduce en la desprotección generada cuando transcurrido el periodo máximo de acogimiento sigue subsistiendo, por ejemplo, la enfermedad del familiar necesitado de cuidados, en este caso se estaría instando implícitamente al trabajador a poner fin a su relación laboral en pro de la atención a su familiar o bien a acogerse a condiciones injustas (dadas las circunstancias que las motivan) negociadas con el empresario, en los supuestos en los que no tenga cabida la aplicación del art. 37.6 ET.

Conviene matizar que el carácter injusto no se refiere a la regulación, sino a la ausencia de alternativas para el trabajador, ejemplo de ello se observa la adecuada disposición que el art. 237 de la LGSS otorga, pues, el tiempo máximo de excedencia por cuidado de hijos y el primer año por cuidado de familiar tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

Además, la reducción de jornada del precepto 37.6 ET, indica que la cotización realizada en este régimen será tomada en incremento hasta el cien por cien, equiparándola con la cotización correspondiente que tuviera lugar de no producirse tal reducción, el mismo criterio se introduce por modificación del art. 37 a



través del RDL 6/2019, indicándose que los supuestos recogidos en los apartados 4, 5, 6 y 8: nacimiento de hijo u adopción, hijos prematuros, guarda legal antes mencionada para los menores de doce años y víctimas de violencia de género, que ejerzan la distribución/reducción de jornada, tendrán derecho a que las indemnizaciones que les correspondieren sean calculadas en virtud del salario percibido sin perjuicio de la reducción. Parece con ello establecer el ordenamiento un cierto criterio corrector frente a la imposibilidad de acogimiento indefinido a tal excedencia y la necesidad de optar a nuevas vías más sacrificadas.

La corrección mencionada se refuerza con la protección otorgada por RD 1148/2011, de 29 de julio relativo al cuidado de menores dolientes de cáncer u otra enfermedad grave, donde se establece la reducción de jornada por tales cuidados hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, con el consiguiente subsidio encaminado a sufragar el gasto que tanto la reducción como la propia enfermedad comportarían.

En igual sentido se manifiesta la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia indicando en sus arts. 14. 4 y 18, entre otros, que, además de ser los propios enfermos los destinatarios de la ayuda económica, como una de las garantías previstas para la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, también se reconocen medidas de apoyo para los cuidadores no profesionales.

En definitiva, el supuesto clave reside en la posibilidad



que el ordenamiento otorga entre desatender al sujeto pasivo o bien la renuncia al trabajo, a través de la no reincorporación en el plazo estipulado, en aras de continuar con la atención. Se considera por tanto que, pese a la importancia y necesidad de las medidas económicas antes dispuestas en las que se atisba una clara intención conciliadora, la excedencia por cuidado no será plena en tanto no se permita al trabajador una elección no condicionada por el mantenimiento de las circunstancias laborales.

Como segundo aspecto, se hace referencia a la limitación en su extensión, no temporal, sino fáctica, impidiendo su aplicación más allá del segundo grado de consanguinidad o afinidad. Dicha estipulación resulta poco razonable al considerar los familiares más próximos más relevantes. El fundamento parece ser su estipulación como un aspecto impeditivo respecto a un uso abusivo de la figura. Matizando el aspecto, lo que se pretende es no permitir su acogimiento de forma indiscriminada basándose en la justificación de que cualquier familiar se halle impedido.

Por lo que respecta a la afinidad parece más lógico la imposición de un límite incluso más acotado si cabe, al hablarse de "familia política" el supuesto no sería tan controvertido, pudiendo plantear incluso su acogimiento solo para el primer grado al existir una familia de sangre que tiene reconocido el derecho. En cuanto al aspecto de la consanguinidad pese a cubrir los pilares familiares "básicos": padres e hijos, hermanos, abuelos y nietos, no parece ser suficiente debiendo ampliarse, en caso de ser necesaria restricción, como mínimo hasta el cuarto grado reuniendo así tíos y sobrinos, y



primos.

Otra cuestión importante relativa a la afinidad es el origen de la misma, el vínculo matrimonial, por lo que de la redacción exacta del precepto no sería posible su acogimiento para figuras extramatrimoniales, entre las que se destaca la importante institución de la pareja de hecho. ¿Por qué no ampliar la excedencia a tal supuesto en similares términos a los contenidos en los párrafos séptimo y octavo del art.37.6 ET?

En este aspecto, resulta interesante mencionar el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno central contra la Ley de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana. En concreto, interesa la planteada respecto a su art. 130.1 b) alegando que contraviene el EBEP al incluir el derecho del personal funcionario a *"la excedencia voluntaria por cuidado de familiares para atender al cuidado del cónyuge o pareja de hecho legalmente constituida o familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad o cualquier persona que, legalmente, se encuentre bajo su guarda o custodia que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida"*.

En base a ello se manifestó el TC³² entrando en el examen de si la proposición valenciana suponía intromisión estatal mediante la fijación de bases en la materia concreta, o por el contrario se había llevado a cabo una función legítima de desarrollo por medio de la interpretación consistente en hacer *"explícito lo que*

³² STC de 11 de marzo de 2014 (RTC 2014\39).



estaría implícito en la base estatal". Concluye el tribunal desestimando la cuestión respecto al concreto artículo, al indicar que tales previsiones se enmarcan "dentro de las decisiones que puede adoptar la Comunidad Valenciana en relación con el personal a su servicio, al amparo de su competencia"³³.

La cuestión que se plantea, ahora, es si fuera de la previsión valenciana avalada por el TC, existe vinculación a nivel estatal respecto al supuesto de la pareja de hecho, en este caso, limitado al ámbito funcional. La respuesta es claramente negativa, ante la falta de previsión autonómica, convencional o estatal plasmada en el ET, la pareja de hecho (incluidos sus familiares), no actuaría como supuesto asimilado al matrimonio, no gozando por tanto del derecho a excedencia.

Como tercera y última cuestión, se alude al disfrute de la excedencia en dos ámbitos diferenciados:

En relación a la duración de la misma. El acogimiento a la excedencia supone la estipulación del plazo que el trabajador prevé estar sometido a tal situación, al ser la circunstancia de su acogimiento un elemento imposible de anticipar y mucho menos concretar

³³ En igual sentido se manifiesta el tribunal en la STC de 11 de abril de 2013 (RTC 2013\81) al indicar que: *"la mera previsión de extensión de la aplicación de la normativa autonómica en materia de personal al servicio de la Comunidad Autónoma a los integrantes de la unión de hecho, en el caso de que dicha normativa reconozca determinados beneficios a personas unidas por vínculo matrimonial, que es la finalidad perseguida por el precepto, no puede entenderse vulneradora de las competencias estatales"*.



temporalmente, la tendencia suele ser establecer el plazo máximo permitido por la ley, de ese modo el trabajador limitará la ponderación de bienes en conflicto (conservación de puesto y cuidado de familiar) evitando una reincorporación temprana en caso de subsistir la causa. No obstante, el perjuicio se plantea cuando habiendo acudido al plazo máximo a modo de previsión, ve como la causa que alegó finaliza. En ese caso, la solicitud de reingreso (mucho más que anterior a la finalización de la excedencia, debido a la terminación temprana de la circunstancia que motivo su acogimiento), no vincularía de forma plena al empresario, dependiendo de este si se admite su reincorporación "anticipada" o bien se espera a la terminación del plazo fijado en la solicitud inicial.

De esta forma, se observa como la indeterminación legal de este aspecto puede converger en una estimación judicial menos clara respecto a la consideración de despido improcedente por negativa de reincorporación simple.

Como excepción a la finalización anticipada antes prevista, se encuentra el supuesto estatutario contemplado relativo a un nuevo sujeto causante que otorgara nuevo derecho a excedencia. Su acogimiento supondría la finalización de la excedencia hasta entonces disfrutada, por lo que partiendo de la premisa de que no existe la posibilidad de acceso a excedencia estando en suspenso el contrato, se aprecia que tras la primera excedencia mediaría una reincorporación anticipada necesaria por parte del empresario que acreditase el acceso a la segunda excedencia.

En cualquier caso, se considera que lo más adecuado



sería regular los supuestos de tal manera que la reincorporación temprana, como consecuencia de la desaparición de la causa de excedencia o la posibilidad de optar a otra vía compaginable con la prestación laboral, deviniera obligatoria para el empresario en los mismos términos, aunque con un mayor grado de flexibilidad, que si se agotara la excedencia por el tiempo convenido.

En relación al disfrute, en concreto matizado respecto al límite específico de dos trabajadores de una misma empresa y su solicitud respecto al mismo sujeto causante.

La concesión de la misma para ambos será decisión unilateral del empresario, el cual, alegando perjuicios empresariales, podrá concederla tan solo a uno de ellos, siendo en muchos casos el criterio de concesión el progenitor que primero la hubiere solicitado.

En el disfrute, claramente estipula el ET la posibilidad de ejercicio de forma fraccionada. Parece bastante ilógico que una Ley que ampara la conciliación no haya previsto tal situación, indicando de forma expresa que el fraccionamiento en su disfrute permita a ambos trabajadores de la misma empresa y con el mismo sujeto causante su acogimiento de forma alternante. Obviamente la alternancia debería ser discutida con el propio empresario, no existiendo para la misma una libertad absoluta en pos del bien organizativo empresarial.

Dicha previsión cumpliría con la función conciliadora básica al permitir que ninguno de los trabajadores



abandone de forma permanente su trabajo durante el tiempo en excedencia.

4. CONCLUSIONES

1. La inadecuada determinación de figuras.

No se puede más que realizar una feroz crítica a la configuración poco acertada de una figura, la excedencia, subsumida como una infra-categoría en la institución suspensiva.

Se reafirma la falta de acierto en la delimitación, destacando la innecesaria estipulación de la excedencia forzosa como figura autónoma, al ser claramente una causa de causas, en el sentido de que se trata de una causa suspensiva que a su vez engloba distintas causas suspensivas no previstas anteriormente. La introducción de nuevos supuestos por la misma no es argumento suficiente para su fijación independiente. Como consecuencia de ello se arrastra un problema que afecta a la excedencia voluntaria.

Una vez que se accede a conformar la figura de la excedencia forzosa como elemento totalmente ajeno a los ya existentes en el ordenamiento laboral, la tendencia conduce a distinguir dentro de esa institución independiente distintas modalidades, la confusión en la fijación de la excedencia forzosa se traslada a la voluntaria.

La necesidad real se constata en la estipulación de una figura verdaderamente autónoma a la



suspensión que, consecuencia de proveer de una regulación distinta, recaería en la excedencia voluntaria, fijándose como única excedencia, basada en la corrección de la forzosa como mera suspensión que amplía la institución, englobando nuevos supuestos y, por tanto, como único componente de la nueva institución, retirando el apelativo de voluntaria.

A modo de síntesis la adecuada delimitación de las figuras se realizará en atención a la siguiente "fórmula": la forzosa no es una excedencia sino una causa de suspensión, por tanto se corrige su denominación y su apelativo ya no será excedencia. Como consecuencia la voluntaria que ofrece un régimen distinto a la suspensión no se debería considerar causa suspensiva sino una figura aparte, que tras la previa corrección (eliminando el término excedencia en la forzosa), pasaría a denominarse sencillamente excedencia.

2. La complejidad que rodea a la excedencia voluntaria.

Si bien antes se analizaba el error en su configuración como causa suspensiva y no como institución independiente, el asunto se complica aún más con la redacción del art. 45 ET, a no incluirse de forma expresa el término "excedencia voluntaria" en las situaciones suspensivas. El conflicto es sencillo, la figura no aparece recogida en la enumeración de causas suspensivas, pero es considerada una de ellas dado que el art. 46 ET que contiene mención a los tipos de excedencias y por tanto la nombra, se



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

inserta en la sección 3ª del ET bajo la rúbrica "*Suspensión del contrato*".

Dejando de lado si es o no verdaderamente una causa suspensiva, su condición como tal, a modo de disipar las posibles dudas, debe pasar por una configuración clara basada en la inclusión expresa en el listado de causas suspensivas del art. 45 ET.

3. La naturaleza aún híbrida de la excedencia por cuidado.

Esta cuestión ha sido recurrente a lo largo de los años. El supuesto de base es la falta de calificación por parte del legislador en el art. 46.3 ET.

Si bien se asiste a una evolución jurídico-legal ya que frente a la redacción originaria plasmada en el texto estatutario que dada su estipulación conllevaba al pensamiento mayoritario, mantenido jurisprudencialmente, del carácter voluntario de la figura, a ella se impone la reforma protagonizada por la Ley 3/1989 que modificó el precepto cambiando la tendencia hacia un pensamiento de figura intermedia al reconocer durante el primer año de su acogimiento las mismas características que para la tipología forzosa. Ello condujo claramente a la concepción de un primer año forzoso y el resto voluntario. La evolución normativa culmina con la Ley 4/1995 que incluye el reconocimiento, aunque no preciso de las mismas estipulaciones que la tipología forzosa a lo largo de toda su duración.

Con esta última parece decantarse por su concepción plena de forzosa, he ahí el punto de la crítica. Frente



a la ahora unánime tanto doctrinal como jurisprudencial concepción de su plenitud respecto a la categoría de forzosa, se insiste en que la posición tan solo ha variado de una categoría más híbrida a otra más próxima a esta tipología pero no integrada en la misma.

La necesidad de una plena concepción de forzosa radica en que el acogimiento no es controlado por el trabajador, sino una circunstancia ajena que en cierta forma, al menos en un principio ética, le obliga a acogerse, y pasará por abolir los límites temporales en su disfrute en pro de la plena protección jurídica y social de la familia alentada por el art. 39 CE y por la aplicación de la reserva de puesto exacta durante todo su transcurso.

De esta manera se considera que la reforma propuesta evidenciaría la clara voluntad conciliadora de la figura, no solo al garantizar, como antes ya se había conseguido, la permanencia laboral, sino al abolir el temor que su acogimiento pueda provocar.

4. El escaso alcance.

Como bien se observa, el acogimiento de la excedencia por cuidado requiere la existencia de un vínculo entre cuidador y cuidado. En concreto, se hace de nuevo referencia a la afinidad, únicamente reportada por el vínculo matrimonial. No cabe sino hacer una profunda objeción a que dicha institución acapare la mitad de importancia en el disfrute del derecho junto con los lazos de sangre.



Pese a ser el principal mecanismo en la unión de parejas, no se configura más que como una opción, debiendo otorgar igual importancia a otras alternativas, que aunque minoritarias, están presentes en nuestro sistema.

Dado el carácter imperativo del ET como texto regulador de los mínimos imprescindibles de la relación laboral, el mismo establece la línea fronteriza a partir de la cual las situaciones no pueden sino ser mejoradas. Es ese carácter de mejora que se otorga a otras disposiciones, lo que impide en el derecho laboral hablar de discriminación en cuanto al reconocimiento en determinadas áreas geográficas o de desempeño no disponible en otras. De nuevo parece necesario recalcar que en ningún caso el reconocimiento de la pareja de hecho como figura aneja al matrimonio en algunos convenios podrá ser entendido como un reconocimiento de derecho en detrimento o restrictivo respecto a aquellos otros en los que el supuesto no se ve ampliado.

Por tanto, se considera de importancia esencial el reconocimiento explícito por parte del ET de la extensión de la situación de excedencia, no solo para las parejas de hecho sino también para los familiares de la propia pareja, no dejando dicha opción de mejora del régimen general, tan solo, en manos de los diferentes convenios o leyes autonómicas.

5. La necesidad de conciliación plena.

Como se ha manifestado a lo largo del trabajo, tal consecución pasa por distintas modificaciones:



a. La equiparación de las excedencias por cuidado. Supone ampliar el periodo de acogimiento de la excedencia por cuidado de familiares a tres años, plazo idéntico al previsto para el cuidado de hijos y la modificación del art. 237 LGSS en virtud del cual el periodo máximo de disfrute de la excedencia por cuidado de hijos se computa como tiempo cotizado frente al primer año que aparece establecido cuando la excedencia se refiere al cuidado de un familiar, asimilando ambos supuestos.

b. Un verdadero fraccionamiento en su disfrute. De tal forma que sea posible el ejercicio de la excedencia de manera alternante entre los progenitores o familiares a pesar de que trabajen en la misma empresa y sea el mismo sujeto causante. Tal reforma contendría como límite que la conducta no produjese un perjuicio empresarial, y su disfrute estaría sometido a una negociación con el empresario para la fijación expresa de los términos. El fraccionamiento absoluto y general alegado, en ausencia de las oportunas precisiones, puede traducirse en un grave perjuicio para el empresario en ningún caso deseado.

c. La supresión de la comunicación del tiempo que se prevé en el disfrute de la excedencia, evitando el conflicto expuesto relativo a la reincorporación anticipada por finalización de la causa alegada para el disfrute de la excedencia o, en su caso, la vinculación empresarial respecto a la solicitud anticipada.



BIBLIOGRAFÍA

ARGÜELLES BLANCO, A. R., "Antecedentes, origen y evolución histórica de la excedencia laboral", *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 45, páginas 45-106, 1997.

ARGÜELLES BLANCO, A. R., *La excedencia laboral voluntaria*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

CASTRO ARGÜELLES, M. A., "La conciliación de la vida laboral, personal y familiar como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, páginas 15-36, 2017.

CUEVAS GONZÁLEZ, F., "La excedencia laboral en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Documentación Laboral*, núm. monográfico sobre "Cuestiones Laborales de la actualidad de la Jurisprudencia", páginas 211-255, 1987.

GORRELLI HERNÁNDEZ, J., *Las excedencias en derecho del trabajo*, ed. Comares, Granada, 1998.

PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcional*, ed. Montecorvo, Madrid, 1983.

PEREZ ALONSO, M. A., *La excedencia laboral*, ed.



Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

RUANO ALBERTOS, S., *La excedencia voluntaria no causal en el estatuto de los trabajadores*, ed. Colex, [s.l.], 1995.

SÁNCHEZ-NAVARRRO RODAS, C., *La excedencia por cuidado de familiares*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.



ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y ESPECIFICIDAD DEL DEPORTE EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMUNITARIO

D. Daniel López Gómez

Abogado

Resumen: El presente trabajo de investigación se basa en un estudio paralelo de dos figuras de gran relevancia en el marco del Derecho de la Competencia actual como son el abuso de posición dominante y el principio de especificidad del deporte. Para la realización del mismo y, en aras de que fuese lo más cercano a los problemas actuales de la praxis jurídica, el trabajo se enfocará también en analizar el mediático caso de la industria deportiva *FIBA v. Euroliga*, con el objetivo de discernir la concurrencia de los elementos caracterizadores del abuso de posición dominante de una empresa dedicada a la organización de eventos deportivos profesionales.

Palabras clave: Derecho de la Competencia, Unión Europea, Abuso de posición dominante, especificidad del deporte, infraestructura esencial, asunto Euroliga v. FIBA.

Abstract: This research work is based on a parallel study of two figures of great relevance in the



framework of current competition law, namely the abuse of dominant position and the principle of specificity of sport. In order to carry out this study, and in order to be as close as possible to the current problems of legal practice, the work will also focus on analysing the media case of the sports industry FIBA v. Euroleague, with the aim of discerning the concurrence of the elements characterising the abuse of dominant position of a company dedicated to the organisation of professional sporting events.

Keywords: Competition law, European Union, Abuse of dominant position, specificity of sport, essential infrastructure, case Euroleague v. FIBA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN 1.1. Introducción y objetivos
 1.2. Estructura 1.3. Metodología 2. MARCO
 CONCEPTUAL 2.1. Abuso de Posición Dominante
 2.1.1. Definición, límites generales derivados de la
 noción de abuso y requisitos de la figura 2.1.2. Tipos
 de Abuso de Posición Dominante a) Desde la
 perspectiva comunitaria: artículo 102 TFUE b) Desde la
 perspectiva española: artículo 2 LDC 2.2. Doctrina
 sobre la especificidad del deporte: interacción y
 compatibilidad entre el Derecho del Deporte y el
 Derecho comunitario 2.2.1. Elementos jurídicos
 generales del deporte a considerar por el Derecho
 comunitario 2.2.2. Aplicabilidad del Derecho de
 Competencia europeo a la industria deportiva a)



“Relevancia a lo relevante”: carácter económico relevante del sector deportivo b) Estudio de la aplicabilidad de la doctrina “Especificidad del Deporte”

3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA DE LAS INFRAESTRUCTURAS ESENCIALES: “CASO EUROLIGA”

3.1. Análisis contextual del “Caso Euroliga”

3.1.1. Perspectiva general: panorama actual del sector deportivo 3.1.2. Elementos contractuales claves en la nueva configuración de la Euroliga 3.1.3

Perspectiva concreta: estudio cronológico del litigio FIBA v. Euroliga 3.2. La competición deportiva como infraestructura esencial 3.2.1. Preludio: ¿cabe en el “Caso Euroliga” el principio de especificidad del deporte? 3.2.2. Del origen, composición y definiciones de la figura “Infraestructura esencial” 3.2.3.

Aplicabilidad de la doctrina “Infraestructura esencial” al “Caso Euroliga” a) Enfoque genérico: requisitos aplicativos en virtud del artículo 102 TFUE y de la Comisión Europea: b) Enfoque concreto: análisis de los elementos de “infraestructura esencial” a la luz del “Caso Euroliga” 3.2.4. Similitudes y diferencias entre el “Caso Euroliga” y “Caso Superliga” 4.

CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. ANEXOS

*«El deporte es parte de la herencia de cada hombre y cada mujer y su ausencia no puede ser compensada»,
Pierre de Coubertin.*



1. INTRODUCCIÓN

1.1. Introducción y objetivos

La presente investigación encuentra su razón de ser en la profundización de las figuras «abuso de posición dominante» y el «principio de la especificidad del deporte» bajo el marco del Derecho de la Competencia comunitario y del Derecho español. Ambos análisis serán llevados a cabo con la intención de entender de mejor manera el cómo pueden convivir ambas figuras en el ámbito deportivo.

Por tanto, el objetivo general del trabajo es discernir aquellas claves que hacen falta ser atendidas para determinar si algunas actuaciones en el ámbito deportivo pueden ser constitutivas de abuso de posición de dominio utilizando en el análisis recursos como las Resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para llegar a este propósito general se debe proyectar el análisis mediante la consecución de dos objetivos más específicos:

- I. En primer lugar, y en relación al *principio de especificidad del deporte* se deberá atender a aquellas características que puedan presentar las empresas de índole deportiva con la finalidad de generar un *correcto contexto* en el que se pueda determinar si puede o no la *Euroleague Commercial Assets* (ECA) «amarrarse» a la aplicación de dicho principio



- para así evitar el hecho de estar sujeta a la normativa de Derecho de la Competencia comunitaria y, por ende, evitar incurrir en supuestos de *abuso de posición dominante* con respecto a competidores y consumidores.
- II. Por otro lado, una vez vistos los aspectos generales sobre especificidad del deporte y abuso posición de dominio, y con el objeto de determinar si existe una posible *conducta anticompetitiva de abuso de posición dominante* por parte de la ECA, se procederá a analizar la eventual *aplicación de la doctrina «infraestructura esencial» en el asunto Euroliga v. FIBA* donde cobrarán especial relevancia los requisitos y factores estudiados de una manera más abstracta o teórica en los epígrafes anteriores.

1.1. Estructura

Tras una breve introducción del trabajo, en el segundo apartado del mismo se exponen los elementos y requisitos fundamentales de las figuras objeto de estudio, es decir, sobre el abuso de posición de dominio y la especificidad del deporte, para lo cual se han utilizado los recursos obtenidos de la jurisprudencia y de la doctrina existente sobre la materia estudiada.

El tercer apartado se ocupa de relacionar los conceptos analizados en el apartado anterior con el sector deportivo, realizándose, en primer lugar, un *análisis contextual del auge de dicho sector* para, a continuación, proseguir con los detalles particulares del asunto al que se le da mayor relevancia en el estudio,



el *asunto Euroliga v. FIBA*. A continuación, el estudio se centra en la *aplicabilidad*, por un lado, del «principio de especificidad» del deporte al caso y, por otro, de la doctrina de la «infraestructura esencial», siendo esta última la doctrina un recurso utilizado para constatar los eventuales abusos de posición dominante en el sector deportivo.

Por último, en el cuarto apartado, se exponen las *conclusiones* principales incluyendo una valoración crítica en la que se incluyen propuestas de *lege ferenda* en este ámbito.

1.2. Metodología

En cuanto a la metodología empleada, cabe señalar que se trata de un *análisis* en el que se estudian las cuestiones relevantes desde una perspectiva general, en la que se realiza un análisis conceptual de las figuras objeto de estudio, hasta llegar a una reflexión desde una perspectiva particular o más concreta donde se exponen los factores clave a tener en cuenta en la constatación de abuso de posición dominante dentro de la industria deportiva.

En este análisis se ha tratado de dar justificación a todo lo expuesto mediante el recurso a supuestos de la práctica teniendo una especial relevancia en este sentido aquellos *pronunciamientos judiciales* en los que se dan soluciones concretas a casos en los que se incluyen *conceptos jurídicos no del todo cerrados y complejos*, como es el caso del abuso de posición dominante. Además de los mismos, y de manera complementaria, se ha acudido a literatura europea y



española, tanto de carácter institucional como particular; a informes institucionales de carácter nacional y resoluciones de instituciones de la CNMC e, incluso, a artículos en materia económica llevados a cabo por instituciones privadas como lo son los realizados por PWC.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1. Abuso de Posición Dominante

2.1.1. Definición, límites generales derivados de la noción de abuso y requisitos de la figura

a) Definición

El abuso de posición de dominio, según la Sentencia del Tribunal Supremo, (en adelante, STS) de 8 de mayo de 2003, se trata de *“una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado”* (Massaguer et al., 2010).

Esta definición no ha sido plasmada en primer lugar por motivos puramente casuales, sino causales, debido a



que expone los elementos de la figura con mucha sencillez. Se debe, además, enfatizar que la posición dominante no constituye infracción como tal, sino que es su explotación abusiva lo que la Ley de Defensa de la Competencia española (en adelante LDC) prohíbe, cuya existencia está sujeta a unos requisitos que serán analizados más adelante. De lo anterior se deduce que se deberá, por tanto, constatar en primar lugar la posición dominante y, *a posteriori*, estudiar si se está ante una práctica abusiva o no (Massaguer et al., 2010).

Existen otras definiciones ofrecidas por distintas instituciones jurídicas que ilustran dicha figura desde diferentes perspectivas a la expuesta. Como prueba de ello, son especialmente relevantes las consideraciones concretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), siendo pionera en este sentido la formulada a raíz del asunto *Continental Can* en el que dicho organismo determinó que "las empresas están en posición de dominio cuando tienen capacidad para actuar en el mercado con independencia del resto de las empresas que operan en él, de manera que pueden obrar sin tomar en consideración ni a sus competidores, ni a sus proveedores ni a sus clientes" (STJUE de 21 de febrero de 1973). En la misma línea se encuentra la aproximación dada por parte del TJUE en el caso *Société Sirena*, en la que se definió la figura como "aquel poder de una empresa capaz de impedir la competencia efectiva en un mercado, teniendo en cuenta la existencia de otras empresas que ofertan mercancías que son similares e incluso sustituibles" (Camarena, 2014). De hecho, si se profundiza, se pueden encontrar definiciones incluso más ilustrativas



que las anteriores, como la que estableció el TJUE en el mediático caso *United Brands* en cuya sentencia la definió como “aquella situación de fortaleza económica de la que disfruta una firma y que le permite actuar, hasta cierto punto, *al margen de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores*” (STJUE de 14 de febrero de 1978).

Teniendo en cuenta lo anterior, son dos los elementos fundamentales que aparecen en todas y cada una de las descripciones expuestas, siendo el segundo de ellos consecuencia directa del primero:

- Sustancial superioridad económica frente al resto de competidores;
- Independencia suficiente frente a competidores; proveedores y consumidores finales.

Esta enumeración de factores «no descubre el fuego», puesto que fue exactamente en el año 1999 cuando el anterior Tribunal de Defensa de la Competencia español¹ (en adelante, TDC) recogía la coexistencia de

¹ Debe precisarse que, pese a constituir la primera autoridad sobre Derecho de la Competencia el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), no fue hasta el 2007 cuando se creó formalmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). Hasta esta fecha, seis organizaciones independientes trataban de supervisar este tipo de cuestiones en aquel mercado para el cual había sido constituida, siendo éstas las que siguen: Comisión Nacional de la Competencia (CNC, de la cual se pueden encontrar distintos expedientes utilizados a lo largo del texto a título de ejemplo), Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

ambos factores de la manera siguiente: “una empresa disfruta de posición de dominio cuando tuviera en este poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o de los consumidores” (CNMC, 1999). Como ejemplo, en aras de entender el concepto de una manera más tangible, puede indicarse la reciente multa histórica impuesta (ascendiendo hasta los 2.424.495 millones de euros) por la Comisión Europea a *Google* por, precisamente, abusar de su posición privilegiada en el mercado al ofrecer una ventaja a otro producto propio de la compañía, *Google Shopping*, situándolo en un lugar destacado frente al de sus competidores (Gómez, 2017).

Una vez dadas tales «pinceladas» descriptivas sobre la figura en cuestión y, habiendo quedado señalados los factores fundamentales a tener en consideración (fortaleza económica e independencia manifiesta

Sector Postal, Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria.

Sin embargo, y con la finalidad de incrementar su influencia al realizar sus funciones de manera conjunta, en 2013 se aprobó la unificación de los organismos reguladores y de la autoridad de competencia adoptando así una visión integradora desde el punto de vista de la regulación y de la defensa de la competencia para promover la modernización de la economía en beneficio de los consumidores, ejerciendo, la CNMC, sus funciones a través de dos órganos de gobierno: el Consejo y el Presidente, que lo es también de su Consejo. (CNMC, 2019)



suficiente), conviene a continuación señalar aquellos límites generales derivados de la noción de abuso y los requisitos sustantivos, junto a la especial consideración que se ha de tener a las diferencias de la figura mencionada y la figura del monopolio², que mejor

² **Diferencia entre abuso de posición dominante y monopolio:** se pueden indicar las siguientes divergencias fundamentales entre ambos conceptos (Obando Muñoz, 2013):

- a) Relevancia de la estructura del mercado: en virtud de las inmediatamente anteriores características esenciales del monopolio, se pone de manifiesto la necesidad de la existencia de un único oferente o vendedor para que se de tal monopolio. *A sensu contrario*, se puede ver en el citado punto 2.1. del estudio el cómo, la propia naturaleza de la figura de APD exige la coexistencia de dos o más competidores puesto que el hecho en cuestión es la dominancia de una de ellas sobre el resto, no pudiéndose producir, lógicamente, de solo existir una empresa. Esta diferencia reviste, ineludiblemente, de la diferencia más relevante a la hora de discernir ambas nociones conceptuales.
- b) El monopolio no es una condición *sine qua non* para que se dé APD: de monopolio El monopolio lleva consigo una posición privilegiada dentro de un mercado a través de la cual puede materializar comportamientos abusivos, mientras que cuando se da APD, no siempre quiere decir que éste haya sido originado por la preexistencia de un monopolio, lo cual quiere decir que no es necesario que haya monopolio para que se dé un APD dentro de un mercado.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

acoten al concepto y aminoren aquellas ambigüedades que puedan suscitarse a raíz de tal indeterminación.

a) Límites generales derivados de la noción de abuso

En lo relativo a los límites generales derivados de la noción de abuso, son cinco los que precisamente fueron expresamente enumerados en la Sentencia de 8 de mayo de 2003³ a la que se hizo referencia anteriormente, los cuales fueron ratificados en pronunciamientos posteriores:

- Tipicidad: la conducta, para ser considerada abusiva, ha de estar incurso en las prohibiciones establecidas expresamente por ley, siendo en este caso, las recogidas en el artículo 2 de la LDC. Además, dicha práctica debe haberse consumado y no quedarse en una mera tentativa o en un abuso frustrado, como así lo estableció la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de junio 2002 en el caso *Hegoplac*.

Trato jurídico distinto: a pesar de que el monopolio y el APD guarden ciertas similitudes en los efectos directos e indirectos dentro de la competencia económica y funcionamiento de los mercados en los que ambos <<habitan>>, son dos figuras totalmente antagónicas e independientes que, como tal, poseen un trato jurídico distinto.

³ STS de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003, 4209), Tándem Transportes y Ruta Sur, Recurso de Casación núm. 4495/1998. FF DD 7º, 11º y 12º. Sacada del Comentario a la Ley de Competencia, cuarta edición, pág. 200.



- Concepto jurídico indeterminado: como ya se señaló *ut supra*, el presente estudio está ante un concepto (abuso de posición dominante, en adelante APD) que, desafortunadamente, no posee una relación de conductas típicas cerrada, sino que, por el contrario, la relación de conductas recogidas en la LDC sirve meramente a título de ejemplo y no constituye una lista cerrada, con las ambigüedades interpretativas que de ello puede derivarse. Como se puede poner de manifiesto a través de la lectura de los dos primeros límites mencionados, existe cierta incongruencia en el hecho de que el primero exija la presencia expresa del comportamiento en uno de los tipos recogidos en la ley LDC y el segundo reconozca que se está ante un concepto jurídico indeterminado que no puede «cerrarse» a que ciertos comportamientos que no se encuentren de manera expresa en la Ley puedan ser calificados como abusivos por un Tribunal que así lo considere atendiendo a otras circunstancias e indicios habidos en el caso. Por ello, los límites y requisitos que siguen a continuación deberán ser tenidos especialmente en consideración debido a que, serán los mismos los que sirvan de herramientas jurídicas a las partes, en aras de calificar con la mayor objetividad posible una supuesta práctica como conducta abusiva o no.
- Predecibilidad: El Alto Tribunal señaló en el FD 10º de la STS de 20 de junio de 2006 (RJ 2006, 3542), *Telefónica de España*, que la calificación de la conducta como abusiva debe ser predecible, es decir, que se estará ante una



conducta de tal naturaleza cuando “se cometa alguna de las prácticas tipificadas en la Ley u «*otras que respondan a los perfiles propios del tipo sancionador*». A raíz de la aplicación de tal requisito, el Tribunal Supremo «se vio en la tesitura» de tener que aclarar en el FD 7º de dicha sentencia (en aras de evitar qué prácticas novedosas o prácticas que no puedan ser perfectamente encuadradas en tipos abusivos previamente declarados en la jurisprudencia o en la práctica administrativa, quedaran sin sanción) que la doctrina *comunitaria* al respecto podrá ser tomada en consideración como instrumento auxiliar de interpretación con la finalidad de ampliar el abanico de conductas típicas consideradas abusivas además de las ya incluidas en la LDC.

- Objetividad: pese a ser un concepto jurídico indeterminado, se está ante un concepto claramente objetivo que no ha de depender de la intencionalidad de su autor, como así se señaló en la STS de 11 de octubre 2013, de *Gas Natural Distribución SDG, S.A.*: «*en ningún caso se requiere la efectiva causación de perjuicios cuantificables a terceros competidores, sino que basta que se produzca el comportamiento abusivo descrito, el cual se entiende que es en sí mismo perjudicial para la competencia*».
- Sin justificación económica objetiva y razonable: en aquellos casos en los que la conducta se hubiera producido de igual manera en un mercado competitivo atendiendo únicamente a razones económicas distintas de la mera



restricción de la competencia en el mercado, no se podrá calificar tal conducta como APD. Ha de señalarse, además, que esta «ausencia de justificación objetiva» de la conducta está estrechamente relacionada con el límite mencionado anteriormente, pues *“aquellas prácticas que obedezcan a un ánimo o propósito anticompetitivo carecen por definición de una racionalidad económica, objetiva o razonable”* que sí eximiría de tal calificación a la práctica en cuestión.

Una vez expuestos los límites que subyacen de la noción genérica de abuso, y, a la vista de las dificultades interpretativas que la enumeración de los mismos suscita, se analizarán a continuación, aquellos requisitos que, por un lado, acoten en mayor medida esas dudas interpretativas y que, por otro, constituyan una sólida base legal y jurisprudencial sobre la que emerjan los razonamientos jurídicos en torno a las cuestiones relativas al Derecho de la Competencia deportivo que se estudiarán con carácter ulterior.

b) Requisitos sustantivos de la posición dominante

A continuación, se analizarán aquellos requisitos que son requeridos para la constatación de posición dominante por parte de una o varias empresas:

I. Posición de dominio individual o conjunta: en primer lugar y en consonancia con lo mencionado arriba, es importante señalar que la posición de dominio puede darse tanto de manera individual como de manera conjunta. Y es que, la referencia del



legislador a la posibilidad de que dicha posición de dominio sea conjunta en los arts 2 de la LDC y 102 del TFUE, debe entenderse como la forma que tiene el Derecho de someter a control a aquellas prácticas oligopolísticas de empresas ligadas entre sí por lazos de interdependencia pues, si se está ante prácticas diferentes, incluso cuando éstas derivan de un acuerdo de empresas, las mismas derivarán en procesos y sanciones independientes para cada una de las empresas (Alfaro, 2010).

II. **Determinación del mercado relevante:** para constatar que una empresa posee una posición de dominio en un mercado, es necesario evaluar cuál es este mercado a raíz de dos elementos diferenciados, el ámbito geográfico y el producto (Alfaro, 2010). El **mercado geográfico** comprende aquella zona en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que, a su vez, puede diferenciarse de otras zonas geográficas próximas. Esta delimitación geográfica requiere del estudio en primer lugar, de las cuotas de mercado de las principales empresas presentes en la zona geográfica a estudiar y, en segundo lugar, la evaluación de los precios de los productos en comparación con los de zonas geográficas vecinas. En este sentido, tiene especial relevancia, por un lado, el nivel de importaciones y exportaciones de manera que si estos parámetros son muy bajos, significará que dicho mercado es meramente nacional; y, por otro, los costes de transporte, ya que si en un mercado geográfico determinado existen elevados costes de transporte, el mercado se delimitará alrededor de donde esté cada fábrica, siendo un mercado más amplio cuando estos costes sean más



bajos y, debido a este factor, el mercado comprenda toda la zona en la que estén las distintas fábricas (Alfaro, 2010).

Sin embargo, es la **delimitación de productos o servicios** la cuestión más compleja de dirimir en aras de delimitar un mercado. Según la Comunicación relativa a la definición de mercado de competencia (DOCE 1997 C 37275), *«el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos»*. Así pues, conforman el mercado unitario aquellos bienes que sean homogéneos económicamente (que satisfagan las necesidades del consumidor y que, en caso del aumento del precio de uno de ellos provoque el incremento en la demanda de los demás). Sin embargo, a pesar de lo sencillo que pueda parecer *a priori*, la problemática reside en determinar cuándo un bien es sustituible por otro, y viceversa, para lo que se suelen emplear distintos métodos empíricos, entre los que destaca el método de la elasticidad cruzada, en base al cual una variación de los precios o de otras características en uno de los productos sustitutivos significa, en un corto período de tiempo, una sustitución en las compras de ese producto por otro, existiendo productos poco sustituibles y productos muy sustituibles (Alfaro, 2010).

Otro criterio empírico similar es el denominado **«test del monopolista hipotético»** en el que se pondrá de ejemplo al café. Se trataría de discernir si una subida en el precio del café (de entre un 5 %y un



10%) durante un año resulta rentable al monopolista (productor de café), de lo que cabe deducir, entonces, que **el café es el mercado del producto relevante**, siendo, desafortunadamente, muy escasa la aplicación práctica de dicho criterio en la realidad empresarial (Alfaro, 2010).

Sin ser tan específico, el examen de la **elasticidad propia de la demanda** de un producto reduce los problemas suscitados por la aplicación de la elasticidad cruzada, pues ésta tiene en cuenta los precios de todos los productos y no solo de los sustitutivos, pues, si una variación en el precio del café varía mucho la demanda, es que la misma es elástica y quiere decir que el mercado es amplio y que el café tiene buenos sustitutos (Alfaro, 2010).

En último lugar al respecto y a título de apunte, también son útiles en aras de determinar el mercado relevante los estudios relativos a la **correlación de precios**, pues si el precio de dos productos varía al mismo tiempo de forma muy semejante, es altamente probable que pertenezcan al mismo mercado (Alfaro, 2010).

En definitiva, esta complejidad en la acotación del mercado relevante que se trate no impide que su determinación tenga gran importancia en aras de constatar la posición de dominio de la empresa sometida a estudio. Y es que, esto es así debido a que la propia definición del mercado de producto en su ámbito geográfico relevante «debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o



impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva» o lo que es lo mismo, que permita discernir aquellas limitaciones empresariales reales a las que se va a enfrentar una empresa cuando decide desarrollar una determinada estrategia en el mercado (Alfaro, 2010).

III. Cuota de mercado (absoluta y relativa): pese a que de manera efectiva es el criterio principal a la hora de esclarecer si en un determinado caso cabe apreciar la existencia de una posición de dominio, son pocas las sentencias judiciales que se han pronunciado a favor de que únicamente una elevada cuota de mercado, sin hacer referencia a ningún otro criterio, haya bastado para concluir la dominancia de una práctica determinada (Massaguer et al., 2010).

Este factor expresa el porcentaje de las ventas de una empresa por comparación con las ventas totales de las empresas de un sector en su conjunto durante un tiempo determinado que suele ser de un año. En consonancia con el párrafo anterior, alta cuota no es asimilable a posición dominante y baja cuota no quiere decir ausencia de posición dominante (Dutrenit, 2003).

Este elemento puede llegar a dirimirse de manera individual en aquellos casos donde se den oligopolios, siendo ilustrativo en este sentido lo señalado por la Audiencia Nacional, en base a los hechos probados recabados por la CNMC en su expediente sancionador S/0248/10 Mensajes Cortos, donde se diferenciaba la cuota de mercado de los distintos mercados con carácter relevante para el caso (servicio minorista de SMS; servicio minorista de MMS; servicios mayoristas



de terminación móvil de SMS...), obteniendo cada una de las empresas implicadas el 100% en cada uno de los mismos. Caso que, como se indicó *ut supra*, se resolvió por la Audiencia Nacional el 1 de septiembre de 2017 negando la existencia de posición dominante abusiva individual, a pesar de tener las empresas investigadas el 100% de cuota de mercado en cada uno de sus sectores (SAN 40/2013, de 1 de septiembre de 2017).

Sin embargo, cuestión distinta a la anterior (pues en ella se trataban cuestiones relativas al estudio de las cuotas de mercado individuales en casos de oligopolio) es cuando se analiza si se da o no un abuso de posición dominante conjunto, viniéndose a exigir, *a colación del apunte relativo al estudio de las diferentes cuotas de mercados individuales en casos de oligopolio y, en virtud de la Resolución de la CNMC de 6 de marzo de 2014, la concurrencia de cuatro elementos que, junto con la constatación individual de la posición dominante por cada una de las empresas inmiscuidas en el caso, son necesarios para constatar la posición de abuso dominante ejercida de manera conjunta*, siendo éstos los que siguen a continuación: a) La existencia de una estrategia o comportamiento común identificable que si se sigue por todos sea ventajoso para las empresas dominantes; b) Cada uno de los operadores dominantes deben poder conocer el comportamiento del resto para vigilar si se está siguiendo la estrategia común; c) La situación debe ser sostenible en el tiempo, es decir deben existir incentivos para no alejarse de la estrategia común y d) La posible reacción de potenciales competidores y de los consumidores no



puede poner en peligro los resultados de la estrategia común (Resolución de 6 de marzo de 2014)⁴.

Sí que se puede destacar, como excepción a lo señalado anteriormente en tanto en cuanto una cuota alta no significaba una posición de dominio sin contar con otros criterios complementarios, el caso Seguros Médicos de Ciudad Real (Resolución de 25 de junio de 2001), donde se estableció, en su FD 1º, que «una cuota de mercado del 86% se consideró suficiente para otorgar en sí misma una posición dominante». Sí es cierto que, el TDC mencionó la concurrencia de un criterio adicional como fue el hecho de que la empresa investigada fuera la titular de una de las clínicas privadas con más cuota de mercado de la región, criterio que, todo sea dicho, bien podía haberse ahorrado debido a ser una deducción profundamente lógica a raíz de semejante cifra de cuota de mercado, estando, por tanto, ante un expediente en el que fácticamente solo se aludió al criterio de la cuota de mercado. Sin embargo, el TDC sí que se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la no existencia de posición de dominio exclusivamente porque la cuota de mercado de la empresa afectada no era elevada en términos absolutos⁵.

⁴ Resolución del CNMC, de 6 de marzo de 2014. *Llamadas Móviles*, Expte. S/0391/11. https://www.cnmc.es/sites/default/files/421546_26.pdf

⁵ **Ausencia de cuota de mercado elevada en términos absolutos:** casos en los que las cuotas de mercado no superan el 20-30%, como por ejemplo en la RCNC de 14 de



A pesar de ser esta «cuota de mercado» el criterio principal, éste suele ir «combinado» con otros criterios relativos al acceso privilegiado de infraestructuras y demás barreras de entrada. De hecho, la actual presidenta de la CNMC, Cani Fernández, aludió recientemente, en lo relativo a los *posibles conflictos entre la institución y empresas eléctricas españolas*, a la posesión por parte de las mismas, por un lado, de una evidente *posición dominante en el mercado* y, por otro, de un *acceso privilegiado a infraestructuras*, actuando por medio de ambos en favor de sus propias empresas integradas (Roca, 2020).

IV. Estabilidad y volatilidad históricas de las cuotas de mercado: con carácter general, no basta con cuantificar estáticamente las cuotas de mercado en un momento temporal específico, sino que ésta debe examinarse a través de su evolución a lo largo del tiempo para constatar su estabilidad (la cual dará lugar a una mayor situación de dominancia) o volatilidad. Por ejemplo, en la Resolución de 24 de abril del 2001 del TDC, sobre el caso *Airtel/Telefónica* y *MOB/Telefónica Móviles*, mencionada anteriormente, la determinación de la estabilidad, a raíz del estudio de la evolución dinámica de la cuota de mercado, fue clave a la hora de declarar la dominancia (Resolución de 24 de abril de 2001).

Si bien, este criterio es fundamental en multitud de resoluciones tanto del TDC como de la actual CNMC,

junio de 2011 caso *LIDL/Carrefour*, donde se estableció que una cuota de mercado del 17,83% no podía llevar a considerar una posición de dominio, haciendo caso omiso al resto de criterios).



sin embargo, su relevancia se matiza cuando se recurre a él como argumento defensivo (es decir, para demostrar la ausencia de dominancia). Así lo sostuvo el TDC en la Resolución del 1 de abril de 2002 sobre el caso *Iberia* en el que el mismo estableció que «este dominio se produce en la actualidad, pese a que (...) la compañía ha perdido una importante cuota de mercado en los últimos años» (CNMC, 2002)⁶.

En definitiva, queda claro que, como norma general, una cuota de mercado estable en el tiempo significará una evidencia manifiesta de posición de dominio, siendo esto fundamental en aras de discernir, *a posteriori*, el posible abuso o no, mientras que, si tal argumento es «arrojado» desde la defensa no será tan concluyente ya que las autoridades de competencia, en tal caso, no son «propensas» a darle a esta dinamicidad de la cuota de mercado la misma relevancia que cuando es utilizada por ellos mismos en sus distintas Resoluciones para determinar la existencia de tal figura.

V. Potencia económica y comercial de los competidores: este criterio posee una importancia fundamental y fue utilizado y considerado como esencial por la CNMC para desestimar *la denuncia llevada a cabo por la farmacéutica TEVA* en la que la misma sostenía que AstraZeneca venía cometiendo

⁶ Resolución del 1 de abril de 2002 del TDC. *Iberia* Expte. S/514/01 <https://www.cnmc.es/sites/default/files/69803.pdf>



comportamientos anticompetitivos desde el 2014 que, sin embargo, fueron *descartados por la CNMC debido al alto crecimiento en el mercado de medicamentos análogos ofertados por los competidores de AstraZeneca*, señalando que los mismos “duplicaron su cuota en el período investigado, pasando de un máximo de un 10% de cuota de mercado hasta el 30%” y que, por tanto, *no existieron indicios suficientes* que permitieran acreditar que AstraZeneca estuviese pretendiendo expulsar a TEVA y a sus competidores del mercado, como así lo establece el contenido de la citada Resolución (Resolución de 20 de abril de 2021).

A raíz de este elemento, y de manera implícita, queda de manifiesto el interés del legislador, doctrina y jurisprudencia por la *protección del principio de libre competencia*, el cual, no se ha de olvidar, nació como garantía para que todos los ciudadanos pudiesen escoger lo que mejor se adecúe a sus gustos y necesidades y, se obtuviese, a raíz de ese incentivo implícito que obliga a las empresas a materializar mejoras constantes, la mejor relación calidad-precio en cada momento (CNMC Blog, 2014).

VI. «A colación» del razonamiento anterior, se debe tener en cuenta que en aras de proteger el fin último del Derecho de la Competencia señalado con anterioridad, se debe precisar que no solo las organizaciones empresariales cuentan con obligaciones, sino que es de extrema necesidad que las administraciones públicas y, más concretamente, las autoridades competentes en materia de Competencia, reconozcan en primer lugar una gran variedad casuística dentro del funcionamiento corriente de los mercados y que, en segundo lugar, emprendan



procesos periódicos de adaptación de los principios que rigen dicha especialidad jurídica a la realidad social y empresarial (Guerra, 2008). Y es que, solo a través de este ejercicio dual (tanto por parte de las organizaciones empresariales como de las Administraciones Públicas) se protegerán de manera efectiva los derechos fundamentales de los ciudadanos de posibles menoscabos a través del aprovechamiento, por parte de las empresas, de las posibles lagunas jurídicas provocadas por la inacción legislativa, como así ocurre en otras ramas del derecho, como puede ser el tributario.

VII. **Ventajas competitivas:** todas aquellas características de tipo empresarial (industriales, comerciales, tecnológicas o financieras) pueden ser aptas para proveer una ventaja competitiva en el mercado, siendo ésta susceptible de contribuir a la constatación de la existencia de una supuesta situación de abuso dominante (Massaguer et al., 2010).

VIII. **Dominancia en mercados conexos:** en algunos casos la dominancia en un mercado ha sido constatada a raíz de la existencia de una posición dominante en el mercado vecino, bajo una nomenclatura que bien podría denominarse de «proyección automática» del dominio (Resolución de 5 de enero de 2001). No obstante, esta «proyección automática» no parece que haya conseguido aun consensos mayoritarios ni en la doctrina primero, ni en los en los expedientes del TDC y, *a posteriori* de su creación en el 2007, en las Resoluciones de la CNMC.



IX. **Barreras de entrada:** se está ante un criterio con la relevancia en auge, pues cada vez más, la inexpugnabilidad del mercado en el que está presente la empresa analizada es un criterio fundamental para determinar si existe o no una posición de dominio (Massaguer et al., 2010). Y es que, *a grosso modo*, las barreras de entrada son todos aquellos factores que impiden o dificultan el establecimiento de una nueva empresa en el mercado, con lo que las empresas ya establecidas obtienen ventajas (Rodríguez, 2006).

Este elemento se ha visto analizado *de forma conjunta con el estudio de la estabilidad o volatilidad de la cuota de mercado*, como así lo ha realizado recientemente la CNMC en el *asunto FLEUROP v. INTERFLORA*, en el cual, la institución *constató la inexistencia de APD* por parte de INTERFLORA al ponderar ambos elementos jurídicos en su conjunto. Y es que, pese a constatar la existencia de una conducta abusiva por parte de la demandada al haber resuelto sus contratos con las floristerías denunciantes sin causa justificada, la CNMC recalca dos elementos que priman ante tal conducta, siendo éstos los que siguen a continuación: por un lado, el hecho de que *la demandada no exigiese exclusividad a las floristerías antes adheridas hace que no quepa la constatación de ninguna barrera de entrada*; y, por otro lado, la Comisión le da especial relevancia a que *las demandantes cuenten con un «amplio abanico» de plataformas con unas cuotas de mercado con plena tendencia alcista* (viéndose aquí el elemento de la estabilidad o volatilidad de las cuotas de mercado), dando lo cual aun más peso a la constatación de tal ausencia de APD (Resolución de 4 de junio de 2020).



X. **Regulación**: este criterio puede analizarse desde dos perspectivas claramente diferenciadas: o bien, desde la perspectiva que postula que la existencia de regulación o normativa que limite la potestad de la empresa para determinar las características de sus productos y su precio de venta, hace difícil la posesión de poder de mercado, y consecuentemente, de una posición dominante (Resolución de 21 de abril de 2005); o bien, desde la perspectiva contraria, en la cual esta legislación o normativa ofrece un refuerzo específico a dicha posesión de dominancia, como por ejemplo, en aquellos casos en los que una empresa determinada incurra en pérdidas y las mismas sean sufragadas a cargo de los entes públicos (Resolución de 27 de noviembre de 2006).

Habida cuenta de los criterios mencionados, se analizarán a continuación los tipos de APD en virtud de la ley comunitaria y española, con la finalidad de entender íntegramente la figura y poder aplicar a los casos en los que el presente trabajo pondrá un énfasis especial: el "*Caso Euroliga*" y el "*Caso Superliga*".

1.2.1. Tipos de Abuso de Posición Dominante

Vistos los distintos tipos de factores o requisitos que han de darse para estar o no ante una posición de dominio, se procede a continuación al examen de las prácticas efectivas y concretas que puedan llegar a ser calificadas como APD con referencia tanto a la normativa europea como al derecho interno.



a) Desde la perspectiva comunitaria: artículo 102 TFUE

El artículo 102 del TFUE no relata de manera expresa y cerrada aquellas prácticas constitutivas de abuso de dominio; sin embargo, sí que dispone de una serie de ejemplos «*numerus apertus*» que servirán como base jurídica fundamental a la hora de discernir si un comportamiento empresarial ajeno a dicha lista corresponde con la naturaleza de las prácticas sí mencionadas en esta relación. Según este precepto son supuestos de APD los ejemplos que siguen a continuación:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Estos ejemplos pueden agruparse en cuatro categorías claramente diferenciadas (Díez Estella, 2006):



- Aquellos que respondan a lo mencionado en el apartado a) pueden denominarse como abusos explotativos: debido a que éstos tienen como finalidad generar un perjuicio claro y manifiesto para el consumidor a través de sacar provecho de su posición de superioridad sobre el mismo, fijando así condiciones inamovibles que resulten perjudiciales no solo para el consumidor sino para el mercado en su conjunto (*i.e.* elevando los precios sin justificación racional alguna).
- Los enumerados en el apartado b) son los conocidos como abusos de exclusión: estos también tienen como fin generar un perjuicio en el consumidor, pero de distinta manera a los del apartado a), pues aquellos limitan la capacidad que poseen los consumidores para entrar en el mercado, incluso limitándoles la entrada de manera directa, afectando con ello gravemente a la justa oferta de bienes y servicios destinada a satisfacer las necesidades del mercado.
- En el apartado c) se pueden discernir los abusos de carácter discriminatorio: se tratan de prácticas que generan evidentes desigualdades que desembocan en una clara pérdida de ventaja competitiva para aquellas empresas que las soporten. Cabe señalar, en todo caso, que frente al artículo 102 TFUE, en ordenamientos como el americano se prohibió de manera expresa tal discriminación, tanto como si se dirigen a consumidores como si



son contenidas en contratos con competidores a través del *Robinson Patman Act*.

- En último lugar y con respecto al apartado d) del precepto, se recogen los denominados abusos de vinculación: como establece de manera literal el artículo, se está ante un abuso de este tipo cuando se obliga al consumidor a comprar un producto o servicio con carácter complementario a la compra del que quería comprar *a priori*. Dentro del derecho europeo se puede encontrar un caso ilustrativo en este sentido como es el conocido *asunto Microsoft v. La Comisión*. En él, tras cinco años de investigación, el TJUE se pronunció sobre la existencia del abuso de posición de dominio por parte de Microsoft. Y es que, la multinacional, estaba materializando acuerdos de vinculación al incluir en la venta de su propio Sistema Operativo Windows su también propio reproductor multimedia más conocido como Windows Media Player, imponiéndosele por parte del mismo TJUE a la multinacional que, en primer lugar, cesara en este tipo de prácticas pues se estaba obligando al consumidor a comprar un producto o servicio complementario y, en segundo lugar, que pagara en concepto de sanción cuatrocientos setenta y nueve millones de euros (TJUE, 2007)⁷.

⁷ Sentencia del TJCE, de 17 de septiembre de 2007, asunto t-201/04, *Microsoft corp. v. Comisión de las Comunidades*



A pesar de la categorización realizada por DÍEZ ESTELLA, tales abusos pueden ser agrupados en dos grandes categorías atendiendo a los efectos económicos derivados de los mismos: por un lado, se encuentran los explotativos, los cuales, serán aquellos que generen efectos negativos sobre los consumidores y, por otro, los de exclusión, que son aquellos que generan efectos negativos económicos para los competidores en general. Ha de señalarse también que estos abusos pueden darse tanto independientemente entre sí, como de manera simultánea, siendo más asiduos éstos últimos (Rojas, 2002). No obstante, en palabras del profesor ALFARO ÁGUILA-REAL es una categorización que debe *ser puesta en cuestión* puesto que la gran mayoría de casos de abuso de posición dominante se realizan, *de facto*, a través de conductas meramente excluyentes (Alfaro, 2006).

Se procederá a continuación a realizar el análisis de los tipos de APD desde un punto del Derecho español, y con base, fundamentalmente, al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

b) Desde la perspectiva española: artículo 2 LDC

Teniendo en cuenta la literalidad de dicho artículo y que se está ante «*una relación ejemplificativa (y no exhaustiva) de conductas abusivas*», se pueden

Europeas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62004TJ0201&from=ES>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

distinguir las siguientes (Massaguer et al., 2010; Recuerda, 2017):

Teniendo en cuenta la literalidad de dicho artículo y que se está ante «*una relación ejemplificativa (y no exhaustiva) de conductas abusivas*», se puede distinguir las siguientes:

A. Imposición, de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos. Cabe destacar en este sentido el concepto de precios excesivos, que serían aquellos que permiten a una empresa dominante obtener un margen de beneficio extraordinario, superior al que se obtendría en condiciones competitivas (Dorronsoro, 2008).

Se debe puntualizar que, al ser tan escasos los casos de precios abusivos por excesivos en la jurisprudencia española, la doctrina acogida por el Tribunal Supremo es expresamente la que declaró el Tribunal de Justicia de la UE, conforme a la cual se exige a las empresas que posean posición dominante que los precios establecidos guarden relación directa con el valor económico del producto o servicio suministrado resultado de la aplicación de los criterios expresamente amparados para su cálculo por la jurisprudencia comunitaria (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1978) (costes de producción; precios de prestaciones económicas equivalentes; precios en mercados geográficos competitivos; precios históricos; precios transparentes y proporcionales).

En cuanto a la imposición de condiciones comerciales o de servicio no equitativas, puede



indicarse, a título de ejemplo, el reciente caso *Google v. Android* en el que la firma con sede en California imponía estratégicamente que los teléfonos *Android* tuvieran preinstalado y seleccionado como servicio de búsqueda por defecto el propio servicio de *Google* denominado *Google Search*. Fue por tal incumplimiento de la normativa *antitrust* por lo que la Comisión comunicó a *Google* de que la empresa «habría abusado de su posición dominante al imponer restricciones a los fabricantes de dispositivos *Android*» (CNMC, 2016).

B. *La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores*: consiste «en la decisión de la empresa dominante de comercializar los productos o servicios solo a través de determinados puntos de venta con el ánimo de impedir el ingreso al mercado de nuevos competidores, controlando la producción y distribución del producto o servicio» (Bustos Romero, Federico, 2015).

C. *La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios*: es de recibo realizar en este punto, pues se está ante una práctica que se suele emplear a través de acuerdos entre empresas, una breve matización entre el concepto de APD y cártel⁸. Y es que, este tipo hace

⁸ A grandes rasgos, el APD se puede definir como la actuación unilateral de una o varias empresas con posición



referencia exclusivamente a la negativa de suministro (con la finalidad de reservarse, la empresa dominante para sí un mercado o actividad determinados y de, por tanto, impedir la competencia procedente del tercero que le solicita

de dominio en el mercado, que limita de manera indebida la competencia, por lo que está prohibida tanto por la normativa comunitaria europea como por el Derecho español (García, 2020). Por su parte, la CNMC define un cártel como «la actividad que consista en coordinar el comportamiento de una empresa en el mercado o influir en los parámetros de competencia a través de conductas tales como la fijación, directa o indirecta, de precios, de otras condiciones comerciales o de servicio, de cuotas de producción o de ventas, los intercambios de información sobre precios a aplicar o cantidades proyectadas; el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, la restricción de las importaciones o las exportaciones o los boicots colectivos, todas ellas comprendidas en el concepto de cártel» (CNMC, 2016). De lo expuesto con anterioridad se deduce, por tanto, que las empresas mediante el APD buscan, sacar provecho de su posición ante competidores y consumidores, pudiendo darse el mismo de forma individual o colectiva, contando así con una naturaleza conceptual amplia; y, por su lado, los cárteles son acuerdos entre empresas que tienen como finalidad apropiarse de una cuota de mercado mayor de la que se disponía con anterioridad, pudiendo emplear para ello, en base a su naturaleza concreta, tipos inmiscuidos dentro de las listas abiertas habidas para el APD. Y es que, en palabras de ALFARO ÁGUILA-REAL, el APD debiera enfocarse desde una perspectiva mayormente proteccionista para con el consumidor y no tanto para con la competencia (Alfaro, 2009), perspectiva que choca directamente con el enfoque que ha de hacerse en aras de evitar los cárteles, pues el fin último de éstos es expandir su cuota de mercado en perjuicio de los demás competidores.



suministro) sin estar, por tanto, dentro de su aplicación comportamientos tales como el suministro defectuoso, tardío o en condiciones comerciales injustificadas (Massaguer et al, 2010).

D. *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros:* tales prácticas encuentran su razón de ser en el concepto relativo a la discriminación, entendiéndose éste como aquella dirigida a las relaciones mercantiles y de servicios. Esta discriminación solo puede predicarse en aquellos casos en los que se materialice un trato desigual ante situaciones o circunstancias equivalentes, sin que pueda darse en situaciones donde la diferencia de trato esté objetivamente justificada (Dorronsioro, 2008).

En este sentido, cabe señalarse el caso *Asociación para la Defensa del Procurador de Murcia (ADPM) v. Colegio de Procuradores Tribunales de Murcia (CPTM)*, donde la ADPM presentó un *escrito de denuncia* ante la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy extinta, ejerciendo sus funciones la actual Dirección de Competencia de la CNMC, presidida por d. Beatriz de Guindos Talavera) en el que se intentaba probar que los procuradores que no fuesen miembros del CPTM recibían un trato desigual con respecto a los que sí formaban parte del mismo. Sin embargo, atendiendo a los hechos probados, la CNMC, a 7 de febrero de 2014, constató que todos los



Procuradores recibían exactamente el mismo trato, no cabiendo, por tanto, la existencia de APD en base a esta conducta típica (FD. 3º) (CNMC, 2014).

- E. *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos*: la Resolución de 14 de noviembre de 2003 (AC 2003, 1703), Gas Natural, en la que ésta (empresa dominante) ofrecía servicios de manera gratuita con la condición de que los usuarios contratasen con terceras empresas autorizadas por ella misma el uso de otros servicios relativos a servicios individuales de instalación de gas, y se constató la existencia de abuso al vincular contractualmente la gratuidad del servicio dominado a la prestación de servicios distintos ofreciendo, en definitiva, un mejor trato al cliente que cumpliera un requisito adicional (mantenimiento individual de la instalación de gas) sin guardar éste relación estrecha con el servicio principal contratado (mantenimiento de la instalación de gas de la comunidad vecinal) (Massaguer et al, 2010).

Fue en la Resolución de la CNMC de 2012 relativa al caso *ASTEL v. TELEFÓNICA*, donde se indicaba que el *estrechamiento de márgenes voluntarios*⁹ constituía en sí mismo una

⁹ **Estrechamiento de márgenes voluntarios**: El **estrechamiento de márgenes** es el suceso que se da



modalidad de abuso de posición dominante, en la que se señalaron *las cuatro condiciones para la constatación de tal figura* (vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 17 de febrero de 2011 en el procedimiento prejudicial C-52/09 *TeliaSonera*): i) la *existencia de dos mercados relevantes verticalmente relacionados*; ii) que el producto sea un *input* de carácter esencial; que la empresa infractora disponga de una posición dominante en el mercado mayorista y que compita, además, en el mercado minorista; iv) la exigencia de constatar que el *precio fijado para el producto mayorista no es equitativo* e impide a las empresas competir en igualdad de condiciones con la empresa dominante, “ni siquiera cuando tales competidores cuentan con igual grado de eficiencia que dicho operador dominante” (CNMC, 2012).

Reciente es el caso en este sentido por la que la CNMC, en 2019, dictaba una Resolución de Ejecución de Sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 20 de febrero de 2015 en la que, por un lado, se constataba el abuso de posición de dominio en base a esta figura en el mercado de difusión de señales de TDT y de servicios minoristas de transporte distribución de señales de TDT en España por la

cuando la diferencia entre el precio de venta de un bien y el precio de un insumo esencial para producir ese bien, que es proveído por una empresa que es también un competidor, es tan pequeña que las demás empresas no pueden sobrevivir (Nicole, 2016).



empresa ABERTIS TELECOM S.A.U. (teniendo lugar la misma desde abril de 2009 hasta 2019); y, por otro lado, se calculó la sanción correspondiente a la misma en función de las fórmulas aplicables vigentes para realizar el cálculo de la misma, llegando hasta los 13.755.000 euros (CNMC, 2019).

1.3. Doctrina sobre la especificidad del deporte: interacción y compatibilidad entre el Derecho del Deporte y el Derecho comunitario

1.3.1. Elementos jurídicos generales del deporte a considerar por el Derecho comunitario

Con el paso del tiempo, los trabajos conjuntos del Tribunal de Justicia y de la Comisión Europea han ido perfilando el significado, extensión y límites de la denominada "especificidad del deporte". Y es que, resulta obvio que el deporte se ha convertido en una industria de ingente relevancia económica y social, habiendo aportado el 3'3% del PIB español y habiendo generado 414.000 puestos de trabajo en 2020 (PWC, 2020).

Es por su inmensa magnitud, por la que en los años 70 el TJCE reclamó la aplicación de las normas del Tratado CE al deporte debido a su calificación como una actividad económica en el sentido del entonces vigente artículo 2 del Tratado CE, doctrina que ha sido aplicada *a posteriori* en lo referente a proyectar las normas del Tratado CE (especialmente, en lo relativo a las cuatro libertades fundamentales: mercancías, personas, servicios y capitales) sobre el deporte profesional (Álvarez, 2018). Como ejemplo fundamental, se puede encontrar la anulación, por parte del TJCE, de la



normativa en el conocido caso *Bosman* (véase Anexo 1) por la que se limitaba el número de jugadores profesionales de otros Estados miembros que los clubes podían alinear en sus equipos (*abolición de la «cláusulas de nacionalidad»*), declarándose por tal Tribunal que «(...) *todos los jugadores europeos dejarán de ser extranjeros y quedarán equiparados a cualquier otro jugador nacional*» (Moreras, 1997).

Por el contrario, la doctrina ha situado fuera del alcance competencial de las normas del Tratado aquéllas que estén configuradas a través de una *naturaleza puramente deportiva* (con matices que se analizarán a posteriori) en base al concepto denominado «*Especificidad del Deporte*» (i.e., limitar el número de participantes en un torneo en la medida en que dicha limitación fuera inherente al desarrollo de una competición internacional de alto nivel) (Álvarez, 2018).

No obstante, todo es ponderable y, por ello, han de tenerse en cuenta ciertas consideraciones para esclarecer qué constituye una conducta específica del deporte y, por tanto, exenta de «pasar por el control» jurídico comunitario y cuáles quedarían bajo el ámbito de control de los Tribunales por aplicación del Derecho comunitario.



1.3.2. Aplicabilidad del Derecho de Competencia europeo a la industria deportiva

a) "Relevancia a lo relevante": carácter económico relevante del sector deportivo

A nadie le sorprende que la relación entre el *deporte profesional y la economía se haya intensificado en los últimos años*. Por una parte, el deporte se ha convertido en un generador exponencial de riqueza abriendo para la economía nuevos y, sobre todo, muy rentables mercados, así como diferentes y abundantes oportunidades de empleo que hasta el momento eran totalmente desconocidas. De otra parte, es evidente cómo la economía ha dotado al deporte de una estructura y organización empresarial además de una manera divergente en cuanto al cómo debe el deporte enfocar sus relaciones institucionales (Labanda, 2016). De hecho, y con la finalidad de indicar numéricamente tal *impacto económico* emergido a raíz del auge de la industria deportiva, el "*Estudio sobre los beneficios económicos del deporte a través de cuentas satélites del deporte (2018)*" señaló que la misma es generadora del *2,12% del producto interior bruto de la UE y da empleo a 5,67 millones de personas (2,72% del empleo de la UE)* (Comisión Europea et al., 2018).

Se deben matizar, desde una perspectiva general, las *diferencias de trato* dadas por la UE, por un lado, al *deporte profesional*, el cual posee una sustancial relevancia económica y, por otro, al *deporte amateur* que, por el contrario, genera un impacto económico casi imperceptible a la luz del Derecho de la competencia europeo, siendo éstas las que siguen (Agirreazkuenaga, 2016):



- El *derecho de la UE se aplica con carácter «revolucionario, taxativo o hard law» en todos aquellos ámbitos en los que exista una relevancia económica, ergo, será directamente aplicable a todos aquellos casos en los que el *deporte profesional* se encuentre inmerso, como así se recoge en el Libro Blanco Sobre el Deporte al que se alude en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) del asunto c-319/04 P Meca-Medina, apartado 22. A rasgos generales, las medidas sobre las que se proyecta tal «hard law» son las que siguen: *cláusulas de nacionalidad (i.e., el caso Bosman (Anexo 1)); reglas de transferencia de deportistas; ayudas eventuales de Estado a clubes de fútbol; antidopaje; posesión de posición dominante por parte de las federaciones deportivas en el mercado de prestaciones de servicios de agentes de jugadores; mercado de la venta de derechos de retransmisiones deportivas...*) (STJUE de 18 de julio de 2006; Comisión Europea, 2007).*
- Por el contrario, al *deporte amateur* le corresponderá un trato normativo menos intenso o de «soft law», en virtud de lo establecido en el desarrollo de los artículos 6 y 165 del TFUE. Esta normativa será de *aplicación subsidiaria* (en todo aquello que no pueda materializarse por las vías del Derecho interno) y se encuentra focalizada en las materias que siguen: *problemas de salud por falta de actividad física; exclusión social de*



los grupos desfavorecidos; apoyo al voluntariado; la amenaza del dopaje; discriminación por raza...). En definitiva, a todo aquello a lo que se alude en el tenor literal del artículo 165.1. del TFUE cuando éste establece que «la Unión contribuirá a fomentar los aspectos europeos del deporte, *teniendo en cuenta sus características específicas*, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa» (TFUE, 2012).

Quedando, por tanto, claras las diferencias en el trato que se le da al deporte en función de la tenencia o no por parte de éste de una relevancia económica sustancial, surgen algunas dudas que tratarán de ser resueltas a continuación como, por ejemplo: ¿qué importancia tiene la mención relativa a “*sus características específicas*” (*especificidad del deporte*) del 165 TFUE en la aplicación del Derecho *comunitario*? ¿puede utilizarse tal *aperta mention* por parte de federaciones o clubes privados en aras de eximirse de ciertas cláusulas «*hard law*» que sí les son aplicables *a priori*?

b) Estudio de la aplicabilidad de la doctrina “Especificidad del Deporte”

Ya se adelantó que aquellas reglas proclamadas por parte de federaciones o clubes deportivos de carácter privado con contenido *meramente deportivo* podrían no estar ante el control exhaustivo del Derecho de la competencia europeo. De hecho, el Informe Helsinki sobre el Deporte de 1999 estableció que «*podrían no verse afectados por las normas de competencia los reglamentos de las organizaciones deportivas que*



establecen normas sin las que un deporte no podría existir, o que son necesarias para su organización o para la organización de competiciones» (Comisión Europea, 1999).

Sin embargo, se debe precisar que esto está sujeto a la particularidad de cada caso, debiéndose analizar el *contexto* en el que las normas se adapten a los *objetivos* perseguidos por las mismas y a su *proporcionalidad* para alcanzarlos. Tanto es así, que la línea jurisprudencial seguida por el TJUE lleva ya multitud de sentencias señalando que “el mero hecho de que una norma tenga un carácter puramente deportivo no implica o excluye *per se* la inaplicación del Tratado a aquellos deportistas que se vieran afectados por dicha norma y cuya prestación de servicios tuviere un contenido económico” (Álvarez, 2018).

Por tanto, la pregunta que surge es clara: *¿hasta qué punto se contempla la «excepción deportiva» y la aplicación del derecho europeo, especialmente la normativa de competencia, sobre la misma?* Tal y como se constató en el caso Meca-Medina, la evaluación destinada a establecer si una determinada norma deportiva es compatible con la legislación de la UE en materia de competencia *sólo puede materializarse caso por caso*, habiéndose desechado la noción de «reglas puramente deportivas» “por considerarla indiferente para tal asunto”. Y es que, el Tribunal reconoció que *«ha de tenerse en consideración dicha especificidad del deporte en el sentido de que los efectos de carácter restrictivo sobre la competencia que estén adheridos a la organización y buen funcionamiento de la competición deportiva en cuestión no incumplan las*



normas de la UE en materia de competencia siempre y cuando dichos efectos sean proporcionados al interés deportivo genuino y legítimo perseguido» como por ejemplo, las que siguen a continuación: normas que establecen la duración de los partidos o el número de jugadores sobre el terreno de juego; normas de «local y visitante»; normas relativas a la composición de los equipos nacionales; normas relativas a los períodos de traspaso...(Comisión Europea, 2007).

Sin embargo, según el Libro Blanco Sobre el Deporte de 2007, es precisamente la exigencia del *examen de proporcionalidad* la que dificulta enormemente las formulaciones de orientaciones generales al respecto, pues éste hace necesaria la toma en *consideración de las características individuales de cada caso* con la finalidad de que la balanza jurídica se incline a favor de aquella resolución que favorezca, por un lado, al correcto funcionamiento de las competiciones presentes en el caso y por otro, al diligente respeto que ha de tenerse a los derechos fundamentales establecidos en el TFUE (Comisión Europea, 2007).

3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA DE LAS INFRAESTRUCTURAS ESENCIALES: “CASO EUROLIGA”

3.1. Análisis contextual del “Caso Euroliga”

3.1.1. Perspectiva general: panorama actual del sector deportivo



Desde una perspectiva general del contexto que rodea al “*Caso Euroliga*”, ha de señalarse que el *modelo de negocio europeo* a través del cual se llevan a cabo las diferentes *competiciones deportivas a nivel profesional* ha ido diferenciándose los últimos años con respecto al resto del mundo por la inclusión en sus modelos de ciertos elementos imprescindibles para su correcto funcionamiento. Algunos de los mismos son, por ejemplo, el *fomento y la mejora de las relaciones sociales por su ineludible función social* o la *estandarización del mérito deportivo* como principio fundamental en cualquier competición profesional o *amateur* «que se precie» (Deloitte, 2018). Sin embargo, últimamente este tipo de modelos de negocio están tendiendo a ser cada vez más «privados», fundamentalmente por dos motivos (Labanda, 2016):

- La instauración de competiciones con cuasi plena naturaleza «*cerrada*»: en estas competiciones, no prima como medio de clasificación el *mérito deportivo*, sino que el estar clasificado para éstas depende fundamentalmente de decisiones meramente discrecionales en las que se especifica expresamente qué equipos o qué deportistas podrán acudir a las mismas, siendo, precisamente, el mérito deportivo algo residual y/o excepcional en la configuración de dichas competiciones. Tanto es así, que el propio vicepresidente de la Comisión Europea responsable de Cultura y Educación, Margaritis Schinas, se posicionó totalmente en contra de la novedosa «*Superliga*» de fútbol cuyo principal impulsor ha sido D. Florentino Pérez, debido a que, según manifestó, «*en Europa debemos*



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

defender un modelo de deporte basado en valores europeos como la diversidad y la inclusión» (El País, 2021).

- *Primacía de las condiciones económicas* que pueda presentar la instauración de una competición deportiva sobre la función social que la misma pudiese ejercer.

Las razones mencionadas son perfectamente extrapolables al "*Caso Euroliga*", ya que su estructura y su formato van en plena consonancia con el espíritu perseguido por las mismas, siendo los puntos a nivel contractual fundamentales de la *nueva configuración de la Euroliga* los que pueden verse a continuación.

1.3.3. Elementos contractuales claves en la nueva configuración de la Euroliga

A continuación, se enumeran aquellos *factores contractuales de mayor calado* en la *nueva configuración de la Euroliga* (Basquetplus, 2015):

- *Relación contractual* «a diez años vista» materializada entre: *Euroligue Properties S.A., International Management Group (en adelante, IMG)* los equipos participantes con Licencia A (*Anadolu Efes Istanbul, CSKA Moscow, EA7 Emporio Armani Milan, FC Barcelona Lassa, Fenerbahce Istanbul, Labor Kutxa Vitoria Gasteiz, Maccabi FOX Tel Aviv, Olympiacos Piraeus, Panathinaikos Athens, Real Madrid y Zalgiris Kaunas*). La oferta fue llevada a cabo por el IMG y fue aceptada por la *Euroliga* y los equipos con licencia A para que ésta diese comienzo en la temporada 2016-2017.



- En plena concordancia con dicho acuerdo contractual, se otorgan once plazas fijas (es precisamente aquí donde se denota tal naturaleza «*cerrada*» de la competición) (CNMC, 2017) a los equipos que posean licencia A (socios en la nueva titularidad) y las otras cinco plazas se otorgan de la siguiente manera: tres plazas para tres campeones de ligas domésticas; una plaza se da al ganador de una fase previa organizada por la propia *Euroliga* y; por último, se adjudicará una plaza al ganador de la *Eurocup* (Resolución de 11 de abril de 2017).
- El *formato* acordado en 2016, todavía persistente en la actualidad, consistió, por un lado, en la implantación de una liga regular de 30 jornadas (partidos de ida y vuelta); a continuación, los ocho primeros de esa liga regular acceden a un *playoff* al mejor de cinco partidos y; para finalizar la competición, la ya conocida por todos *Final Four* a la que tienen acceso los cuatro equipos ganadores de sus series de *playoff* (*24segons*, 2016).
- Con respecto al *ámbito económico*, se garantizaron en el acuerdo 36.3 millones de euros a repartir entre los 16 clubs participantes (16 de ellos aportados por IMG y el resto por los sponsors y contratos de TV vigentes el año de su configuración), estimándose por parte de IMG, que podrían llegar a generarse cerca de los 600 millones de euros con la creación y estabilidad



financiera de la misma. En el caso de que estas cifras no se materializaran, IMG aportaría la diferencia, no habiendo sido éste el caso ya que la nueva configuración consiguió doblar sus ingresos en tan solo dos años (2016-2018) desde que se instauró esta nueva configuración, pasando de ingresar unos 16 millones en 2016 hasta los 32,3 ingresados en 2018 (Recio, 2018).

En último lugar, llama la atención la *cláusula penal* en la que se estableció que aquellos equipos con licencia A que se retractaran del acuerdo, tendrán que pagar una indemnización a IMG.

1.3.4. Perspectiva concreta: estudio cronológico del litigio FIBA v. Euroliga

Fue en el año 2000 cuando se produjo la escisión entre varios de los clubes de baloncesto más importantes del continente europeo y la FIBA. Como precisamente ocurre hoy en el fútbol a raíz del "Caso Superliga", el origen de lo que hoy conocemos como *Euroliga* fue el hecho de que los clubes más grandes de Europa (*Real Madrid, FC Barcelona, Olympiakos, TAU Cerámica...*) consideraron en el año 2000 que ellos eran los mayores generadores de valor y, a través de una novedosa organización competitiva, podrían ser capaces de: primero, aumentar sus propios ingresos creando así un modelo de negocio más rentable y, en segundo lugar, desbancar a la FIBA del monopolio que tenía hasta entonces en el mercado europeo de las competiciones de baloncesto profesional. Como respuesta inmediata por parte de la FIBA a la renuncia de estos equipos a participar en su antigua competición y en consonancia



con la discrepancia de ciertos equipos europeos sobre la creación de la *Euroliga*, la FIBA también creó una nueva competición a nivel europeo denominada *Suproliga*. Así las cosas, la división de los equipos quedó de la siguiente manera: Panathinaikos, Maccabi Elite, CSKA Moscú y Efes Pilsen se quedaron con la FIBA, mientras que el Olympiacos, Kinder Bolonia, Real Madrid, FC Barcelona, TAU Cerámica y Benetton Basket se unieron a la *Euroliga*.

Tales fueron las discrepancias, que ambas competiciones acabaron fusionándose solamente un año después (2001) dando lugar a la *Euroliga* que es reconocible actualmente, no obstante, fueron tres los años necesitados para la materialización del acuerdo definitivo que dejaba, por un lado, la gestión de las competiciones continentales y el Mundial a la FIBA, y, por otro, a la Euroliga con las dos competiciones de clubes (*Euroliga* y *Eurocup*) (ABC, 2021).

Cuando «las aguas parecían apaciguadas», allá por 2015, la FIBA abrió de nuevo el conflicto fundando *sus reclamaciones en base a la vulneración del principio del mérito deportivo* que, a su juicio, se estaba llevando por parte de la *Euroleague Commercial Assets* (en adelante, ECA), empresa privada que dirige las dos competiciones europeas de baloncesto profesional (*Euroliga* y *Supercup*), al *principio del mérito deportivo* pues, en aquel momento, eran dieciocho los participantes de los cuales únicamente cuatro entraban por méritos propios, mientras que los catorce restantes accedían por invitación. Este conflicto generó un cisma tal que, de hecho, no ha tenido fin a día de hoy (ABC, 2021).



Y es que, la FIBA, por aquel entonces, amenazó con no dejar ir al mundial a los internacionales que jugasen en equipos *Euroliga*, pudiéndosele aplicar a tal comportamiento, por analogía, lo establecido en el caso *International Skating Union*, considerando en este caso la Comisión “que el derecho de veto contra los patinadores sobre hielo que participen en pruebas no reguladas por la federación va en contra de la legislación sobre libre competencia (...) no debiendo referirse dichas consideraciones únicamente al caso ISU”, debiendo por tanto, la FIBA, cesar en este tipo de comportamientos al haber sido declarados anticompetitivos de manera expresa por la Comisión (Tribuna General de la Unión Europea, 2020). No obstante, *de facto*, la propia ECA también impedía que sus jugadores fueran con sus selecciones (si bien es cierto que no ocurría en competiciones de calado internacional como pudiesen ser *Eurobasket* y Mundiales) en las denominadas ventanas FIBA (al establecer la ECA partidos de su competición en fechas en las que se juegan estas ventanas), las cuales consistían y, de hecho, consisten en la celebración de partidos internacionales entre semana que tienen como finalidad discernir qué selecciones se clasifican para los torneos con relevancia (*Eurobasket*, Mundiales o Juegos Olímpicos). Fue precisamente por lo anterior por lo que la FIBA denunció ante la Comisión Europea a *Euroliga Properties* (filial de ECA), con la siguiente motivación: “Los acontecimientos recientes han demostrado que la denuncia presentada por la ECA contra la FIBA solamente servía como cortina de humo para *enmascarar su propio comportamiento contrario a la competencia*”. Es decir, se denunciaba por parte de la FIBA que la propia *Euroliga* también vetaba, a través



del calendario de partidos de su competición el derecho a acudir libremente con su selección a los jugadores que integraban las plantillas de los equipos participantes (FIBA, 2016). De hecho, la misma Comisaria Europea de Competencia, Margrethe Vestager, el 9 de noviembre de 2017 en el Parlamento Europeo, se pronunció al respecto señalando lo siguiente: "La Comisión comparte la visión de los miembros europarlamentarios sobre la importancia de los derechos de los deportistas a si quieren participar o no con sus respectivas selecciones nacionales." (Parlamento Europeo, 2018).

Este litigio fue más allá, pues la FIBA, al no recibir respuesta de la Comisión en un período de tiempo medianamente razonable, sancionó a dieciséis federaciones nacionales que, a su juicio, apoyaban en mayor medida las propuestas de la Euroliga, entre ellas la española, vetando su participación en el *Eurobasket* que se iba a realizar el año siguiente, en 2017, además de intentar vetar también su participación en los Juegos Olímpicos de Río ese mismo año (2016). El «revuelo» fue tal que, las solicitudes de aclaración y distintas alegaciones enviadas por las selecciones sancionadas hizo que la FIBA, ante la intervención del propio Consejo Superior de Deportes español, accediera a permitirles jugar el próximo año (Iusport, 2016).

En definitiva y, como puede intuirse a raíz de los conflictos anteriormente mencionados, la controversia aún sigue viva y no parece que su final «se antoje» cercano, pues, la problemática en cuanto al solapamiento de eventos deportivos (principalmente, entre las ventanas FIBA y las jornadas semanales de la



Euroliga) hacen que *de facto* sea muy difícil solucionar por parte de instituciones externas a las mismas, habiendo declarado, de hecho, la Comisaria Europea de Competencia en el Parlamento Europeo, *Margrethe Vestager*, que “*urge que la Federación Internacional de Baloncesto (FIBA) y Euroleague Commercial Assets (ECA) lleguen a una solución por el bien de los deportistas y de este deporte en general*”, deduciéndose de tal declaración en aras de terminar el presente apartado con miras al futuro que, la ECA y la FIBA, pese a lo que a ellas mismas les gustaría, están «condenadas a entenderse» (Parlamento Europeo, 2018).

1.4. La competición deportiva como infraestructura esencial

1.4.1. Preludio: ¿cabe en el “Caso Euroliga” el principio de especificidad del deporte?

Con carácter previo a la determinación de si cabe o no aplicar la doctrina de «*infraestructura esencial*» al “Caso Euroliga”, lo cual hará que la comprensión de tal doctrina sea más gráfica y tangible, resulta primordial detectar a modo de recopilación todos aquellos *requisitos exigibles* para que quepa someter la nueva configuración de dicha competición a la normativa de competencia *comunitaria*, lo cual se encuentra estrechamente relacionado con el estudio de la *especificidad del deporte caso por caso*, como así lo señaló el Libro Blanco Sobre el Deporte de 2007 (Comisión Europea, 2007). Dicho análisis sobre la existencia o no de cuestiones meramente deportivas y, por tanto, de estar ante un caso donde deba primar la denominada *especificidad del deporte*, constituye la



primera fase básica y fundamental «a superar» en aras de discernir, *a posteriori*, si corresponde o no aplicar la doctrina de “Infraestructura Esencial” al “Caso Euroliga”, la cual, consiste *a grosso modo*, en vetar al resto de competidores el uso de la infraestructura esencial por parte de la empresa con posición dominante, constituyendo un claro caso de abuso de posición dominante de exclusión recogido en el 102 del TFUE (RAE, 2020).

En primer lugar, se debe matizar que las constantes innovaciones en el mundo de los negocios deportivos han dado como resultado una segmentación de los mismos en dos sentidos claramente diferenciados: por un lado, el denominado «*business sport*», que atiende a las reglas del mercado y que tiene como «*fin último*» el incremento de la rentabilidad, siendo éste precisamente el denominado «*enfoque deshumanizado del deporte*» (Congreso Nacional de Gerencia del Deporte, 2019) y, por otro lado, el denominado «*deporte para todos*», el cual es entendido como forma de socialización sin vínculos organizativos ni competitivos donde el «*fin último*» perseguido es el *bienestar en general* (Bordera, 2017). Si bien es cierta tal dicotomía, este análisis se centrará exclusivamente en lo que atañe a la perspectiva más «mercantilista» del deporte, respondiendo éste al *enfoque económico* con el que han de ser abordadas las innovaciones en la configuración de las distintas competiciones deportivas, más allá de las consideraciones estrictamente deportivas que sean implícitas a las mismas (Santome Sánchez, 2019).

En segundo lugar, se debe matizar que desde el punto de vista del mercado interior todas las *asociaciones*,



sociedades deportivas, federaciones e incluso deportistas de élite pueden llegar a ser considerados como «empresas» o «asociación de empresas», siendo prueba directa de lo anterior la reciente Sentencia del TJUE de 4 de marzo de 2021 donde *se anulaba el distinto régimen fiscal* al que eran sometidos aquellos *clubes españoles* (Fútbol Club Barcelona, Real Madrid Club de Fútbol, Club Atlético Osasuna y Athletic Club) que no tuvieran carácter de sociedad anónima (siendo, por tanto, previsiblemente y «a ojos» de la Administración, *entidades sin ánimo de lucro y, por ende, beneficiarios directos de ciertos tratos fiscales ventajosos*) en virtud de la Ley 19/1990 (Ley del Deporte), además de declararse dicho trato diferente como *ayuda ilegal de estado* (Garrido Abogados, 2021).

En plena consonancia con este pronunciamiento del TJUE, últimamente, la mayoría de los clubes deportivos han pasado a ser *sociedades anónimas* (como se ha adelantado, en España esto lleva siendo de dicha manera desde la aprobación de la *Ley Orgánica del Deporte en 1990*) en las que el adjetivo «deportivas» adherido a las mismas posee poca relevancia relativa si se compara con la *ingente esencia mercantil y lucrativa* que tienen este tipo de sociedades. Lo señalado con anterioridad nos lleva ineludiblemente a la consideración, de que la *actividad deportiva puede ser considerada como un negocio* de suma importancia en Europa, habiendo llegado a conformar el 4% del PIB en múltiples países dentro de la UE. Concretamente, a *nivel español* se registró en 2018 que el impacto económico del deporte fue del *3,3% del PIB* y que, en términos de empleo, éste contribuyó a la creación de un total de 413.966 puestos de trabajo (PWC, 2020).



Y es que, es precisamente esta realidad económica la que ha propiciado que el TJUE declare «tajantemente» que *el deporte está plenamente sujeto a la normativa competencial comunitaria puesto que constituye una actividad económica sustancial y como tal ha de atenerse a la legislación de la UE* (Lera, 2010). Sin embargo, y ante la dificultad de partir de planteamientos generalistas por parte de doctrina y jurisprudencia, se ha de ir *caso por caso* en aras de identificar si la cuestión principal es o no meramente deportiva, siendo conveniente, en *caso de que no lo sea con totalidad*, la no sujeción a la denominada «*especificidad del deporte*» o «*modulación de la aplicación del Derecho de Competencia europeo*» (Labanda, 2016).

En relación con el "Caso Euroliga", nadie pone en duda que la creación de la nueva Euroliga en el año 2000 respondiese a motivos de organización deportiva. Sin embargo, el nuevo acuerdo contractual no solo recoge innovaciones en lo relativo a las distintas licencias otorgadas o a los calendarios establecidos para la competición, cuestiones que sí responden a cuestiones meramente deportivas y que, como tales, no estarían sometidas al derecho comunitario en base al principio de especificidad del deporte, sino que el acuerdo «a tres partes» constituye una verdadera operación de carácter mercantil, debido a que a través de dicho acuerdo se persiguen dos objetivos claramente diferenciados (Martínez, 2021): subir por un lado, los beneficios del modelo de negocio anterior, cuestión que ineludiblemente evidencia las connotaciones mercantilistas de la operación y, por otro lado, ostentar un control absoluto del mercado baloncestístico a nivel



UE, cuestión que fue duramente criticada por el entonces Presidente de la Federación Española de Baloncesto (FEB), D. José Luis Sáez, ya que defendía que la nueva configuración «amenazaba a la estabilidad del baloncesto europeo» (Ojeda, 2015).

Lo anterior hace *verdaderamente ilógico* que se acuda al principio de especificidad en aras de no aplicar la legislación comunitaria a una competición gobernada por una empresa privada con una evidente naturaleza mercantil y, por tanto, conseguir esa tan anhelada «*modulación de la aplicación del Derecho de competencia europeo*» (Rodríguez, 2017).

Como conclusión y una vez baremadas las circunstancias habidas en el caso, cabe concluir el presente apartado con la consideración siguiente y es que, a la vista de los indicios estudiados, *no parece que quepa la aplicación del principio de especificidad del deporte al "Caso Euroliga" debiéndose, por tanto, reconducir todo lo relacionado con la nueva configuración a la normativa competencial comunitaria.*

1.4.2. Del origen, composición y definiciones de la figura "Infraestructura esencial"

El *origen* de dicha doctrina en España resulta fundamental para un correcto entendimiento de la misma, pues el mismo se fundamenta sobre las bases de las desigualdades competenciales que emergían en el entorno de las empresas públicas y que, posteriormente, fueron privatizadas. Al ser públicas estas empresas con anterioridad, contaban con infraestructuras de elevadas dimensiones que resultaban imprescindibles para competir en el



mercado, pudiendo denominarse como esenciales. Así las cosas, al privatizarse, conservaron estas infraestructuras esenciales y, por ende, una ventaja irreversible en el mercado en el que operaban al constituir la misma una *barrera de entrada* para el resto de competidores (Labanda, 2016). Este elemento resulta fundamental pues, al imponerse, desde una o varias empresas con posición dominante *barreras de entrada* al resto de sus competidores con la finalidad de <<adueñarse>> de una mayor cuota de mercado y así poder desarrollar su actividad al margen de sus competidores y consumidores, *esta doctrina de infraestructura esencial constituye un tipo específico en sí mismo de APD*.

En la actualidad, son pocas las infraestructuras esenciales públicas que se mantienen en activo, pues la entrada de España en la Unión Europea provocó un incremento exponencial en las privatizaciones de empresas sin mantenimiento de infraestructuras que pudiesen desembocar en un APD. Sin embargo, la *aplicabilidad de esta doctrina* no ha disminuido debido a que su uso <<está muy lejos>> hoy en día de la idea inicial relativa a que solo debía aplicarse a aquellos casos en la conducta fuera materializada por grandes empresas privadas con grandes infraestructuras fruto de su procedencia pública, como así se está analizando en el presente trabajo de investigación en cuanto a si cabe o no aplicar la misma al "Caso Euroliga" independientemente de su naturaleza jurídica (siendo, en todo caso, la naturaleza de "*Euroleague Commercial Assets S.A.*", puramente privada) (Calvo y Rodríguez, 2012).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

A continuación, se analizará doctrina desde una perspectiva general, en busca de un entendimiento *a grosso modo* de la composición y funcionamiento de la misma y, en segundo lugar, desde un enfoque concreto exponiendo algunas de las definiciones que mejor reflejan la esencia de la doctrina objeto de estudio.

En primer lugar y *desde una perspectiva general*, debe quedar claro que, como se indicó con anterioridad, *esta doctrina de las estructuras esenciales constituye un verdadero supuesto de APD*, la cual se caracteriza por basar su composición en dos elementos fundamentales (Labanda, 2016):

- I. En primer lugar, se requiere la *existencia de una o varias empresas con un alto poder de mercado* y que, de forma complementaria, posean bienes y/o *recursos escasos* que sus competidores directos necesiten para competir.
- II. En segundo lugar, para la constatación de la existencia de dicha conducta de APD, será necesario demostrar que la empresa que cuenta con esa infraestructura esencial necesaria para competir se haya *negado a proporcionarla* al resto de competidores.

Una vez entendido el origen y la composición a rasgos generales de la doctrina, y, *desde una perspectiva más concreta*, entre las distintas definiciones disponibles se pueden encontrar múltiples consideraciones sobre la misma tanto realizadas por el TJUE como por la Comisión, habiendo sido dos las elegidas por el presente estudio: por un lado, se encuentra una definición más exhaustiva en el asunto *European Night*



Services en las que el Tribunal de Primera Instancia de la UE definía la doctrina como la *posesión por parte de las empresas matrices y/o en participación de infraestructuras, productos o servicios indispensables que imposibiliten la existencia de sus competidores, no existiendo un sustituto real para una demanda específica, constante y regular por los consumidores*; por otro lado, se encuentra una definición más gráfica y sencilla sobre el concepto en el *asunto Sea Container v. Stena Sealink*, donde el Tribunal de Primera Instancia de la UE definió dicha figura como "las instalaciones o infraestructuras sin cuya utilización los competidores no pueden prestar servicios a sus clientes" (apartado 66) (STJUE de 15 de septiembre de 1998).

1.4.3. Aplicabilidad de la doctrina "Infraestructura esencial" al "Caso Euroliga"

Teniendo especialmente en cuenta que el "Caso Euroliga" no cumple con los requisitos exigidos por el principio de especificidad del deporte, *teniéndose*, por tanto, que atener a la *normativa competencial comunitaria* por haber quedado de manifiesto que el litigio no es una mera cuestión deportiva, se analizan a continuación aquellos *indicios «paso por paso» necesarios para ponderar si cabe o no la aplicación de tal doctrina de la infraestructura esencial al caso* en cuestión.

a) Enfoque genérico: requisitos aplicativos en virtud del artículo 102 TFUE y de la Comisión Europea

Teniendo especialmente en consideración la definición de la doctrina objeto de estudio, la cual, en palabras del



Tribunal de Primera Instancia en el *Asunto Ladbroke SA v. Comisión*, es «*la negativa opuesta a la demandante solo puede estar sujeta a la prohibición del Art 86 si se refiere a un producto o servicio que es esencial para el ejercicio de la actividad de que se trata, en el sentido de que no existe ningún sustituto real o potencial o es un producto nuevo cuya aparición sería obstaculizada, a pesar de una demanda potencial específica, constante y regular, por parte de los consumidores (apartado 131)*», se debe indicar, en primer lugar, que, al constituir la doctrina de “infraestructura esencial” un tipo concreto de abuso de posición dominante se le deberá aplicar el artículo 102 del TFUE; no sin antes verificar si la conducta supuestamente prohibida o anticompetitiva afecta de manera manifiesta al comercio interior entre los Estados Miembros, como así lo estableció la CNMC en el Proyecto de Real Decreto, que fue propuesto el 10 de diciembre de 2014 y fue finalmente aprobado el 30 de abril de 2015, por el que se dictaron determinadas normas de desarrollo en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional (CNMC, 2017). En este sentido, no cabe duda que, dicha afección se puede verificar desde dos perspectivas diferentes (Labanda, 2016)

- I. desde una *perspectiva general*: pues al constituir la misma una competición deportiva europea, *afecta al mercado interior comunitario*;
- II. desde una *perspectiva concreta*: el hecho de que la propia la nueva configuración competitiva afecte directamente a *los equipos de los distintos países que ven vedada su posibilidad de competir*



*en la misma al no ser tenidos en consideración méritos deportivos para acceder a la competición como pudiese ser la propia clasificación de sus respectivas ligas domésticas, siendo este factor incluso más relevante que el primero para inferir más rotundamente dicha *afección al mercado interior*.*

Una vez ha quedado de manifiesto que el *requisito de afección al mercado interior se cumple*, se ha de tener en cuenta que no todas las actividades que afecten al mercado interior son suficientemente graves como para que se les aplique dicha normativa por lo que habrá que distinguir éstas de «*las que son inocuas para el funcionamiento competitivo de los mercados*» (Marcos, 2016). De esta manera, cabe señalar que la Comisión acotó a través de una Comunicación en 2004 (Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado), la aplicación del artículo 102 TFUE aludiendo a las condiciones generales para su aplicación, no solo a la industria deportiva sino a todos los sectores empresariales, considerándose así lo suficientemente graves para la UE los siguientes aspectos (Comisión Europea, 2004):

- Punto nº52.a) de la Comunicación de la Comisión: en todo caso, la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad *afectadas* por el acuerdo no debe ser superior al 5%: se dirime de tal requisito que se está ante él en el “Caso Euroliga” pues la misma posee el *100% de cuota del mercado* no quedando cuota de mercado alguna para el resto de competidores o



potenciales competidores. Y es que, en consonancia por lo recogido por la Comunicación en su punto nº 31, «cuanto fuerte es la posición de mercado de las empresas interesadas, más probable es que un acuerdo o práctica que pueda afectar al comercio entre Estados miembros pueda hacerlo de forma apreciable».

- Punto nº 52.b): en el caso de que existan acuerdos horizontales o verticales para la materialización de la conducta, *el volumen de negocios estimado tras la consumación de tales acuerdos debe ser mayor de los 40 millones de euros anuales*: así pues, y, atendiendo a las cifras señaladas en el *apartado 3.1. del presente trabajo*, queda de manifiesto que este segundo requisito también se da con creces para el “Caso *Euroliga*”, situándose la estimación de ingresos a raíz de la materialización del acuerdo en torno a los 700 millones de euros (González, 2021).

Como consecuencia del cumplimiento de los dos requisitos señalados, la nueva configuración de la *Euroliga* constituye una *verdadera conducta grave de afección al mercado interior* que ha de ser sometida a la *legislación competencial comunitaria vigente*, y, *más concretamente, a lo establecido en el artículo 102 del TFUE*.

b) Enfoque concreto: análisis de los elementos de “infraestructura esencial” a la luz del “Caso Euroliga”

Son múltiples los pronunciamientos realizados a lo largo de los años tanto por la Comisión Europea como por el TJUE con respecto a la doctrina de la infraestructura esencial, ya sea en la industria



deportiva o fuera de ella, habiendo ido construyendo de esta manera la tesis que sigue a continuación. Y es que, esta doctrina constituye un verdadero intento jurisprudencial en aras de limitar y hacer más previsible la anteriormente analizada figura de la “*negativa a contratar*”, la cual exige la existencia de *cinco condicionantes concurrentes* (Díez-Canseco, 2012):

- *Necesidad de infraestructura para operar en otro mercado*: se requiere que la empresa que controla la infraestructura esencial no solo tenga el control del aquel mercado donde se encuentre esta infraestructura esencial, sino que se requiere que la misma posea el control de un mercado adyacente. Gráficamente y, en palabras de Calvo, “así es como una empresa con posición de dominio en un mercado tiene la llave de acceso al mercado adyacente y, por tanto, se produce una transferencia de poder de un mercado a otro” (Calvo y Rodríguez, 2012). A este respecto, cabe señalar que el *negocio deportivo* se basa, a *grosso modo*, en *ofrecer entretenimiento*, estando éste disponible por medio de dos vías diferentes:
 - *Televisión*;
 - O bien, yendo al *establecimiento deportivo* donde se dé el evento.

La ingente relevancia de la primera de las opciones señaladas provoca que se esté ante la *interconexión de dos mercados* claramente diferenciados: por un lado, el negocio de las *competiciones deportivas* y, por otro, el negocio



derivado de los *derechos audiovisuales* generados a raíz de la celebración de tales competiciones deportivas. Por tanto, todo lo anterior hace que éste primer requisito sea cumplido por el "*Caso Euroliga*" ya que, a raíz de poseer una posición dominante en el negocio deportivo, la *Euroliga* «saca provecho» de tal posición intentando extender su dominio en un mercado conexo como es *el mercado televisivo*, produciéndose, por tanto, una *clara transferencia de poder entre ambos mercados* (Labanda, 2016).

- *Imposibilidad de una alternativa para entrar en el mercado*: extrapolando tal requisito al caso parece deducirse que el hecho de que la *Euroliga* reserve once plazas fijas a los once equipos que mayores ingresos generan en base a su *rendimiento deportivo y número de seguidores* en todo el mundo, dificulta enormemente la creación de una alternativa con garantías que pueda hacer «siquiera» frente a semejante nueva configuración debido a que el interés de los aficionados se vería reducido a cifras prácticamente residuales.
- *Imposibilidad de duplicidad de la infraestructura*: en lo que respecta al "*Caso Euroliga*", se ha de analizar si la FIBA posee siquiera la posibilidad de organizar una liga europea paralela a la nueva configuración de la *Euroliga*. Fácticamente, parece evidente que no, puesto que los once equipos con licencia A con los que cuenta *Euroliga* como principal activo hace que fuera impensable encontrar un competidor con



garantías dentro del baloncesto europeo. Sin embargo, a pesar de este gran obstáculo, la propia FIBA presentó la Champions League en 2016 como respuesta que, sin embargo, no logró los resultados esperados.

- *Capacidad de la infraestructura para permitir el acceso a terceros:* en el “Caso Euroliga” queda de manifiesto al ser ella la que veta indirectamente a ciertos competidores estableciendo qué ligas nacionales pueden optar a participar en la *Euroliga* tras «salir» campeones y cuáles no, atentando con ello directamente contra el *principio de mérito deportivo* que debiera imperar en la UE (Parlamento Europeo, 2016).
- *Control de la infraestructura por una empresa con posición dominante en el mercado:* en este sentido, cabe señalar que la *Euroliga* posee una posición dominante en el mercado que es evidente al poseer: un *100% de cuota de mercado*; *barreras de entrada considerablemente altas* al poseer en su competición a los once mejores equipos de Europa en cuanto a talento individual y renta generada y la *dominancia de un mercado conexo* de relevancia como es el mercado de los derechos audiovisuales, pues, la *Euroliga* es la que realmente cuenta con los mejores jugadores de Europea, lo que repercute directamente en la audiencia de sus partidos (llegando en algunos casos hasta los 4 millones de telespectadores solo en España, teniendo el tope en este sentido su competidor principal, la



Champions League Basketball de la FIBA, en 181.000 espectadores) y, por ende, en las cuantías económicas que puede llegar a obtener a través de acuerdos relativos a la explotación de los derechos televisivos de la competición, habiendo doblado sus ingresos entre las temporadas 2015-2016 y 2017-2018, pasando de facturar 16 millones de euros a 32 en concepto de derechos audiovisuales (Recio, 2018).

Por tanto, y, atendiendo a lo ya comentado sobre la *nueva configuración de la Euroliga*, a juicio del presente estudio, parece deducirse que ésta *reúne todas las condiciones para ser definida como infraestructura esencial* y, por tanto, susceptible de consumir una conducta *abusiva de posición dominante* por medio de la comentada doctrina.

1.4.4. Similitudes y diferencias entre el "Caso Euroliga" y "Caso Superliga"

Teniendo en cuenta las características esenciales de la Euroliga de baloncesto ya analizadas, puede concluirse que la *Superliga* de fútbol «no es otra cosa» que una «copia» de la competición presidida por D. Jordi Bartomeu (Presidente de ECA S.A.), pues la Euroliga posee exactamente los mismos motivos fundamentales de creación que tuvo la Euroliga allá por 2000, siendo éstos, *a grosso modo*, los que siguen a continuación: i) *incremento de beneficios* a través de la eliminación de intermediarios, siendo los organizadores aquellos clubs que mayor número de ingresos generan por y para la misma; ii) *ruptura total con las federaciones de carácter supranacional*, siendo, en el caso de la



Superliga, la Unión de Federaciones Europeas de Fútbol (en adelante, *UEFA*); iii) y, en tercer y último lugar, distanciamiento radical del deporte profesional con un principio fundamental establecido en el marco de la UE, como es el principio del mérito deportivo al únicamente permitir el acceso a la competición a cinco equipos por méritos deportivos mientras que, los otros quince restantes, participarían por medio de invitación discrecional (Miranda, 2021).

Eso sí, a pesar de las evidentes similitudes entre la configuración inicial de ambas competiciones, el entorno en el que «nació» la *Euroliga*, y en el que ha intentado emerger la *Superliga*, hacen que las consecuencias jurídicas sean totalmente distintas. Y es que, como se adelantó *ut supra*, *el abuso de posición dominante en virtud de la doctrina de la "infraestructura esencial" es claro*, atendiendo a las circunstancias del caso, en lo concerniente a la configuración de la *Euroliga*; sin embargo, al no haberse «ni puesto en marcha» la *Superliga*, las cuestiones jurídicas emergidas a raíz de dicho intento son radicalmente distintas (Castro, 2021).

Con carácter previo a analizar el intento del proyecto liderado por el presidente del Real Madrid, D. Florentino Pérez, se ha de recordar que la *UEFA* (asociación de derecho privado de nacionalidad suiza), al constituir la Confederación que engloba al resto de federaciones de fútbol existentes en Europa tiene la competencia exclusiva para organizar competiciones a dicho nivel según su propia legislación (Ocaña, 2021). Por lo tanto, a la vista de tal elemento, y desde el punto de vista federativo, se antoja imposible la creación de una



nueva competición a nivel europeo por parte de cualquier institución ajena a la propia UEFA. Sin embargo, si se atiende a los artículos 101 y 102 del TFUE, donde se recoge el principio fundamental de libre competencia, se deduce el hecho de que una empresa como la UEFA niegue o restrinja el acceso al mercado a otras empresas (en este caso, los doce equipos fundadores) podría llegar a ser calificado como conducta anticompetitiva ya que se atenta de manera directa contra el principio de libre competencia. Como ejemplo de casos en los que el TJUE se ha posicionado en este sentido, cabe recordar el ya *mencionado asunto Meca-Medina*. Más pertinente fue la reciente sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) de 2018 en el *asunto T-93/18*, en el que dos patinadores sobre hielo denunciaron ciertas normas de la Federación internacional de Patinaje sobre Hielo que imponían multas y sanciones a aquellos patinadores que participaran en competiciones que no estuviesen autorizadas por esta Federación Internacional. Al respecto, el TGUE se pronunció sobre la no conveniencia de estas normas federativas internacionales, declarando tal conducta como restrictiva de la diligente competencia entre empresas que debiera imperar dentro del marco comunitario (Castro, 2021).

Por tanto, a la vista de lo anterior, la *Superliga* sería totalmente legal, ya que los doce clubes fundadores poseen el derecho de asociarse como ellos quieran. Sin embargo, el problema reside en las posibles medidas coercitivas por parte de la UEFA a dicha creación, puesto que el TJUE no se ha pronunciado de manera expresa en cuanto a la posibilidad de que una



federación internacional supedita la organización de las competiciones a su autorización, habiendo establecido únicamente que “dicha medida debiera tener un objetivo legítimo y ser proporcionada al mismo” (TGUE de 16 de diciembre de 2020).

Así las cosas, se deberán analizar aquellas medidas tomadas por la UEFA como respuesta reaccionaria a la creación (así como las que realizó la *FIBA* en respuesta a la *ECA*) y verificar si dichas medidas son proporcionales con el objetivo final que pretenden conseguir. Se sobreentiende que el objetivo final de la *Superliga* consta de la consecución efectiva de una competición equitativa para los participantes en todo el marco de la UE y el mantenimiento del sistema deportivo tradicional europeo basado en el sistema de promoción y descenso, constituyendo, ambas escisiones de este objetivo final: por un lado, la *principal problemática* por la que la *Superliga* pasó, en cuestión de tres días, de poder ser la mayor competición de clubs del mundo, a quedarse en prácticamente nada; y, por otro, el *mejor argumento defensivo* con el que cuenta UEFA para que no se califique su conducta como «abuso de posición dominante» y mantener así su posición de liderazgo en la gestión de competiciones futbolísticas en Europa, pues la organización presidida por Aleksander Ceferin (UEFA) ha encontrado en el fortalecimiento del *principio del mérito deportivo* uno de sus principales activos que pueden «inclinarse la balanza» hacia sus intereses en este conflicto que bien pudiese ser denominado «caso Bosman 2» (Cañizares, 2021).



4. CONCLUSIONES

Del estudio realizado en este trabajo sobre las figuras de abuso de posición dominante y la especificidad del deporte, he extraído *una serie de consideraciones finales* que plasmaré a continuación de forma numerada respetando el orden estricto de los apartados propuestos en el mismo

PRIMERA. Para esclarecer si una empresa está abusando de una posición de dominio, primero se debe valorar si ésta ostenta o no tal posición. En base a lo analizado, se debe recalcar la *especial relevancia que posee el estudio de la cuota de mercado* de la empresa en cuestión, pues el resultado del mismo nos permitirá determinar si ésta se enfrenta a presiones que puedan influenciar su comportamiento dentro del mercado, ya sean provenientes del consumidor o de competidores actuales o potenciales. Así pues, el dato relativo a la cuota de mercado nos mostrará *cuál es el porcentaje exacto de demanda satisfecha*, siendo dicho dato uno de los factores más determinantes tenidos en consideración para discernir la existencia de posición de dominancia o no, de la empresa investigada. No obstante, a pesar de su notable relevancia, las autoridades de competencia han venido mostrando en multitud de resoluciones y expedientes, que han de cotejar la cuota de mercado con otros indicadores, destacando entre otros, los *posibles accesos privilegiados a infraestructuras o demás barreras de entrada*, constituyendo precisamente éstas un aspecto fundamental en el análisis concreto sobre el "Caso Euroliga" realizado en el presente trabajo.



Por otra parte, se le debe poner *especial atención al acotamiento del mercado* a estudiar, pues el hecho de definir mercados, o bien demasiado amplios, o bien demasiado reducidos, hará que el hipotético poder de mercado en posesión de la empresa esté «difuminado» y no muestre correctamente la realidad.

SEGUNDO. Que, una vez determinada la existencia de una eventual posición dominante, se debe constatar, a posteriori, el supuesto *abuso*. Es decir, *lo que la normativa prohíbe no es la posesión de tal posición sino el abuso en su ejercicio*. De esta manera, y en base a una simplificación de la diferenciación establecida en el TJUE, estas conductas abusivas están basadas básicamente: bien, en *tratos desiguales*, tanto para consumidores como competidores, sin justificación alguna o bien, en conductas que persigan el perjuicio del correcto funcionamiento de la producción y del mercado en su conjunto, lo que además va directamente en contra de los beneficios de los consumidores. A pesar de esta categorización «simplista» de la figura, sí se debe precisar *a posteriori* de tal investigación que, al encontrarnos ante un *concepto jurídico indeterminado* cuya constatación exige de un estudio *casuístico exhaustivo*, se debe ir una por una analizando las circunstancias habidas en cada caso, mercado por mercado, en aras de determinar si se está o no ante una conducta típica de *abuso de posición dominante*.

TERCERO. Que, ante problemáticas relativas a la aplicación o no de la normativa comunitaria a cuestiones de índole deportivo, se deberá analizar *caso por caso* si ha de caber la aplicación del *principio de la*



especificidad del deporte, en tanto en cuanto éste posee unas cualidades con las que no cuentan otro tipo de actividades reguladas por el derecho interno. En este sentido, y, en virtud de lo establecido en el mediático asunto Meca-Medina, la casuística debe ser analizada en cuanto a la *proporcionalidad de los efectos perseguidos* por las medidas acometidas, siendo, precisamente, según el Libro Blanco Sobre el Deporte de 2007, este factor el que *imposibilita que se puedan redactar consideraciones de carácter general* al respecto pues éste precisa la toma en consideración de las características individuales de cada caso con la finalidad de discernir hacia qué lado se inclina la balanza jurídica.

Concretamente, en lo que respecta al “*Caso Euroliga*”, se debe indicar que la nueva configuración de la misma no contiene, en su acuerdo contractual originario, únicamente cuestiones organizativas, sino que en el mismo se recoge el acuerdo a tres partes con verdaderas connotaciones «mercantilistas» a través de las que se deducen los dos objetivos subyacentes de dicha nueva organización:

- I. en primer lugar, las claras intenciones de, al tratarse de un caso típico ínsito de lo que es el denominado «business sport», *incrementar los ingresos* de manera exponencial;
- II. en segundo lugar, y desde una perspectiva más «profunda», la tentativa de ostentación por parte de la *nueva Euroliga* del control absoluto de todo el mercado baloncestístico a nivel UE.

Por tanto, a la vista de los factores señalados, parece claro que el *principio de especificidad deportivo no cabe*



en este caso, *debiéndose atender* tal organización de forma plena *a la normativa comunitaria* y, más concretamente, a los artículos 101 y 102 del TFUE, siendo, como he señalado, el *factor económico ingentemente relevante* para tal consideración.

CUARTO. Que, una vez esclarecida la aplicación o no del principio de especificidad deportiva al “Caso Euroliga”, habiéndose visto que no procede, se ha estudiado en este trabajo la doctrina que se aplica a los casos en los que se inmiscuyen organizaciones deportivas de alto nivel como es nuestro caso, siendo ésta la denominada doctrina de la «*infraestructura esencial*», consistente en la *coexistencia de cinco factores* habiéndose concluido para el “Caso Euroliga” lo siguiente:

- I. *Necesidad de una infraestructura para operar en otro mercado*: se cumple para el caso en cuestión, pues, la existencia de una competición exclusiva en la que se cuentan con los mejores equipos y jugadores del continente facilita la inmersión de la empresa organizadora en el mercado de los derechos audiovisuales;
- II. *Imposibilidad de una alternativa para entrar en el mercado*: el hecho de que los mejores jugadores estén adheridos a esta competición hace, por razones meramente lógicas, que otras organizaciones vean imposibilitada una competencia con la misma con mínimas garantías;
- III. *Imposibilidad de duplicidad de la infraestructura*: yendo en plena consonancia



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

con lo establecido en el factor anterior, se debe precisar que, al ser los jugadores los activos más valiosos de los equipos, provoca que sea materialmente imposible duplicar una infraestructura que compita contra la misma;

- IV. *Capacidad de la infraestructura para permitir el acceso a terceros:* en este sentido, es la propia Euroliga la que permite el acceso al 60% de manera discrecional sin atender al principio de méritos deportivos;
- V. *Control de la infraestructura por una empresa con posición dominante en el mercado:* la Euroliga cuenta con un 100% de la cuota de mercado del baloncesto de élite europeo.

Por tanto, se ve cómo, si se atiende a los requisitos establecidos por la doctrina mencionada, la nueva configuración de la *Euroliga* parece constituir de manera clara y manifiesta un *caso subsumible dentro de la doctrina de infraestructura esencial*, debiéndose tener especialmente en cuenta por lo que respecta al presente trabajo, que esta conducta es un *subtipo de abuso de posición dominante* recogido en el artículo 2 de la LDC y el 102 del TFUE.

QUINTO. Que, en último lugar y a título de reflexión, son varias *las claves* que, a mi juicio, *han de cambiar en un futuro cercano* si es que las instituciones, tanto públicas como privadas, verdaderamente quisiesen revertir el panorama actual de crisis en cuanto a lo que de credibilidad institucional se refiere.

En primer lugar y desde un enfoque público de la problemática, no parece muy razonable que la Unión



Europea, como institución, no haya decidido aún ejercer acciones «de oficio» en contra de organizaciones deportivas que van contra principios generales instaurados en el propio TFUE.

Y es que, más allá de los litigios relativos al Derecho de la Competencia, el mero hecho de que existan en la actualidad sin impunidad numerosas organizaciones en las que se atenta contra el principio de mérito deportivo (como es el caso de la actual Euroliga, en la cual, como se señaló *ut supra*, son doce de los 20 participantes los que consiguen acceso a la misma en base a motivos discrecionales que poco tienen que ver con los méritos deportivos) hace que la credibilidad, desde el punto de vista del ciudadano o audiencia de competiciones, se reduzca notablemente. Dentro de dichos principios generales afectados, se encuentran valores como *el esfuerzo, la superación, la equidad, la igualdad* y el ya mencionado *mérito deportivo* que, a través de la creación de competiciones con naturalezas cerradas o semi-cerradas como las mencionadas en el presente trabajo, se ven intensamente afectados.

Por tanto, debiera ser otra la actitud y forma de actuar por parte de las instituciones de la UE, en el sentido de fomentar el respeto a algunos principios fundamentales como los señalados anteriormente, y con ello se lograría tanto respecto de los ciudadanos «documentados» sobre este tipo de temáticas como respecto de los que no lo están tanto, una *mayor correlación entre su razón de ser y las acciones tomadas* por la misma de manera efectiva.

En segundo lugar y, desde un enfoque privado de la cuestión, ha de indicarse que las empresas



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

organizadoras de competiciones deportivas como pudiesen ser la *Euroliga* o la *Superliga*, no debieran verse así mismas como si de Organizaciones No Gubernamentales sin ánimo de lucro se trataran. Y, ¿por qué digo esto? La consideración anterior es debida a que si se «echa un vistazo» a la ingente cantidad de recursos económicos que son capaces de generar este tipo de organizaciones año tras año, cualquier ciudadano sin grandes conocimientos en estas cuestiones puede intuir el verdadero carácter económico sustancial y por ende, «mercantilista» de las mismas, imposibilitándose, por tanto, la intención por parte de los directivos de las mismas de quedar bajo el amparo de la denominada especificidad del deporte en aras de eximirse de ciertas obligaciones que, por el contrario, sí lo son para otro tipo de empresas no dedicadas al sector deportivo.

Ahora bien, si bien es cierto lo anterior, no es reprochable a este tipo de organizaciones dicho comportamiento sino más bien la *inacción de las instituciones públicas* por su falta de respuesta a este tipo de conductas empresariales. A título de ejemplo de tal inactividad o, «mejor dicho», *actividad poco coercitiva*, curioso es el caso por el que a la UEFA se le permite contar, en sus *Estatutos Fundadores*, con una *cláusula anticompetitiva* de tal calibre por la que se declara de manera unilateral como *única institución privada competente* para la organización de competiciones profesionales de fútbol a nivel europeo, excluyendo *de facto* (no se excluye de manera expresa, sino que se obliga a las nuevas organizaciones a pedir autorización expresa a la UEFA para, al menos,



«intentarlo») sin motivo alguno, a cualquier otra empresa que se planteara realizar una mejor gestión de dicho mercado (atentándose con ello, de manera directa, contra el principio de libre competencia). Es aquí, donde a mi juicio, la UE debiera haber ejercido acciones (entre las numerosas que posee en aras de regular el correcto funcionamiento de los mercados dentro del territorio UE) mucho más restrictivas en este sentido pues, el único pronunciamiento dado por la misma en este sentido fue para señalar que la denegación de tal autorización deberá atender a cuestiones de proporcionalidad, dejando, fácticamente, total libertad a la «UEFA» para denegar la entrada al mercado cualquier competidor potencial.

Por tanto, se deduce de los párrafos anteriores que muchas de las conductas anticompetitivas hoy en día obedecen, a otros factores que no son precisamente el «principio de libre competencia», debiéndose corregir tal tendencia para evitar comportamientos empresariales que, al ser indirectamente tolerados por las autoridades de la competencia, son llevados a cabo de forma, a mi parecer, injustificada; utilizando la analogía con el Derecho Administrativo para terminar el presente trabajo, tal inacción, al no haber sido la Administración lo suficientemente diligente, será tomada como si de un «silencio positivo» se tratara.



BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS DOCTRINALES

Agirreazkuenaga, I. (2016). La transformación del Derecho Deportivo por influencia de la Unión Europea. *Revista de administración pública*, (200), 385-408.

Alfaro Águila-Real, J. (2006). Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio. *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona.

Alfaro, J. (2010). El abuso de posición dominante. In *Cuadernos de derecho para ingenieros 5: competencia, propiedad industrial, intelectual y comercial* (pp. 53-68). La Ley (España).

Álvarez, J. J. (2018). Extensión y límites de la especificidad del deporte: arbitraje deportivo (TAS), normas FIFA sobre TPO y Derecho europeo. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 11(3), 703-734.

Bordera, M. (2017). Número 418, año LXIX, 3er trimestre, 2017, (nº 16, VI Época). *Revista Española de Educación Física y Deportes*, (418).

Bustos Romero, M. F. B. (2015). El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español. *Revista CES Derecho*, 6(1), 111-122.

Cabanellas, G. (1979). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta.



Calvo, A. L. y Rodríguez, J. (2012). *La doctrina de las infraestructuras esenciales en derecho antitrust europeo*. La Ley.

Camarena, L. (2014). *La noción del abuso de posición de dominio en el derecho europeo y estadounidense*. Madrid, Universidad Pontificia de Comillas (ICADE).

Comisión Europea (2007). *Libro Blanco Sobre el Deporte*. Bruselas, Bélgica, Dictus Publishing.

Comisión Europea et al. (2018). *Study on the economic impact of sport through sport satellite accounts*. Luxemburgo, European Union.

Crespo, J. D. D. (1996). El " caso Bosman": sus consecuencias. *Revista general de derecho*, (622), 8093-8120.

Díez Estella, F. (2006). El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE? *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, (242), 3-25.

Díez-Canseco, J. L. (2012). Teoría del cuello de botella: las facilidades esenciales. *THEMIS: Revista de Derecho*, (61), 65-93.

Dorronsoró, C. (2008). Artículo 2. Abuso de posición dominante. In *Derecho español de la competencia: comentarios a la Ley 15/2007, Real decreto 261/2008 y Ley 1/2002* (pp. 116-193). Editorial Bosch.

Labanda, D. C. (2016). Reflexiones en torno a la configuración de la nueva Euroliga desde el derecho de la competencia: Las competiciones deportivas como



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

infraestructuras esenciales (Essential Facilities Doctrine) y el "posible" abuso de posición de dominio de las entidades organizadoras. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, (50), 241-268.

Lera, F. (2010). Una aproximación al Deporte desde la Economía. *El Papel de la Fundación Observatorio Económico del Deporte (FOED). Encuentro Nacional de Observatorios del Deporte*, 3-5.

Marcos, F. (2016). *Las Prohibiciones de Prácticas Anticompetitivas (TFUE Y LDC): ¿Es Infractor Quien Facilita la Comisión de Las Conductas Prohibidas?* IE Law School.

Massaguer, J., et al. (2010). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Pamplona, Editorial Civitas.

Moreras, B. (1997). Sentencia Bosman. Perspectivas de aplicación y alcance. *Revista Técnico Laboral, Consejo General del Colegios Oficiales de Graduados Sociales, XIX(72)*.

Obando Muñoz, (2013). "Monopolio y abuso de posición dominante ¿similares o antagónicos?". Guatemala, Universidad Rafael Landívar.

Parlamento Europeo (2016). *Informe sobre un enfoque integrado de la política del deporte: buena gobernanza, accesibilidad e integridad*. Recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0381_ES.pdf

Recuerda, M.A. (2017). *Anuario de Derecho de la Competencia 2017. Problemas Prácticos y actualidad del derecho de la competencia*. Navarra, España, Editorial Civitas.



Rodríguez, C.A. (2006). *Prácticas restrictivas de la competencia: el abuso de la posición dominante en Colombia*. Bogotá, Universidad de los Andes.

Rojas, J. F. (2005). El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 1(1), 83-110.

Santome Sánchez, A. A. (2019). El fútbol de los que sobran: apuntes sobre la necesidad de nuevas concepciones éticas en relación al desarrollo humano de los deportistas de élite. *Apuntes De Bioética*, 2(2), 32-47.

Gabilex

Nº 38

Junio 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

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

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



SOBRE LA HISTORIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN CUBA

D. Salvador Santiago Villalobos González

Instituto de Derecho de la Universidad: Amistad de los Pueblos en Rusia¹.

Universidad de Camagüey, en Cuba

Resumen: Este artículo refleja la historia e importancia del contrato administrativo su eliminación e impacto en la política económica, no obstante, en la actualidad existen cambios en la economía a nivel internacional y nacional. Una visión de las tendencias y notas sobre las teorías jurídicas y el derecho comparado y la existencia de deficiencias en la legislación cubana para la celebración de contratos, a partir de la conceptualización y clasificación, al evitar tales deficiencias aumentaría la calidad y rentabilidad económica. El contrato administrativo se asume ahora como un contrato económico, y la resolución del conflicto es encargada por la jurisdicción de lo mercantil, que es un evaluador de calidad, obviamente el proceso puede mejorarse y las insuficiencias económicas ajustadas, resultado esencial es promulgar

¹ Máster en Ciencias Jurídica y en Ciencias Pedagógicas, Universidad Ignacio Agramonte de Camagüey, Cuba, profesor principal de Derecho Económico, Mercantil, Notarial y Administrativo. Estudiante de doctorado en ciencias jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Rusa de la Amistad de los Pueblos (RUDN),



una ley de contrato administrativo, ya que Cuba es el primer país de América Latina, que lo tuvo en sus leyes por más de 400 años.

Palabras clave: contrato. contrato administrativo, contratos civiles, contrato económico. Salas, tribunales.

Abstract: This article reflects the history and importance of the administrative contract, its elimination and impact on economic policy, however, currently there are changes in the economy at an international and national level. A vision of the trends and notes on legal theories and comparative law and the existence of deficiencies in Cuban legislation for the celebration of contracts, based on the conceptualization and classification, by avoiding such deficiencies it would increase the quality and economic profitability. The administrative contract is now assumed as an economic contract, and the resolution of the conflict is entrusted to the commercial jurisdiction, which is a quality evaluator. Obviously the process can be improved and the economic insufficiencies adjusted, an essential result is to enact a law of administrative contract, since Cuba is the first country in Latin America to have it in its laws for more than 400 years.

Keywords: contract. administrative contract, civil contract, economic contract. Chambers, courts.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Materiales y Métodos. 3. Resultados y Discusión. 3.1- Breves aspectos del Contrato Administrativo para los Tribunales en Cuba. 3.2-Algunas referencias de otros países relativo a la justicia del contrato administrativo. 3.3.- Procedimiento



de la Adjudicación de los contratos públicos en sentido general. 3.4- En Cuba la adjudicación de los contratos Administrativo en Cuba. 3.5.- Clasificación de los contratos públicos. 3.6- El sujeto de la contratación. 3.7- Aspectos de la clásica diferencia entre contratos civiles y administrativos. 3.8 - El Contrato Administrativo en el ámbito del Derecho administrativo económico. 3.8.1- Distinción oportuna entre, Contrato Administrativo, Contrato Civil y Contrato Económico. 3.8.2- Perspectivas en lo económico del contrato administrativo. 4.Conclusiones. 5. Referencias.

I. Introducción

El contrato administrativo es una herramienta y podemos atribuirle la importante herramienta, está en las ciencias Iusadministrativista², para cualquier estado, cumplir su encargo social del bien común generalizado o hacerlo cumplir bajo su dirección de forma transparente y eficiente, es un acuerdo con personas naturales prestaciones de servicios o la realización de una obra, por lo que debemos partir del análisis del concepto de diversos teóricos y tratadistas para dar una conclusión acertada de conformidad a las ciencias.

² Villalobos González, S. S. (2021). "La institución del contrato administrativo: sus inicios en Brasil y Cuba". (RI §424247). Disponible: Revista General de Derecho Administrativo, de España, ISSN 1696-9650, No. 58, 2021. Ubicada en: <https://dialnet.unirioja.es> (artículo).



En Cuba como isla perteneciente al Caribe, y América Latina de civilización muy similar con la influencia de España desde el 27 de octubre de 1492, en el caso de Cuba y la evidencia de los diferentes criterios de investigadores del tema en la revisión de las literaturas, existiendo muy pocas referencias de autores cubanos al respecto, además de un silencio en los primeros 50 años posteriores a la etapa de 1959. Aspectos anteriormente expresados por el Dr. Matilla Correa, investigador y catedrático de la Universidad de la Habana, que es prácticamente el primero que retoma justamente el tema, al cual recurrimos en todas sus alegaciones y en correspondiendo a las recomendaciones, justificada por la ausencia es que realizamos la investigación, contribuyendo sobre el tema en Cuba, realizando diferentes aristas que debatidas y analizadas, y como resultados confluyen en la necesidad por defender la vitalidad de dicho contrato³.

Afortunadamente en Cuba, existe una sala de lo administrativo en las provincias y en el Tribunal Supremo, sin embargo, no existe un tribunal especializado en resolver los incumplimientos de los contratos administrativo, pero es que actualmente sería

³ Matilla Correa, A. (2007). "Consideraciones mínimas sobre el Contrato Administrativo y el Derecho Administrativo Cubano". Libro: Contencioso Administrativo, Culturas y Sistemas Jurídicos comparados. páginas 231 s. ISBN: 970-32-3935-8 disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11360>



inoperante porque es nula la figura del contrato administrativo.

Sin duda la figura del contrato económico, propio de países socialistas al tratarse de relaciones entre empresas estatales que responden a un plan único de la economía socialista de estado para satisfacer las necesidades del pueblo, en el caso de Cuba, por diferentes motivos ha realizado un reacomodo y ha insertado la figura de las personas naturales como un nuevo sujeto, y podemos ver personas naturales "trabajadores por cuenta propia", subcontratando y acometiendo la construcción o reconstrucción de un hospital, a criterio de la investigación, ha salido la relación del marco del contrato económico y estamos en presencia de un contrato administrativo, público o estatal, dentro de la cual se considera que está implícita la defensa del contrato público⁴ o administrativo, y los derechos de las partes⁵.

Este trabajo pretende incentivar a investigadores a proseguir estos estudios de manera general y reconocer como está presente el contrato administrativo, la comprensión de tan importante

⁴ Martín A F. (2019). "El (Nuevo) contrato de servicios que proporciona beneficios directos a los ciudadanos. consolidación o interrupción del contrato de servicios públicos? Revista General de Derecho Administrativo. (Un concepto más actualizado).

⁵ Villabella Armengol, C.M. (2019). El control de constitucionalidad en Cuba: Reflexiones a tenor de la constitución de 2019". Revista cubana de derecho, numero 53. "habana, cuba. paginas. 59 s.



institución jurídica., la importancia a los antecedentes históricos en Cuba., los primeros en nombrar un contrato administrativo bajo la influencia de España por 400 años, inmutable solo en Cuba, en América Latina tiene mucho más movimiento en la teoría y en la práctica.

En esta investigación es importante, por en análisis desde el punto de vista teórico y doctrinal del concepto del contrato administrativo, hasta su clasificación y notas comparativas con de países de América Latina y el papel y su incidencia practica de caras a la economía, en el caso de Cuba, el impacto en la transformación en este caso en mejorar en consonancia con el mundo actual.

II. Material y método

Esta investigación responde a un diseño cualitativo, utilizando el contenido del análisis histórico como técnica principal para comprender la relación del objeto de estudio con su entorno. El método histórico-analítico de investigación, y se utilizan el método interpretativo. Ambos ayudaron a comprender e interpretar las dimensiones de la historia, proceso en torno al fenómeno del estudio: el contrato administrativo. La revisión de la literatura documental fue la principal técnica utilizada para analizar el discurso sobre el tema de estudio. Además, se consultó diversa bibliografía sobre el desarrollo del contrato administrativo desde su desde sus inicios hasta la actualidad en algunos países de América Latina, pero



específicamente en Cuba, así como la incidencia del contrato económico en la actualidad en Cuba.

III. Resultados y Discusión

3.1 Breves aspectos del Contrato Administrativo para los Tribunales en Cuba.

En Cuba no existe un tribunal administrativo de las contrataciones públicas, partiendo de la base que para Cuba el Contrato Público o Administrativo es una institución del derecho parte de una teoría, que ha quedado olvidada y prácticamente anulada por los investigadores en general y es una figura a la cual debemos rescatarle y reconocerle su importancia, en este sentido encontramos que hay pocas obras y escasa literatura cubana que aborde la institución por lo que resulta, interesante y justo que desde el inicio esta investigación profundice en las teorías doctrinales y los antecedentes de este contrato en Cuba⁶.

No obstante Cuba cuenta con las Salas de lo Civil, Administrativo, Laboral y en algunas provincias son mixtas, como por ejemplo en Ciego de Ávila, en

⁶ Villalobos González, S.S. (2021). "Memorias: 1ra Conferencia Internacional del Contrato Administrativo". "Nacimiento del contrato en Cuba y México". celebrada desde Moscú los días 11 y 12 de septiembre del 2020. Disponible en: Internet, con ISBN-13: 978-620-3-03744-9, ISBN-10: 6203037443, EAN:9786203037449, entrevistado ese propio día 12-09- 2020. 2021.



Artemisa y Mayabeque. Una experiencia enriquecedora para las ciencias de la judicatura desde la práctica.

Remontándonos a la historia del contrato administrativo como instrumento dentro de las ciencias del derecho administrativo, resulta meritorio destacar dos figuras para Cuba⁷ que hablan de este contrato con una marcada trascendencia, el primero José María Morilla, quien fuera llamado por el profesor y catedrático cubano., Andry Matilla Correa, como el precursor del derecho administrativo, de igual manera consideramos al Doctor Matilla Correa, por los importantes estudios de la obra de Morilla además de un precursor en estos tiempos. Reconociendo que es Morilla el primero que menciona esta institución en América Latina, y además el primer profesor de derecho administrativo en Cuba⁸. Y el Dr. Matilla realiza

⁷ Villalobos González, S.S. (2020). "Fundamental Legal Bases of the Administrative Contract: A Legal Institution in Cuba and México". "Revista de Investigacion en Ciencias Sociales". Online ISSN: 2411-9458 – Print ISSN: 2413-6670. Volumen 6, Numero 11, noviembre 2020-Ps. 969-974.

⁸ Publicada en la revista CLIO, de la Academia Dominicana de la Historia.

Henríquez Ureña, M, "Prefacio", en Morilla, José María, Siete Biografías Dominicanas, Introducción y notas de Max Henríquez Ureña, Academia Dominicana de la Historia, Imprenta "San Francisco", Ciudad Trujillo, S. D., 1946, págs. 1 y sigs.

Matilla Correa, A. UH, Cuba. (2011). "Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba". En el tópico Apuntes biográficos sobre José María Morilla, pág. 207-223. Sánchez Valverde Antonio, dominicano (1947) "Idea del valor de la Isla Española", en el prefacio que habla de este autor



un análisis de peso jurídico y racionalidad del contrato administrativo.

Se conoce el vínculo de Morilla con este contrato, que el mismo pudo sin lugar a dudas vinculado al conocimiento con los primeros casos que se litigaron en los tribunales contencioso administrativo en la provincia de Santa María del Puerto del Príncipe (hoy Camagüey), que además de ser el primera provincia del país que tuvo tribunales, fue el que se trasladó desde Santo Domingo hasta Camagüey, coincidentemente Morilla fue a vivir en esta provincia, es decir que es el Lugar de Cuba donde primero se conoció un caso de lo contencioso administrativo., y por ende de incumplimiento de contratos administrativos, resultando interesante conocer que es una localidad desde la colonia que tiene tradición en la ciencia del derecho, uno de sus primeros graduados de abogado es Ignacio Agramonte y Loynaz, nombre con la que es reconocida la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC) y la universidad de esta provincia, siendo conocido que este ilustre abogado hizo estrados luego de haberse recibido como abogado, dando la medida la tradición lugareña a la que Morilla se acercó en su primera residencia en Cuba.

En la actualidad las funciones jurisdiccionales administrativas las lleva a cabo en Cuba, una sala de lo civil y administrativo a instancia provincial y otra nacional en una sala de lo civil y administrativo en el Tribunal Supremo Popular. Resumiendo, en el caso de

de la obra se insiste acerca de la autoría de este en la importante biografía de Morilla., (1946). Pág.7.



Cuba, la materia administrativa de lleva en dos instancias judiciales, según dispone el ordenamiento desde el anterior ordenamiento de la Ley 82⁹, y mantenido en la Ley 140, Ley de Tribunales Populares en Cuba¹⁰.

⁹ Disposición de la Ley 82 de Tribunales Populares de la República de Cuba del año 1998, SECCIÓN SEXTA, Salas de los Tribunales Provinciales Populares, ARTÍCULO 32. En cada Tribunal Provincial Popular existen las salas siguientes: a) de lo Penal; b) de lo Civil y de lo Administrativo; c) de lo Laboral; d) de los Delitos contra la Seguridad del Estado; e) de lo Económico.

Y en la Instancia Nacional: Sección Séptima, Salas del Tribunal Supremo Popular, Artículo 23.-1. Las Salas del Tribunal Supremo Popular son las siguientes: a) Sala de lo Penal; b) Sala de lo Civil y de lo Administrativo; c) Sala de lo Laboral; d) Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado; e) Sala de lo Militar. f) Sala de lo Económico.

¹⁰ Ley 140 de Tribunales Populares de la República de Cuba del año 2021, la instancia nacional en la SECCIÓN OCTAVA, Salas de justicia Artículo 35.1. Las salas de justicia del Tribunal Supremo Popular son las siguientes: a) Sala de Amparo de los Derechos Constitucionales; b) Sala de lo Penal; c) Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado; d) Sala de lo Civil y de lo Familiar; e) Sala de lo Administrativo; f) Sala del Trabajo y de la Seguridad Social; g) Sala de lo Mercantil; h) Sala de lo Militar.

Y en la Instancia Provincial en la SECCIÓN SEXTA Salas de justicia Artículo 45.1 En el Tribunal Provincial Popular pueden existir las salas siguientes: a) Sala de Amparo de los Derechos Constitucionales; b) Sala de lo Penal; c) Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado; d) Sala de lo Civil y de lo Familiar; e) Sala de lo Administrativo; f) Sala del Trabajo y de la Seguridad Social; g) Sala de lo Mercantil.



Y en su caso, desde la anterior Ley 7 de lo Civil, Administrativo, Laboral y Económica, tiene definida la siguiente jurisdicción y competencia, en sus artículos desde el 654 al 656, y la competencia será la siguiente: Capítulo II: de la competencia¹¹. En la Actualidad la Ley 142 del 2021, del proceso administrativo, evoluciono para la competencia en relación con un aumento de causales y decisiones para ser susceptibles de ser demandadas, en relación con los actos administrativos, las disposiciones reglamentarias, actuaciones materiales y omisiones de consejo de ministros, empresas en todas las instancias, los gobernadores, la fiscalía, contraloría, las organizaciones y entidades de base asociativa de carácter profesional y con fines públicos¹².

Como podemos definir, la jurisdicción anterior casi exclusiva para decisiones y actos administrativos de la vivienda, los únicos actos que amparan tal

¹¹ Ley 7 de lo Civil, Administrativo, Laboral y Económica, *Capítulo II: de la competencia*, Artículo 659.-La jurisdicción en materia administrativa se ejercerá por los siguientes órganos: la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular; las Salas de lo Civil y de lo Administrativo de los Tribunales Populares....Después de la adopción de la "Ley de Reforma Constitucional" de 12 de julio de 1992 (G.O.Ext. No. 6 de 13 de julio de 1992, pág. 23) los órganos de administración de las Asambleas Provinciales y Municipales del Poder Popular se denominan "Consejos de la Administración"

¹² Ley 142 del 2021. Ley del proceso administrativo. En su JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA CAPÍTULO I JURISDICCIÓN Artículo 6. (Gaceta Oficial No. 139 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021).



jurisdicción y competencia, estas salas de conocimiento en cada una de las provincias y una sala a nivel nacional en el Tribunal Supremo Popular, la nueva Ley amplía la competencia en su justa medida.

Como podemos apreciar en la anterior legislación y en la actual los órganos de gobierno en cada una de las provincias, solo se les atribuye cuestiones relacionadas a las resoluciones y disposiciones relacionadas con vivienda y autoridades administrativas, en modo alguno nada relacionado con la contratación pública o administrativa, de hecho es nula, según esta normativa en el caso de lo administrativo para los contratos públicos o administrativos, apreciable desde el año 1959, con el nuevo sistema social que impera en Cuba, por los análisis realizados se decide desaparecer aparentemente este contrato, pues se eliminaron los vínculos jurídicos contractuales entre entidades administrativas y personas particulares, sobre todo en aquellos casos donde no existía una conexión directa con el interés público, estamos hablando del derecho socialista sin lugar a dudas, con una fuerte influencia de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviética y la República Democrática Alemana, resultando necesario mencionar datos históricos, que reflejan ciertamente que ante de la división de las dos Alemania en cuanto a las relaciones económicas funcionamiento administrativo del estado Alemán eran objeto del derecho económico, rama jurídica entendida —no sin polémica— como distinta del derecho administrativo, y que fue referida, en tal sentido es importante relacionar, como en años posteriores autores como



Rodríguez Grillo, Luisa en Cuba, refiere que "El derecho administrativo regula las relaciones administrativas, es decir, a las relaciones de dirección y no a las patrimoniales". Agregándose: "El derecho económico regula las relaciones económicas en las que los elementos organizativos y de planificación se combinan con los elementos patrimoniales. Además de las diferencias de carácter entre las relaciones reguladas por el derecho económico y el derecho administrativo, existe la diferencia entre los sujetos, ya que en las relaciones económicas participan fundamentalmente las organizaciones socialistas y sus unidades estructurales, mientras que los sujetos de las relaciones administrativas pueden ser ciudadanos individuales"¹³.

El estado es oferente a las personas naturales de los servicios de agua, electricidad y gas licuado, luego la realidad económica cambio en la actualidad existen las llamadas Cooperativas No Agropecuarias (todas personas naturales asociadas) que brindan servicios públicos¹⁴ e incluso al estado en materia constructiva y de servicios comunales, entre otros, y todos bajo la denominación de contratos económicos.

El profesor Matilla Correa de tal suerte, surge a la luz la categoría del contrato económico (propia del

¹³ Rodríguez Grillo, L. (1984), Apuntes de derecho económico, La Habana, Facultad de Derecho-Universidad de La Habana-Ministerio de Educación Superior, 1984, pág. 16.

¹⁴ Pere Simón Castellano. (2020). "Inteligencia Artificial y administración de Justicia". Revista de Internet de los estudios de Derecho y ciencias Políticas" de ala "Universidad Internacional de La Rioja. P.4



derecho económico) que, entre otras formas, ha sido referido como “acuerdo de carácter planificado entre organizaciones socialistas, orientado a fijar sus derechos y deberes económicos”. El principal artífice fue impuesto por el Decreto Ley 15 de 1978, “Normas básicas para los contratos económicos”; en la Sección Tercera se denomina “Del contrato de suministros”, la Sección Quinta “Del contrato de ejecución de obras” y la Sección Séptima “Del contrato de servicios”. Ciertamente hasta los años 90 tuvo significación y resultados porque era organizado y la copia era literal del capo socialista al punto que eminentes profesoras impartieron cursos, seminarios y muchos de los juristas cubanos vinieron y tomaron experiencias del funcionamiento de la materialización del contrato y su vínculo con los órganos administrativos y jurisdiccionales tales como la profesora Dra. Ekaterina Guendsejades, docente de la Universidad Lomonosov en Moscú en el año 1981¹⁵, sin embargo, para nosotros a partir de la caída del campo socialista resulto artificial, queda al descubierto la artificialidad del contrato económico —que parte desde su nombre mismo, pues, al menos cabe cuestionarse: qué contrato no es económico— y su disfuncionalidad como técnica jurídica para ordenar relaciones bilaterales voluntarias vinculadas directamente con la actividad administrativa y con el interés público, es definitorio y objetivo que por regla general todas las relaciones contractuales

¹⁵ Guendsejades Ekaterina. (abril del 1981), “Folleto Ciclo de Conferencias sobre el contrato de ejecución de obras en la Unión de Repúblicas Socialista Soviética, ofrecidas por la Doctora Ekaterina Guendsejades, Docente de la Universidad Lomonosov, en Moscú.



tienen una base económica y de hecho son económicos, por cuanto ese criterio de clasificación es de estar muy claro a la hora de referir el concepto y las clasificaciones¹⁶.

Como se puede apreciar al desaparecer la categoría de contrato público¹⁷ o administrativo en Cuba, y bajo las nuevas concepciones surge el contrato económico quien ha sido protagonista de muchas transformaciones desde su nacimiento. Siendo copiado del campo socialista los órganos del arbitraje estatal quienes eran los encargados de conocer y dirimir los conflictos de los incumplimientos de contratos económicos, sin embargo con la desaparición del campo socialista y haber mermado las relaciones económicas y desaparición del Plan Único de Desarrollo Económico, existía y era parte del concepto de la política anterior, desaparece el órgano de arbitraje estatal que dirimía conflictos contractuales, y con esta desaparición, surgen las actuales las salas de lo económico, como primera instancia en los Tribunales Provinciales y Salas de lo Económico en el Tribunal Supremo Popular, de manera, que fue agregado a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, (LPCAL), el libro para el

¹⁶ Matilla Correa, A. UH, Cuba. "Consideraciones mínimas sobre el Contrato Administrativo y el Derecho Administrativo Cubano". Libro: Contencioso Administrativo, Culturas y Sistemas Jurídicos comparados. páginas 231-233 s. ISBN: 970-32-3935-8 disponible en:

<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11360>

¹⁷ Martín A F. (2019). "El (Nuevo) contrato de servicios que proporciona beneficios directos a los ciudadanos. consolidación o interrupción del contrato de servicios públicos? Revista General de Derecho Administrativo. (concepto más actualizado).



procedimiento de lo económico, dejando de ser LPCAL, ahora LPCALE, en cuanto a la contratación *la Jurisdicción y Competencia en su Artículo 739.- Corresponde a las salas de lo Económico de los tribunales populares el conocimiento y solución de los litigios que se susciten entre personas naturales o jurídicas, cubanas o extranjeras con representación o bienes o intereses en Cuba, con motivo de sus relaciones contractuales, salvo cuando se contraigan en la esfera de consumo de la población.*

Por otra parte, en el caso de los contratos de servicios telefónicos y electricidad se les denominan contrato económico de adhesión, de hecho, estos también serán conocidos por la Sala de lo Económico. Este contrato cuyas cláusulas las redacta una sola de las partes, mientras la otra se limita sólo a aceptar o rechazar el contrato en su integridad. En este caso podría decirse obligatorios exorbitantes, pues para este razonamiento, a nuestro juicio cabe mucho mejor la presencia de contratos administrativos.

Una entidad vende un bien o presta el servicio (el vendedor) el que presenta la oferta a través de un no negociado contrato obligatorio¹⁸, lo tomas o lo dejas. Es el este caso el cliente, comprador o consumidor el que debe decidir entre aceptar el bien con todas sus cláusulas o no hacerlo. Las Cláusulas no negociadas individualmente. Este tipo de contrato le permite a las

¹⁸ Alejos, O. (2019). "Convenios arbitrales desequilibrados en los contratos públicos bajo la ley de contrataciones del Estado". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Denominada Derecho PUCP. P. 347-370.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

grandes entidades, empresas y compañías, de servicios de suministros y bancarios para que las administraciones públicas puedan lograr una amplia contratación e ingresar las sumas económicas sin ninguna dificultad, no obstante, se puede apreciar un desnivel considerable en las cláusulas que pueden llegar a ser abusivas en detrimento del cliente. En teoría estos contratos deben presentar cláusulas directas¹⁹ y muy claras de una comprensión absoluta desde la primera lectura.

En Cuba y según lo presupuestado por la Ley de Contratos Económicos, en este caso el Decreto Ley 304, dice literalmente en su:

..... **Artículo 17.1.-** *Contrato concertado por adhesión: La oferta puede estar también contenida en contratos predispuestos en los que el destinatario está obligado a declarar su adhesión, si quiere recibir la prestación que se le ofrece.*

2.- Son contratos por adhesión, los contratos de prestación de servicios públicos de agua, electricidad, gas, telefonía; los contratos bancarios, así como aquellos otros que por su naturaleza se definan como tales en la ley.

3.- Los contratos por adhesión, no obstante, no pueden contener cláusulas abusivas.

¹⁹ Palermo, Fernanda Kellner De Oliveira. (2020) "Escorzo histórico del contrato administrativo". Revista Jus Navigandi. ISSN 1518-4862, Teresina, año 7, n. 54, 1ro de febrero 2002. Disponible en: <https://jus.com.br/revista/edicoes/2002/2/1>.



Como se puede analizar la Ley de los contratos económicos en Cuba, define los contratos de adhesión en este caso los contratos de energía eléctrica, agua corriente, gas, telefonía, y los contratos bancarios, así como otros dispuestos por la Ley, etc.

El contrato de adhesión²⁰ es legal, por regla general, pero a fin de proteger al consumidor, que es la parte débil, se prohíben las cláusulas abusivas, que se tienen que nulas de pleno derecho, y de manera general corresponde a las instituciones públicas vigilar la actuación de las empresas, en estos casos, el Estado le corresponde intervenir para favorecer un equilibrio entre las partes.

Resumiendo de forma breve de conformidad a lo investigado el nuevo sistema de gobierno en Cuba, a partir del año 1959, se advertía la eliminación de relaciones contractuales con las personas individuales, pero en la práctica, el estado siguió teniendo relaciones contractuales con las personas naturales, ya que el

²⁰ Álvarez Estrada, J. , Herrera Tapias, B. (2016). "Contrato de adhesión y relaciones con el consumidor en el derecho del consumidor colombiano estatuto del Consumidor". Revista de Ciencias Sociales 22 (1), págs.166-178.
«Contrato de adhesión». Enciclopedia jurídica. Consultado el 14 de febrero de 2015. Asimetrías de Información y Análisis Económico de los Contratos ... Los contratos cuyo contenido ha sido previamente definido por una de las partes de la negociación y que son presentados a la otra con la única opción de aceptarlos o rechazarlos, han recibido generalmente la denominación de contratos de adhesión. Es un contrato obligado y parecen cláusulas exorbitantes.



estado brindaba los servicios de agua, electricidad y gas licuado, e incluso la construcción de viviendas a personas naturales, y las personas naturales individuales solían tener criterios al respecto, también trabajadores reparadores de zapatos, limpiadores de zapatos, barberos en sus domicilios todos trabajan en función de la población porque el estado no era suficiente para esas actividades, y estas personas individuales que además eran aprobadas por el estado o gobierno para ejercer esas actividades aportaban sus impuestos por ofertar estos servicios.

Con el tiempo el entorno fue cambiando porque las condiciones económicas continúan siendo difíciles ya que el derrumbe del campo socialista y el recrudecimiento de las medidas económicas impuestas a Cuba, obligan a aumentar alternativas que ayuden a la economía a recuperarse, y por ende la realidad es otra y muchos de estos trabajadores son asociados a Cooperativas de Producción No Agropecuarias que realizan actividades de prestación de servicios a entidades estatales, amparados en contratos económicos, desvirtuando la naturaleza y conceptualización del contrato público o administrativo, porque en la actualidad hay trabajadores individuales y Cooperativas de Producción No Agropecuaria asumen incluso objetos de obras importantes en el ámbito de la construcción a instituciones del estado como hospitales y centros de salud, y con ello se contribuye al aumento del índice en la calidad de vida y la salud humana, pública y sus tratamientos médicos²¹, etc. En nuestro

²¹ Noguera Peña, A. y Del Castillo Rodríguez, C. (2021). "Equilibrio entre la innovación y el gasto público sanitario".



criterio es loable que se asuma la institución del contrato público o administrativo en función de su verdadera naturaleza. Debe retomarse el verdadero y Libre comercio, y aumentar el desarrollo del contrato con posibilidad real y potencial de aprovechar las habilidades personales, manuales y talento de las personas naturales²², los mercados deben operar en el ámbito jurídico y social que garantice una amplia dispersión de la propiedad, que pudiera poner un límite la transmisión hereditaria de la riqueza, todas las medidas conducentes al bienestar y la igualdad ciudadana, sino como el escenario de realización de libertades que serían amenazadas por las políticas redistributivas que garantice una provisión pública de servicios públicos, este es una necesidad latente y eficaz. Estando claro la necesidad de los Estados en aumentar el flujo y la entrada de negocios y libre mercado para aumentar el bienestar de la población.²³

3.2. Algunas referencias de otros países relativo a la justicia del contrato administrativo.

Si buscamos en razón de una comparación en países del área encontramos que en Chile existe el reconocimiento a la institución del contrato público o administrativo, existiendo por ende un Tribunal de

Revista Derecho del Estado n.º 48, enero-abril de 2021, p. 279-290.

²² Rojas Héctor D. (2021). "La estrategia de la agregación en las constituciones y la ausencia de una voluntad general". Revista Derecho del Estado n.º 49, mayo - agosto de 2021. P. 203-205.

²³ Ibid.



Contratación Pública²⁴ (TCP), referido por Alejandro Vergara Blanco en la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVI (Valparaíso, Chile, 1er semestre de 2016), un país que se encuentra dentro de nuestro continente América Latina, fue creado en 2003 (pero que entró en funcionamiento en 2005) es el juez especializado de la contratación administrativa y fue el iniciador de la actual tendencia de justicia administrativa fraccionada e híper especializada, Véase una descripción más detallada sobre ese fenómeno de creación de tribunales híper especializados²⁵.

Otros tribunales administrativos especializados han continuado esta tendencia. Fueron creados con posterioridad: 1) el Panel de Expertos en Electricidad (Ley Nº 19.940 de 2004, que modificó la Ley general de

²⁴ Concha Machuca, R. (2015). "Causal de nulidad y efecto anulatorio: separabilidad de los actos precontractuales. Análisis crítico a base de un estudio de grupo de casos a diez años de funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública". Revista Ius et Praxis, Año 21, Nº 2, 2015, pp. 553 - 566 ISSN 0717 - 2877

²⁵ Vergara Blanco, A. (2016). "Tribunal de Contratación pública: Bases institucionales, organización, competencia y procedimiento", paginas 348-349.

-Vergara, Blanco, A. Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección, ahora, en ARANCIBIA M., Jaime - MARTÍNEZ E., José - Romero S., Alejandro (coordinadores), (2011). "Litigación Pública, colección Estudios de Derecho Público, Primer Seminario de Litigación Pública (Santiago, Universidad de los Andes, Abeledo Perrot Thomson Reuters), paginas. 37-63;



servicio eléctricos); 2) el Consejo para la Transparencia (Ley Nº 20.285 de 2008); 3) los Tribunales Tributarios y Aduaneros (Ley Nº 20.322 de 2009); y 4) los Tribunales Ambientales (Ley Nº 20.600 de 2012)²⁶.

La regulación del TCP está contenida en los artículos 22 a 27 LBCA de la Gestión Pública que en 1998 aprobó un Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones; además, los acuerdos en materia de libre comercio con Estados Unidos y con la Unión Europea en 2003 constituyeron también un impulso para su creación, como puede apreciarse es de señalar que existe un referente positivo en este tema y lo constituye sin duda alguna la legislación de la Unión Europea ha diseñado una serie de instituciones, procedimientos y recursos destinados a hacer cumplir el derecho a una protección judicial efectiva²⁷. Tal y como reconoce el eminente profesor e investigador en su obra "El sistema de recursos en la contratación pública italiana, procedimientos y control de litigiosidad", Enrique Díaz Bravo en este año 2020. En el ámbito de la contratación pública a través de las Directivas 89/665 y 2007/66, se ha regulado la estructura de los procedimientos de recursos para la adjudicación de

²⁶ Vergara Blanco, A, (2016) "Tribunal de contratación pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVI (Valparaíso, Chile, 1er semestre de 2016), paginas. 348 - 349.

²⁷ Cano Blandón, L.F. (2021) Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. Revista Derecho del Estado n.º 49, mayo - agosto de 2021, P.144.



contratos públicos de suministro y obras, que ha sido incorporada por los sistemas nacionales a través de varios institutos. Sin duda alguna es muy positiva y novedosa la experiencia incorporada a Chile, lo que redundara en mayor rendimiento a la economía y al cuidado de sus fondos.

Si realizamos una mirada a Europa nos percatamos que, en el caso italiano, la transposición del derecho europeo se ha llevado a cabo con respecto a su cultura jurídica, de modo que los recursos de la contratación pública están sujetos a la jurisdicción contenciosa administrativa, otorgando competencia a los tribunales administrativos regionales y también al Consejo de Estado, a través de un procedimiento especial. Del mismo modo, la existencia de un procedimiento pre contencioso ante la ANAC es relevante, con fuertes medidas anticorrupción, así como la creación de medidas preventivas de control de litigios, como la existencia de tasas de acceso a la jurisdicción y sanciones contra litigantes imprudentes. Finalmente, se analizarán las herramientas para la restauración de la ley, donde se contemplan las facultades para los procedimientos posteriores a la adjudicación del contrato²⁸.

Volviendo a Chile se puede argumentar y en tal sentido coincidimos plenamente en la discusión parlamentaria en la Consenso en avanzar sin esperar la creación de los tribunales del contencioso

²⁸ Díaz Bravo, E. (2020). "El sistema de recursos en la contratación pública italiana procedimientos y control de litigiosidad." Revista General de Derecho Administrativo, ISSN-e 1696-9650, Nº. 54, 2020, página 1-5.



administrativo, existiendo consenso en la Comisión en que esta materia debe enfrentarse con prontitud, y, en ese sentido, es preferible que prosiga la tramitación de la iniciativa en informe a esperar la creación de los tribunales contenciosos administrativos²⁹.

Otro país del área en este caso Costa Rica, a pesar de un reconocimiento al contrato público o administrativo como institución jurídica no existe un tribunal administrativo de las contrataciones públicas, las funciones jurisdiccionales administrativas las lleva a cabo la Contraloría General de la República, órgano constitucional que ejerce el control jurídico contable de la hacienda pública, de acuerdo con los numerales de la Carta Magna 183 y 184. En la ley de contratación administrativa, LCA, numeral 81 se establece que:

.....Contra el cartel o pliego de condiciones de la licitación pública y de la licitación abreviada, se podrá interponer recurso de objeción, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas. El recurso se interpondrá ante la Contraloría General de la República, en los casos de licitación pública, y en los demás casos, ante la administración contratante.

Por su parte, el numeral 84 de la LCA, regula lo pertinente a la impugnación contra el acto de

²⁹ Vergara Blanco, A. (2016). "Tribunal de contratación pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVI (Valparaíso, Chile, 1er semestre, página. 350.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

adjudicación. Esta materia le corresponderá al futuro y eventual tribunal administrativo.

En el caso de Panamá es un país de la región que reconoce la institución del Contrato público o administrativo, el que además cuenta con un Tribunal administrativo de contrataciones públicas, el que existe por imperio de la ley No. 22 del 27 de junio del 2006, se regula la contratación pública se estableció el Tribunal de contratación pública.

En el Capítulo XVII, se establece lo relativo a este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, y en su caso la creación está descrita en el:

.....Artículo 104. Creación. Se crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, que tendrá jurisdicción en todo el territorio de la República. Este Tribunal tendrá competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia, de:

1. El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación o la declaratoria de deserción emitidos por las entidades, en los procedimientos de selección de contratista.

2. El recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.

3. Las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del término de cinco días hábiles que esta tiene para resolver.

Se destaca en este caso los siguientes aspectos relacionados con el tema:



La frecuencia de acción de este tribunal es: – El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación; o, en su lugar, el acto que declara desierto un proceso de selección del contratista público, – Conocer y resolver la apelación contra la resolución del contrato o la inhabilitación del contratista, – Acciones de reclamo presentadas ante la Dirección General de Contrataciones Públicas.

Como se puede apreciar la importancia de la regulación desde la conceptualización del contrato público o administrativo, hasta su regulación de un tribunal especializado constituye una importancia vital para los operadores del derecho, porque se le atribuye un elemento importante de cuidado y de especialización que requieren para el estado y su desarrollo, desde lo teórico hasta lo práctico. Sin embargo, como se puede apreciar Cuba esta con una teoría diferente que desconoce este tipo de contrato que aparecen recogidos dentro del Contrato Económico que naciera en la economía socialista y que ahora en este caso no es totalmente relativa a esa doctrina y es preciso darle el lugar y la posición que le corresponde a esta institución jurídica dentro de las ciencias del derecho administrativo.

Actualmente en Cuba existe la figura de las Cooperativas No Agropecuarias, que resultan asociaciones de personas particulares que se asocian para una determinada actividad y en este sentido se consideran una Cooperativa No Agropecuaria, que interactúa fundamentalmente con entidades del estado



y entre ellas mismas, por lo que de hecho a nuestro juicio son pequeñas empresas que interactúan con el estado en la firma de contratos administrativos que se hacen llamar contratos económicos de las viejas relaciones de las empresas estatales del modelo copiado del campo socialista, sin embargo, en el campo socialista no dejó de existir el estudio y atención al contrato administrativo³⁰. Merece mencionar la aparición de la figura de la micro pequeña y pequeña empresa (MIPYME), que es sin duda una sociedad de responsabilidad limitada proveniente del derecho mercantil³¹, pero continuamos desconociendo la presencia del contrato administrativo.

Consideramos que sin lugar a dudas el contrato público constituye una herramienta auxiliar de la economía, pero para la sistemática de Cuba estos contratos son transversales y se les tienen ubicados en la materia de contratos económicos y podría en otras legislaciones ser considerados como contratos Administrativos económicos y por lo cual nada obstaría en ningún caso su real incidencia en la economía de cualquier país y en tales circunstancias Cuba hoy tiene una sala especializada en la materia de lo económico que conoce de estos litigios y de forma independiente la

³⁰ Villalobos González, S. S. (2020). "El Proceso Ejecutivo en Cuba ignora el contrato administrativo", Disponible en: [URL://https://www.morebooks.de/store/gb/book/el-proceso-ejecutivo-en-cuba,-ignora-el-contrato-administrativo/isbn/978-620-3-03984-9](https://www.morebooks.de/store/gb/book/el-proceso-ejecutivo-en-cuba,-ignora-el-contrato-administrativo/isbn/978-620-3-03984-9)

³¹ Decreto-Ley 46 del 2021. "Sobre las micro, pequeñas y medianas empresas". Decreto-Ley que tiene por objeto regular la creación y funcionamiento de las micro, pequeñas y medianas empresas, en lo adelante MIPYMES.



materia de lo Administrativo que al final consideramos es la competente y seguiría siendo la justicia la encargada de coadyuvar a realizar análisis y de hecho a eliminar deficiencias en este tipo de contrato que suman a los contratos económicos entre entidades que actúan en la economía.

En el presente artículo, tiene como tema: *“El contrato administrativo, su importante figura en la justicia de cara a la económica en Cuba.”*, toda vez que los tribunales en la materia de lo económico en Cuba tienen un logro insuperable en coadyuvar al aumento de la calidad de la contratación económica, recurrente acerca de los incumplimientos de cláusulas de pago, y como antecedentes cabe mencionar el uso del proceso ejecutivo, existiendo un estudio precedente referente a las consideraciones doctrinales sobre el mismo. Concurriendo una disminución en reclamaciones no admitidas por el incumplimiento de la formalidad, donde es incluida la comunicación y la fijación de cláusulas muy definitorias que responden al objeto del contrato, pero sin lugar a duda este proceso ejecutivo en sus inicios en Cuba fue aplicable en el procedimiento de las salas de lo civil, administrativo y Laboral del país³².

3.3. Procedimiento de la Adjudicación de los contratos públicos en sentido general.

³² López Antonio, P. Reseña histórica del Derecho de Ultramar, Imprenta “La Antilla”, Habana, 1864, P. 91.



Para la mejor comprensión en esta investigación es muy efectivo, relatar el procedimiento general de la adjudicación de los contratos públicos y su incidencia para mayor conocimiento de la importancia de la institución del contrato público o administrativo, en tal sentido se puede decir que todos los procedimientos comparten en mayor o menor medida hitos fundamentales en la tramitación del expediente, puesto que su importancia va indisolublemente asociada al cumplimiento de la legalidad esencial³³. El análisis de los procedimientos de adjudicación no resulta una tarea sencilla, puesto que su regulación implica un ejercicio de composición consistente en el bordado de las piezas de una parte importante que se encuentran disperso por todo el articulado de la ley, y que hace un cierre de manera magistral todo lo relacionado a la seguridad de la contratación en la revisión de todos sus elementos³⁴.

Deberá producirse el anuncio de la licitación de forma pública. Es muy transparente el modo de anunciar por la administración a quien ha decidido contratar, y también resulta menester que se ponga a disposición de la publicidad la documentación de las partes, para ganar en transparencia, deberá ponerse visible todos los plazos y la vigencia de todo en el

³³ Huepe Artigas, Fabián. (2021). "Técnicas y propuesta metodológica para el control de legalidad de los actos administrativos reglados y discrecionales". Revista de Derecho Administrativo Económico, Nº 33 [enero-junio 2021] p. 101-103.

³⁴ Royo Manero, M.T. (2018). "Los procedimientos de adjudicación de contratos públicos". Revista Aragonesa de Administración Pública 356 ISSN 1133-4797, XVIII, Zaragoza, paginas. 365-373.



expediente de la contratación, muchas opiniones concluyen que sin anuncio de licitación no hay procedimiento, aunque esta afirmación tiene notables excepciones. Se debe producir un anuncio informativo que explique en detalles la necesidad de la administración, esta propaganda deberá estar dirigida al mercado, concurrencia y competitividad empresarial, son adjetivos calificativos señalan una cualidad del sustantivo para esta investigación, en este caso está en el proceso de adjudicación del contrato administrativo, que da transparencia y eleva el nivel de seguridad y evita la parcialidad y la corrupción³⁵, además es un elemento importante de la licitación, además resulta un medio muy importante para explorar al mercado y permite valorar el interés sobre un tipo de contrato, su principal atractivo reside en la reducción de plazos permitirá reducir los plazos para la presentación de proposiciones en los procedimientos abiertos y restringidos.

Como podemos apreciar es muy importante el proceso de informatización y digitalización de la contratación desde la solicitud del servicio hasta la visualización de los oferentes que pretenden contratar, porque estamos prácticamente en Cuarta Revolución Industrial estipula las nuevas oportunidades para las empresas y las sociedades relacionadas con el uso del

³⁵ Garrido Mayol, V. (2020). "El principio de buena administración y la gobernanza en la contratación pública". Revista Estudios: "Deustos", P.119. Universidad de: "Deusto".

Disponible en: <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1947/2411>



capital intelectual empresarial, la solución estimula la nuevas oportunidades para empresas y sociedades basadas en el enorme progreso de la información, lo que ponen un causal de transparencias a las buenas prácticas, lo que resulta es una aspiración de todas las sociedades en aras de garantizar la honestidad y transparencia del proceso³⁶.

Es muy importante conocer algunos conceptos relacionados con el lenguaje de las referencias relacionadas con el proceso de digitalización y conformación de los datos digitales, primero el concepto de Zettabyte Era, es un período de la historia de la ciencia humana y de la computación que comenzó de una de dos maneras: el tráfico IP global superó por primera vez al de un zettabyte, lo que sucedió en 2016; o la cantidad de datos digitales en el mundo excedió por primera vez un zettabyte, lo que sucedió en 2012 se puede dividir en dos categorías distintas³⁷: Las categorías son En términos de tráfico IP y la otra sería

³⁶ Villalobos González, S.S., y Morevab E. L. (2019), Revista digital управление знаниями / knowledge management, con el tema "The enterprise' ic management under the digitalization".

³⁷Floridi, Luciano. (2015). "Die 4. Revolution: Wie die Infosphäre unser Leben verändert". Reino Unido, Inglaterra. ISBN: 3418742175, 9783518742174

Pasando la era d los Zettabytes: ¿qué sigue para Internet?". Ahora. Desarrollado por Northrop Grumman. TechTerms. "Zettabyte".

Rodríguez Escanciano, S. (2017). "Implicaciones jurídico-laborales de la reasunción de servicios públicos: La aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones", Revista: Trabajo y Derecho, número 29.



En términos de todas las formas de datos digitales, la primera se refiere a la cantidad total de datos para atravesar redes IP globales como la Internet pública. En Canadá, por ejemplo, ha habido un crecimiento promedio del 50,4% de los datos descargados por los suscriptores residenciales de Internet de 2011 a 2016³⁸. Según esta definición, la Era Zettabyte comenzó en 2016 cuando el tráfico IP global superó un zettabyte, estimado en han alcanzado aproximadamente 1,2 zettabytes³⁹. Y en el caso términos de todas las formas de datos digitales: en esta segunda definición, la era de Zettabyte se refiere a la cantidad total de todos los datos digitales que existen en cualquier forma, desde películas digitales hasta transpondedores que registran el uso de la autopista y mensajes de texto SMS⁴⁰. Según esta definición, la Era Zettabyte comenzó en 2012, cuando la cantidad de datos digitales en el mundo superó la de un zettabyte. Indudablemente estos datos nos permiten definir la esencia de nuestro análisis que es la necesidad de hacer un contrato público o administrativo desde la

³⁸ CRTC. "Informe de seguimiento de las comunicaciones 2016: panorama del sector de las telecomunicaciones". Comisión Canadiense de Radio, Televisión y Telecomunicaciones. Consultado el 22 de octubre de 2017.

³⁹ Doug Bonderud, Cisco Systems. "La era de Zettabyte: tendencias y análisis". Consultado el 12 de octubre de 2017.

⁴⁰ Gantz, John; Reinsel, D. (2012). "EL UNIVERSO DIGITAL EN 2020: Big Data, mayores sombras digitales y mayor crecimiento en el Lejano Oriente" (PDF): EE: UU,1. Consultado el 4 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/10.7249/j.ctt6wq8rr.9>



oferta tecnológica, permitirá medir fallas en el proceso para erradicarlas.

Resulta inevitable no abordar lo relativo a las cláusulas exorbitantes en la institución del contrato público o administrativo, desde los orígenes del servicio público, los que determinaron incluso que como competente el Derecho administrativo, para que se le denominara la normativa reguladora de tales servicios.

En realidad es la jurisprudencia francesa la que consagró principalmente en el célebre "arrêt blanco" del Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873, el criterio general de la competencia administrativa, el que fuera extraído de la noción de servicio público, lo que resultó igualmente enfatizado por los Comisarios del Gobierno en el Conseil d'Etat y en el Tribunal de Conflictos, tal criterio fue afortunadamente ratificado por la jurisprudencia, por los resultados obtenidos felizmente podemos constatar que los contratos administrativos referidos a los servicios públicos son, en principio, administrativos. Esta decisión es hasta nuestros días un criterio acertado muy claro y diáfano de acuerdo con el mismo nacimiento del contrato de lo referido por muchos investigadores en derecho y jurisprudencia en la autonomía y rectitud de su naturaleza jurídica⁴¹.

⁴¹ Castanedo, Abay. (2018). "Algunos apuntes para una definición jurídica de la figura contrato administrativo, en el ámbito de la gestión de servicios públicos.", paginas 11, S. Cazorla Prieto, Luis María: (1979). "Temas de Derecho Administrativo", 2da edición, Escuela de Inspección Financiera y Tributaria. Madrid, pág. 238. Disponible en:



3.4. En Cuba la adjudicación de los contratos Administrativo en Cuba.

En este tema en Cuba no es abundante las investigaciones y la información debatida desde la óptica de las ciencias jurídicas, por cuanto el contrato público o administrativo está ausente en los análisis, no obstante es preciso citar como referente el criterio de este expuesto por el profesor titular y Dr en ciencias Pavó Acosta, catedrático de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, en Cuba, siendo de los poco que abordan el tema en el país, en tal sentido nos afiliamos a su criterio acerca de las evidencias relativa a los cambios operado en la economía internacional y por supuesto a nacional repercuten indudablemente varios retos para la sociedad y especialmente para el marco legal que regula los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en Cuba⁴², pero para esta investigación sin lugar a dudas en la última década todos esos cambios favorecen la fundamentación de esta investigación acerca de la necesidad de situar al contrato público o administrativo en el lugar que le

Ref: See discussions, stats, and author profiles for this publication at:

<https://www.researchgate.net/publication/327798032>

⁴² Pavó Acosta, R. (2015). es Catedrático de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. "La adjudicación de los contratos en el sector público cubano", Edición de la Revista Estudios de Derecho, de la Universidad de Antioquia, de Colombia p.p. 90- 91S.



corresponde en Cuba, con necesidad de una obligada referencia en la constitución⁴³.

Los cambios en los últimos tiempos en la economía a nivel internacional y nacional implican varios desafíos para todas las sociedades y en especial, para la sociedad cubana, y puntualmente para el marco legal que regula los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Esta investigación deja ver la necesidad de un aumento y profundización del tema y una visión comparada que demuestran la carencia de valoraciones teóricas y prácticas que develen la necesidad de regular procedimientos en el caso de la doctrina que permitan una celebración y rescate de la figura de la institución del contrato público o administrativo en el caso de Cuba desde su formación teórica para situarlo en su justo lugar, y la necesidad de regular el procedimiento⁴⁴ en la celebración de las licitaciones⁴⁵ y de una ley específica de contratos

⁴³ Durán Smela, D. y Cruz Gutiérrez, D. (2021). "El "fast track": ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991". Revista Derecho del Estado n.º48, enero-abril de 2021, pp.6-7.

⁴⁴ Flores Rivas, J.C. (2020). "¿Es la licitación pública la regla de general aplicación en contratación administrativa?". Revista de Derecho Administrativo Económico, Nº 31 [enero-junio 2020] pp. 93-124.

⁴⁵ Esteban Ríos J. (2023). "El nuevo control europeo de las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior: régimen jurídico y especialidades en materia de contratación pública. (RI §426004)", Disponible: Revista General de Derecho Administrativo, de España, ISSN 1696-9650, No. 63, 2023. Ubicada en: <https://dialnet.unirioja.es> (artículo).



públicos o administrativos., sin duda alguna esto nos permitirá enfrentar bajo las mismas circunstancias que en el resto de los países en materia de retos y perspectivas actuales y futuras, especialmente en la calidad de estos y por añadidura la prevención y enfrentamiento de la corrupción administrativa⁴⁶, y de hecho en el cumplimiento específico de lo pactado y un aumento decisivo en la búsqueda de eficiencia, y el justo empleo de los fondos públicos y la necesaria calidad, porque pudiera citar casos prácticos, pero solo me limito a especificar la calidad de la contratación, que para el caso de Cuba es el contrato económico, pero al construir con fuerzas particulares y no estatales, debería ser un contrato público o administrativo y de hecho debería de repercutir en la calidad del contrato, y en otros aspectos en el ámbito internacional el aumento a la inversión extranjera y comercio internacional.

Para Cuba, y para cualquier país, es muy importante el aumento de la tecnología y los niveles de informatización de todos los procesos y en especial de la contratación a nivel de las empresas, porque se trata de una necesidad de aumento de los niveles de calidad en la misma y desde el punto de vista de la transparencia y aumento de los niveles de visualización de las operaciones y la presentación de la necesidad de recibir un servicio hasta la oferta, con los precios, lo que permite apreciar y valorar las mejores

⁴⁶ Pulido Ortiz, Fabio E. y Barreto Moreno, A. A. (2021). "Los principios jurídicos y sus demonios. Un análisis de los documentos tipo en el mercado de compra pública colombiano". Revista de Derecho Administrativo Económico, Nº 33 [enero-junio 202] P. 172.



oportunidades, entre otras actividades, para concertar un contrato público o administrativo sin riesgos. Las negociaciones y renegociaciones y las reclamaciones ante los incumplimientos, y pudiendo ir más allá, en el cumplimiento de las obligaciones, y en el conocimiento de las presuntas demandas, correspondiendo a los órganos judiciales hacer un proceso visible y disponible desde el acto de las comparecencias hasta la decisión del fallo judicial y ejecución de la sentencia dispuesta, todo resulta más transparente y al alcance de todos, lo que requiere en el caso de Cuba una inversión, para lograr la aspiración a ser más ágil la tarea y el procedimiento.

3.5. Clasificación de los contratos públicos.

Otro aspecto importante es la correcta clasificación de los contratos públicos o administrativos, con un contenido del concepto correcto en derecho, para seguir en línea recta con una interpretación literal del contenido de este concepto y además de lograr su correcta interpretación histórica y conservar la naturaleza jurídica de esta institución, para lograr una adecuada ubicación en un contexto claro y diáfano que tribute a la economía de sus estados y de hecho será una institución respetada y oída por sus gobernantes a la cual deben ponerle mucho empeño. En el caso de Cuba, en el programa de estudio y en la literatura del Derecho Administrativo, no aparece como un tema la contratación pública o administrativa, lo que nos da la medida de la exclusión de esta importante institución.



Desde la clasificación de los contratos por los romanos, en verbales, literales, reales y consensuales, nominados o innominados, de forma general existe una clasificación la cual nos parece la más acertada para referirnos a los rasgos y matices que permiten realizar subclasificaciones en el sentido de apreciar la distinción más efectiva, de forma histórica se ha querido solucionar el problema a través del sistema de selección del contratista estatal, sin embargo, al parecer este no es el problema lo más importante es la razonabilidad es el objeto y el precio de la contratación, y verificando objetivamente la eficiencia del gasto incurrido, la equidad de las tarifas, no podemos conformarnos con los criterios de oportunidad o conveniencia, y pasan a ser criterios éticos en el tema de valores supra normativos respecto del derecho interno, son supra legales y supranacionales, de cada uno de los países, inmediatamente de la operatividad o rapidez que se requiere en algunos casos, como surge, entre otros textos, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, siendo examinada a profundidad por Héctor A Mairal, acerca de las raíces legales de la corrupción, haciendo una valoración de como el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla, en ese sentido en el capítulo cuatro está dedicado a la corrupción en la contratación administrativa, el que ofrece un criterio de las etapas más incidente en la corrupción: La licitación pública, la ejecución del contrato, el pago y la solución final de las controversias⁴⁷. Se hace necesario recalcar que no solo

⁴⁷ Mairal, Héctor A. op. cit., quien dedica el cap. IV a la corrupción en la contratación administrativa (en las 4 etapas



en las pequeñas se realizan actos de corrupción, pues se destaca de forma negativa las grandes contrataciones administrativas. Esta resulta una razón a tener en cuenta en cada una de las contrataciones administrativas que se celebren y evitar las pérdidas por esta causa de sumas dinerarias, que afectan las economías y además la imagen del contrato y de los intervinientes⁴⁸.

Para la investigación es preciso definir la clasificación de los Tipos contratos del sector público, sin duda serían, los contratos de obra, de suministro y de servicio. define estos tipos de relaciones

que menciona: "La licitación pública, la ejecución del contrato, el pago y la solución final de las controversias".) Además de la Convención Interamericana contra la Corrupción, recordar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2007, Buenos Aires. ley 26.097.

Gordillo, A. (2007). "Libro Clasificación de los Contratos Administrativos". Capítulo XI, p. XI-3.

Rejtman, Farah Mario, (2010). "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", op. cit., especialmente cap. V, "El principio de transparencia" y cap. VI "El principio de transparencia: un abordaje preventivo," páginas. 111-188; KODELIA, Gonzalo, en Rejtman Farah (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, página. 11;

Fernández Jenjo, J.A. (2011) "El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción, Madrid," Civitas/Thomson Reuters Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2011.

⁴⁸ Fernández, Jenjo J.A. El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción, quien recuerda en sentido similar a Sánchez Morón, Edición de España. 34, nota 10. p. 34



contractuales: Contrato de obras públicas. Contrato de concesión de obras públicas.

3.6. El sujeto de la contratación.

En la clasificación es obligado referirnos a los sujetos como además elementos importantes que deberán seguir las medidas de honestidad y apego a los principios éticos y de las leyes referidas a estas contrataciones, es un obligado punto de partida, de contratos administrativos o contratos de la administración nos referimos en general como mínimo a contratos celebrados por una persona estatal, y la tendencia a guardar racionalidad en los precios fijado dentro de lo cual existe un razonamiento de sentencia en el caso de Argentina en el caso del Contrato de obra pública, brindando pautas doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales que sin duda serán útiles para los operadores del derecho y para los empresarios y personas naturales en las futuras contrataciones que pretendan invocarla y/o fijar su contenido y alcance actuales, sin dudas esta creación pretoriana llevó, a su vez, a cuestionar el contenido y los alcances del concepto, como así también, la posibilidad –o imposibilidad– de traspalarlo a otros contratos de naturaleza administrativa., en el ámbito del derecho administrativo es que, al estar comprometido el interés público, no se debería admitir –en principio– su procedencia por ser este interés superior al propio del privado, que es un colaborador de la Administración y se beneficia económicamente con la contratación, en nuestro criterio es prudente enfatizar la necesidad de



apegarnos a este principio⁴⁹, sin embargo a pesar de las definiciones doctrinarias y sin desmedrar los criterios en el concepto de la institución del contrato administrativo, definimos una certeza en relación al mismo que se puede definirse en los siguientes términos: es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas, de ahí la importancia del interés público y sin dejar de reconocer la importancia de considerar los intereses particulares⁵⁰.

Resulta interesante en el tema de los sujetos referir según el tratadista - Miguel S Marienhoff,- muchos consideran que puede haber contrato administrativo (vgr., contrato de obra pública) no solamente cuando una de las partes fuera una persona pública o estatal, sino también cuando se trate de un contrato celebrado con particulares por entidades no

⁴⁹Sentencia de la Corte Suprema CSJN, (1993). "Cinplast I.A.P.S.A. c/E.N.Tel s/ordinario", 02/03/1993, Fallos: 316: Pagina 212 S. Disponible en:

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=3924>

Morandini, Federico. (feb/2015). "La excepción de Incumplimiento Contractual en el Contrato de Obra Pública", (con especial referencia al derecho administrativo argentino)" Universidad Austral, Argentina, paginas 1, 2.S.

⁵⁰Marienhoff, Miguel S. (1963). "Tratado de derecho administrativo - Tomo III - Contratos de la Administración Pública Teorías General y de los Contratos en particular", Buenos Aires, pagina 8.



estatales (públicas o privadas) -incluso empresas, sociedades estatales-, esto en la medida en que el contrato traduzca el ejercicio de una función propiamente administrativa que le hubiere sido asignada a la entidad no estatal. Se puede apuntar que en el practica existe una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 15 de abril de 1982, in re "Schirato Gino c/Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) y Cooperadora Escolar de la Escuela nº 14, Distrito Escolar nº 15", que está publicado, según aparece en los "Fallos", tomo 304, página 490 y siguientes⁵¹. En este caso el contrato que dio paso a dicho juicio, también estaba como parte el Estado, el que fuera condenado al pago de daños y perjuicios a partir de la rescisión del contrato, este caso resulta especial y no sirve como regla para modificar lo dicho en el texto acerca del elemento subjetivo propio del contrato administrativo con independencia, mal puede decirse que ahí se tratara de un contrato administrativo celebrado por una entidad no estatal, en esta ocasión la actuación de ésta entidad no habría sido en interés propio, sino en representación del Estado.

3.7. Aspectos de la clásica diferencia entre contratos civiles y administrativos.

Es la más elemental y primaria distinción entre los contratos celebrados por la administración los contratos regidos por el derecho privado y los contratos

⁵¹ Cassagne, J.C. (2012). "La extensión del Régimen del Contrato de Obra Pública a las Empresas y Sociedades del Estado", en Revista: "Régimen de la Administración Pública", año 11, nº 125, Buenos Aires, página 7 y siguientes.



administrativos. Las más elementales es: Acto civil y acto administrativo., el dominio privado y el dominio público, entre otras. Se habla de un contrato puramente civil del estado. Existen autores que plantean varias ideas, pero particularmente coincide que existen que el contrato civil es elemental y primario, pero la excepción podría ser el contrato administrativo sin embargo en la actualidad se ha convertido en un eje temático y fundamental para cualquier estado, porque se trata de una intervención obligatoria del estado en asegurar el funcionamiento de los servicios públicos en una nación⁵², por lo cual este estará sometido a las reglas especiales del derecho administrativo, y de manera supletoria podría auxiliarse de las del derecho común.

En América Latina y en otros lugares del mundo llama la atención y concentración de ponerle especial cuidado, debido a los sujetos que intervienen en el contrato administrativo resulta que pudiera llamarse fuente de cuidado en la corrupción administrativa, antes que el derecho civil o comercial, incluso.

3.8. El Contrato Administrativo en el ámbito del Derecho administrativo económico.

En el caso del Derecho administrativo económico, es importe destacar que este corresponde a

⁵² Loo Gutiérrez, Martín. (2021). "La responsabilidad patrimonial de los concesionarios de obras públicas por los daños sufridos por terceros durante la fase de explotación de la concesión". Revista de Derecho Administrativo Económico, Nº 33 [enero-junio 2021]. P. 144.



invariablemente responde a varios principios básicos que se encuentran dentro de la teoría general del Derecho administrativo. Ahora bien, la mayor o menor plasmación positiva de estos principios se halla sobre todo en los ordenamientos sectoriales⁵³, compuestos por leyes y reglamentos que regulan sectores de la economía configurando un estatuto peculiar de las empresas operadoras e incluyendo garantías de defensa de los intereses de los destinatarios de sus bienes y servicios. La regulación de materias como la banca, el mercado de valores, el juego, la televisión privada, el transporte, el gas, la industria, el seguro privado, la agricultura o las telecomunicaciones es el objeto de esta disciplina⁵⁴.

Podríamos decir que existe un contrato administrativo económico, porque también existen contratos que tienen una base "económica", lo que indudablemente a nuestro criterio no puede pautar y decidir su clasificación, y en este caso Cuba mantiene contratos que están clasificados dentro de los contratos económicos y sin embargo están ejecutados por personas naturales legalmente reconocidas con Trabajadores Por Cuenta Propia y Cooperativas No Agropecuarias que están fuera de la Empresa Estatal Socialista, a la relevancia de lo investigado estas relaciones contractuales están enmarcadas dentro del

⁵³ Evgeny Komlev (2021). "La legislación rusa sobre el autogobierno local". Revista Derecho del Estado n.º 48, enero-abril de 2021, p. 245.

⁵⁴ Rivero Ortega, R. catedrático de Derecho Administrativo, Libro de Derecho Administrativo Económico. (2015). séptima edición, Unidad de Salamanca, España, página 17.



Contrato público o administrativo, que defienden un fundamento económico importante y que deberían tomar su lugar según la doctrina y la práctica que asume esta realidad.

Sin duda alguna la materia económica en Cuba y la institución del contrato de esa materia defienden la economía desde su óptica y relevancia, sin embargo, es el concepto contrario sensu a la realidad probada de la existencia de un verdadero contrato administrativo que de hecho también defendería el bien común⁵⁵, pero que su naturaleza está amparada innegablemente por la doctrina que indica que se trata de un contrato de relevancia que impera y además subsiste en muchas latitudes.

Esta investigación es coincidente con lo investigado y reflejado por K.V. Khodakovsky, quien considera el contrato estatal como un contrato administrativo, ya que, en este caso, el interés público está asegurado, independientemente de que esté regulado por las normas del derecho civil⁵⁶. Y también

⁵⁵ López Escarcena, S. (2018). "Contextualizando el derecho administrativo global". Revista ADCI Anuario Colombiano de Derecho Internacional p. 288.

--Rojas, H.D. (2021). "La estrategia de la agregación en las constituciones y la ausencia de una voluntad general. Revista Derecho del Estado n.º 49, mayo - agosto de 2021, pp. 199-213.

⁵⁶ Khodakovskiy K. V el objeto del contrato administrativo // Derecho administrativo y proceso. 2010. N 4. P. 51 - 53 // ATP "Consultor".

El Contrato Estatal como Tipo especial de Contrato Administrativo, de Kirill Egorovich Maraev, de Rusia, 2018.



acertadamente la investigación es concluyente en que el contrato estatal contribuye a satisfacer las necesidades e intereses públicos⁵⁷. Pero la celebración de un contrato está regulada no solo por las normas del derecho civil, sino también por las normas de la legislación especial, en particular, la Ley sobre el sistema de contratación contractual, y por estas razones está determinada con autoridad y autonomía independiente la institución del contrato administrativo que en su esencia tiene bajo su autoridad reconocida el contrato estatal⁵⁸.

Existe de forma general y de conformidad a la naturaleza jurídica de los contratos administrativo, 6 instituciones esenciales que son clasificadas como tipos de Contratos Administrativos y que vienen desde la doctrina y desde la visión práctica, el contrato de obras públicas, participe o no en la ejecución del proyecto, y

Boletín de la Universidad de Moscú del Ministerio del Interior de Rusia. Disponible en:

<https://cyberleninka.ru/article/n/gosudarstvennyy-kontrakt-kak-osoby-vid-administrativnogo-dogovora>

⁵⁷ Arancibia Mattar, J. (2019) "Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos", Revista de Derecho Administrativo Económico, Nº 30 [julio-diciembre 2019] p.30.

⁵⁸ЕГОРОВИЧ Мараев Кирилл, Государственный Контракт как особый вид Административного Договора, (Contrato Estatal como un tipo especial de Contrato Administrativo), Юридические Науки, Вестник Московского университета МВД России. Rusia 2018.paginas 180.S. Disponible en:

<https://cyberleninka.ru/article/n/gosudarstvennyy-kontrakt-kak-osoby-vid-administrativnogo-dogovora>



la ejecución de esa obra cumple los parámetros de la entidad pública. El contrato de concesión de la obra es solo la reparación conservación y/o mantenimiento de edificaciones. Contrato de Servicios es cuando la empresa asume un servicio de titularidad pública. Contrato de Suministro, para obtener y arrendar (financiero o no) bienes muebles o productos, puede tener opción de comprar o no. EL contrato de Servicios (sucesivos y de precio único, pactado) es el suministro de prestaciones para una obra o suministros de productos incluidos. El contrato Mixto puede asumir dos o más de los anteriores.

En este caso podemos apreciar que se trata de una definición que pudiera decirse universal, sin embargo, para Cuba estos contratos son denominados económicos, termino muy recurrente para la economía en Cuba, sin embargo es importante resaltar de la existencia de un contrato administrativo y de las tendencias⁵⁹ y nuevas denominaciones aparecidas en las ciencias que nos obligan a realizar la distinción entre los contratos administrativo, los contratos civiles y para Cuba el contrato económico, lo que sin duda alguna redundara en un bien común⁶⁰ que tributara a la

⁵⁹ Helfmann Martini, C. (2021). "Indemnización por actos ilegales o arbitrarios generados en la adjudicación de una licitación pública: Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema González con Ilustre Municipalidad de Dalcahue (2019)". Revista de Derecho Administrativo Económico, Nº 33 [enero-junio 2021] P. 257.

⁶⁰ Rojas, Héctor, D. (2021). "La estrategia de la agregación en las constituciones y la ausencia de una voluntad general". Revista Derecho del Estado n.º49, mayo - agosto de 2021, p. 203.



economía, y al justo y necesario reconocimiento de esta institución contractual.

3.8.1.- Distinción oportuna entre, Contrato Administrativo, Contrato Civil y Contrato Económico.

| DIFERENCIAS DE TIPOS DE CONTRATOS | CONTRATO ADMINISTRATIVO | CONTRATO CIVIL (Contrato de Prestación de Servicio) | CONTRATO Económico |
|--|--|--|---|
| SUJETOS | 1-Administrador. 2-Particular | 1-Locador o Prestador 2-Comitente | Dos entidades estatales, o sujetos que operan en la Economía Estatal. |
| ELEMENTOS ESENCIALES | 1-Utilidad pública: objeto del acto o contrato 2-Subordinación: La Administración pública sea que se contrate entre ellos o con particulares. | 1-La obligación es de hacer algo. 2-Las prestaciones se realizan en forma independiente sin subordinación | 1-La obligación, prestaciones o producción de bienes se realizan de acuerdo con los planes y objeto principal de las entidades de subordinación local, provincial o nacional (Los |



| | 3-Sujetos, objeto, Causa, Finalidad, forma, moral. | alguna. | ministerios) |
|------------------------|--|--|--|
| CARACTERISTICAS | <p>1-El estado es una de las partes contratante.</p> <p>2-Prima el interés público sobre el interés particular</p> <p>3-Existe privilegio de la decisión unilateral del Estado.</p> <p>4-Su finalidad básica es un servicio público, que puede en ocasiones ser oneroso.</p> <p>5-La discusión sobre el rigor Contractual, puede ser poco exigente por la participación del estado frente a un particular.</p> | <p>1-Bilateral</p> <p>2-Interés común voluntad de las partes: crear, regular, modificar, extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.</p> <p>3-Consensual</p> <p>4-Oneroso.</p> <p>5-Commutativo.</p> | <p>1-La entidad estatal el estado es una de las partes contratante.</p> <p>2-Prima el interés General y calidad sobre el interés particular</p> <p>3-Existe privilegio de la decisión unilateral del Estado.</p> <p>4-Su finalidad básica es una producción de bienes o prestación de servicios.</p> <p>5-Siempre es Oneroso. Toda discusión sobre el rigor Contractual en ocasiones puede ser menos exigente.</p> |



| | | | |
|----------------------|---|---|--|
| CLASIFICACION | <p>1-De personal: se adquieren los servicios de empleados y obreros.</p> <p>2-De suministro.</p> <p>3-De enajenación de bienes del estado.</p> <p>4-De obras publicas</p> <p>5-De concesión de servicios públicos</p> <p>6-De arrendamiento.</p> <p>7-De servicios no personales.</p> | <p>1-La locación de servicios.</p> <p>2-El contrato de obra.</p> <p>3-El mandato.</p> <p>4-El depósito.</p> <p>5-El secuestro. (entre personas naturales)</p> | <p>Puede tender a Confundir en la Clasificación de los contratos administrativos o estatales, hay que definir que este es un contrato entre empresas del estado, que no va a firmarse para realizar una obra social con un fin colectivo de la sociedad.</p> <p>Es entre empresas Estatales.</p> |
|----------------------|---|---|--|

Por cierto. Se trata de perfeccionar la clasificación y distinción de los contratos administrativos del resto de los contratos, para acertadamente llegar a una definición más acertada y generalizada que distingan esta categoría de contrato para América Latina y lograr un referente actualizado para el mundo del derecho, demostrando su importancia y vigencia, la racionalidad de los agentes económicos tendrá que ser muy cuidadoso en las



clasificación de conformidad al concepto, los contratos administrativos pertenecen al derecho público, mientras que los contratos civiles son del derecho privado.

En los contratos administrativos la competencia de los órganos se regula por el derecho administrativo y dentro de la misma ley administrativa se regulan requisitos de forma y solemnidades especiales en su creación, las que son distintas de las que exige la ley civil.

3.8.2. Perspectivas en lo económico del contrato administrativo.

A resumen de la investigación es preciso estimular las capacidades de análisis en las demás ciencias y su relación con el contrato administrativo, muy ligada a la economía y en ese sentido se precisan el aumento de las investigaciones en la doctrina hasta la práctica, es muy interesante referirnos al profesor del Departamento de economía de la Universidad de Harvard, Centro Littauer 220, Cambridge, Oliver Hart, quien ganó el premio gracias a sus aportes en la teoría de contratos incompletos. En el ejemplo de los mixtos concluimos que los contratos sirven para dejar en claro qué hacía cada uno y así cada uno tenía funciones específicas. Sin embargo, Hart contribuyó a la teoría de contratos agregando que, en algunos casos, es imposible especificar en un contrato todo lo que pueda ocurrir⁶¹.

⁶¹ Maqueda, A. Oliver Hart y Bengt Holmström, Premio Nobel de Economía. (2016). Diario "El País, 10 de octubre de 2016". Reportaje que devela y narra la posibilidad de



Debido a que en los contratos es complicado incluir todo lo que puede suceder, lo que se debería hacer es dejar claro quién es el encargado de tomar una decisión cuando suceden este tipo de eventos. Por ejemplo, un contrato no va a estipular qué se debe hacer en el caso de que se caiga un árbol justo sobre el cableado eléctrico dejando sin electricidad a la empresa. Sin embargo, lo que el contrato debería definir es quién sería la persona indicada para tomar una decisión en el caso de que aconteciera un suceso semejante. Por otra parte, Hart⁶² también contribuyó estudiando qué tipo de compañías deberían unirse, cuál es la combinación ideal entre deuda y patrimonio a la hora de financiarse y cuándo las instituciones como los colegios o las prisiones deberían ser gestionadas por el sector privado o el sector público. Esto último es uno de los aportes más destacados de Hart, tanto es así que, por ejemplo, en EE. UU. de Norteamérica se están eliminando las prisiones privadas debido a que las condiciones en estas son peores que las que son gestionadas por el sector público⁶³.

Finalmente, apreciamos que la construcción de la nueva sociedad, en cualquier país, debe llevar un análisis muy profundo, y debe respetar lo legal y no

ocurrencia de situaciones que pueden ocurrir en los contratos. España.

⁶² Hart O, Shleifer A and Vishny R. (1996). The Proper Scope of Government: Theory and an application to prisons. *Quarterly Journal of Economics*. 1997; 112 (4): 1126-1161.

⁶³ Elliot, L. Nobel economics prize winners' work unlocks issues around executive pay. *The Guardian*, October 10th, de EE. UU, 2016.



debe suplantar la capacidad de los demás, la investigación muestra la necesidad de impulsar los programas sociales y económicos en Cuba y, en este sentido, los lineamientos de la estrategia económica inequívocamente pronunciados por la calidad necesaria exigida por el contrato y las relaciones económicas y económicas con el fin de promover el desarrollo del país, por lo que para implementar esa política se promulga la Ley de Contratos económicos, e inmediatamente el Tribunal Supremo Popular emitió las Instrucciones 215 del Consejo de Gobierno que garantiza la obligación de cumplir con los requisitos aplicables, destacamos que es una perspectiva correcta que parece simple, pero hay investigaciones en el campo socialista que apuntan en la década del 60, una necesidad de reconocer la figura del contrato administrativo, lo que está sucediendo hoy en Cuba. Es incorrecto citar por ejemplo que el contrato para la ejecución de Obras Públicas es un contrato claramente económico incluso con la intervención de un trabajador autónomo o una Cooperativa No Agrícola, se trata de ser una pequeña empresa privada, de hecho, no son empresas estatales socialistas.

IV. Conclusiones o precisiones generales:

Son válidas las investigaciones de Matilla Correa, relacionada con el contrato administrativo en Cuba, y sirven de base en la más de 5 décadas de silencio respecto a esta institución del derecho actual y moderno a nivel mundial.

Cuba debe traer de vuelta al contrato administrativo, fomentar investigaciones acerca de la teoría y doctrina modernas, haciendo una clasificación



de estos y reconocer el papel que desempeñan en la política económica del país. Se advierten condiciones socio económicas para promulgar una Ley de contrato administrativo inclusiva de las concesiones administrativas y el contrato público.

Lograr un control efectivo sobre el progreso económico, junto al desarrollo del contrato administrativo.

V. Referencias

Álvarez Estrada, J. , Herrera Tapias, B. "Contrato de Adhesión y Relaciones con el Consumidor en el Derecho del Consumidor Colombiano Estatuto del Consumidor". Revista de Ciencias Sociales 22 (1), Colombia, 2016.

Castanedo, Abay. "Algunos apuntes para una definición jurídica de la figura contrato administrativo, en el ámbito de la gestión de servicios públicos", Cuba, 2018.

Cazorla Prieto, L.M. "Temas de Derecho Administrativo", 2da edición, Escuela de Inspección Financiera y Tributaria. Madrid, 1979. Disponible en:

Ref: See discussions, stats, and author profiles for this publication at:

<https://www.researchgate.net/publication/327798032>

Cassagne, Juan Carlos. "La extensión del régimen del contrato de obra pública a las empresas y sociedades del Estado", en revista "Régimen de la



Administración Pública", año 11, nº 125, Buenos Aires, Argentina, 2012.

Cano Blandón, L.F. "Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia". Revista Derecho del Estado n.º 49, mayo - agosto de 2021, P.144.

Concha Machuca, R. "Causal de Nulidad y Efecto anulatorio: separabilidad de los actos precontractuales. Análisis Crítico a Base de un estudio de grupo de casos a diez años de funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública". Revista Ius et Praxis, 2015.

Díaz Bravo, E. "El sistema de recursos en la contratación pública italiana procedimientos y control de litigiosidad." Revista General DE Derecho Administrativo, 2020.

Elliot, L. Nobel economics prize winners' work unlocks issues around executive pay. The Guardian, EE. UU. October 10th, 2016.

Durán Smela, Diana. y Cruz Gutiérrez, David. (2021). "El "fast track": ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991". Revista Derecho del Estado n.º48, enero-abril de 2021, pp.6-7.

Evgeny Komlev. "La legislación rusa sobre el autogobierno local". Revista Derecho del Estado n.º 48, enero-abril de 2021, p. 245.

Fernández Jenjo, José Antonio, "El control de las administraciones públicas y la lucha contra la



corrupción, Madrid," Civitas/Thomson Reuters, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2011.

Floridi, Luciano."Die 4. Revolution: Wie die Infosphäre unser Leben verändert". ISBN: 3418742175, 9783518742174, Reino Unido, Inglaterra. 2015.

Gantz, John; Reinsel, David. "EL UNIVERSO DIGITAL EN 2020: Big Data, mayores sombras digitales y mayor crecimiento en el Lejano Oriente" (PDF): EE: UU. 2017. Disponible en:
<http://www.jstor.org/stable/10.7249/j.ctt6wq8rr.9>

Garrido Mayol, V. "El principio de buena administración y la gobernanza en la contratación pública". Revista Estudios: "Deustos", P.119. Universidad de: "Deusto", 2020. Disponible en:

<https://revistaestudios.revistas.deusto.es/article/view/1947/2411>.

Gordillo, A. "Libro Clasificación de los Contrato Administrativos". Capítulo XI, Argentina, 2007.

Guendsejades, Ekaterina. Folleto Ciclo de Conferencias sobre el contrato de ejecución de obras en la Unión de Repúblicas Socialista Soviética, ofrecidas por la Doctora Ekaterina Guendsejades, Docente de la Universidad Lomonosov, en Moscú en la Universidad de la Habana, Cuba, 1981.



Helfmann Martini, Carolina. "Indemnización por actos ilegales o arbitrarios generados en la adjudicación de una licitación pública: Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema González con Ilustre Municipalidad de Dalcahue". Revista de Derecho Administrativo Económico, Nº 33 [enero-junio 2021] P. 257.

Huepe Artigas, Fabián. "Técnicas y propuesta metodológica para el control de legalidad de los actos administrativos reglados y discrecionales". Revista de Derecho Administrativo Económico, Nº 33 [enero-junio 2021] p. 101-103.

Ley 82 de Tribunales Populares de la República de Cuba, SECCIÓN SEXTA, Salas de los Tribunales Provinciales Populares. Cuba, de 11 de junio de 1998.

Ley 140 de Tribunales Populares de la República de Cuba, del 2021.

Ley 142 del 2021. Ley del proceso administrativo. En su JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. (Gaceta Oficial No. 139 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021).

Loo Gutiérrez, Martín. (2021). "La responsabilidad patrimonial de los concesionarios de obras públicas por los daños sufridos por terceros durante la fase de explotación de la concesión". Revista de Derecho Administrativo Económico, Nº 33 [enero-junio 2021]. P. 144.



López Antoni, Prudencio. Reseña histórica del Derecho de Ultramar, Imprenta "La Antilla", Habana, Cuba, 1864.

Matilla Correa, Andry, "Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba". En el tópico Apuntes biográficos sobre José María Morilla, de Cuba, editorial de España, 2011, y "Consideraciones mínimas sobre el contrato administrativo y el derecho administrativo cubano, pág. 211.

Maqueda, A. Oliver Hart y Bengt Holmström, Premio Nobel de Economía 2016. El País, EE. UU.10 de Octubre de 2016.

Martín A F. "El (nuevo) contrato de servicios que proporciona beneficios directos a los ciudadanos. consolidación o interrupción del contrato de servicios públicos? revista general de derecho administrativo. España, 2019.

Mairal, Héctor A. cap. IV a la corrupción en la contratación administrativa. Además de la Convención Interamericana contra la Corrupción, recordar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Buenos Aire, 2007

Morandini, Federico. "La excepción de incumplimiento contractual en el contrato de obra pública (con especial referencia al derecho administrativo argentino)" Universidad Austral, Argentina, 20015.



Marienhoff, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo - Tomo III" - Contratos de la Administración Pública teorías general y de los Contratos en particular, Buenos Aires, Argentina, 1963.

Noguera Peña, Alfonso. y Del Castillo Rodríguez, Carlos. "Equilibrio entre la innovación y el gasto público sanitario". Revista Derecho del Estado n.º 48, enero-abril de 2021, p. 279-290.

Pavó Acosta, R. "La adjudicación de los contratos en el sector público cubano", Edición de la Revista Estudios de Derecho de la Universidad de Antioquia, de Colombia, 2015.

Pere Simón Castellano. "inteligencia artificial y administración de justicia". Revista de internet de los estudios de Derecho y Ciencias Políticas" de la "universidad internacional de la Rioja, México, 2020.

Pulido Ortiz, Fabio Enrique. y Barreto Moreno, Antonio Alejandro. (2021). "Los principios jurídicos y sus demonios. Un análisis de los documentos tipo en el mercado de compra pública colombiano". Revista de Derecho Administrativo Económico, Nº 33 [enero-junio 202] P. 172.

Revista: CLIO, de la Academia Dominicana de la Historia. Henríquez Ureña, Max, "Prefacio", en Morilla, José María, Siete Biografías Dominicanas, Introducción y notas de Max Henríquez Ureña, Academia Dominicana de la Historia, Imprenta "San Francisco", Ciudad Trujillo, Republica Dominicana, 1946.



Rivero Ortega, R. Libro de Derecho Administrativo Económico, Séptima edición, Universidad de Salamanca, España, 2015.

Rodríguez Grillo, L. Apuntes de derecho económico, La Habana, Facultad de Derecho-Universidad de La Habana-Ministerio de Educación Superior, 1984.

Rojas, Héctor David. "La estrategia de la agregación en las constituciones y la ausencia de una voluntad general". Revista Derecho del Estado n.º49, mayo - agosto de 2021, p. 203-205.

Royo Manero, M.T. "Los procedimientos de adjudicación de contratos públicos". Revista Aragonesa de Administración Pública 356 ISSN 1133-4797, XVIII, Zaragoza, España, 2018.

Rejtman Farah, Mario. "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", especialmente cap. V, "El principio de transparencia" y cap. VI "El principio de transparencia: un abordaje preventivo," KODELIA, Gonzalo, en Rejtman Farah, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010

Sentencia de la CORTE SUPREMA CSJN, "Cinplast I.A.P.S.A. c/E.N.Tel s/ordinario", 02/03/1993, Fallos: 316, Argentina, 1993. Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=3924>



Sánchez Valverde Antonio. "Idea del valor de la Isla Española", en el prefacio que habla de este autor de la obra se insiste acerca de la autoría de este en la importante biografía de Morilla, 1946.

Vergara Blanco, Alejandro. "Tribunal de Contratación pública: Bases institucionales, organización, competencia y procedimiento", 2016.

Vergara Blanco, Alejandro, Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección, ahora, en Arancibia M., Jaime - Martínez E., José - Romero S., Alejandro (coordinadores), Litigación Pública, colección Estudios de Derecho Público, Primer Seminario de Litigación Pública (Santiago, Universidad de los Andes, Abeledo Perrot Thomson Reuters, 2011.

Vergara, Blanco, A. El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: crónica de una espera, como la de Godot, en Anuario de Derecho Público (Santiago, Universidad Diego Portales, 2014.

Vergara Blanco, A. La tendance actuelle du droit chilien pour une juridiction administrative hyper-spécialisée, en Mélanges en Thonneur de Pierre Bon, Éditions Dalloz, Paris, Francia, 2014.

Vergara, Blanco A. "Tribunal de contratación pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVI, Valparaíso, Chile, 2016.



Villalobos González, S. S. "El Proceso Ejecutivo en Cuba ignora el contrato administrativo", Disponible en: URL://<https://www.morebooks.de/store/gb/book/el-proceso-ejecutivo-en-cuba,-ignora-el-contrato-administrativo/isbn/978-620-3-03984-9> - (2020).

Villalobos González S. S., y Morevab E. L. a la Universidad de Camagüey, Cuba; b Financial University, Moscow, Russia, Revista digital УПРАВЛЕНИЕ ЗНАНИЯМИ / KNOWLEDGE MANAGEMENT, con el tema "The Enterprise' IC Management under the Digitalization". Moscú, Rusia, 2019.

Villalobos González, S.S. "Memorias: 1ra Conferencia Internacional del Contrato Administrativo". "Nacimiento del contrato en Cuba y México". celebrada desde Moscú los días 11 y 12 de septiembre del 2020. Disponible en: con ISBN-13: 978-620-3-03744-9, ISBN-10: 6203037443, EAN:9786203037449, entrevistado ese propio día 12-09- 2020. 2021.

KV Khodakovsky Objeto del contrato administrativo, // Derecho administrativo y procesal. 2010 // SPS "ConsultantPlus". Rusia 2018.

Егорович Мараев Кирилл, Государственный Контракт как особый вид Административного Договора, (Contrato Estatal como un tipo especial de Contrato Administrativo), Юридические Науки, Вестник Московского университета МВД России, Rusia, 2018.

Gabilex





Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 38

2024

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Gabilex





LA GEORREFERENCIACIÓN DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO. SU PROTECCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

D. Luis Manuel Benavides Parra

Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes
Muebles

SUMARIO: I. Introducción. II. La inscripción de bienes de dominio público: la obligación de georreferenciar. III. La necesidad de definir gráficamente el dominio público. su protección registral.

I. Introducción

Tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, se ha producido un avance revolucionario en la dinámica de los Registros de la Propiedad.



Esta ley viene a introducir, y regular ya de forma definitiva, la inscripción en los registros representaciones gráficas georreferenciadas que, por un lado, permiten la geolocalización de las fincas registrales sobre nuestro territorio atribuyéndoles una ubicación concreta y, por otro, permite describirlas con la necesaria precisión, fijando su superficie y linderos sin género de duda.

Tradicionalmente se ha discutido sobre la necesidad de inscribir los bienes inmuebles de dominio público en el Registro de la Propiedad dada su especial naturaleza manifestada en los principios de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad consagrados artículo 132 de nuestro texto constitucional y, posteriormente, por los artículos 6 y 30 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Hoy esta discusión está totalmente superada. Efectivamente, la citada Ley de Patrimonio, su título VI, artículos 36 a 40, recoge expresamente la obligación de inscribir estos bienes en el Registro de la Propiedad de modo que los efectos del sistema registral se yuxtaponen a los derivados de los principios mencionados, otorgando así al dominio público el mayor grado de protección que puede proporcionar nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre esta base, la cuestión es si la necesidad de definir gráficamente la propiedad inmobiliaria alcanza, también, a los bienes de dominio público, cuestión que debe conjugarse con la protección de ese mismo dominio público, tanto inscrito como no inscrito, pues el legislador ha querido que el registro tenga un especial papel en esta función.



II. La inscripción de bienes de dominio público: la obligación de georreferenciar.

Como hemos dicho, el artículo 36 de la Ley 33/2003 impone a las Administraciones públicas la obligación (deben) de inscribir en los registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros y los registradores, conforme al artículo. Sobre esta base, el artículo 37 sujeta la inscripción a lo dispuesto en la legislación hipotecaria y en esta ley. Además, con relación a que dichos bienes se hagan constar en el Inventario General de bienes y derechos, de los artículos 32 y 37 resulta la obligación necesidad de que las propias administraciones inventaríen sus los bienes y derechos haciendo constar, con el suficiente detalle, las menciones necesarias para su identificación y las que resulten precisas para reflejar su situación jurídica y el destino o uso a que están siendo dedicados y la obligación de dejar constancia de actos y negocios que puedan afectar a la situación jurídica y física de los bienes y derechos.

Podemos afirmar, por tanto, que no solo se reconoce la obligación de inscribir bienes y derechos de dominio público en el registro sino que, además, esta inscripción debe ajustarse a los procedimiento y requisitos previstos en la legislación hipotecaria.

Y en materia de definición gráfica de los bienes y derechos, incluidos los de titularidad pública, la legislación hipotecaria regula, en materia de descripción e inscripción de las representaciones gráficas, en su



artículo 9, letra a), la necesidad de que se haga constar en los asientos registrales la descripción de la finca objeto de inscripción, con su situación física detallada, los datos relativos a su naturaleza, linderos y superficie. Por su parte, la letra b), exige la inscripción de la representación gráfica en casos de inmatriculaciones, parcelaciones, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos.

Aún de forma más concreta, el artículo 206 de la Ley Hipotecaria que regula la inscripción por medio de certificación administrativa, y al que hace expresa referencia el artículo 37.2 de la Ley 33/2033, exige aportar certificación catastral descriptiva y gráfica que se corresponda con la descripción literaria y la delimitación geográfica de la finca o, en su defecto, representación gráfica georreferenciada alternativa acompañada de informe del Catastro.

No cabe duda, por tanto, de que las distintas administraciones pública no solo tienen obligación de inscribir sus bienes en el registro sino que, necesariamente y en la mayoría de los supuestos, deberán definir gráficamente sus bienes en la forma y supuestos previstos por la legislación hipotecaria.

III. La necesidad de definir gráficamente el dominio público. su protección registral.

Sentado lo anterior, el legislador ha querido que el registro de la propiedad cumpla un papel central en la protección del dominio público con la particularidad de que esta protección se extiende tanto al dominio público inscrito, lo que es consustancial a los



pronunciamientos registrales, pero también al no inscrito, evitando que se inscriban en el registro geometrías que puedan suponer la invasión o intersección con ese dominio público y así lo reconoce reiteradamente la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DGSJFP).

Esta obligación ya viene recogida, de forma genérica, en el artículo 38 de la Ley 33/2003 que obliga a los registradores/as a comunicar a la administración la inscripción de excesos de cabida o inmatriculaciones cuando hay colindancia con bienes de dominio público Y así también lo hacían leyes especiales como la Ley de Montes o de Costas. Y ello junto con los deberes generales de colaboración establecidos en ellos artículo 39, 63 o 64.

Desde el punto de vista registral esta protección tiene manifestaciones concretas en el Ley Hipotecaria. Así, el artículo 9, en su letra b) y en sede de calificación gráfica, señala que el registrador/a debe valorar que no haya invasión del dominio público. El artículo 199, al regula el procedimiento de inscripción de representaciones gráficas señala que el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca si la misma coincidiera en todo o parte con el dominio público, circunstancia que será comunicada a la Administración titular del inmueble afectado. O el artículo 205, regulador de la inmatriculación de fincas en el registro, que señala que si el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que aparezcan recogidas en la información



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

territorial asociada facilitada por las Administraciones Públicas, notificará tal circunstancia a la entidad u órgano competente, con el fin de que, por dicha entidad, se remita el informe correspondiente, dentro del plazo de un mes. En parecidos términos, también el artículo 203.

La cuestión es cuando va a nacer o surgir esa duda para el registrador en los casos en que la finca de dominio público no este inscrita porque, si lo está y, además, tiene su representación gráfica inscrita, la calificación negativa será indudable. Y para responder a esta importante cuestión hay que examinar los medios que la ley pone a disposición de los registradores/as.

El primero de ellos es el previsto en el artículo 9, letra a) en su último párrafo, pues se permite y regula la posibilidad de que mediante nota marginal del dominio de la finca conste, cuando esté debidamente acreditada, la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera. De este modo, la propia administración puede adelantarse e instar la protección del dominio público dictando la oportuna resolución que derive en esa nota marginal y que producirá efectos jurídicos respecto de todos aquellos que consulten el registro, enervando así la fe pública registral.

Aunque esta posibilidad no se haya contemplado por la administración, el párrafo noveno de la letra b) del mismo artículo 9 proporciona a los registradores /as una herramienta que deviene en esencial pues para facilitar la calificación registral, dispone que los Registradores dispondrán de una aplicación informática para el tratamiento de representaciones gráficas, que



permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente. Esta herramienta, reconocida por la DGSJFP como eje fundamental sobre el que gira la tutela por parte de los registradores del dominio público, implica la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada que define el dominio público de modo que se pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas inscribibles, la situación de las fincas en relación con el dominio público y las servidumbres legales. Así lo preveía ya el artículo 53.1 Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en su redacción dada por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre.

Y este sistema está totalmente implantado tanto en los registros de la propiedad como en el portal de información gráfica Geoportal Registradores (<https://geoportal.registradores.org/>) donde se puede comprobar las relaciones topológicas de una geometría asociada a una finca registral respecto del dominio público.

Pero para que esta herramienta, esta protección registral del dominio público, sea efectiva es imprescindible que las distintas administraciones delimiten con la debida precisión los bienes de titularidad pública permitiendo así que los registradores/as accedan a la cartografías georreferenciadas oficiales y puedan, con la debida



justificación, denegar la inscripción de una representación gráfica cuando es evidente que se produce una invasión del dominio público, puedan exigir la preceptiva autorización administrativa cuando, si existir invasión, la operación cuya inscripción se solicita la requiera por la situación de la finca en una zona de servidumbre o de protección o, especialmente, cuando al existir dudas de que realmente exista una invasión de dominio público, el registrador lo ponga en conocimiento de la administración competente para que esta se pronuncie sobre esa realidad y lo haga con precisión.

Y esta exigencia no responde únicamente la función de protección encomendada a los registradores/as sino, también, a la necesidad de compaginar los intereses en juego; por un lado, la protección del dominio público y, por otro, el interés legítimo del ciudadano de delimitar gráficamente su finca y obtener la plena protección registral.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 38

2024

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO

Gabilex

Nº 38

Junio 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>



**EL CÁMPUTO DE PLAZOS EN LAS
NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS
PRACTICADAS CON ARREGLO A LA
DISPOSICIÓN ADICIONAL
DECIMOQUINTA DE LA LEY DE
CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

**THE CALCULATION OF DEADLINES IN
ELECTRONIC NOTIFICATIONS MADE IN
ACCORDANCE WITH THE FIFTEENTH
ADDITIONAL PROVISION OF THE LAW
ON PUBLIC SECTOR CONTRACTS**

D^a María Dolores Fernández Uceda

Abogada en Jaime Pintos Abogados & Consultores
Especialista en Contratos Públicos



Resumen: Análisis amplio de la doctrina relativa al cómputo de los plazos en las notificaciones electrónicas formuladas al amparo de la D.A. 15ª de la LCSP en concordancia a la Resolución nº 34/2024, de 31 de enero, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (Recurso nº 2421/2023), que estima un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la exclusión de la oferta y posterior adjudicación al siguiente licitador mejor clasificado, en relación al contrato administrativo de servicios denominado "Mantenimiento correctivo de la señalización de tránsito de la ciudad de Sabadell" (expediente OTU/2022/569), convocado por el Ayuntamiento de Sabadell (Barcelona).

Abstract: Extensive analysis of the doctrine relating to the calculation of deadlines in electronic notifications formulated under the protection of the D.A. 15ª. 15ª of the LCSP in accordance with Resolution no. 34/2024, of 31st January, of the Catalan Public Sector Contracts Court (Appeal no. 2421/2023), which upholds a special appeal in contracting matters filed against the exclusion of the offer and subsequent award to the next best classified bidder, in relation to the administrative contract for services called "Corrective maintenance of the traffic signalling of the city of Sabadell" (file OTU/2022/569), called by the Sabadell City Council (Barcelona).

Palabras clave: Exclusión – Notificación electrónica – Cómputo del plazo



Keywords: Exclusion – Electronic notification – Calculation of the deadline

SUMARIO:

- I.- Motivos de la impugnación
- II.- Consideraciones del Tribunal
- III.- Conclusiones: doctrina vinculante

I. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

Sustantivamente, se recurrió la exclusión de la oferta del licitador mejor clasificado por considerar que la justificación de la viabilidad de su oferta no había sido extemporánea.

El órgano de contratación envió a la recurrente, sin publicar simultáneamente el acto en el perfil del contratante, un aviso de puesta a disposición de la notificación del requerimiento de justificación de la viabilidad de su oferta, que la recurrente recibió tres días más tarde. En el requerimiento se le concedían cinco días hábiles a contar desde el envío de la comunicación para que justificase su oferta.

Presentada la justificación de su oferta por la recurrente dentro del plazo concedido, no se publicó acta alguna de la Mesa de Contratación en el perfil del contratante sino que fue publicado el acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente y adjudicación



del contrato a otro licitador, en cuyo texto se hacía referencia a que la Mesa de Contratación había acordado excluir la oferta de la recurrente por haber presentado la justificación de su viabilidad fuera de plazo.

Por este motivo, la recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicho acuerdo, solicitando su anulación así como la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la valoración de la justificación de la oferta por parte de la Mesa de Contratación, a fin de que la misma tuviera por aportada debidamente, en tiempo y forma, la documentación presentada para justificar la baja con el fin de ser la adjudicataria legítima del contrato público.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como cuestión previa al análisis de las cuestiones de fondo controvertidas en el recurso, el Tribunal pone de relieve, en relación con la tramitación documental y formación del expediente necesaria para poder resolver y tramitar el recurso, la excesiva dilación que tuvo el órgano de contratación en el cumplimiento de sus obligaciones legales de tramitación completa de toda la documentación necesaria para esa finalidad, lo que hace decaer la eficacia e inmediatez del procedimiento del recurso especial en materia de contratación. De hecho, destaca el Tribunal que a la fecha de aprobación de la Resolución objeto del presente análisis el Ayuntamiento no había remitido el expediente de contratación acompañado del preceptivo informe.



El Tribunal pone de manifiesto que en la fecha en que fue enviado a la recurrente el requerimiento de justificación de la oferta no se había publicado en el perfil del contratante el acta de la Mesa de Contratación en la que se acordó requerirle para que justificase la viabilidad de su oferta.

Por este motivo, al no coincidir las fechas de la notificación y publicación del requerimiento, considera que debe aplicarse el inciso final del segundo párrafo del primer apartado de la D.A. 15ª de la LCSP, de forma que el *dies a quo* del plazo para atender el requerimiento es la fecha en que la notificación ha sido efectivamente recibida por la recurrente – en el presente caso, tres días después a la fecha de su envío – de manera que cuando la recurrente presentó la documentación justificativa de la viabilidad de su oferta – el cuarto día posterior a haber recibido el requerimiento – el plazo de cinco días hábiles concedido por el órgano de contratación aún no había finalizado.

Y es que, según establece el mencionado inciso de la D.A. 15ª de la LCSP, *"los plazos a contar desde la notificación se computarán **desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado**"*.

III. CONCLUSIONES: DOCTRINA VINCULANTE



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Previamente, analizaremos la doctrina relativa al incumplimiento de las obligaciones del órgano de contratación con motivo de la interposición del recurso especial en materia de contratación.

Sobre el hecho de que el incumplimiento por parte del órgano de contratación de sus obligaciones legales de tramitación completa de todo el expediente de contratación hace decaer la eficacia e inmediatez del procedimiento del recurso especial en materia de contratación se ha venido pronunciando el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en Resoluciones como, entre otras, las nº 69/2016, de 9 de junio y 192/2016, de 21 de diciembre.

La Resolución objeto del presente análisis cita otra Resolución de ese mismo Tribunal, la nº 17/2021, de 17 de enero, en la que el Tribunal Catalán puso de manifiesto que el órgano de contratación debe ser el primer interesado en que se resuelva la impugnación recaída en su licitación pero su pasividad obligó al Tribunal a llevar a cabo *"de forma extraordinaria un seguimiento y una impulsión persistentes, con afectación a su normal funcionamiento, a fin de que el órgano de contratación cumpliera sus propias obligaciones"*.

Respecto al informe del órgano de contratación que ha de acompañar al expediente a remitir al Tribunal, el órgano especializado catalán alude a su Resolución 389/2023, de 21 de junio, en la que, al igual que en el caso objeto de análisis, se pone de manifiesto que, a fecha de emisión de la Resolución, el órgano de contratación no había remitido su informe, que, en



palabras del Tribunal, es *"preceptivo y necesario, dado que constituye la defensa y el momento de exponer las posibles causas de inadmisión del recurso, así como las alegaciones al fondo del asunto"*. No obstante, para no demorar más la tramitación, el Tribunal se vio obligado a emitir un pronunciamiento *"aunque el expediente quede huérfano de la correspondiente defensa por parte del órgano de contratación con todo lo que implica por la defensa de sus intereses y por el ejercicio de la función revisora de este Tribunal (por todas ellas, la Resolución núm. 242/2021 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias)"*.

En la Resolución 34/2024, el Tribunal Catalán recuerda que el recurso especial en materia de contratación está concebido para permitir una resolución rápida y eficaz, de tal manera que las dilaciones del órgano de contratación impiden la necesaria agilidad del sistema, afectando al normal funcionamiento de los servicios públicos implicados y al interés público perseguido con el contrato. Ello incide negativamente en las garantías que han de presidir las relaciones entre la Administración y la ciudadanía⁶⁴.

Y cita la sentencia del Tribunal Supremo nº 1312/2021, de 4 de noviembre, a cuyo tenor *"una inactividad injustificada y desproporcionada de la administración conculca el derecho de las personas interesadas a la buena administración en la su manifestación de no sufrir dilaciones injustificadas y desproporcionadas, y*

⁶⁴ Dictámenes 335/2023 y 11/2024 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

vicia las posteriores actuaciones llevadas a cabo por conculcar el principio de buena administración”.

Por este motivo, el Tribunal se vio obligado a emitir un pronunciamiento sin disponer de la totalidad del expediente y del informe del órgano de contratación, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 28.5 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, es decir, poniendo de manifiesto al recurrente la inactividad del órgano de contratación y concediéndole el plazo de cinco días hábiles para alegar lo que considere conveniente a su derecho respecto de este incidente y aportar los documentos que considere apropiados para la resolución del recurso, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiesen incurrido las personas al servicio de la Administración Pública a cuyo cargo estuviera la remisión del expediente de contratación. Esta responsabilidad será exigida conforme a lo dispuesto en la D.A. 28ª de la LCSP.

Acto seguido, profundizaremos en la doctrina relativa al cómputo de los plazos en materia de notificaciones electrónicas efectuadas en el seno de un procedimiento de contratación.

El régimen de notificaciones electrónicas previsto en la D.A. 15ª de la LCSP fue objeto de análisis en el informe 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), que puso de manifiesto que el sistema de notificaciones electrónicas específico



establecido en la LCSP, únicamente en los casos expresamente exceptuados en la propia Ley o respecto de aquellos aspectos en que exista una laguna legal, podrá verse completado mediante la aplicación de las normas supletorias, que son las generales del procedimiento administrativo.

La regla de cómputo de los plazos que contempla la D.A. 15ª LCSP determina que los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario, cuando el acto no se haya publicado debidamente en el Perfil, los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado y con las peculiaridades que se establecen para el recurso especial en materia de contratación.

El informe 55/2019 de la JCCPE señala en relación al cómputo del plazo que *"el plazo de subsanación... ha de contarse desde la fecha de la comunicación que, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, le haya dirigido al licitador el órgano de contratación, con independencia de la fecha en que el licitador acceda al contenido de la misma, siempre que se cumpla la condición de que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación"*, es decir, siempre que se cumpla esa condición, el inicio del cómputo del plazo concedido a través de la comunicación coincidirá con la fecha que conste en la Plataforma como "enviado" el documento.



Ahora bien, cuando no coincidan la fecha de puesta a disposición de la notificación electrónica y la de publicación en el perfil del contratante, la fecha a tener en cuenta para el cómputo del plazo correspondiente ha de ser la de recepción de la notificación – Resoluciones nº 25/2023, 331/2022, 275/2022, 279/2022 y 79/2021 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público -.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales también ha venido interpretando esta cuestión en el sentido de que cuando no se cumpla el doble requisito de cursar la notificación y publicar simultáneamente el acto en el perfil del contratante, el *dies a quo* del plazo concedido será el de la recepción de la notificación por el interesado – Resoluciones del TACRC nº 1258/2022, 902/2022, 378/2022, 1702/2021, 1599/2021, 950/2021 y 462/2021 -.

Desde otro punto de vista, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) sostiene en el Acuerdo 115/2023, de 24 de noviembre, con cita de numerosa e interesante doctrina, que el *dies a quo* del plazo concedido en el requerimiento notificado electrónicamente comienza a contarse desde el día siguiente al del recibo del requerimiento, resultando de aplicación supletoria el artículo 30.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Así mismo, el plazo concedido en la notificación ha de entenderse otorgado en su totalidad, contándose entero el último día, sin limitación horaria, puesto que en caso contrario se estaría reduciendo el plazo legalmente establecido para atender el requerimiento. Por tanto, son hábiles todas las horas del día que formen parte de un día



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 38

2024

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

hábil, de manera que el plazo en cuestión finaliza a las 23:59 horas del último día del plazo.

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

BASES PARA LA PUBLICACIÓN



**BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS
Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX,
REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA
JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA
MANCHA**

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que



estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.



3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la



iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.



3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e



investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen,



que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana⁶⁵. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán

⁶⁵ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:



La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra



conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.

- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación “*op. cit.*,” de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura “pág.” el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura “págs.” se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor



Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

