

# Reflexiones

num. 5 -I/08

revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial

**El principio non bis in idem en los ilícitos penales y administrativos en materia de medio ambiente y ordenación del territorio: su tratamiento por la doctrina científica y de los tribunales**

Daniel del Castillo Mora

**Contratación del Sector Público (1ª parte): nueva Ley de Contratos del Sector Público: parte general**

Julio César García Sánchez

**El recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: Algunas Reflexiones**

Manuel Andrés Navarro Atienza

**Patrimonio Autónomo de Suelo**

Manuel Concha Jarava

**Reseña de Jurisprudencia. Sentencias de casación en interés de Ley en materia de transporte**

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros



## SUMARIO NUM 5. I/2008

### Consejo de Redacción

---

Jesús Jiménez López  
Jesús Cabanillas Magro  
Jose Luis Nores Escobar (Director)  
Carmen Oliver Morales  
Antonio Faya Barrios

### Colaboradores permanentes

---

Manuel Concha Jarava  
José Ortiz Mallo  
Alejandro Segovia Brome  
Jose M<sup>a</sup> Rodríguez Gutiérrez  
Francisco José Fernández Romero  
Pablo Cañas Moreno

©Junta de Andalucía. Consejería de Obras  
Públicas y Transportes. Gestión de  
Infraestructuras de Andalucía, S.A.

### Reflexiones

Revista de Obras Públicas, Transportes  
y Ordenación Territorial  
<http://www.giasa.com/reflexiones>  
<http://www.ferrocarrilesdeandalucia.com/reflexiones>  
c/ Diego Martínez Barrio, 10  
41013 Sevilla  
Tfno. 955 007 594 - Fax: 955 007 573  
e-mail: [g.produccion@giasa.com](mailto:g.produccion@giasa.com)

Coordinación edición: Dirección General  
de Planificación. Servicio de Publicaciones

Maquetación: Acompañy S. C. S.

Impresión: Corporación Gráfica

ISSN: 1888-7090

Depósito Legal:

### Artículos

---

El principio non bis in ídem en los ilícitos penales y administrativos en materia de medio ambiente y ordenación del territorio: su tratamiento por la doctrina científica y de los tribunales

*Daniel del Castillo Mora*..... 3

Contratación del Sector Público (1<sup>a</sup> parte): nueva Ley de Contratos del Sector Público: parte general

*Julio César García Sánchez*..... 23

El recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: Algunas Reflexiones

*Manuel Andrés Navarro Atienza* ..... 75

Patrimonio Autonómico de Suelo

*Manuel Concha Jarava*..... 87

Reseña de Jurisprudencia

---

Sentencias de casación en interés de Ley en materia de transporte

*Carmen Carretero Espinosa de los Monteros*..... 109

*El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no representa necesariamente la opinión de la revista.*

### Reflexiones

Reflexiones: revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial. -- N.5 (I/2008)-  
-- Sevilla: Consejería de Obras Públicas y Transportes, 2008-  
v. ; 24 cm

Trimestral

Disponible formato impreso y ed. Elec. on line con libre acceso a texto completo de toda la colección y descargable en pdf

D.L.

1. Ordenación del Territorio y Urbanismo-Andalucía-España-Publicaciones periódicas. 2. Obras Públicas-Infraestructuras-España-Publicaciones periódicas  
3. Construcción-España-Publicaciones periódicas. 4. Recursos electrónicos on line-Publicaciones periódicas  
I. Andalucía. Consejería de Obras Públicas y Transportes II. Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A. (GIASA)



---

## El principio non bis in ídem en los ilícitos penales y administrativos en materia de medio ambiente y ordenación del territorio: su tratamiento por la doctrina científica y de los tribunales

---

Daniel del Castillo Mora  
Letrado de la Junta de Andalucía

### I. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DEL NON BIS IN ÍDEM

El principio de prohibición del non bis in ídem determina que una misma persona no pueda ser condenada más de una vez por la comisión de un mismo hecho, principio que ha recibido expresa consagración constitucional ex art. 9.1 CE, si bien el Alto Tribunal ha considerado también a dicho principio como incluido en el de legalidad del art. 25 CE, el cual en esta manifestación, veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

Asimismo, el principio de prohibición señalado también se encuentra recogido en el art. 4 del Protocolo nº7 al CEDH y en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, habiendo sido objeto de desarrollo por la legislación administrativa. Así, el art. 133 de la Ley 30/1992 dispone que “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento” y el art. 7 del RD 1398/1993, en los términos que después examinaremos.

Las prohibiciones al non bis in ídem se plantean ante todo ante los concursos aparentes de leyes penales y administrativas, pero también, en el concurso de leyes administrativas.

Una primera aproximación al principio de prohibición del non bis in ídem debemos realizarla desde el apartado 7 del FJ 3 de la STS 52/2003 al señalar que

*“Se dice que la sentencia incurre en error al afirmar que no se ha producido cosa juzgada y se señala que las sentencias del orden contencioso-administrativo acreditan que parte del tipo penal (comisión de infracciones administrativas) ya habían sido enjuiciados con resultado favorable para el acusado.*”

*El pronunciamiento del Juzgado de lo Contencioso, como se recoge en los hechos probados, se limita a dos de las sanciones impuestas, quedando sin pronunciamiento de la Jurisdicción Contenciosa el resto de los expedientes administrativos incoados e igualmente consta que se paralizó uno de los procedimientos de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa por la existencia de esta causa penal.*

*Expuesto lo anterior, es oportuno hacer referencia a la incidencia del principio «ne bis in ídem», cuando al proceso penal ha precedido expediente administrativo que en algún caso, consta que en dos, ha conocido un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.*

*La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981 (RTC 1981, 2) expresa que «el principio general de derecho conocido por “non bis in ídem” supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del “ius puniendi” por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración».*

*La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reconociendo la vigencia del principio que comentamos al declarar que cuando un acto ilícito había sido ya castigado por los Tribunales de justicia, la cosa juzgada impedía una posterior actuación administrativa, pero no al revés; lo que significaba que si era la Administración la primera en imponer la sanción, ello no impedía la posterior actuación y sanción de los órganos judiciales penales.*

*El Tribunal Constitucional ha declarado con reiteración que el principio «non bis in ídem» está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en su artículo 25.1 (Sentencias 2/1981, de 30 de enero; 159/1985, de 27 de noviembre [RTC 1985, 159]; 66/1986, de 23 de mayo [RTC 1986, 66]...). En la primera de las sentencias citadas, el Tribunal Constitucional, tras la formulación del principio, determina su ámbito de aplicación, así: «**El principio general del Derecho conocido por “non bis in ídem”, supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones administrativa y penal en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento...**», -si bien admite implícitamente la compatibilidad de pena y sanción administrativa «en los casos en que exista una relación de supremacía especial de la Administración (relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.) que justifique el ejercicio del “ius puniendi” por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración»-.*

*La distinción jurisprudencial entre relaciones de sujeción general y especial, con la consiguiente negación de la vigencia del principio «non bis in ídem» en las segundas, se justifica por cierto sector doctrinal en base a que para su aplicación se requiere plena identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico, y en estos casos el último requisito no concurre, pues cada norma, administrativa y penal, protege unos intereses distintos, unos bienes jurídicos diferentes. Sin embargo, la mayoría de la doctrina ha criticado esta solución, al no apreciarse ninguna razón que justifique la doble sanción penal y administrativa e igualmente ésa ha sido la doctrina seguida por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional.»*

## II. TRAMITACIÓN O INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA (DISCIPLINA AMBIENTAL) CON TRAMITACIÓN PROCESAL DE ORDEN PENAL POR DELITO EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

### 2.1. Introducción

En este supuesto nos hallamos en el concurso aparente de leyes penales y administrativas o, lo que es lo mismo, cuando un mismo hecho es susceptible de ser sancionado simultáneamente por los Tribunales penales y por la Administración.

Esta aplicación del principio penal de prohibición del non bis in ídem al ámbito del procedimiento administrativo sancionador fue una conquista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, -TEDH- (Sentencia 21 de febrero de 1984, dictada en el caso Öztürk contra la RFA), principio también recogido por la Doctrina del Tribunal Constitucional, llegando a proclamar que, bajo ciertas modulaciones, *“las principales garantías de los artículos 24 y 25 han de estar presentes en el procedimiento administrativo sancionador”* (SSTC 18/1981, 197/1995, 14/1999).

Entre dichas garantías se encuentra la preferencia de la Jurisdicción penal sobre la administrativa, que ya fue proclamada por la STC 77/1983, doctrina que obliga a suspender las actuaciones, hasta tanto recaiga Sentencia penal firme, cuando el hecho sea objeto de un procedimiento penal, siendo extendida desde la STC 177/1999, confirmada por la STC Pleno 2/2003 al concurso aparente de Leyes penales y administrativas sobre un mismo hecho, obligación de suspensión cuya carga recae sobre la Administración Pública (STC 152/2001, FJ 4).

### 2.2. Concurso de normas

Debemos partir de las distintas posibilidades de concurrencia de normas, de manera que podemos consignar:

- a) Concurso de Leyes (un mismo hecho merece idéntico juicio de reproche por la Jurisdicción penal y la Administrativa)
- b) Concurso real (dentro de una misma unidad de hecho el autor realiza varias acciones distintas susceptibles de ser calificadas como delitos independientes y así cuando la construcción no autorizada de los señalados en el art. 319.2 CP suponga asimismo la destrucción de un hábitat que sirvió para la calificación de un Espacio Natural Protegido ex art. 330 CP todo ello en un mismo momento temporal)
- c) Concurso ideal en el que el concurso de normas es heterogéneo siendo éste el principal supuesto objeto del presente estudio (y así cuando la actividad de construcción no autorizada de los señalados en el art. 319.2 CP coincida con otra de excavaciones contraviniendo las leyes administrativas ambientales)

Desde el punto de vista normativo, los apartados 1 y 2 del art. 7 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, disponen que

*1.- En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.*

*En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.*

*2.- Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordar su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.*

### **2.3. Concurrencia de normas penales relativas a la ordenación del territorio y los procedimientos de disciplina ambiental. Análisis particularizado**

Siendo la disciplina ambiental y la de ordenación del territorio transversalmente coincidentes pero, aún a pesar de ello, diferentes por serlo sus bienes jurídicos protegidos (ordenación del territorio y medio ambiente), así como por serlo los preceptos del Código Penal que se dedican a los Delitos contra la Ordenación del Territorio (arts 319 y 320, Capítulo I del Título XVI) y, por un lado, a los Delitos Contra Recursos Naturales y Medio Ambiente (arts. 325 a 331, Capítulo III del Título XVI) y, por otro, a los Delitos contra la Protección de la Flora, Fauna y Animales Domésticos, existiendo la tramitación simultánea de un expediente sancionador ambiental y la tramitación procesal de delito en materia de ordenación del territorio debe decidirse si existe conculcación de dicho principio en tanto el sujeto, hecho y fundamento del expediente sancionador ambiental y de los preceptos en los que se basa se entienda que coincida o no coincida con alguna de las conductas tipificadas en los arts. 319 y 320 CP, cuestión reiterada en el art. 5.1 RD 1398/1993.

En este sentido, es preciso traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 13/2004, de 13 de diciembre, que señala en su Fundamento de Derecho Primero que

*“La única cuestión planteada en el recurso, y que es objeto de esta resolución, es si una sanción administrativa impuesta a la misma persona contra la que se sigue un procedimiento judicial puede conllevar necesariamente el sobreseimiento y archivo de esa causa penal en virtud del principio non bis in ídem.*

*Ya había tenido oportunidad del T. Constitucional de pronunciarse a este respecto, sobre todo en supuestos muy similares, en sus aspectos jurídicos, cuando en una conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se incoaba un procedimiento penal y a la vez el correspondiente expediente administrativo, concluyendo este último antes que el proceso penal.*

*Pero toda esa jurisprudencia ha quedado resumida y asentada por la pauta a seguir en estos supuestos en la sentencia reciente del T. Constitucional, constituido en Pleno, de 16 de enero de 2003 (sentencia nº 2/2003). En la misma se recoge que desde la perspectiva material del derecho fundamental garantizado en el art. 25.1 de la Const. Española, el núcleo esencial de las garantías en él contenida reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente; de modo que, ni de la infracción de una regla procesal (la no suspensión del expediente administrativo previsto en el art. 7.1 y 2 R.P.S.), ni de la eventual falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada de la resolución sancionadora, deriva con carácter automático la lesión de la prohibición de incurrir en bis in ídem sancionador. No basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento, y a evitar los efectos negativos acomodados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. El art. 25.1 en su vertiente sancionadora no prohíbe el “doble reproche afflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecido por el mismo sujeto.*

*Una ponderación similar fue efectuada por el T.E.D.H. en su sentencia de 30 de julio de 1998 en el caso Oliveira para declarar que no se había lesionado el art. 4 del Protocolo 7 C.E.D.H., al afirmar que “esta disposición no se opone a que dos jurisdicciones distintas conozcan de infracciones diferentes... y ello en menor medida en el caso en el que no ha tenido lugar una acumulación de penas, sino la absorción de la más leve por la más grave”.*

La solución no puede darse con carácter genérico sino habrá que estar al precepto penal que resulta aplicable en cada caso. Para una mejor exposición sistemática debemos estudiar por un lado, el artículo 319.1 CP mientras por otro, el art. 319.2 CP conjuntamente con los apartados 1 y 2 del art. 320 CP.

### **2.3.1. Concurrencia de procedimiento penal ex art. 319.1 cp y procedimiento administrativo de disciplina ambiental**

El tenor literal del artículo 319.1 CP señala que

*1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.*

La respuesta al problema del concurso de normas de ordenación del territorio ex art. 319.1 CP y de medio ambiente en un mismo hecho y referido a un mismo momento temporal la ha ofrecido el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 1182/2006, de 29 de noviembre (RJ 2007\250) al señalar en el FJ 11 que:

*UNDÉCIMO Los tres últimos motivos del recurso se formulan sobre cuestiones comunes a las condenas por ambos delitos.*

*En primer término, y al amparo del art. 849.1º LECrim (LEG 1882, 16), se denuncia la incorrecta aplicación del art. 77 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) al estimar la sentencia impugnada la existencia de un concurso ideal de delitos, cuando lo procedente es la apreciación de un concurso de normas a resolver conforme al art. 8.4 CP, porque se dice la conducta aquí enjuiciada se castiga por el artículo 319.1º porque afecta valores ecológicos; sin la afectación de ese valor, esta conducta no se castigaría por ese delito. Y, a la vez, de nuevo se castiga por el artículo 325.1º CP, y se hace de nuevo porque se afecta ese valor medioambiental.*

*El motivo debe ser estimado.*

*Doctrina científica y jurisprudencia son contestes en considerar que el concurso de Leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del «non bis in ídem». Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables.*

*Entre uno y otro supuestos existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del «non bis in ídem». En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.*

*Aplicando esta doctrina al caso actual, vemos que, en primer lugar, es el mismo Tribunal sentenciador el que reiteradamente considera la conducta del acusado como un conjunto de actividades que integran una acción unitaria consistente en realizar «la gran obra transformadora» de la zona donde se desarrollaron aquéllas. Es por ello por lo que la sentencia rechaza el concurso de normas porque son distintos los bienes jurídicos afectados, aún considerándolos «muy próximos».*

***Tan próximos que, a nuestro entender, se confunden en uno sólo y el mismo: la protección del medio ambiente como valor tutelado por las normas concurrentes.** Resulta a estos efectos sumamente significativas las consideraciones que hace la sentencia recurrida cuando al tratar del delito del art. 325, señala que para verificar la concurrencia de los elementos típicos que lo conforman, señala que «bastan algunos presupuestos del delito anterior (artículo 319.1), ya que ambos están en una línea de ataque proyectivo, empezando por la afectación de la ordenación del territorio, como delito forestal por darse el elemento normativo consistente en la*

*infracción atinente a la sujeción al control de la gran obra transformadora, vulnerando ciertas normas intrínsecamente protectoras del medioambiente, generando al tiempo la misma conducta una afectación o peligro concreto grave, incluso un resultado, en un ecosistema natural».*

***Ciertamente, si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el art. 325 en su vertiente de proteger el equilibrio de los sistemas naturales, cuya significación ecológica no admite duda.***

***Al sancionar separadamente ambos delitos, se ha producido una vulneración del principio «non bis in ídem» que debe ser reparada en esa instancia, casándose la sentencia impugnada en este extremo y declarándose en la segunda que dictemos que la actuación del acusado constituye un supuesto de concurso de delitos que debe resolverse con arreglo al art. 8.4 CP, de manera que los hechos serán castigados con arreglo al art. 325 por ser el tipo más grave, excluyéndose el 319, sancionado con menor pena.»***

Esta misma interpretación es la que debe darse al artículo 36.2 de la Ley andaluza 2/1989, de Inventario de los Espacios Naturales Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección, al señalar que “la imposición de una pena por los mismos hechos excluirá a los condenados de la sanción administrativa” y al artículo 78 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que deroga la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres al disponer, con mejor técnica legislativa que su antecesora, que “En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la administración instructora pasará el tanto de culpa al órgano jurisdiccional competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no hubiera dictado sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento. La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de sanción administrativa, en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, del hecho y del fundamento. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el expediente sancionador, con base en los hechos que la jurisdicción competente haya considerado probados.” Y ello debe ser así, por la propia dicción del art. 133 de la Ley 30/1992, al consignar que “no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.”

Sin embargo, no es una solución definitiva, puesto que con posterioridad, la Audiencia Provincial de Murcia dictó la Sentencia 34/2007, de 14 de marzo, en la que entiende que “las normas administrativas infringidas son diversas y afectan también a distintos bienes jurídicos. El comportamiento de la ahora recurrente tanto atacaba al medio ambiente (a la fauna avícola) como a la ordenación del territorio. Que se trata de dos bienes jurídicos diversos se pone de manifiesto en el propio Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), en cuyo Libro II, el Título XVI dedica el Capítulo I a los delitos sobre la ordenación del territorio y el III a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. La sanción administrativa

*impuesta no abarca la totalidad del ilícito, sino sólo parte de ella, y precisamente la que no se contempla en la norma penal aplicada”.*

Desde un punto de vista sistemático, sin caer en una interpretación literal sino hermenéutica del Código Penal, la Sentencia del Tribunal Supremo tiene un fundamento más acertado que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia ya que recoge una visión acorde con la transversalidad de la que están revestido ambos bienes jurídicos.

Y todo ello no es óbice, como sostiene la mejor doctrina (MORALES PRATS Y TAMARIT SUMALLA) para que en cuanto al último grupo de los supuestos incluidos en el párrafo primero del art. 319 CP sea necesario un reconocimiento o declaración de la zona como ENP mediante la Ley o Decreto de creación correspondiente.

A mayor abundamiento de lo apuntado, concurriendo la imputación por delito contra la ordenación del territorio ex art. 319.1 CP y a la misma vez consta la tramitación de un expediente sancionador en materia de disciplina ambiental basado en la falta de autorización administrativa la solución no puede ser otra que la paralización del procedimiento administrativo. Como paradigma de lo dicho cabe referir el art. 38.12º de la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, al señalar como infracción administrativa *la ejecución, sin la debida autorización administrativa de obras, trabajos, siembras o plantaciones en las zonas sujetas legalmente a algún tipo de limitación en su destino o uso.*

De esta manera, entiendo que, en base a la aplicación del principio de prohibición del non bis in ídem, la tramitación del expediente administrativo sancionador tendría que suspenderse ex art. 78 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre y concordantes puesto que el ilícito administrativo descrito encaja perfectamente en el bien jurídico “ordenación del territorio” y por tanto dándose la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

En este sentido se pronuncia la Sentencia 18/2003, de 19 de enero, de la Audiencia Provincial de Jaén al señalar que

**SEGUNDO.-** *“Efectivamente, examinadas detenidamente las actuaciones, en el presente caso como se desprende del resultando de hechos probados, de la Sentencia recurrida de fecha 20 de Septiembre de 2.002, “el acusado Antonio M. R., con fecha 8 de Mayo de 1998 solicitó licencia de obras al Ayuntamiento de LA IRUELA, para sustituir la cubierta de chapa por otra de teja en doble vertiente en la nave de su propiedad sita en el área de Arroyo Frío, en suelo no urbanizable, catalogado de especial protección forestal, dentro de las Sierras de Cazorla, Segura y las Villas, siendo así que realizó otras obras no consentidas consistentes en construir una planta de 8 x 6,5 metros sobre la única ya existente, procediendo así a la ampliación de la misma y convirtiéndola en una vivienda unifamiliar, no siendo dicha obra legalizable”.*

*Asimismo, aparece acreditado en las actuaciones (Folio 30 y 31) que en virtud de denuncia del Agente de Medio Ambiente encargado de la denuncia, de fecha 11 de Diciembre de 1998, contra D. Antonio M. R., se incoó expediente sancionador contra el mismo “por realizar obras no contenidas en la autorización o licencia otorgada al mismo antes referida”.*

*Por parte de la Consejería de Medio Ambiente se tramitó el expediente sancionador (ENP-1998/185) con la resolución de fecha 6 de Julio de 1999 del tenor siguiente: ACUERDA SANCIONAR a D. Antonio M. R. con: 1.- Multa de 100.000 pesetas (601,01 Euros); 2.- Con obligación de adecuar las obras realizadas a lo realmente autorizado por el Ayuntamiento de LA IRUELA. Dicha sanción ha devenido firme, habiendo satisfecho el interesado el importe de la sanción impuesta.*

**TERCERO.-** *Sentado lo que antecede, es evidente que se ha producido una vulneración del principio penal “ne bis in ídem” que rige en nuestro proceso penal, dado que una conducta o hecho que ya había sido sancionada en vía administrativa, en resolución administrativa firme, dictada incluso antes de la apertura del procedimiento penal, ha vuelto a sancionarse en vía penal, lo cual supone una duplicidad de sanciones, existiendo una identidad de sujeto, hecho y fundamento, que vulnera el principio de legalidad en materia penal y sancionadora, consagrado en el artículo 25 de la Constitución Española; así lo ha declarado el Tribunal Constitucional desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981 (R.TC. 1981.2) fundamento jurídico cuarto, y lo reitera en la Sentencia no 177/1999, que además lo configura como un derecho fundamental del sancionado (Sentencias del Tribunal Constitucional 154/1990 y 234/1991). Por todo lo cual, habrá de acogerse el recurso y revocarse la sentencia de instancia, con absolución del condenado, tal y como se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución, y sin necesidad de analizar ya los demás motivos de recurso aducidos por el recurrente.”*

Es preciso volver a incidir que ha de tratarse de un idéntico momento temporal, puesto que si determinada la existencia de un ilícito administrativo se impone una sanción del mismo orden, y, con posterioridad, cerrado éste mediante la Resolución del Procedimiento sancionador con la sanción correspondiente, continúa la actividad ilícita y se abre la vía penal en base a este segundo momento temporal no cabría hablar de violación del principio de non bis in ídem. La sentencia del Tribunal Supremo 52/2003 advera en el mismo sentido que

*“El distinto alcance temporal de los hechos que ha sido objeto de sanción administrativa y posteriormente sujeto a enjuiciamiento penal, es destacado en la Sentencia del Tribunal Supremo 2005/2002, de 3 de diciembre (RJ 2003, 294), en la que se declara que la sentencia recurrida no ha vulnerado dicha doctrina teniendo en cuenta que la actividad delictiva ha persistido en el tiempo hasta el mes de diciembre de 1998, es decir, con posterioridad a los hechos afectados por los expedientes administrativos los acusados siguieron realizando la actividad delictiva investigada y que ha sido objeto de la condena judicial, por lo que los hechos castigados penalmente no son coincidentes con los sujetos a sanción administrativa. Se trata de un delito permanente cuya consumación se prolonga en el tiempo y alcanza hasta la cesación efectiva de la actividad ilícita (diciembre de 1998).*

*Y esto último es lo que sucede en el supuesto que examinamos, al haberse apreciado un delito conformado por la reiteración y repetición de conductas que agreden el medio ambiente por contaminación acústica, conducta delictiva que fue precedida de diversos expedientes administrativos, de los que sólo consta, en las presentes actuaciones, que dos de ellos culminarán ante la Jurisdicción Contenciosa, única capaz de producir el efecto de cosa juzgada, lo que no*

*se ha producido con relación al resto de los hechos que crearon una situación de peligro grave para el medio ambiente, que se materializó en padecimientos físicos y psíquicos para varios de los vecinos del inmueble, conjunto de hechos que constituyen, como se razona en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, un solo delito contra el medio ambiente, delito que se mantendría aunque se excluyesen las conductas que determinaron los expedientes que culminaron en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, ya que la actividad delictiva ha persistido en el tiempo con anterioridad y posterioridad a los hechos afectados por esos expedientes administrativos.”*

Por tanto, como corolario lógico de este apartado, aplicando la reciente Jurisprudencia del TS debe decretarse la suspensión del expediente sancionador por disciplina ambiental cuando concurra en el tiempo con la tramitación de un procedimiento penal por un presunto contra la ordenación del territorio ex art. 319.1 CP, tratándose de hechos referidos al mismo momento temporal sin perjuicio de la tesis de la compensación de las penas que posteriormente pasaremos a estudiar.

### ***2.3.2. Concurrencia de procedimiento penal ex arts. 319.2 cp y 320.1 y 2 cp con procedimiento administrativo de disciplina ambiental***

Los meritados preceptos disponen que

*319.2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.*

*320.1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.*

*320.2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.*

En estos casos, la vinculación al mismo bien jurídico no queda determinada en la norma penal, pues el concepto de suelo no urbanizable es un concepto que ha de completarse con la norma urbanística correspondiente al tratarse los artículos 319.2 y ss de normas penales en blanco o de reenvío.

En el ámbito específico de la legislación urbanística andaluza, el suelo no urbanizable viene recogido en el artículo 46.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, clasificando, como tales las siguientes clases de suelo no urbanizable en virtud de los criterios recogidos en el apartado 1 del meritado precepto

*“De conformidad y en aplicación de los criterios que se establezcan reglamentariamente, el Plan General de Ordenación Urbanística podrá establecer, dentro de esta clase de suelo, todas o algunas de las categorías siguientes:*

- a. Suelo no urbanizable de especial protección por legislación específica, que incluirá en todo caso los terrenos clasificados en aplicación de los criterios de las letras a) y b) del apartado anterior, e i) cuando tales riesgos queden acreditados en el planeamiento sectorial.*
- b. Suelo no urbanizable de especial protección por la planificación territorial o urbanística, que incluirá al menos los terrenos clasificados en aplicación de los criterios de las letras c, d y e del apartado anterior.*
- c. Suelo no urbanizable de carácter natural o rural.*
- d. Suelo no urbanizable del Hábitat Rural Diseminado, que incluirá aquellos suelos que cuenten con las características que se señalan en la letra g del apartado anterior.”*

Consecuencia de la STS 1182/2006, de 29 de noviembre (RJ 2007\250), mutatis mutandi, si para la determinación de lo que es suelo no urbanizable no se utilizó criterio alguno de carácter estrictamente ambiental (vgr. Culturales y urbanísticos), pueden coexistir un procedimiento penal por presunta violación de los artículos 319.2 y siguientes y un procedimiento administrativo de disciplina ambiental ya que todo suelo no urbanizable requiere que se clasifique como tal por razones o criterios ambientales. Conviene recordar un extracto de la Sentencia aludida (*“Ciertamente, si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección **precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar**. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el art. 325 en su vertiente de proteger el equilibrio de los sistemas naturales, cuya significación ecológica no admite duda”*), para refrendar la idea expuesta.

#### **2.4. Modulación. tesis de la compensación de las condenas administrativas y penales**

En la materia objeto del presente análisis hay que tener en cuenta dos preceptos capitales que modulan o matizan la aplicación de la doctrina apuntada;

- El primer precepto a tener en consideración, es el art. 7.3 del RD 1398/1993 que dispone que *en todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien*. Por tanto, en caso de que un determinado hecho que sirva para completar el ilícito administrativo haya sido declarado probado por resolución judicial penal firme determinará el aquietamiento del órgano administrativo, integrándolo en el expediente administrativo sancionador bajo la premisa de hecho probado por aquella sin otra justificación.

En este sentido la meritada STS 52/2003 señala que:

*“Si bien igualmente se dice en la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional que ciertamente se hubiera producido la vulneración del derecho constitucional al «ne bis in ídem» si se hubiera desconocido la cosa juzgada, efecto que es predicable tan sólo de las resoluciones judiciales, de modo que sólo puede considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en cuyo haz de garantías se ha reconocido el respeto a la cosa juzgada, el desconocimiento de lo resuelto en una resolución judicial firme, dictada sobre el fondo del litigio. De otra parte, se ha de tener presente que uno de los requisitos de la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración es la necesaria viabilidad del sometimiento de la misma a control judicial posterior (art. 106 CE [RCL 1978, 2836]; STC 77/1983, de 3 de octubre [RTC 1983, 77]). De modo que, sin haberse producido dicho control judicial ulterior por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al haber desistido el sancionado del recurso interpuesto, la resolución administrativa carece de efecto de cosa juzgada.*

*Ese mismo criterio sobre la eficacia de la cosa juzgada judicial se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo 1765/1999, de 11 de enero de 2000 (RJ 2000, 188), en la que se declara que el principio «non bis in ídem» se vulnera cuando no se respeta la «cosa juzgada», en sentido negativo, es decir la prohibición de que un conflicto que ya ha sido enjuiciado por los órganos jurisdiccionales, y en el que ha recaído una resolución firme que se pronuncia sobre el fondo del mismo, pueda ser de nuevo enjuiciado, salvo supuestos excepcionales inspirados por el principio de justicia material, como los prevenidos en el recurso extraordinario de revisión frente a Sentencias condenatorias injustas.*

*El alcance del artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al disponer que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, ha sido igualmente interpretado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia acabada de mencionar de 11 de enero de 2000 en la que se dice que a diferencia del proceso civil en el que la aplicación de la excepción de «cosa juzgada» requiere la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, es decir «causa de pedir» o título jurídico invocado, en el proceso penal las únicas identidades exigibles son la subjetiva -en relación con el acusado, ya que los acusadores son contingentes- y la objetiva -identidad del hecho-, pero no la identidad de fundamento o calificación jurídica, ya que unos mismos hechos de los que resulta absuelto en firme el acusado no pueden ser objeto de una nueva acusación en otro proceso, por el mero hecho de un cambio de perspectiva acusatoria.”*

Si bien, hay que dejar apuntado lo consignado en el art. 78 in fine de la Ley de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; *“De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el expediente sancionador, con base, en su caso, en los hechos que la jurisdicción competente haya considerado probados”*.

En todo caso, como señala CONDE PUMPIDO, ambas ramas del Derecho no operan accesoriamente, sino “complementariamente” aunque sin embargo debemos destacar que

la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, de 9 de febrero de 2007, otorga un mayor protagonismo al Derecho penal ambiental que al administrativo, tratándose de conductas penales con una relevancia social significativa, al considerar según la Propuesta que *“la experiencia ha demostrado que los sistemas de sanciones existentes no son suficientes para lograr el total cumplimiento de la legislación para la protección del medio ambiente; este cumplimiento puede y debe reforzarse mediante la aplicación de sanciones penales que pongan de manifiesto una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas o un mecanismo de compensación conforme al Derecho civil.”*

- En segundo lugar, hay que tener en consideración el art. 5.2 del RD 1398/1993 al señalar que *“El órgano competente podrá aplazar la resolución del procedimiento si se acreditase que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los órganos comunitarios europeos. La suspensión se alzarán cuando se hubiese dictado por aquéllos resolución firme. Si se hubiera impuesto sanción por los órganos comunitarios, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción”*, por lo que se produce la necesaria prevalencia de la tramitación comunitaria respecto de la nacional (independientemente de quien posea la competencia material interna).

Este último inciso del art. 5.2 del RD 1398/1993 supone la introducción de la modulación del principio sancionador a través de la doctrinalmente denominada **“tesis de la compensación de las condenas administrativas y penales”** (confirmada por las SSTC 105/201 y 2/2003), esto es, aquellos supuestos (proscritos en principio según la dicción del artículo 78 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad) en los que la Administración Pública no respetando el principio de preferencia de la jurisdicción penal impone una sanción administrativa, pero el Tribunal Penal toma en cuenta el cumplimiento de la sanción para determinar la cuantía de la pena –cuestión vedada por el TEDH en la Sentencia del caso Franz Fischer contra Austria de 29 de mayo de 2001-.

Esto es, si bien la jurisdicción penal es realmente la competente, puede suceder que la Administración, obviando esta regla, tramita el procedimiento sancionador de manera simultánea al penal e incluso llega a sancionar antes que el órgano judicial penal se pronuncie sobre la hipotética existencia del ilícito penal en la conducta enjuiciada.

Así, nos encontramos con dos posibles soluciones:

- a) Que se anule la sanción penal, dando preferencia a la sanción administrativa, que fue la primeramente impuesta.
- b) Que se compense la sanción administrativa con la sanción penal cuando aquélla es impuesta en primer lugar mediante el abono o descuento de la sanción administrativa de la que es impuesta en el orden penal, criterio que como veremos es por el que en última instancia se ha decantado la Jurisprudencia.

Para determinar cual ha sido la evolución jurisprudencial es preciso mencionar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la primera de sus sentencias apuntadas (STS 52/2003), también reiterada en la STC 334/2005, e igualmente recepcionada, entre otras, en los FFJJ 2 y 3 de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 2 de diciembre de 2003:

*“Ha sido criterio reiteradamente mantenido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional la idea de que la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad Judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera (Cfr. STC 77/1983 [RTC 1983, 77]).*

*Sin embargo rompe con esta idea la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre (RTC 1999, 177), que impide la actuación de la Jurisdicción Penal desde el momento en que se impone una sanción administrativa y resuelve a favor de la autoridad de ese orden la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la Justicia Penal. Ciertamente esta sentencia otorga el amparo a quien ya había sido sancionado administrativamente y posteriormente fue condenado por la Justicia Penal, como autor de un delito contra el medio ambiente, ya que al afirmarse la identidad de sujeto, hecho y fundamento, irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), en su vertiente de derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos («ne bis in ídem»), superponer o adicionar otra sanción.*

*El propio Tribunal Constitucional ha modificado la doctrina que expresó en la sentencia acabada de mencionar y que tuvo varios votos particulares y así en su reciente Sentencia 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003, 2), declara que la garantía material de no ser sometido a «bis in ídem» sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada... Sigue diciendo que la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en «bis in ídem», sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento.*

*La sentencia que comentamos niega el amparo, tras haberse seguido un proceso penal, cuando con anterioridad se había seguido un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos, procedimiento administrativo que no fue recurrido ante los Tribunales de Justicia, es decir, sin haberse producido un control judicial ulterior por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

*Argumenta dicha sentencia del Tribunal Constitucional, para estimar que no se vulneró en ese supuesto el «ne bis in ídem», que atendiendo a los límites de nuestra Jurisdicción de amparo, una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en «bis in ídem» sancionador, dado que la inexistencia*

*de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación -«bis»- de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (F. 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el «doble reproche afflictivo», sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto.»*

Es decir, se aboga por la integración del principio de compensación por el Tribunal Penal de la sanción administrativa en el cómputo de la pena, llegando a proponer al legislador que establezca normas de concurso que obliguen a dicho Tribunal a subsumir y computar la sanción administrativa en la condena penal (FJ 6 STC 2/2003).

Empero, como señala REY HUIDOBRO no parece que ofrezca una solución definitiva al problema *“en primer lugar porque puede ocurrir que las sanciones penales y administrativas previstas para una misma conducta no sean homogéneas (por ejemplo, la sanción de multa administrativa frente a la pena privativa de libertad penal), en cuyo caso no podrá realizarse la absorción, e incluso siendo homogéneas, siempre conducirá a un resultado de predeterminación de la pena por el órgano judicial, el cual no podrá imponer una pena inferior; y en segundo lugar, porque como señala el magistrado sr. GARCÍA MANZANO en el voto particular a la STC 2/2003, de 26 de marzo, “es sumamente cuestionable que la jurisdicción penal tenga facultades para invalidar o dejar ineficaces resoluciones administrativas”, por lo que evidentemente se impone además de una adecuada respuesta normativa, un escrupuloso respeto de las Administraciones Públicas al principio de preferencia de la Jurisdicción penal, que como señala el autor citado “no se produce por meras consideraciones cronológicas, sino sobre todo sustantivas”.*

### **III. TRAMITACIÓN DE DOS EXPEDIENTES SANCIONADORES ADMINISTRATIVOS RESPECTO DE UN MISMO HECHO**

Aplicando lo estudiado en el tercer apartado de este artículo sobre el principio de non bis in ídem, llevado a la duplicidad de expedientes sancionadores sobre un mismo supuesto deben realizarse varias consideraciones

#### **3.1. Principios de coordinación y de legalidad administrativa**

Con carácter previo es necesario destacar la imbricación de los principios de coordinación y legalidad con el objeto del presente estudio, debido a la configuración de los mismos como vertebradores de la actuación administrativa.

El Tribunal Constitucional viene señalando que en materias o competencias horizontales, esto es, en aquéllas en que se produce una convergencia de materias sobre una misma realidad se impone necesariamente una acción coordinada o sinérgica de las Administración Pública implicada –con mayor rigor en el caso de una sola Administración Pública–, lo que repercute en una mejor aplicación del principio de eficacia administrativa (STC 102/95, de 26 de junio). En este sentido, debe ser clara la intención de aunar esfuerzos que, con máximo rigor y respeto al principio de legalidad, van en la dirección apuntada por el Alto Tribunal en reiteradas ocasiones.

El principio de legalidad, consagrado en el artículo 103 de la Constitución Española, artículo 3.1 Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y artículo 3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, constituye un auténtico principio de actuación de la Junta de Andalucía y, por ende, de sus diferentes Departamentos y órganos, así como de sus autoridades y funcionarios.

### 3.2. Coexistencia de procedimientos administrativos

En segundo lugar, debe analizarse si concurre el principio del non bis in ídem cuando coexisten un expediente de disciplina ambiental y otro de disciplina urbanística sobre un mismo hecho. En este sentido para la no conculcación del principio mencionado deben concurrir los tres requisitos ya apuntados y reiterados en la STSJ de La Rioja 203/2004, de 5 de abril, esto es:

**1. Identidad subjetiva**, el sujeto pasivo ha de ser el mismo.

**2. Identidad fáctica**, referida a los hechos constitutivos de la infracción. Esta identidad fáctica es la que elimina del ámbito de operatividad del expresado principio todos los supuestos de concurso real de infracciones, en los cuales no se está ante un mismo hecho antijurídico sino ante varios.

**3. Identidad causal o de fundamento**, que exige una semejanza entre los bienes jurídicos protegidos por las distintas normas sancionadoras o entre los intereses tutelados por ellas, de tal forma que si los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho resultan heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son homogéneos, no procederá la doble punición aunque las normas jurídicas vulneradas sean distintas.

Existiendo una dualidad de procedimientos administrativos sancionadores en materia de medio ambiente y en materia de ordenación del territorio, partiendo, por tanto, de hechos distintos, el fundamento de uno y otro procedimiento no será el mismo y por tanto no existirá vulneración del principio non bis in ídem. Sin perjuicio de ello puede que sea posible la existencia de determinados círculos concéntricos en ambos procedimientos. Piénsese en la posibilidad de que una misma agravante pueda modular ambas sanciones, siendo necesario verificar mediante un análisis jurídico si su doble aplicación pudiera suponer una trasgresión del principio examinado.

Como paradigma, podemos hacer alusión el FJ 2 de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de diciembre de 2005 (JUR 2006\203746):

*“Ello se constata con el examen de las actuaciones, donde obran antecedentes de otros expedientes sancionadores, y con el de las diversas sentencias de la Sala que han resuelto impugnaciones de anteriores resoluciones, entre otras, las de 18.12.97 (rec. 1365/95, secc. 1ª), 15.11.99 (rec. 1099/97, 1ª), 30.4.01 (PROV2001\244172) (rec. 2717/96, 1ª), 18.6.01 (PROV2002\2547) (rec. 1596/97, 3ª), 12.7.2001 (PROV 2002\38256) (rec. 1682/96, 3ª) y 13.12.01 (PROV 2002\57881) (rec. 2793/96, 3ª); la citada de 15.11.99 examinaba de forma especial esta alegación de vulneración del non bis in ídem en relación con la dualidad de expedientes sancionadores, el presente por infracción de la Ley Forestal y el A-90/96 por infracción de la Ley de Protección Ambiental, advirtiendo que, en efecto, el presente se refiere como hecho sancionado a la realización de actuaciones para cambio de uso del terreno contempladas en la Ley Forestal, mientras que el otro lo es por omisión del preceptivo informe exigido en el art. 5 de la Ley 7/1994 (RCL 1994\1894 y LAN 1994\208) que impone el informe de impacto ambiental con carácter previo a la actuación realizada de construcción de un campo de golf. **No hay identidad de hechos ni fundamentos, estando ante un concurso real de infracciones, no ante concurso aparente de normas, por la pluralidad de hechos constitutiva de ilícitos distintos.**”*

Igualmente, el FJ 7 de la STSJ de la Región de Murcia 254/2006, de 24 de marzo, señala que:

*SÉPTIMO.- Alega la recurrente la vulneración del principio «non bis in ídem»; argumenta que las faltas relativas a la falta de etiquetado ó a las mezclas de residuos, por ejemplo, ya están encuadradas en el «incorrecto almacenamiento».*

*Pues bien, como hemos puesto de manifiesto se sanciona a la recurrente por 4 infracciones que hemos analizado separadamente, y lo cierto es, que ni los hechos ni los fundamentos jurídicos son los mismos. Así, es perfectamente posible que hubiera podido darse cada una de ellas sin el concurso de las otras, y la inexistencia de una de ellas no afectaría a la de las otras. **No se trata de infracciones que guarden una relación de dependencia entre sí, ni son subsidiarias unas de otras, ni tampoco son complementarias. De manera que no podemos decir que todas las infracciones se puedan subsumir en el «almacenamiento incorrecto».***

*Así, por poner un ejemplo, sería posible que la recurrente hubiera almacenado los residuos a la intemperie, en lugares no autorizados, pero que sin embargo hubieran estado perfectamente etiquetados y sin que se produjeran mezclas entre ellos. Por tanto, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional 66/1986, no se da la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento jurídico, para entender que se ha vulnerado el principio «non bis in ídem».*

Finalmente, el FJ 4 de la STSJ de Madrid 1411/2006, de 24 de julio, señala que:

*CUARTO.- “Centrándonos ya en el asunto planteado debe destacarse que a la parte actora se le sanciona como responsable de la comisión de dos infracciones muy graves previstas en los artículos 21.2, b) y d) de la Ley 3/95, de 23 de marzo (RCL 1995\954), de Vías Pecuarias que tipifican como infracción: «La edificación o ejecución no autorizada de cualquier tipo de obras en terrenos de vías pecuarias» (art. 21.2.b) y «Las acciones u omisiones que causen daño*

*o menoscabo en las vías pecuarias o impidan su uso, así como la ocupación de las mismas sin el debido título administrativo» (art. 21.2.d).*

*La actora mantiene que se vulnera el principio «non bis ídem» dado que se incluyen los mismos hechos en dos tipos de infracción diferentes y, por tanto, se le imponen dos sanciones.*

*No tiene razón la recurrente en este planteamiento pues los hechos que se le imputan son diferentes y ello permite incluirlos en tipos infractores distintos. Es cierto que las dos infracciones imputadas exigen la realización de obras en las vías pecuarias sin la correspondiente autorización; no obstante, la infracción prevista en el artículo 21.2.d) de la Ley de Vías Pecuarias exige para su comisión que, además, dichas obras causen daño o menoscabo a las vías pecuarias o impidan su uso..”*

Por tanto, la dualidad de procedimientos administrativos sancionadores ambiental y urbanístico no supone, en aras a lo anteriormente expuesto, conculcación del principio non bis in ídem, sin perjuicio de determinados puntos concéntricos que no se excluyen mutuamente.

Tampoco podemos hablar de solución definitiva, porque podría pensarse en la utilización expansiva de la argumentación de la Sentencia del Tribunal Supremo 1182/2006, de 29 de noviembre para considerar que los bienes jurídicos son los mismos. No es sin embargo la esencia del Derecho Penal equiparable a la del Derecho Administrativo, interpretable en un sentido más amplio que los estrechos márgenes de los que se mueve el Derecho Penal, por lo que la utilización por el Derecho administrativo de aquél fundamento jurídico no resulta procedente. Máxime cuando en el Derecho Administrativo si se observa una mayor diferencia entre el bien jurídico medio ambiente y el bien jurídico ordenación del territorio, al amparo de la ingente normativa reguladora de ambos sectores.

#### **IV. CONCLUSIONES**

- a) El principio de prohibición de non bis in ídem requiere un análisis casuístico que impide a priori determinar si existe conculcación del mismo tanto en el supuesto de concurrencia de procedimiento penal (por presunta violación de delitos contra ordenación del territorio) y procedimiento administrativo de disciplina ambiental.
- b) A partir de la STS de 29 de noviembre de 2006 debe entenderse que cuando el bien jurídico protegido en ambos procedimientos es el mismo, aun invocándose normas distintas, debe procederse a la suspensión del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal (art. 78 de la Ley
- c) Sin embargo, al tener el concepto de medio ambiente en la Doctrina del Tribunal Constitucional (S. 102/95 de 26 de junio entre todas) una orientación transversal u horizontal requiere que la interpretación del caso concreto se haga con el mayor rigor posible, bajo el prisma de los principios de coordinación interadministrativa y de legalidad.

d) La tesis de la compensación de las penas y sanciones supone una auténtica modulación al rigor del principio non bis in ídem.

e) En cambio, dicho principio no se llega a aplicar a los supuestos de concurrencia de procedimientos administrativos sancionadores urbanístico y ambiental, por la diferencia de hechos y fundamento objeto de la sanción correspondiente, sin perjuicio de ciertos puntos de conexión que eventualmente puedan existir.



---

# Contratación del Sector Público (1ª parte): nueva Ley de Contratos del Sector Público: parte general

---

Julio César García Sánchez

Abogado

*1 El contrato. Generalidades. 1 1 Introducción. 1 2 Concepto. 1 3 Reglas Generales. 1-3-1 Ámbito de aplicación de los contratos. 1 4 Clasificación de los Contratos. 1 4 1 Introducción. 1-4-2 Jurisdicción competente y posición de la Administración. 1-4 3 Clasificación de los contratos. 2 Contratos y negocios excluidos 2-1 Introducción. 2-2.- Ámbito de los contratos y negocios excluidos.-3 Revisiones de decisiones en materia de contratación.- 4 Las partes del contrato.- 4-1 Introducción.- 4-2 Responsable del contrato.- 4-3 Perfil de contratante.- 4-4 Capacidad y solvencia del empresario 4-4 1 La capacidad y solvencia de las empresas 4-4 1 1 Capacidad para contratar. 4-4 1 1 1 Introducción. 4-4 1 1 2 Concepto. 4-4 1 1 3 Prohibiciones para contratar. 4-4 1 2 Solvencia. 4-4 1 2 1 Solvencia Económica y financiera. 4-4 1 2 2 Solvencia Técnica en los contratos de obras. 4-4 1 2 3 Solvencia Técnica en los contratos de suministro. 4-4 1 2 4 Solvencia Técnica y profesional en los contratos de servicios. 4-4 1 2 5 Solvencia Técnica y profesional en los restantes contratos. 4-4-1-2-6 Otras solvencias.- 4-4 2 Clasificación registro de las empresas. 4-4 2 1 Disposiciones Generales. 4-4 2 1 1 Regulación. 4-4 2 1 2 Concepto y alcance. 4-4 2 2 Ampliación de las clasificaciones. 4-4 2 3 Clasificación de empresas contratistas de obras. 4-4 2 4 Clasificación de empresas de servicios. 4-4 2 5 Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas. 4-4 2 6 Registro de Licitadores. 4-5 Garantías. 4-5 1 Concepto. 4-5 2 Garantías Provisionales. 4-5 3 Garantías definitivas. 4-5 4 Garantías Complementarias. 4-5 5 Otras Garantías. 4-5 6 Ampliación de las Garantías. 4-5 7 Sustitución de las Garantías. 4-5-8 Garantías a prestar en otros contratos del sector público.-*

## 1. EL CONTRATO. GENERALIDADES

### 1. 1. Introducción

Lo que antes se definía como contratación administrativa, tanto desde el punto de vista de la contratación del Estado o de las Comunidades Autónomas como la contratación administrativa local, ha cambiado notablemente en los últimos años, lo que se inicia a raíz de la entrada en vigor de la Ley 7/85, de 2 de abril, de bases de Régimen Local, que fija una nueva forma de fuentes, y con la que el Estado, al igual que en otras materias ha iniciado un proceso de homogeneización, que continúa con la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contrato de las Administraciones Públicas, (que estará vigente hasta el 30 de abril de 2008 en su integridad, aun cuando mantenga la vigencia de determinados preceptos) y que culmina con la actual Ley 30/2007, de 30 de octubre (BOE 31-10-2007), de Contratos del Sector Público.

En éste sentido la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 23 de marzo de 1989, sobre aplicación de la legislación de contratos del Estado, adaptada a las Directivas Comunitarias sobre contratación pública, nos dice que “La adhesión de España a las Comunidades Europeas, que se produce el 1 de enero de 1986, ha supuesto una profunda transformación del ordenamiento jurídico español de la contratación administrativa, como consecuencia de la necesidad de adaptación del mismo a las Directivas comunitarias vigentes sobre contratación pública”, lo que se tradujo en el Real Decreto legislativo 931/86, de 2 de mayo y el Real Decreto 2528/86, de 28 de noviembre, mediante las transposición de las Directivas comunitarias vigentes. Pero éstas normas además se declararon con carácter de básico, que en cuanto al Reglamento el Tribunal Constitucional en su sentencia n1 141/93, de 22 de abril ( B.O.E. de 28 de mayo), ha modificado en parte, al considerar que la legislación básica es “un concepto material que pretende garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales...” No obstante lo cual mantiene el carácter de básico de gran parte de la regulación reglamentaria.

Esta sentencia mantiene el espíritu unificador en materia de contratación administrativa en el mismo sentido de la Recomendación de la Junta Consultiva mencionada, al decir que “uno de los efectos característicos del Derecho comunitario es la obligación del acatamiento de sus normas por todos los Estados miembros de las Comunidades Europeas consecuencia de su adhesión a las mismas , sin que a efectos de ésta obligación, pueda realizarse ninguna salvedad en cuanto a los diversos Entes, territoriales o no integrados en cada Estado miembro.

Hasta tal punto ello es así que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Recomendación de 21 de Octubre de 1994, Publicada por Resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado de fecha 25 de octubre de 1994 (B.O.E. de 28 de octubre), recordaba que al no haberse producido la transposición de las vigentes Directivas, debían “considerarse directamente aplicables, aún antes de la promulgación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que lleva a cabo la adaptación de la legislación española al contenido de las mismas, sin perjuicio de que, a su entrada en vigor, sea la propia Ley la que regule estos extremos, quedando sin efecto, por tanto la presente Recomendación.

En éste mismo sentido tanto la Ley 13/95, de 18 de mayo ( BOE de 19 de mayo), de Contratos de las Administraciones Públicas, como la Ley 30/2007, de 30 de octubre (BOE 31-10-2007), de Contratos del Sector Público diseñan un ámbito subjetivo, donde incluyen, en ésta segunda un ámbito subjetivo más amplio, intentando que queden dentro de la misma todas las posibles actividades de los denominados contratos públicos.

La nueva ley de Contratos del Sector Público (LSCP), intenta ser un reflejo de las propias directivas comunitarias vigentes, así en la exposición de motivos de la nueva ley, nos dice que:

*“Esta Ley de Contratos del Sector Público también ha encontrado en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria en la materia el*

*impulso primordial para su elaboración. Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, han sido sustituidas recientemente por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, disposición que, al tiempo que refunde las anteriores, introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación, suponiendo un avance cualitativo en la normativa europea de contratos.*

*Sin embargo, aún siendo la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE el motivo determinante de la apertura de un nuevo proceso de revisión de nuestra legislación de contratos públicos, este punto de partida no ha operado como límite o condicionante de su alcance. La norma resultante, en consecuencia, no se construye a trasponer las nuevas directrices comunitarias, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve.”*

La Ley de Contratos del Sector Público ha adoptado un enfoque que, separándose de sus antecedentes, aborda la regulación de la actividad contractual pública desde una definición amplia de su ámbito de aplicación y buscando una identificación funcional precisa del área normativa vinculada a las directivas europeas sobre contratos públicos, teniendo en cuenta que se trata de una Ley que ha de operar en un contexto jurídico fuertemente mediatizado por normas supranacionales y en relación con una variada tipología de sujetos.

El articulado de la Ley se ha estructurado en un Título preliminar dedicado a recoger unas disposiciones generales y cinco libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de estos contratos, la selección del contratista y la adjudicación de los contratos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, y la organización administrativa para la gestión de la contratación. El criterio primordial de estructuración atiende a las materias reguladas (Título preliminar y Libros I, IV y V) o a bloques homogéneos de actuación (Libros II y III). Dentro de esos primeros niveles de ordenación, las divisiones ulteriores se han establecido desagregando esos mismos criterios (Libros I, III y V), o introduciendo una nueva pauta basada en el alcance de las normas, según resulten aplicables a todos los contratos, con carácter general, o sólo a determinados tipos contractuales (Libros II y IV); por último, en los Libros II y III, ha sido necesario utilizar un criterio adicional, agrupando las disposiciones por razón de sus distintos destinatarios dentro del sector público.

La nueva Ley viene también a efectuar una revisión general de la regulación de la gestión contractual, a fin de avanzar en su simplificación y racionalización, y disminuir los costes y cargas que recaen sobre la entidad contratante y los contratistas particulares. Sí es importante aclarar que la nueva Ley de Contrato del Sector Público, se aleja del sistema impuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que tenía un carácter bipolar, formando una parte general para todos los contratos, y una parte especial para cada uno de los contratos típicos.

Por otra parte la nueva regulación, con independencia de introducir determinadas novedades que se dirán, es claro que mantiene la misma idea de cuando nos referimos a la contratación administrativa, que se ha ido consolidando a lo largo del tiempo tanto por las leyes como por la jurisprudencia, que nos ayuda a entender determinados preceptos.

Por otro lado la nueva Ley de Contratos, solo regula determinados aspectos, que en la medida de que no se contradiga habrá que seguir entendiéndola por el R.G.C.A.P., que se mantiene vigente en tanto no se oponga a la Ley de Contratos del Sector Público.

En la Ley de Contratos del Sector Público, al igual que en otras normas del Estado, no se regulan las especialidades organizativas de otras Administraciones Públicas, y por ende de las Entidades Locales, lo que nos lleva a seguir analizando a través de su normativa específica, salvo lo relativo a la Disposición Adicional 20 de la L.C.S.P.

## **1. 2. Concepto**

El concepto de contrato ha evolucionado a lo largo de los siglos. El contrato es una de las cuatro fuentes de las obligaciones a que se hace referencia en el artículo 1.089 del Código Civil, que expresamente enumera “ Las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y cuasicontratos, de los actos y omisiones ilícitas o que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

Lo define Messino “el contrato moderno en realidad, no es sino un pacto, es decir, un acuerdo de voluntades, capaz, cual–quiera que sea su contenido de dar vida a una obligación”.

Por otra parte el artículo 25 de la LCSP nos dice que “ En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

En idéntico sentido se definía el art. 4 de la L.C.A.P. nos dice que “ la Administración podrá concertar los contratos, pactos o condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberá cumplirlos a tenor de las mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas, en su caso a favor de aquella”. Igual sentido y literalidad se expresa el artículo 111 del Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local.

Entre otras la S.T.S. de 30.5.89 la considera al igual que la contratación civil “lex inter partes”, con posibilidad del precontrato (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa n1 75/64, de 23 de julio), o del cuasicontrato (S.T.S. de 22 de enero de 1975), pudiéndose ser objeto del contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio (S.T.S. de 23.9.74), aunque dentro de los límites de que la causa y el fin de los contratos administrativos no pueden ser otros que la satisfacción del interés público (S.T.S. 15 6 72), siendo el mantenimiento del mismo como fin principal la del propio contrato (S.T.S. 16 5 89), que refrenda el informe de la Junta Consultiva de contratación Administrativa n1 1/71, de 12 de febrero, sobre el alcance de la libertad de pactos, que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento y a los principios de la buena Administración( igual informe de la Junta Consultiva n1 1/21, de 26 de enero, 25/67, de 23 de septiembre y 6/63, de 1 de abril, entre otros).

Se entenderá siempre dentro de la competencia del Ente Local conforme al artículo 1 2 C de la L.C.A.P., como afirma la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 23 de marzo de 1988, como consecuencia de la naturaleza y carácter de la aplicación del derecho comunitario y de las obligaciones asumidas por España por su adhesión a la Comunidad Europea.

Con la nueva regulación se cambia el concepto de Administración Pública, con un término más amplio, que denomina el sector público, aun cuando como veremos, no es sólo a ese ámbito al que le es de aplicación, sino que excede a lo que se denomina contrato público, tal como se regula en las directivas comunitarias y ha ido perfilando el propio Tribunal de Justicia Europea.

Aun cuando podemos seguir utilizando la idea de que el sector público utiliza la técnica contractual para el cumplimiento de sus fines, contraer obligaciones y adquirir derechos frente a una persona privada o ante otra Administración pública.

Para llegar a éste resultado el sector público en el sentido que se da en la ley adopta el papel de parte en el contrato, activa y pasivamente, y para ser parte en el contrato es necesario, según el derecho común, ser sujeto de derecho, persona natural o jurídica dotada de capacidad para obligarse.

### **1. 3. Reglas Generales**

En todos los contratos que vamos a analizar a continuación hay una serie de condiciones o requisitos de carácter general, que interesa resaltar desde ahora, por ser característica común a toda la contratación administrativa, conforme a los artículos 1 de L.C.S.P.:

En primer lugar la Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria

y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa (art. 1 LCSP).

En segundo lugar los contratos han de reunir una serie de requisitos necesarios, salvo las excepciones que la propia L.C.S.P. exponga, concretamente:

a) La competencia general para celebrarlos Nos dice el artículo 40 sobre la competencia para contratar.

*“La representación de los entes, organismos y entidades del sector público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre.”* Ello sin perjuicio de la posible delegación o desconcentración.

Corresponde a los Jefes del Departamento o Autoridad en quién delegue o desconcentre la función. Consecuentemente en el Estado el Ministro y los Secretarios de Estado, en la Comunidad Autónoma Andaluza el Consejero (art. 291 LCSP) y en las Entidades Locales, el Alcalde, o al Presidente de la Diputación ( Disposición Adicional 2ª), hasta el 10% de los recursos ordinarios o seis millones de euros (antes el 50% del límite General del Procedimiento Negociado),o no tengan duración superior a cuatro años (antes un año)relativos a los contratos de como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, los contratos administrativos especiales, y los contratos privados y el Pleno el resto. Y en los municipios de gran población a las Juntas de Gobierno (D.A. 2ª.3 LSCP).

Se mantiene la figura denominada Junta de Contratación ( art. 291.1 y 295 L.C.S.P.), para determinados tipos de contratos de obras.

b) La capacidad del contratista adjudicatario.

La capacidad del contratista viene regulado con carácter general en los artículos 63 al 71 en cuanto a su solvencia económica,financiera, técnica o profesional, y los artículos 49,50 y62 en cuanto a las prohibiciones para contratar, aún cuando a lo largo de la Ley se establecen otros.

c) La determinación del objeto del contrato (art. 74 de la L.C.S.P).

d) La fijación del Precio (art 75 de la L.C.S.P).

e) Es necesario la existencia de consignación presupuestaria si el contrato origina gasto a la Administración. (art. 93.3 L.C.S.P).

f) Es necesario la preparación mediante expediente, donde constarán las cláusulas administrativas y técnicas del contrato a celebrar y el importe del presupuesto del gasto (art. 93.3 L.C.S.P)

g) La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, relativos a contratos(art. 93.3 L.C.S.P).

h) La aprobación del gasto por el órgano competente(art. 94 L.C.S.P).

i) La formalización del contrato es documento administrativo o notarial (art. 140 L.C.S.P).

j) La preparación y ejecución de los contratos, se des-arrollarán bajo la dirección y responsabilidad de la Autoridad o del órgano que los celebre ( 95 R.G.C.A.P).

k) Para reforzar el control del cumplimiento del contrato y agilizar la solución de las diversas incidencias que pueden surgir durante su ejecución, se ha regulado la figura del responsable del contrato (art. 41), que puede ser una persona física o jurídica, integrada en el ente, organismo o entidad contratante o ajena a él y vinculada con el mismo a través del oportuno contrato de servicios, al que el órgano de contratación podrá, entre otras opciones, encomendar la gestión integral del proyecto, con el ejercicio de las facultades que le competen en relación con la dirección y supervisión de la forma en que se realizan las prestaciones que constituyan su objeto. Esto podríamos englobarlo en las figuras de los denominados directores de los trabajos actualmente existente.

### ***1. 3. 1. Ámbito de aplicación de los contratos***

La Ley distingue tres categorías de sujetos que presentan un diferente nivel de sometimiento a sus prescripciones:

- Administraciones Públicas;
- Entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18;
- Entes del sector público que no son Administraciones Públicas ni están sometidos a esta Directiva.

La Ley establece que son contratos del sector público todos aquellos que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3. Asimismo, se prevé el sometimiento, en ciertos supuestos, de los contratos celebrados por cualquier persona física o jurídica, cuando estén subvencionados por los entes pertenecientes al sector público, así como los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas, también en determinados casos.

Dentro del concepto de sector público se incluye un extenso listado de entidades en el que, además de la obligada referencia a las Administraciones públicas territoriales, destacan las expresas menciones de otras.

Así nos dice el art. 3 de la LCSP, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
- b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

- d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.
- e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.
- f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.
- g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.
- h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

Como cierre de esa lista, vemos que se establece una cláusula residual, por la que se incluye en el sector público a cualquier ente dotado de personalidad jurídica propia, que haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que un sujeto perteneciente al sector público financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, denominado poder adjudicador.

Por otra parte dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.
- b) Los Organismos autónomos.
- c) Las Universidades Públicas.
- d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y
- e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1ª que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso

sin ánimo de lucro, o

2ª que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales. Ello hay que entenderlo sin perjuicio que la propia ley creadora de la entidad, pueda definirla como administración pública.

Además, los órganos constitucionales del Estado (Congreso de los Diputados, Senado, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo) y las instituciones autonómicas análogas ajustarán su contratación a las normas establecidas para las Administraciones Públicas. A ellas quedan sujetas también las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco (dd.aa. 3ª y 33ª LCSP).

Por otra parte se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Las Administraciones Públicas.
- b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

Se incorporan, por tanto finalmente, dos preceptos en los que, dentro de las entidades del sector público, se distingue cuáles son las que tienen carácter de Administraciones públicas y cuáles las que, sin considerarse Administraciones públicas, se calificarán como “poderes adjudicadores”.

Con ello se intenta cubrir todas las posibilidades de aplicación de la normativa sobre contratación a todas las entidades, tal como recoge la propia exposición de motivos.

Por ello se entiende que aun cuando se niega expresamente la condición de Administración Pública a efectos contractuales, las entidades públicas empresariales, porque conforme al art. 57 de la LOFAGE, la contratación produce un reenvío a la normativa en materia de contratos de las Administraciones Públicas.

## 1. 4. Clasificación de los Contratos

### 1. 4. 1. Introducción

La incidencia del interés público en los contratos que celebran los órganos de la Administración es la característica común de todos, pero el interés público que permanece como elemento esencial en la contratación a que aludíamos anteriormente y tiene unos matices objetivados que influyen en la remodelación jurídica de las distintas figuras, como secuela de las conveniencias prácticas que se deducen para aquel interés e relación con las características intrínseca de cada negocio jurídico.

La finalidad pública es una constante en los contratos de la Administración pero ésta puede conseguirse aceptando los mecanismos propios del derecho civil o mercantil o del derecho administrativo, que es “el estatuto legal de la Administración”, según Monedero Gil.

Vamos a partir de una concepción formal de la triple distinción entre contratos administrativos típicos, contratos administrativos atípicos o también llamados especiales y contratos privados (art. 5 LCSP).

Si embargo lo que hasta la ley de contratos de Administraciones Públicas tenían unos perfiles claros, y referidos a la Administración, al ampliarse a lo que se denomina sector público, obliga a un cambio claro de criterio, que no es tan claro. Así nos dice el artículo 5, dentro de lo que denomina calificación de los contratos, que:

1. Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección.
2. Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación.

Por tanto se tiene en cuenta según quien sea el que ofrece el contrato, así en el caso de la Administración Pública, el contrato podrá ser administrativo o privado, pero si se trata de otro ente del sector público será siempre privado.

Igualmente dependiendo del objeto de contrato, nos estaremos refiriendo a un supuesto, de contrato típico y en otros casos contratos administrativos especiales, viene determinado por la vinculación a la finalidad del contrato, bien al interés público o porque una ley formal así lo determine. Veremos supuestos para intentar delimitar el tipo de contrato.

El examen de los distintos tipos de contratos la haremos más adelante, dentro de los diferentes temas en que de una manera más concreta, y consiguientemente sin atenernos a ésta clasificación, al examinarse más detenidamente determinados contratos, a veces incluso más teórica que real, que divide a los diferentes tipos de contratos.

### **1. 4. 2. Jurisdicción competente y posición de la Administración**

Pero ello no obsta para que tengamos en cuenta, que la consecuencia de la clasificación de un contrato, es el órgano jurisdiccional, es decir el Tribunal, ante quién nos vamos a dirigir, o se dirigirá el administrado cuando deba solicitar el amparo judicial.

Ello implica que el concepto de contrato administrativo, haya tenido una gran polémica, que venía dado por la propia definición del concepto de contrato, y de la propia posición de la administración que impide de alguna manera la situación de un plano de igualdad entre las partes (contrato de adhesión), que las normas que los regulan no tengan carácter de fijas (contratos de personal), o incluso de necesario cumplimiento (expropiación forzosa), con la variedad de la fijación de justiprecio, o incluso se ha llegado a incluir lo que Monedero Gil define como un tipo de negocio voluntario “Pacto de Caballero”, dentro de los que él denomina contratos Públicos, por ejemplo cuando se va a realizar una resolución de un contrato de mutuo acuerdo, que previamente a cualquier tramitación las dos partes ya se han puesto de acuerdo sobre el resultado a conseguir.

### **1. 4. 3. Clasificación de los contratos**

A diferencia de la legislación hasta ahora vigente, en la clasificación de contratos entra en juego no sólo el tipo de contrato, sino el poder adjudicador, dado que no es lo mismo, que sea una Administración Pública o no.

En consecuencia, aún cuando se puede mantener una cierta similitud de análisis de los contratos, se incluye una variable importante, que iremos desarrollando a lo largo de la exposición.

En primer lugar podíamos clasificar los contratos en 3 categorías distintas:

- a) Contratos no regulados en la LCSP, conforme al artículo 4 de la citada Ley y que citaremos más adelante.
- b) Contratos Administrativos, conforme al art. 19.1) de la LCSP , siempre que se celebren por una Administración Pública, los contratos siguientes:

- 1) Contratos típicos o nominado Los contratos de obra (art. 6) concesión de obra pública (art. 7), gestión de servicios públicos (art.8), suministro (art. 9), servicios (art. 10), y los denominados contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado( art. 11). No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II de la ley y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.

- 2) Contratos administrativos atípicos o especiales, que son los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la

específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.

3)- Contratos Mixtos, que nos lo define el art. 12 LCSP, como que cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

No obstante el art. 25, en su apartado 2, limita la posibilidad, regulando que solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.

Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.( art. 19.2 LCSP).

c) Contratos privados regulados en el artículo 20 de la LCSP, que a diferencia de la normativa anterior, distingue entre el sujeto dentro del sector público que contrata.

1)- En primer lugar, tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

2)- En segundo lugar, si es una Administración pública, son contratos privados los celebrados que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II de la ley, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado anterior, es decir, aquellos que no tengan la calificación de administrativo. Por tanto por exclusión de los anteriores. A los anteriores de todas formas hay que añadir aquellos que por ley así se definen, como ocurre con los relativos a servicios de seguros, bancarios y de inversiones y los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

Una singularidad se refiere a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que

tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial, estando expresamente excluido de la regulación de contrato, conforme al art. 4.1.p) LCSP, con las dificultades que ello entraña, al tener un reenvío.

Una segunda clasificación, que tiene trascendencia jurídica, y que tiene especial relevancia, es la diferenciación de los tipos de contratos, según le sea de aplicación la Regulación armonizada o no.

I).- Así el art. 13 LCSP determina que son contratos sujetos a una regulación armonizada:

A).- Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso.

B).- Los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y algunos de los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, excluido el IVA, sea igual o superior a las cuantías que se indican para tipo de contrato conforme al umbral comunitario, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador.

C).- Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades.

Son contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de servicios definidos conforme a lo previsto en los artículos 6 y 10 de la LCSP, respectivamente, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:

a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.150.000 euros.

b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 206.000 euros.

II).- Sin embargo, no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes:

a) Los que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, por parte de los organismos de radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión.

b) Los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.

c) Los incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 296 del Tratado

Constitutivo de la Comunidad Europea que se concluyan en el sector de la defensa.

d) Los declarados secretos o reservados, o aquéllos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado.

La declaración de que concurre esta última circunstancia deberá hacerse, de forma expresa en cada caso, por el titular del Departamento ministerial del que dependa el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, o por el órgano al que esté atribuida la competencia para celebrar el correspondiente contrato en las Entidades locales. La competencia para efectuar esta declaración no será susceptible de delegación, salvo que una ley expresamente lo autorice.

e) Aquellos cuyo objeto principal sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones.

## **2. Contratos y negocios excluidos**

### ***2. 1. Introducción***

La relación de contratos excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, fue objeto de sucesivas redacciones, fundamentalmente como consecuencia de las diferentes sentencias de condena a España, y aún cuando mantiene una regulación muy similar, introduce algunas novedades, en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 4.

La Ley de Bases de Contratos del Estado anterior, definía en su Base II, que los contratos que tuvieran un objeto diferente de los enumerados en la Base I (obras, servicios o suministros), quedaban fuera de la referida Ley, y se regirían por sus normas especiales.

En base a esa norma habilitante se expuso el art.2 de la Ley de contratos, que nos hacía una enumeración, que posteriormente ha sido recogida básicamente por el Art. 3 de la L.C.A.P., y actualmente en el art. 4 de la LCSP.

### ***2. 2. Ambito de los contratos y negocios excluidos***

Nos dice que Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

a) La relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral.

De estos los 1º se han suprimido los denominados servicios en general que estaban regulados por los Decretos 1005/7 de 4 de Abril, sobre Asistencia Técnicas, y el

D.1.465/85, de 17 de Julio, sobre contratos específicos, y que antes estaban regulados por el Decreto 1.742/66, de 30 de Junio sobre contratación de personal por la Administración Civil de Estado, a que se aludía en los art. 6 y 7 de la ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/64, de 7 de Febrero. Actualmente han sido elevados a la categoría de Ley en los art. 197 al 219 de la L.C.A.P.

Hay una curiosidad Sentencia de 11 de Diciembre de 1.974, que define el contrato de Asistencia Técnica de redacción de un proyecto por un arquitecto como de naturaleza privada. La Sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo de Granada del T. S de Justicia de 23 07 90, dictamina que “la prestación de servicios profesionales de duración limitada aunque prorrogable a voluntad de ambas partes contratantes catalogadas por ellas mismas como de naturaleza civil, sin carácter administrativo y sometido a las normas de Derecho Privado, por lo que es evidente dado su carácter de contrato típico de arrendamiento del Servicio, que corresponde a la Jurisdicción civil ordinaria. Criterio que es contrario al determinado por S.T.S de 14 2 85, que define como Administrativo un contrato “al no darse una diferencia nítida de contenido esencial”, y entra la prestación de servicios dentro del derecho laboral o administrativo.

Se plantean los distintos contratos de personal, y la diferencia con otros contratos administrativo de prestación de servicios.

b) Las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general.

Es claro que podríamos aquí incluir una gran variedad de servicios (agua, educación, transporte, etc.).

Se reitera aquí que el examen de estos tipos de contratos nos enseñan la gran variedad de ellos, que prácticamente ocupan la vida del ciudadano, y que hacen que la administración entre en todas ellas.

Entendemos el concepto de Servicio Público como lo define el T.S en Sentencia de 21 2 79, como “expresión en el amplio sentido de intereses públicos o comunes” a cuya satisfacción tienda, de algún modo, la relación contractual de que se trate”.

c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.

d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

e) Los convenios incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que se concluyan en el sector de la defensa.

- f) Los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de derecho internacional público.
- g) Los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos de derecho público dependientes de las Administraciones públicas cuya actividad tenga carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley.
- h) Los contratos y convenios derivados de acuerdos internacionales celebrados de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea con uno o varios países no miembros de la Comunidad, relativos a obras o suministros destinados a la realización o explotación conjunta de una obra, o relativos a los contratos de servicios destinados a la realización o explotación en común de un proyecto.
- i) Los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas.
- j) Los contratos y convenios adjudicados en virtud de un procedimiento específico de una organización internacional.
- k) Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación.
- l) Los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones relativas a la gestión financiera del Estado, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería.
- m) Los contratos por los que un ente, organismo o entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato.
- n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.
- o) Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

p) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial. En estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos, si el valor estimado de las mismas es superior al 50% del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad, pues en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en la propia Ley.

q) Los contratos de servicios y suministro celebrados por los Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva.

Todos estos contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

### 3. Revisiones de decisiones en materia de contratación

Una de las novedades más importantes incluidas en la legislación de contrato, era la relativa a un sistema de recursos que cumpliera lo previsto en la normativa comunitaria. En ese sentido el Artículo 37, se refiere al Recurso especial en materia de contratación., aún cuando lo limita para determinado tipos de contratos.

*Así nos dice que las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros( hoy 206.000 euros), o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos. No se dará este recurso en relación con los actos dictados en procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 97.*

*Serán susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de*

*trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.*

Cuestión diferente es las observaciones que sobre defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los anteriores, que podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación provisional.

El recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores.

Serán competentes para resolver el recurso especial el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública. En este último caso, cuando la entidad contratante esté vinculada con más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la primeramente concedida.

Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá el correspondiente recurso.

El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación será de diez días hábiles, contados a partir del siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto impugnado. En el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación provisional del contrato, el plazo se contará desde el día siguiente a aquél en que se publique el mismo en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, conforme a lo señalado en el artículo 135.4.

La presentación del escrito de interposición deberá hacerse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. La subsanación de los defectos de este escrito deberá efectuarse, en su caso, en el plazo de tres días hábiles.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia prevista en el artículo 96, el plazo para la interposición del recurso será de siete días hábiles y el de subsanación, de dos días hábiles.

Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato. No obstante, si el recurso se hubiese interpuesto contra el acto de adjudicación provisional de un acuerdo marco del que puedan ser parte un número no limitado de empresarios, el órgano competente para resolverlo podrá levantar la suspensión una vez transcurridos cinco días hábiles desde su interposición.

Interpuesto el recurso, se dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y se reclamará el expediente, en su caso, a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, que deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Los licitadores tendrán, en todo caso, la condición de interesados en el procedimiento de recurso.

Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose la resolución a todos los interesados. En todo caso, transcurridos veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida en el apartado 7, en su caso.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental.

Si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 135.4, segundo párrafo, relativo a la presentación de la documentación administrativa, y la constitución de la garantía.

Contra la resolución del recurso solo procederá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Se pueden tomar determinadas medidas provisionales, conforme al art. 38, de la LCSP. Así en los procedimientos para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto afectados por decisiones adoptadas por la Administración o entidad contratante y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación. Esta solicitud podrá formularse al tiempo de presentarse el recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo anterior o, de forma independiente, con anterioridad a su interposición.

Serán órganos competentes para adoptar las medidas provisionales los mismos órganos señalados anteriormente.

La decisión sobre las medidas provisionales deberá producirse dentro de los dos días hábiles siguientes, a la presentación del recurso o escrito en que se soliciten, entendiéndose denegada esta petición en el caso de no recaer resolución expresa sobre el particular en este plazo.

Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

Las medidas provisionales que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.

Por otra parte los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un Arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.

## **4. Las partes del contrato**

### ***4. 1. Introducción***

La nueva ley , realiza un cambio en cuanto a la estructura de la ley, y a pesar de que en el Título II del libro I, se refiera en su Capítulo I al Órgano de Contratación, lo hace sólo para señalar los términos de la representación de los entes, organismo y entidades del sector público en el sentido de atribuir a los mismos la competencia contractual, al responsable del contrato y al perfil de contratante, sin embargo todo lo relativo a la definición, competencia, autorización, desconcentración y abstención y recusación, se desarrolla en el Libro V denominado Organización administrativa para la gestión de la contratación, y que se regula en los artículos 291 a 294.

### ***4. 2. Responsable del contrato***

Los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él (Art. 41).

En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato se entenderán sin perjuicio de las que corresponden al Director Facultativo conforme con lo dispuesto en el Capítulo V del Título II del Libro IV.

La figura a que se refiere el precepto, ya existía, con la denominación de responsable de contrato.

### ***4. 3. Perfil de contratante***

Nos dice el artículo 42 de la LCSP, que con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por la Ley o por las normas autonómicas de desarrollo o en los que así se decida voluntariamente, los órganos de contratación difundirán, a través de INTERNET, su perfil de contratante.

Necesariamente deberá determinarse la forma de acceso al perfil de contratante que deberá especificarse en las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público, en la Plataforma de Contratación del Estado y en los pliegos y anuncios de licitación

En ella se podrá incluir:

El anuncio de información previa con el fin de dar a conocer las características esenciales de los contratos de obras de importe superior a 5.150.000 euros; contratos de suministro o los contratos de servicios superior a 750.000 euros, con los efectos de reducción de plazo para

la presentación de proposiciones cuando sea exigible la publicación en el DOUE, siempre que lo comunique previamente a la Comisión Europea y al B.O.E., por medios electrónicos. En el anuncio se indicará la fecha en la que se haya enviado esta comunicación.

Igualmente las convocatorias de licitaciones sustituyendo a la que debe efectuarse en el BOE o BOJA, en los negociados con publicidad, cuando el valor estimado sea superior a 200.000 euros, si se trata de contrato de obra o a 60.000 euros en otro tipo de contrato. Las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados y cualquier otra de tipo general como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación.

Las adjudicaciones provisionales de los contratos en todo caso.

La adjudicación definitiva, cuando la cuantía sea superior a 100.000 euros y en los contratos de gestión de servicios públicos que el plazo de duración exceda de 5 años, y deberá publicarse, además en el BOE o en el BOJA. Sin perjuicio que si está sometido a regulación armonizada, se publique además en el DOUE y en el BOE.

#### **4. 4. Capacidad y solvencia del empresario**

##### ***4. 4. 1. La capacidad y solvencia de las empresas***

La Ley de Contratos del Sector, ha regulado en su Capítulo II, lo que denomina la Capacidad solvencia del empresario, distinguiendo por un lado la aptitud para contratar con el sector público, art. 43 al 60, de la acreditación de la aptitud para contratar, pero de momento y en tanto no se modifique por el futuro reglamento por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/20021, de 12 de octubre (BOE de 26 de octubre de 2001), que en su Título II, los Requisitos para contratar con la Administración, y que a su vez lo divide en 3 capítulos, de igual denominación:

CAPÍTULO PRIMERO: DE LA CAPACIDAD Y SOLVENCIA DE LAS EMPRESAS

CAPÍTULO II: DE LA CLASIFICACIÓN Y REGISTRO DE EMPRESAS

CAPÍTULO III: DE LAS GARANTÍAS EXIGIBLES EN LOS CONTRATOS.

Los dos primeros se refieren a los requisitos de los contratistas, y el tercero es requisito previo para poder contratar con la administración que reúne los dos primeros.

La Ley de Contratos del Sector Público, ha regulado con carácter general la capacidad y solvencia de las empresas (art. 43 a 48 L.C.S.P.), con una regulación más extensa de los diferentes tipos de solvencia (art. 53 a 53 y 63 a 71 L.C.S.P.) y las prohibiciones para contratar (art.49 a 50 y 62 L.C.S.P.), requisitos para empresas extranjeras no comunitarias (art. 44 L.C.S.P.), y las Uniones Temporales de Empresas (art. 48 L.C.S.P.).

Por otro lado el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre citado complementa (dado que el nuevo reglamento, a diferencia de textos anteriores no “repite” los contenidos de la Ley, sino desarrolla aquellos aspectos que el legislador ha considerado que necesitaba el mismo), en sus artículos 9 al 24 la capacidad de las empresas.

Con ello, viene a dar como resultado una mayor concreción en los conceptos de solvencia y capacidad para contratar.

#### **4. 4. 1. 1. Capacidad para contratar**

##### *4.4.1.1.1. Introducción*

El artículo 43 de la L.C.S.P., nos dice que “Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”, de la que hablaremos más adelante.

A la vista de lo anterior podemos hacer la distinción por un lado de la capacidad de obrar, y por otro la solvencia.

Entiende la Ley la capacidad de obrar en un sentido negativo más que positivo, al fijar los supuestos de prohibición de contratar (Art. 49 L.C.S.P.) más que los que permiten lo contrario. Es indudable que hay una presunción de capacidad.

Habrà por tanto que analizar que es la capacidad de obrar tanto en un sentido positivo como en un sentido negativo.

##### *4. 4. 1. 1. 2. Concepto*

Por un lado hay que tener en cuenta que el concepto de capacidad se presume siempre, y así lo ha entendido la jurisprudencia, que nos dice que “Constituye un principio general e indiscutido de derecho, consagrado por el CC y confirmado por la doctrina jurisprudencial, el que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que su incapacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo.” (STS 18 3 88), y precisa un pronunciamiento expreso de su incapacidad, así nos dice otra que “La capacidad mental se presume siempre, mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, pudiendo ser declarada la incapacidad sólo por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en el art. 199 CC”.(Sentencia AP Barcelona 16 12 91). O la de 28 de junio de 1990, que reitera otras muchas, que nos dice que “La capacidad mental para poder prestar consentimiento se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose, en consecuencia, una cumplida demostración mediante una adecuada

prueba directa (Cfr. TS 1. SS 10 Feb. 1986, 10 Abr. 1987, 26 Sep. 1988 y 20 Feb. 1989), por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas de hombre (presumptio hominis o presumptio facti), contempladas en el art. 1253 CC” (enlace preciso y directo según el criterio humano). (STS 28.6.90).

Igualmente cuando se refiere a las personas jurídicas, así nos dice que “El ordenamiento, al otorgar personalidad jurídica a una determinada organización patrimonial o personal, le reconoce la necesaria capacidad, tanto jurídica como de obrar, y la jurisprudencia, a partir de la TS S 5 Nov. 1959, consagra definitivamente el principio de capacidad general de las personas jurídicas, afirmando que gozan de una capacidad plena y general, y, por tanto, el fin de ellas no constituye por sí un límite de su capacidad, en el sentido de que sólo existe en el círculo cerrado de su fin, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten en su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos.” (STS 27.6.96) o resulta anulables si son actos ajenos al objeto social, según Sentencia de la Audiencia Nacional de 10/12/91, aunque ello hay que matizarlo cuando nos referimos a la contratación con la administración, que expresamente exige en algunos supuestos que el objeto social tenga entre sus fines la actividad como ocurre en los contratos de Consultoría del art. 198.1 de la L.C.A.P.

Incluso como veremos se dan caso de Uniones temporales de empresas que a pesar de no tener personalidad jurídica propia, por una ficción legal, se le otorga la capacidad de obrar. Así nos dice la jurisprudencia que “El que las agrupaciones temporales de empresas no gocen, si bien pudieran perfectamente gozar, llenando las condiciones oportunas, de personalidad jurídica, no supone obstáculo alguno para que las mismas posean la suficiente capacidad para contratar con la Administración, por cuanto la LCE( hoy L.C.A.P.), superando criterios formalistas y aun dando por supuesta su condición de uniones sin personalidad, las dota de las necesarias capacidad jurídica y de obrar, cumpliendo los requisitos establecidos por ella, para que puedan válidamente contratar, cual si de entidades con personalidad jurídica se tratara.( STS 16 11 93).

Capacidad que debe ser materia reservada a la Ley, como nos dice la sentencia siguiente, “La capacidad para contratar, y todo lo que sobre ella incide, como son las prohibiciones para contratar, constituyen materia reservada en la ley, conclusión que, además de no ser dudosa, se encuentra avalada por la realidad normativa”; y así, establecida tal conclusión, y relacionándola con la cualidad de la norma impugnada, es patente la nulidad de ésta, pues es clara la improcedencia de introducir prohibiciones de contratar mediante normas que tengan rango inferior a la ley” (STS 20 12 95). En el mismo sentido numerosas sentencias, y por citar las de 18/9/96, 9/3/99, 2/6/99 y 15/6/99.

Por tanto partiendo de la presunción de la capacidad de obrar, habrá que distinguir los supuestos de la capacidad de obrar del empresario individual, de la empresa persona jurídica, por cuanto en éste segundo supuesto la norma sí ha ido perfilando cuando se puede entender acreditada su capacidad.

Así, en el supuesto de persona jurídica, la Ley de Contratos del Sector Público, nos dice en su artículo 61 que *“1. La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate.”*

Por otra parte, la capacidad de obrar de las empresas no españolas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo se acreditará mediante la inscripción en los Registros o presentación de las certificaciones que se indican en el anexo I del Reglamento, de acuerdo con las disposiciones comunitarias de aplicación, en función de los diferentes contratos.

*“2. La capacidad de obrar de los empresarios no españoles que sean nacionales de Estados miembros de la Unión Europea se acreditará por su inscripción en el registro procedente de acuerdo con la legislación del Estado donde están establecidos, o mediante la presentación de una declaración jurada o un certificado, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de acuerdo con las disposiciones comunitarias de aplicación”.*

Para que estas empresas puedan acogerse a lo dispuesto en el art. 61.2 de la Ley deberán cumplir el requisito de no hallarse clasificadas, ni con clasificación suspendida o anulada.

En cuanto a las restantes empresas extranjeras, se acreditará mediante informe expedido por la Misión Diplomática Permanente u Oficina Consular de España del lugar del domicilio de la empresa, en la que se haga constar, previa acreditación por la empresa, que figuran inscritas en el Registro local profesional, comercial o análogo o, en su defecto, que actúan con habitualidad en el tráfico local en el ámbito de las actividades a las que se extiende el objeto del contrato.

*“3. Los demás empresarios extranjeros deberán acreditar su capacidad de obrar con informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa.”*

En estos supuestos, además, deberá acompañarse informe de la Misión Diplomática Permanente de España o de la Secretaría General de Comercio Exterior del Ministerio de Economía sobre la condición de Estado signatario del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, siempre que se trate de contratos de cuantía igual o superior a la de obligatoria de publicidad en el DOCE, el informe de reciprocidad, es decir (art. 9 y 10 RGCAP).

Además en los contratos de obra, deberán tener sucursal abierta en España (art. 44.2 LCAP).

#### *4. 4. 1. 1. 3. Prohibiciones para contratar*

Pero el hecho de que exista una capacidad genérica para contratar, como decíamos anteriormente, sin embargo en los supuestos de contratos con la administración, no es suficiente esa capacidad, sino que además se han de cumplir dos condiciones más, no estar incurso en algunos de los supuestos de prohibición para contratar y reunir los requisitos de solvencia.

Entrando en los supuestos de prohibición para contratar con la Administración, el art. 49 de la L.C.S.P. intenta una enumeración de cuales, que no resulta completa, por cuanto a lo largo del articulado nos encontramos otros supuestos, y distinguiendo entre el sector público, con carácter general, además de supuestos concretos cuando se refieren a la Administración Pública.

En ese sentido la nueva Ley de Contratos, regula en su artículo 49 aquellos supuestos en que con carácter categórico, al afirmar “No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:”

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo. Supone una extensión sobre la regulación anterior. Entiendo que la aplicación de éste precepto no es automática, salvo que la propia sentencia o resolución contenga pronunciamiento expreso sobre el alcance de la prohibición, (art. 17 RGCAP), en caso contrario deberá iniciarse el correspondiente expediente administrativo, que determinará su alcance, con audiencia al interesado, dando traslado de ello para la resolución correspondiente a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma.(art. 18 RGCAP), correspondiendo su declaración de al Ministro de Economía y Hacienda, y que revestirá carácter general para todas las Administraciones Públicas, al tener carácter básico el precepto (art. 18.1 y D. Final 1ª del RGCAP), al igual que el apartado c) que comentaremos.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley 22/2003, de 9

de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso. Cuyo alcance y procedimiento es igual que el anterior (art. 17 RGCAP).

c) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, o en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, en el Texto Refundido de la Ley de aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

En principio le es de aplicación los mismos supuestos del apartado a) citado. (art. 17 RGCAP), no obstante Por Resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado de 19/4/2002,( BOE de 23/4/2002), se publica el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 18/4/2002, en el que se hace una interpretación de éste apartado c), que es equivalente al apartado d) de la ley anterior, y nos dice entre otras cosas que las referencia a la normativa del mismo, hoy hay que hacerlas al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido sobre infracciones y Sanciones en el Orden Social, que deroga expresamente, con efectos de 1 de enero de 2001, la Ley 8/88, de 7 de abril, y los artículos 42 y 45 de la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales., y además y ello es importante, que debe entenderse que a los efectos de la aplicación de la apreciación automática, nunca lo puede ser, en virtud del principio de jerarquía normativa, sino que requerirá la instrucción del correspondiente expediente, cuya resolución corresponderá en todo caso al Ministro de Hacienda, a propuesta de la Junta Consultiva., y en el que habrá dos trámites de audiencia, uno en el expediente incoado por el órgano gestor, y otro por la Junta Consultiva.

Además que se iniciará el expediente cuando sea firme en vía jurisdiccional, no administrativa.

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen.

Con referencia al momento en que se ha de estar al corriente nos dice la jurisprudencia que “La más elemental exégesis del art. 9.2 LCE (hoy art. 20 L.C.A.P.), tras la modificación introducida por el R.D. Leg. 931/1986 de 2 Mayo. (adaptación de la LCE a las directivas de la CEE), conduce a que la exigencia de no estar incurso el contratista en procedimiento de apremio como persona deudora del Estado o de sus Organismos Autónomos ha de ir referida inexorablemente al lapso temporal anterior o simultáneo a la perfección de la relación contractual, porque una vez

perfeccionada la figura contractual pactada, es claro que ésta ha nacido a la vida jurídica con plenos efectos para la exigibilidad de los derechos y obligaciones consensuales, y la posterior concurrencia de dicha causa de incapacidad generadora de la nulidad del contrato tiene pues que ser hecha valer como causa de resolución o rescisión del mismo.(STS 6 7 90).

Este precepto ha sido regulado de manera amplia en los art. 13 y 14 del Reglamento General de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas, que viene a reiterar lo previsto en el Real Decreto 390/96, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, derogado a partir del día 26/4/2002.

En su Artículo 13 al definir las obligaciones tributarias, nos dice que: A efectos de lo previsto en el artículo 20.f) de la Ley se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias cuando, en su caso, concurran las siguientes circunstancias:

- a) Estar dada de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, cuando ejerzan actividades sujetas a dicho impuesto. Con la redacción dada por el Reglamento, existían dudas de interpretación sobre el ámbito territorial, entendiéndose que se refiere al existente previo a la licitación, es decir, donde ejerza la actividad anteriormente, con independencia, de si no está éste nuevo contrato dentro del ámbito territorial, deberá lógicamente darse de alta en dicho ámbito.
- b) Haber presentado, si estuvieran obligadas, las declaraciones por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de Sociedades, según se trate de personas o entidades sujetas a uno u otro impuesto personal, así como las correspondientes declaraciones por pagos fraccionados, a cuenta y retenciones que en cada caso procedan.
- c) Haber presentado, si estuvieran obligadas, las declaraciones periódicas por el Impuesto sobre el Valor Añadido, así como la declaración resumen anual.
- d) No tener con el Estado deudas de naturaleza tributaria en período ejecutivo o, en el caso de contribuyentes contra los que no proceda la utilización de la vía de apremio, deudas no atendidas en período voluntario. Sin embargo, a los efectos de expedición de las certificaciones reguladas en el artículo 15 del Reglamento, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de las correspondientes liquidaciones (art. 13.3 RGCAP).
- e) Además, cuando el órgano de contratación dependa de una Comunidad Autónoma o de una entidad local, que no existan deudas de naturaleza tributaria con la respectiva Administración autonómica o local, en las mismas condiciones fijadas en el párrafo d).

Las circunstancias indicadas en los párrafos b) (declaraciones del impuesto de Renta o Sociedades) y c) (declaraciones del IVA), se refieren a declaraciones cuyo plazo reglamentario de presentación hubiese vencido en los doce meses precedentes al mes inmediatamente anterior a la fecha de solicitud de la certificación, y que deberá tener el carácter de positivo.

En cuanto al artículo 14, con respecto a las obligaciones de Seguridad Social, nos dice, que a los mismos efectos previstos en el artículo 20 de la Ley, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social cuando, en su caso, concurren las siguientes circunstancias:

- a) Estar inscritas en el sistema de la Seguridad Social y, en su caso, si se tratare de un empresario individual, afiliado y en alta en el régimen que corresponda por razón de la actividad.
- b) Haber afiliado, en su caso, y haber dado de alta, a los trabajadores que presten servicios a las mismas.
- c) Haber presentado los documentos de cotización correspondientes a las cuotas de Seguridad Social y, si procediese, de los conceptos de recaudación conjunta con las mismas, así como de las asimiladas a aquellas a efectos recaudatorios, correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha de solicitud de la certificación.
- d) Estar al corriente en el pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social.

A los efectos de la expedición de las certificaciones reguladas en el artículo 15 del RGCAP, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas.

Las certificaciones que se expidan tendrán que especificar si son de carácter “positiva”, cuando se han cumplido las obligaciones o negativas, en cuyo caso deberá indicarse cuales son las obligaciones incumplidas (art. 15.2.b) RGCAP).

Las certificaciones serán expedidas en el plazo máximo de 4 días hábiles, quedando a disposición del solicitante en el órgano correspondiente (art. 15.3 RGCAP).

Las certificaciones expedidas se realizan a los solos efectos de la presentación a licitación, sin que produzcan efectos de interrumpir o suspender plazos de prescripción, ni medio de notificación de procedimientos que estuvieren en curso, y sin que el carácter que defina determine posteriores actuaciones de comprobación o investigación (art. 16 RGCAP).

El certificado tendrá una validez de 6 meses desde la expedición del documento (ART. 16.3 RGCAP).

- e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 130.1.c) o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 59.4 y en el artículo 305.

La competencia corresponde a la administración contratante pero en propio ámbito, conforme al art. 18.2 del RGCAP

- f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del

Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.

Las incompatibilidades “debe mantenerse durante todo el tiempo contractual, de tal suerte, que la incompatibilidad sobrevenida después de la perfección del contrato da lugar a la extinción del mismo” ( STS 24 4 89), debiendo “Las incompatibilidades establecidas en el art. 5 RCCL (que hoy hay que trasladar al art. 20 de la L.C.A.P., pero que nos vale como criterio interpretativo) han de interpretarse en sus términos estrictos, que no pueden ampliarse a supuestos no previstos en ellos, de modo que cuando el precepto establece las incompatibilidades que indica, a ellas y sólo a ellas debe atenerse el intérprete”, siendo de observar que lo que las mismas prohíben es que los diputados, los concejales y en general los miembros de la Corporación Local o/y sus parientes hasta el tercer grado y los funcionarios públicos en activo de la propia Administración puedan ser contratistas de obras y servicios públicos; pero lo que el precepto no impide es que los diputados y los miembros de la Corporación, o sus parientes y los funcionarios de la misma puedan alquilar o vender a la Corporación un inmueble de su pertenencia si tal inmueble interesa a aquélla, siempre y cuando se respeten las reglas y las formalidades de la contratación administrativa y el miembro de la Corporación interesado se abstenga de intervenir en la formación de la voluntad del órgano corporativo, cumpliendo con su deber de abstención. (STS 30 10 90), con independencia de que como reconoce la S.T.S. de 25/6/99, la incompatibilidad desde la Administración Local es la de la legislación de contratos.

Hay que tener en cuenta la reciente sentencia, aún cuando referida a la ley hoy derogada, que nos dice que “El art. 6 L 25/1983 de 26 Dic. (incompatibilidades de altos cargos) establece que los altos cargos a que se refiere el art. 1 podrán ejecutar determinadas actividades de representación en empresas u organismos con capital público. Pero ni en el expediente administrativo, ni en los autos del caso, existe la menor constancia de que los directores generales de la Administración Pública, que forman parte de la sociedad adjudicataria del contrato administrativo, estén autorizados, habilitados o facultados para desempeñar puestos directivos en esa entidad mercantil. Pero en el hipotético caso de que así fuese, es lo cierto que tal situación privilegiada no permite afirmar que la prohibición de contratar no rige para ellos; el hecho de que estuvieren autorizados gubernativamente para formar parte de la sociedad puede significar, a lo sumo, que se encuentran al abrigo de posibles consecuencias derivadas de la vulneración del principio general de incompatibilidad. Pero la incapacidad para contratar con la Administración queda intacta, porque lo que persigue la LCE imponiendo tal incapacidad o prohibición es evitar las consecuencias negativas que pueden derivarse del hecho de que una de las dos partes, por su vinculación con la Administración, rompa o puede romper la

deseable y legítima aspiración de neutralidad e imparcialidad de la Administración a la hora de adjudicar sus contratos (De los Considerandos de la sentencia apelada, aceptados) (STS 5 2 96). Situación que no tiene nada que ver cuando se refiere a que ocupen puestos del Consejo de Administración como consecuencia del cargo, porque en éste caso es precisamente la norma la que posibilita su existencia.

g) Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el incumplimiento a que se refiere el artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo.

Además de las prohibiciones anteriores, que son de aplicación general, el apartado 2º incorpora otros supuestos que son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas las siguientes:

a) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una Administración Pública. A diferencia de los anteriores, sólo afecta a la Administración que haya dictado la correspondiente resolución, y se dictará por la Administración que hubiere celebrado el contrato, sin perjuicio de su comunicación a la Junta Consultiva si se considerare, a la vista del daño causado, que procede su extensión con carácter general por el Ministerio de Hacienda (art. 18.2 RGCAP).

b) Haber infringido una prohibición para contratar con cualquiera de las Administraciones públicas.

La competencia corresponde a la administración contratante pero en propio ámbito, conforme al art. 18.2 del RGCAP.

c) Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

d) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación definitiva del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el artículo 135.4 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.

e) Haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 102, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta Ley, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario.

Importante novedad, incluye el apartado 3 del art. 49 al señalar que “Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas”.

En cuanto a la declaración de la prohibición de contratar y los efectos, viene desarrollado en el art. 50 de la ley, al señalar:

1. “Las prohibiciones de contratar contenidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del artículo anterior, y c) de su apartado 2, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

La prohibición de contratar por la causa prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, siempre que la sentencia se pronuncie sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas. Cuando la sentencia no contenga pronunciamiento sobre la prohibición de contratar o su duración, la prohibición se apreciará directamente por los órganos de contratación, pero su alcance y duración deberán determinarse mediante procedimiento instruido de conformidad con lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo.

En los restantes supuestos previstos en el artículo anterior, la apreciación de la concurrencia de la prohibición de contratar requerirá la previa declaración de su existencia mediante procedimiento al efecto.

2. En los casos en que, conforme a lo señalado en el apartado anterior, sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de ésta se determinarán siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos. La duración de la prohibición no excederá de cinco años, con carácter general, o de ocho años en el caso de las prohibiciones que tengan por causa la existencia de una condena mediante sentencia firme. Sin embargo, las prohibiciones de contratar basadas en la causa prevista en la letra d) del apartado 2 del artículo anterior subsistirán, en todo caso, durante un plazo de dos años, contados desde su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, y las impuestas por la causa prevista en la letra e) del mismo apartado no podrán exceder de un año de duración.

El procedimiento de declaración no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de tres años contados a partir de las siguientes fechas:

- a) desde la firmeza de la resolución sancionadora, en el caso de la causa prevista en la letra c) del apartado 1 del artículo anterior;
- b) desde la fecha en que se hubieran facilitado los datos falsos o desde aquélla en que hubiera debido comunicarse la correspondiente información, en los casos previstos

- en la letra e) del apartado 1 del artículo anterior;
- c) desde la fecha en que fuese firme la resolución del contrato, en el caso previsto en la letra a) del apartado 2 del artículo anterior;
- d) desde la fecha de formalización del contrato, en el caso previsto en la letra b) del apartado 2 del artículo anterior;
- e) en los casos previstos en la letra d) del apartado 2 del artículo anterior, desde la fecha en que se hubiese procedido a la adjudicación provisional del contrato, si la causa es la retirada indebida de proposiciones o candidaturas; o desde la fecha en que hubiese debido procederse a la adjudicación definitiva, si la prohibición se fundamenta en el incumplimiento de lo establecido en el artículo 135.4.

En el caso de la letra a) del apartado 1 del artículo anterior, el procedimiento, de ser necesario, no podrá iniciarse una vez transcurrido el plazo previsto para la prescripción de la correspondiente pena, y en el caso de la letra e) del apartado 2, si hubiesen transcurrido más de tres meses desde que se produjo el incumplimiento.

3. La competencia para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar en el caso de la letra a) del apartado 1 del artículo anterior, así como para declarar la prohibición de contratar en el supuesto contemplado en la letra c) del mismo apartado corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, que dictará resolución a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. La prohibición así declarada impedirá contratar con cualquier órgano de contratación.

En el supuesto previsto en la letra e) del apartado 1 del artículo anterior la declaración de la prohibición corresponderá a la Administración o entidad a la que se deba comunicar la correspondiente información; en los casos contemplados en las letras a), d) y e) del apartado 2, a la Administración contratante; y en el supuesto de la letra b) de este mismo apartado, a la Administración que hubiese declarado la prohibición. En estos casos, la prohibición afectará a la contratación con la Administración o entidad del sector público competente para su declaración, sin perjuicio de que el Ministro de Economía y Hacienda, previa comunicación de aquéllas y con audiencia del empresario afectado, considerando el daño causado a los intereses públicos, pueda extender sus efectos a la contratación con cualquier órgano, ente, organismo o entidad del sector público.

4. La eficacia de las prohibiciones de contratar a que se refieren las letras c) y e) del apartado 1 del artículo anterior, así como la de las establecidas en su apartado 2, estará condicionada a su inscripción o constancia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda. Igualmente la eficacia de la resolución que determine el alcance y duración de la prohibición de contratar derivada de la causa prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo anterior estará condicionada a su inscripción.

5. A los efectos de la aplicación de este artículo, las autoridades y órganos competentes notificarán a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y a los

órganos competentes de las Comunidades Autónomas, las sanciones y resoluciones firmes recaídas en los procedimientos mencionados en el artículo anterior, así como la comisión de los hechos previstos en la letra e) de su apartado 1 y en las letras b), d) y e) de su apartado 2, a fin de que se puedan instruir los expedientes previstos en este artículo o adoptarse las resoluciones que sean pertinentes y proceder, en su caso, a su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que sea procedente. Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado podrá recabar de estas autoridades y órganos cuantos datos y antecedentes sean precisos a los mismos efectos.

#### **4. 4. 1. 2. Solvencia**

Por otro lado conforme al artículo 51 L.C.S.P. será necesario la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, que se sustituye por la clasificación en los casos en que con arreglo a la L.C.S.P. sea exigible, es decir dentro del ámbito de la Administración Pública y que se justificará mediante o varios de los medios que vamos a exponer.

La necesidad de acreditar la solvencia para cada tipo de contrato, no es más que una condición añadida a la de la capacidad para contratar, y ello en base a las características de los contratos que celebra el sector público.

La acreditación de la solvencia, por tanto tiene dos formas de realizarse: Por un lado para los contratos del sector público con carácter general mediante los documentos que señalaremos, y para la administración pública, en los supuestos que conforme al art. 54 de la L.C.S.P., es decir para los contratos de obras de importe igual o superior a *350.000 euros*, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a *120.000 euros*, que se realiza mediante un documento formal denominado clasificación, y para los demás casos, que deberá acreditarse mediante los documentos que regulan los art. 63 al 71 de la misma ley.

Ello no impide que la administración pueda exigir otros requisitos para un determinado contrato, como expone la S.T.S. de 15 7 96. “La clasificación del contratista le habilita para concurrir a los contratos que pretenda realizar la Administración, si bien ello no implica que la Administración no pueda introducir requisitos específicos por vía de condiciones particulares, posibilidad ésta que está contemplada en los arts. 110 y 312 RCE. Pero tanto por la naturaleza de los pliegos de condiciones particulares, como por el contenido de los citados arts. 110 y 312, tales criterios objetivos han de ser: precisos, justificados y habrán de tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: experiencia en modernas tecnologías, programación de la obra, instalaciones disponibles y criterios análogos”. Hay que tener en cuenta que el art. 110 se refería a la Admisión Previa hoy desaparecida, pero que se mantiene en el Procedimiento Restringido.

La Ley, cuando no se exige una clasificación determinada, por no superar la cuantía, no fija un criterio determinado de acreditar la solvencia, sino que enumera varios, lo que permite, utilizarlos de manera individual o conjuntamente, dado que lo importante es

justificar documentalmente la capacidad para la ejecución del contrato concreto que se licita, por ello en todo caso es en el anuncio donde se precisarán los medios que vayan a ser utilizados de entre los previstos en los art. 64 a 68 (art. 51.2 L.C.S.P.)

#### *4. 4. 1. 2. 1. Solvencia Económica y financiera*

La Solvencia económica y financiera se podrá acreditar por uno o varios de los medios siguientes (Art. 64.1 L.C.S.P.):

- a) Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.
- b) Las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil o en el Registro oficial que corresponda. Los empresarios no obligados a presentar las cuentas en Registros oficiales podrán aportar, como medio alternativo de acreditación, los libros de contabilidad debidamente legalizados.
- c) Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

Si, por una razón justificada, el empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación. Esto es una puerta abierta para poder considerar como suficiente aquellos documentos que cumplan el requisito de garantizar que la empresa podrá hacer frente a las obligaciones contractuales. (64.2 L.C.S.P.).

No ocurre igual con la Solvencia Técnica, que no deja esa posibilidad de sustituir los documentos.

#### *4. 4. 1. 2. 2. Solvencia Técnica en los contratos de obras*

La solvencia técnica en los contratos de obras se podrán justificar por uno o varios de los medios siguientes (Art. 65 L.C.S.P.):

- a) Relación de las obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución para las obras más importantes; estos certificados indicarán el importe, las fechas y el lugar de ejecución de las obras y se precisará si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen término; en su caso, dichos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.
- b) Declaración indicando los técnicos o las unidades técnicas, estén o no integradas en la empresa, de los que ésta disponga para la ejecución de las obras, especialmente los responsables del control de calidad, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes.
- c) Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de las obras.

- d) En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.
- e) Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente.
- f) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de las obras, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente.

#### *4. 4. 1. 2. 3. Solvencia Técnica en los contratos de suministro*

En los contratos de suministro la solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los siguientes medios (Art. 66 L.C.S.P.):

- a) Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario,
- b) Indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad.
- c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.
- d) Control efectuado por la entidad del sector público contratante o, en su nombre, por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos a suministrar sean complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin particular. Este control versará sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación con que cuenta, así como sobre las medidas empleadas para controlar la calidad.
- e) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.
- f) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas.

En los contratos de suministro que requieran obras de colocación o instalación, la prestación de servicios o la ejecución de obras, la capacidad de los operadores económicos para prestar dichos servicios o ejecutar dicha instalación u obras podrá evaluarse teniendo en cuenta especialmente sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad.

#### *4. 4. 1. 2. 4. Solvencia Técnica y profesional en los contratos de servicios*

En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

- a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.
- b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad.
- c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.
- d) Cuando se trate de servicios o trabajos complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, un control efectuado por el órgano de contratación o, en nombre de éste, por un organismo oficial u homologado competente del Estado en que esté establecido el empresario, siempre que medie acuerdo de dicho organismo. El control versará sobre la capacidad técnica del empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación de que disponga y sobre las medidas de control de la calidad.
- e) Las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.
- f) En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.
- g) Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente.
- h) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente.
- i) Indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar.

#### *4. 4. 1. 2. 5. Solvencia Técnica y profesional en los restantes contratos*

La acreditación de la solvencia profesional o técnica en contratos distintos de los de obras, servicios o suministro podrá acreditarse por los documentos y medios que se

indican para los contratos de servicios. Viene a seguir la misma técnica que en la ley anterior, sólo que en ella, los incluía con el actual de servicios.

#### *4. 4. 1. 2. 6. Otras solvencias*

Con independencia de la anterior, la nueva ley, ha señalado dos supuestos relativos a las normas de garantía de calidad ( art. 69 LCSP), y de cumplimiento de normas de gestión medio ambiental (art. 70 LCSP), En los contratos sujetos a una regulación armonizada.

Referente a las normas de garantía de la calidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas europeas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios

En cuanto a la Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, los órganos de contratación podrán exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental, remitiéndose al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación.

Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los empresarios.

### **4. 4. 2. Clasificación registro de las empresas**

#### *4. 4. 2. 1. Disposiciones Generales*

##### *4. 4. 2. 1. 1. Regulación*

La Clasificación y el Registro Oficial de Contratistas viene regulado en los art. 54 a 60 L.C.S.P., pero para su desarrollo las diferentes clasificaciones han sido objeto de nueva regulación en los artículos y en los artículos 25 al 54 del RGCAP, en lo que se refiere a la de obras y de servicios, que deroga la anterior normativa, aún cuando mantiene su vigencia temporal en cuanto a la clasificación de servicios, con respecto a aquellos contratistas que la tenga, para lo cual el órgano de contratación tendrá que prever en los

Pliegos de Cláusulas Administrativas las dos clasificaciones, conforme a la Disposición Transitoria única, apartado 2, y mediante la homologación que se recoge en el propio Reglamento.

#### *4. 4. 2. 1. 2. Concepto y alcance*

La Ley de Contratos para las Administraciones Públicas recoge como principio general la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, como requisito para contratar, que se sustituye por el de clasificación en aquellas materias en que así viene regulada (artículo 54 L.C.S.P.).

En estos momentos solo es obligatoria la clasificación en aquellos supuestos de contratos de obras y de servicios, en el contratos de obras de importe igual o superior a *350.000 euros*, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a *120.000 euros* (Art. 54.1 L.C.S.P.).

Excepcionalmente, podrá el Consejo de Ministros autorizar un contrato con empresa no clasificada, previo informe de la Junta Consultiva . En idéntico sentido para las Comunidades Autónomas por sus organismos competentes, que tendría vigencia también para la Administración Local (Art. 55.2 L.C.S.P.)

La clasificación no es algo diferente a los criterios de solvencia de los art. 64 a 70 de la Ley, sino que se ha de basar en sus características fundamentales, indicando la categoría de los contratos cuya adjudicación se pueda concurrir u optar por razón de su objeto y su cuantía (art. 56 de la L.C.S.P.). Es por tanto una elevación a carácter objetivo, y como un criterio de normalización de la documentación a presentar por los licitadores.

Los acuerdos sobre clasificación y revisión de clasificaciones se adoptarán por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, a través de Comisiones Clasificadoras, entenderán en cuantos expedientes se relacionen con la clasificación de las empresas, produciendo tales acuerdos efectos ante cualquier órgano de contratación.

Las clasificaciones acordadas serán revisable a petición de los interesados o de oficio por la Administración en cuanto dejen de ser actuales las bases tomadas para establecerlas (Art. 59 LCSP).

Los acuerdos de clasificación y revisión adoptados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa podrán ser objeto de recurso ordinario ante el Ministro de Economía y Hacienda (Art.57.1 in fine LCSP).

No obstante, los acuerdos sobre clasificación y revisión de clasificaciones para los contratos, que celebren los órganos de contratación de las Comunidades Autónomas, sus organismos autónomos y demás entidades públicas, podrán adoptarse por los correspondientes órganos de dichas Comunidades, que aplicarán las mismas reglas y criterios establecidos en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo (art. 57.2 LCSP).

En relación con los contratos que celebren los órganos de contratación de las entidades locales, sus organismos autónomos y demás entidades públicas surtirán efecto las clasificaciones acordadas por la Comunidad Autónoma respectiva o por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda. Hay que tener en cuenta de la Comunidad Autónoma de Andalucía no ha regulado nada referente a la clasificación de contratista, por lo que le es de aplicación únicamente la normativa del Estado.

La clasificación de las empresas tiene una vigencia indefinida (antes por un plazo de dos años) y se efectuará en función de los elementos personales, materiales, económicos y técnicos de que dispongan respecto de la actividad en que la soliciten y, en su caso, de la experiencia en trabajos realizados directamente en el último quinquenio.(art. 59 LCSP).

No obstante para la conservación de la clasificación, anualmente deberá justificarse la solvencia económica y financer, y cada 3 años la de la solvencia técnica y profesional, debiendo por tanto aportar el empresario la documentación correspondiente, que se deberá desarrollar reglamentariamente.

Las clasificaciones acordadas serán revisables a petición de los interesados o de oficio por la Administración en cuanto dejen de ser actuales las bases tomadas para establecerlas (art. 59.3 LCSP).

En todo caso, el empresario está obligado a poner en conocimiento del órgano competente en materia de clasificación cualquier variación en las circunstancias que hubiesen sido tenidas en cuenta para concederla que pueda dar lugar a una revisión de la misma. La omisión de esta comunicación hará incurrir al empresario en la prohibición de contratar.

Conforme al procedimiento establecido en el art. 47 del Reglamento, el expediente de clasificación de las empresas se iniciará a petición de las mismas, que se presentará mediante formulario tipo, aprobado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que estará integrado por una serie de documentos, que de forma detallada se recoge en el mismo, y que básicamente son: Solicitud de clasificación de la empresa, en la que se acreditará la denominación social correspondiente o el nombre de la persona física en supuestos de empresarios individuales, el domicilio, el número de identificación fiscal y los subgrupos en que desea obtener clasificación, y acompañará los de acreditación de las características jurídicas de la empresa, de la personalidad jurídica y de la capacidad de obrar , teniendo en cuenta que el objeto social de las personas jurídicas deberá comprender las actividades incluidas en los subgrupos en que se solicite clasificación, acreditación de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, distribución del capital social y titularidad del mismo.

Igualmente acompañará los documentos de acreditación de la organización de la empresa, de los medios financieros, de los medios personales de los medios materiales, la experiencia en la ejecución de trabajos relacionados con las actividades de los subgrupos

de clasificación solicitados, y una serie de documentación complementaria, exhaustiva, pero no compleja.

En el supuesto de las uniones temporales de empresarios, serán clasificadas, mediante la acumulación de las características de cada uno de los que integran la unión temporal expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso será requisito básico para la acumulación de las citadas características que todas las empresas que concurran en la unión temporal hayan obtenido previamente clasificación como empresa de obras, o de servicios, en relación con el contrato al que opten, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Europea (art. 52 RGCAP).

La Junta Consultiva podrá solicitar la documentación que estime necesaria de las empresas clasificadas para comprobar las declaraciones y hechos manifestados, al igual que de cualquier Administración Pública (Art. 32 L.C.A.P.).

Las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán exigir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato

#### ***4. 4. 2. 2. Ampliación de las clasificaciones***

Las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán exigir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato

#### ***4. 4. 2. 3. Clasificación de empresas contratistas de obras***

La legislación de contratos, ha regulado sólo dos tipos de clasificaciones, como decíamos anteriormente, por un lado el referido a los contratistas de obras, y por otro el de empresas de servicios.

En lo referente al contrato de obras, la Orden básica de 28 de marzo de 1968, vigente hasta el día 26 de abril de 2002, ha sido derogada, por el Real Decreto que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que mantiene los diferentes grupos, subgrupos y categorías para las obras.

Establece el nuevo Reglamento en su artículo 25 los siguientes grupos:

- A) Movimientos de Tierras y perforaciones: Dentro de dicho grupo se crean 5 subgrupos desde desmontes hasta túneles.
- B) Puentes, viaductos y grandes estructuras, que recoge 4 subgrupos que van desde obras de fábricas a hormigón y metálicos.
- C) Edificaciones, que incluye 9 subgrupos, desde demoliciones hasta estructuras, albañilería o carpintería entre otros.

- D) Ferrocarriles, que incluyen 5 subgrupos, desde tendido de vías hasta su señalización.
- E). Hidráulicas, que incluyen 7 subgrupos desde abastecimientos y saneamientos hasta presas, canales, etc.
- F) Marítimas, que incluyen 8 subgrupos, que van desde Dragados, escolleras, faros, señalizaciones y otra obras marítimas.
- G) Viales y pistas, que incluyen 6 subgrupos desde autopistas hasta señalización y balizamiento viales.
- H) Transportes de productos petrolíferos y gaseosos, que incluyen dos subgrupos, oleoductos y gasoductos.
- I) Instalaciones eléctricas, que incluye 9 subgrupos desde alumbrados, centrales de producción de energía, telecomunicaciones e instalaciones electrónicas entre otras.
- J) Instalaciones mecánicas, que incluye 5 subgrupos, que van desde elevadoras o transportadoras, de calefacción, fontanerías, sanitarias y otras.
- K) Especiales, que incluye 9 subgrupos desde cimentaciones especiales, ornamentaciones, jardinería, restauración de inmuebles histórico artísticos y otros.

Por otra parte el artículo 26.fija las categorías determinadas por su anualidad media, y serán las siguientes:

De categoría a) cuando su anualidad media no sobrepase la cifra de 60.000 euros.

De categoría b) cuando la citada anualidad media exceda de 60.000 euros y no sobrepase los 120.000 euros.

De categoría c) cuando la citada anualidad media exceda de 120.000 euros y no sobrepase los 360.000 euros.

De categoría d) cuando la citada anualidad media exceda de 360.000 euros y no sobrepase los 840.000 euros.

De categoría e) cuando la anualidad media exceda de 840.000 euros y no sobrepase los 2.400.000 euros.

De categoría f) cuando exceda de 2.400.000 euros.

Las anteriores categorías e) y f) no serán de aplicación en los grupos H, I, J, K y sus subgrupos, cuya máxima categoría será la e) cuando exceda de 840.000 euros.

La Clasificación puede ser obviada por Acuerdo del Consejo de Gobierno, pero con carácter restringido según informe de la Junta Consultiva 7/89, de 4 de abril.

Para que un contratista pueda ser clasificado en un subgrupo de tipo de obra, será preciso que acredite, o bien haber ejecutado obras específicas del subgrupo durante los últimos 5 años, de otros subgrupos afines, o de otros subgrupos del mismo grupo que presente mayor complejidad, o se disponga de los medios financieros suficientes, personal técnico y maquinaria o equipos (art. 27 RGCAP).

#### **4. 4. 2. 4. Clasificación de empresas de servicios**

En lo referente al contrato de servicios, la Orden básica de 24 de noviembre de 1982, que desarrollaba el Real Decreto 609/82, de 12 de Febrero, ha sido derogado por el nuevo Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, aún cuando a diferencia del anterior, las empresas clasificadas con respecto a la normativa que se deroga, siguen siendo de aplicación con lo que el órgano de contratación tiene que mantener las dos clasificaciones y reseñar la equiparación en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

Es requisito poseer la clasificación necesaria si el presupuesto excede de 120.000 euros. La Clasificación de los contratistas de servicios, ha sido regulada en el artículo 37 del Reglamento que si sufre una modificación importante con respecto a la anterior, con la curiosidad de que los nuevos grupos siguen el orden continuo al de obra, y son los siguientes:

L) Servicios administrativos, que comprenden 6 subgrupos desde servicios auxiliares para trabajos administrativos de archivo y similares, de gestión de cobros, de encuestas, toma de datos y servicios análogos, lectura de contadores, organización y promoción de congresos, ferias y exposiciones y de servicios de portería, control de accesos e información al público.

M) Servicios especializados, que comprende 8 subgrupos desde higienización, desinfección, desinsectación y desratización, de seguridad, custodia y protección, atención y manejo de instalaciones de seguridad, artes gráficas, de bibliotecas, archivos y museos, hostelería y servicios de comida, prevención de incendios forestales, y de protección de especies.

N) Servicios cualificados, que comprende 6 subgrupos, desde actividades médicas y sanitarias, hasta restauración de obras de arte, y mantenimiento, conservación y restauración de materiales cinematográficos y audiovisuales.

O) Servicios de conservación y mantenimiento de bienes inmuebles, que comprende 7 subgrupos, desde conservación y mantenimiento de edificios, de carreteras, pistas, autopistas, autovías y calzadas, de redes de agua y alcantarillado, integral de estaciones depuradoras, de mobiliario urbano, de montes y jardines, de monumentos y edificios singulares.

P) Servicios de mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones, que comprende 8 subgrupos, desde mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones eléctricas y electrónicas, de equipos e instalaciones de fontanería, conducciones de agua y gas, de equipos e instalaciones de calefacción y aire acondicionado hasta de equipos e instalaciones de aparatos elevadores y de traslación horizontal.

Q) Servicios de mantenimiento y reparación de maquinaria, que comprende 4 subgrupos, desde mantenimiento y reparación de maquinaria, vehículos automotores, incluidos buques y aeronaves, desmontajes de armamento y destrucción de munición y desguaces.

R) Servicios de transportes, que comprende 9 subgrupos, desde transporte en general, hasta servicios de mensajería, correspondencia y distribución.

S) Servicios de tratamientos de residuos y desechos, que comprende 5 subgrupos, desde tratamiento e incineración de residuos y desechos urbanos., hasta tratamiento de residuos oleosos.

T) Servicios de contenido, que comprende 5 subgrupos, desde publicidad, radio y televisión hasta traductores e intérpretes.

U) Servicios generales, que comprende 7 subgrupos, desde limpieza en general, lavandería y tinte, almacenaje, agencias de viajes, guarderías infantiles, recogida de carros portaequipajes en estaciones y aeropuertos y otros servicios no determinados.

V) Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por último que comprende 8 subgrupos que van desde servicios de captura de información por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, telecomunicaciones, hasta otros servicios informáticos o de telecomunicaciones.

Todas las actividades comprendidas en cada uno de los subgrupos reseñados se detallan en el anexo II del Reglamento.

Las categorías vienen reguladas en el artículo 38 del Reglamento en función de su anualidad media:

Categoría A, cuando la anualidad media sea inferior a 150.000 euros.

Categoría B, cuando la anualidad media sea igual o superior a 150.000 euros e inferior a 300.000 euros.

Categoría C, cuando la anualidad media sea igual o superior a 300.000 euros e inferior a 600.000 euros.

Categoría D, cuando la anualidad media sea igual o superior a 600.000 euros.

#### ***4. 4. 2. 5. Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas***

La L.C.S.P. en su art. 72 nos regula el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado y nos dice que “La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo.

Dicho Registro se llevará por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y en el mismo serán inscrito todos los empresarios que hayan sido clasificados por la misma.

En la inscripción se expresará el contenido de la clasificación respectiva, y las incidencias que se produzcan durante su vigencia, tales como revisión, suspensión, etc.

Se mantiene la posibilidad de la creación de registros por las Comunidades Autónomas.

#### **4. 4. 2. 6. Registro de Licitadores**

Una de las grandes rémoras en la gestión de la contratación administrativa, es la obligación de la presentación de documentación por parte de los contratistas, en todas y cada una de las licitaciones a las que se presentan, viéndose obligados a presentar en innumerables ocasiones la misma documentación, tales como las escrituras de constitución en el caso de las personas jurídicas, o el D.N.I. en el caso de las individuales, los poderes debidamente bastanteados, las certificaciones de estar al corriente de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, etc.

La ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su artículo 71, apartado dos, introduce una modificación a la L.C.A.P., añadiendo una disposición Adicional Decimoquinta, por la que crea, con rango de Ley, el denominado Registro de Licitadores, facultando para ello potestativamente a los Órganos de Contratación para su creación, y en el cual podrán inscribirse voluntariamente las empresas (D.A. 15ª, apartado 1.), permitiendo que los certificados expedidos por dichos registros eximan de presentar dicha documentación “en cada concreta licitación” (D.A.15ª, 2), y permitiendo que por el Ministerio de Hacienda pueda establecerse los mecanismos de coordinación entre los registros creados para “posibilitar su utilización por los distintos órganos de contratación”. (D.A. 15ª. 3).

La Comunidad Autónoma Andaluza, con el Decreto 189/97, de 22 de julio (BOJA de 14 de agosto), por el que se crea el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía, intentó en su día poner remedio.

La existencia de tantos Registro de Licitadores, como órganos de Contratación del Estado, no ha supuesto una mejora en la agilización de la presentación de documentos.

El art. 72 de la ley, ha configurado un único Registro, que une tanto lo relativo a la antigua clasificación como lo relativo al registro de licitadores.

La prueba del contenido de los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas se efectuará mediante certificación del órgano encargado del mismo, que podrá expedirse por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

El contenido del registro, se regula en el libro IV, en los artículos 301 a 307. de la ley, manteniendo la Disposición Transitoria cuarta los vigentes hasta tanto no se desarrolle reglamentariamente.

Conforme al artículo 303 de la ley en el Registro podrán constar, para cada empresa inscrita en el mismo, los siguientes datos:

- a) Los correspondientes a su personalidad y capacidad de obrar, en el caso de personas jurídicas.
- b) Los relativos a la extensión de las facultades de los representantes o apoderados con capacidad para actuar en su nombre y obligarla contractualmente.

- c) Los referentes a las autorizaciones o habilitaciones profesionales y a los demás requisitos que resulten necesarios para actuar en su sector de actividad.
  - d) Los datos relativos a la solvencia económica y financiera, que se reflejarán de forma independiente si el empresario carece de clasificación.
  - e) La clasificación obtenida conforme a lo dispuesto en los artículos 54 a 60, así como cuantas incidencias se produzcan durante su vigencia; en esta inscripción, y como elemento desagregado de la clasificación, se indicará la solvencia económica y financiera del empresario.
  - f) Las prohibiciones de contratar que les afecten.
  - g) Cualesquiera otros datos de interés para la contratación pública que se determinen reglamentariamente.
- El contenido del Registro conforme al artículo 54 del Reglamento, entiendo que queda modificado en cuanto a su contenido, por lo anterior.

#### **4. 5. Garantías**

Las garantías exigidas para los contratos de la Administración: Provisionales, Definitivas, Especiales y Complementarias, y sus excepciones (art. 83 a 90 L.C.S.P. y art. 55 al 65 del RGCAP).

##### **4. 5. 1. Concepto**

La Ley de Contratos ha establecido la necesidad de la prestación de garantías, no solo para la ejecución del contrato sino incluso en determinados supuestos para poder licitar a los posibles contratos. Una regulación especial, que sobrepasa los límites que el propio civil daba a las responsabilidades por las obligaciones de las partes de los contratos, y que se basa en el lógico interés público que conforma toda la actividad contractual de la Administración.

Existen varias clases de garantías, dependiendo unas veces del momento contractual y otras veces de la propia naturaleza de la misma.

##### **4. 5. 2. Garantías Provisionales**

La Ley permite la posibilidad (antes exigencia) de la constitución de una garantía provisional, a cuyo efecto deberá presentar documento justificativo de haber constituido garantía provisional a favor del órgano de contratación, equivalente al 3% del Presupuesto del contrato (art. 91 LCSP).

En los pliegos de cláusulas administrativas se determinará el importe de la garantía provisional, que no podrá ser superior a un 3 por 100 del presupuesto del contrato, y el régimen de su devolución.

La garantía provisional podrá constituirse en cualquiera de las modalidades de la garantía definitiva, que veremos a continuación.

La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación definitiva del contrato. En todo caso, la garantía será retenida al adjudicatario hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación.

El adjudicatario podrá aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última, en cuyo caso la garantía provisional se cancelará simultáneamente a la constitución de la definitiva.

Cuando se exijan garantías provisionales éstas se depositarán, en las condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, en la siguiente forma:

- a) En la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en la Caja o establecimiento público equivalente de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efecto cuando se trate de garantías en efectivo.
- b) Ante el órgano de contratación, cuando se trate de certificados de inmovilización de valores anotados, de avales o de certificados de seguro de caución.

#### **4. 5. 3. Garantías definitivas**

Los que resulten adjudicatarios provisionales de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. En el caso de los contratos con precios provisionales, el porcentaje se calculará con referencia al precio máximo fijado.

No obstante, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía, justificándolo adecuadamente en los pliegos, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio. Esta exención no será posible en el caso de contratos de obras y de concesión de obras públicas (art. 83 LCSP).

Cuando la cuantía del contrato se determine en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación (art. 83.3 LCSP)

Las garantías exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas conforme al art. 84 de la ley podrán prestarse en alguna de las siguientes formas:

- a) En efectivo o en valores de Deuda Pública, con sujeción, en cada caso, a las condiciones establecidas en las normas de desarrollo de esta Ley. El efectivo y los certificados de inmovilización de los valores anotados se depositarán en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efectos, en la forma y con las condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.
- b) Mediante aval, prestado en la forma y condiciones que establezcan las normas de desarrollo de esta Ley, por alguno de los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España, que deberá depositarse en los establecimientos señalados en la letra a) anterior.
- c) Mediante contrato de seguro de caución, celebrado en la forma y condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo. El certificado del seguro deberá entregarse en los establecimientos señalados en la letra a) anterior.

Cuando así se prevea en los pliegos, la garantía que, eventualmente, deba prestarse en contratos distintos a los de obra y concesión de obra pública podrá constituirse mediante retención en el precio.

Cuando así se prevea en el pliego, la acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, informáticos o telemáticos

Además de las formas establecidas anteriormente, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, creó una figura nueva, denominada garantía global, mediante la cual, se ofrece al contratista la posibilidad de prestar una garantía para todos los contratos que celebre con una Administración Pública o con un órgano de contratación, que se encuentra pendiente del desarrollo reglamentación, al cual se remite (Art. 86 L.C.S.P.). Con dicha cantidad se responderá de forma genérica y permanente, del cumplimiento por el adjudicatario de todos los contratos celebrados con la propia Administración y hasta el 5% del presupuesto del contrato respectivo, y además por los daños y perjuicios que se le ocasione a la Administración.

A efectos de la afectación de la garantía global a un contrato concreto, la caja o establecimiento donde se hubiese constituido emitirá, a petición de los interesados, una certificación acreditativa de su existencia y suficiencia, en un plazo máximo de tres días hábiles desde la presentación de la solicitud en tal sentido, procediendo a inmovilizar el importe de la garantía a constituir, que se liberará cuando quede cancelada la garantía.

El adjudicatario deberá acreditar en el plazo de 15 días hábiles, contados desde que se le notifique la adjudicación del contrato, la constitución de la garantía definitiva. La no constitución es causa de resolución de contrato (Art. 135.4 L.C.S.P.)

La garantía definitiva tiene como objeto, los siguientes conceptos (Art. 88 L.C.S.P.):

- a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 196.

- b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.
- c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.
- d) Además, en el contrato de suministro la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

La Garantía no será cancelada hasta tanto no haya vencido el plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate o resuelto éste sin culpa del contratista. (Art. 90 L.C.S.P.), siendo necesario que se haya aprobado la liquidación del contrato (Art. 90 L.C.S.P.).

En el supuesto de recepciones parciales, solo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación, cuando así se establezca en el P.C.A.P. (Art. 90.3 L.C.S.P.).

La Administración tiene preferencia, para hacer efectiva la garantía efectiva, sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde. En el supuesto de que el importe no fuere suficiente para satisfacer las responsabilidades, se procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio (Art. 89 L.C.S.P.).

En cuanto a las garantías prestadas por terceros, haya que distinguir varios supuestos:

No se puede utilizar el beneficio de excusión frente a la administración.

El avalista o asegurador será considerado como parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada (Art. 85 L.C.S.P.).

En el nuevo contrato de seguro de caución, tendrá la condición de tomador del seguro el contratista y la de asegurado la Administración contratante (Art. 85.3.a) L.C.S.P.):

La falta de pago de la prima, no dará derecho al asegurador a resolver el contrato ni quedará extinguido, ni la cobertura suspendida ni liberado de la obligación en caso de que el asegurador deba hacer efectiva la garantía.

Además el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.

#### ***4.5.4. Garantías Complementarias***

En casos especiales, el órgano de contratación podrá establecer además de la garantía definitiva, en los P.C.A.P., una garantía complementaria de hasta el 5% del presupuesto del contrato, en la misma forma que la definitiva (Art. 83.2 L.C.S.P.). A todos los efectos tiene la consideración de garantía definitiva.

#### **4. 5. 5. Otras Garantías**

Se deberán constituir garantías cuando se pretenda abonar cantidades al contratista a cuenta sobre el importe del contrato, y que se refieran a operaciones preparatorias realizadas como instalaciones y acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscrita a la obra, en las condiciones señaladas en los P.C.A.P. y las limitaciones reglamentarias (Art. 215 L.C.S.P.) viniendo regulado en los art. 54 y 57 del P.C.A. Generales de obras del Estado.

Dichos avales podrán ser devueltos a medida que las deducciones por reintegro el abono de las certificaciones vayan cubriendo dicha cantidad, y que serán devuelto, previo informe favorable del director de las obras (cláusula 58 del P.C.A.G.).

Para ello la fórmula normal es varios documentos de garantía que cubran la totalidad y facilitar la cancelación parcial de cada uno de ellos en función de la propia ejecución del contrato.

#### **4. 5. 6. Ampliación de las Garantías**

Cuando como consecuencia de la modificación del contrato experimente variación el valor del mismo, se reajustará la garantía en el plazo de 15 días a partir de la notificación, al igual que la garantía definitiva (Art. 87 L.C.S.P.).

Igualmente cuando como consecuencia de hacer efectiva a costa de la garantía las penalidades impuestas al contratista o el importe de los daños y perjuicios igualmente deberá reponer hasta el importe total del 5% referido (Art.87 L.C.S.P.).

#### **4. 5. 7. Sustitución de las Garantías**

Todas las variaciones que experimenten las garantías por razón de amortización de valores, sustituciones de unos avales por otros, ampliaciones y reajustes, o por cualquier otra causa, deberán ser formalizadas en documentos administrativos y se incorporarán a su expediente (Art. 60 RGCAP).

#### **4. 5. 8. Garantías a prestar en otros contratos del sector público**

Conforme a lo previsto en el art. 92 de la ley, en los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación provisional y, en su caso, definitiva del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.

El importe de la garantía, que podrá presentarse en alguna de las formas previstas para la garantía definitiva del artículo 84, así como el régimen de su devolución o cancelación serán establecidos por el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato.





---

# **El recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: Algunas Reflexiones**

---

**Manuel Andrés Navarro Atienza**  
Letrado de la Junta de Andalucía

## **I. INTRODUCCIÓN**

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público contiene dos instituciones que han de rebelarse como angulares desde el punto de vista de la garantía del adecuado cumplimiento por los órganos de contratación de las prescripciones establecidas en la misma para la preparación y adjudicación de los contratos: el recurso especial y las medidas provisionales, regulados respectivamente en los arts. 37 y 38. Al hilo de la exposición de la regulación que se lleva a cabo en la Ley de ambas de instituciones, trataremos de exponer algunas reflexiones que la mencionada regulación nos suscita, bien entendido que habrá de ser el posible desarrollo reglamentario y la práctica administrativa y judicial en la resolución de las distintas cuestiones que vayan planteándose la que podrá darnos una respuesta definitiva a las mismas.

## **II. EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**

El art. 37 de la Ley 30/2007 establece el recurso especial en materia de contratación, con una extensa regulación a lo largo de sus diez apartados.

De entrada, hemos de señalar que la previsión de un recurso especial en materia de contratación supone una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, que nos viene impuesta, como tantas otras instituciones en nuestro derecho de contratos, por el Derecho comunitario, concretamente, por la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, recientemente modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007.

### a) **Ámbito contractual de aplicación**

La primera característica del recurso especial es su ámbito limitado de aplicación en relación con los contratos que se regulan en la Ley 30/2007. Así resulta del apartado 1, en la medida en que sólo cabrá interponer el recurso en relación con las decisiones a las que se refiere el apartado 2 que se adopten en los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los subvencionados (es decir, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, así como los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministros y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales comunitarios, y siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador, así como los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada del art. 17); los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior 206.000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración sea superior a cinco años.

Como puede observarse el ámbito ha quedado limitado a determinados contratos que si bien cualitativamente, han de ser los más importantes, en atención bien a su complejidad (contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en los que el recurso cabe con independencia de cual sea su cuantía) o bien a su cuantía (en el caso de los demás contratos), desde el punto de vista cuantitativo han de ser los menos.

La regulación podría suscitar una primera cuestión: la exigencia o no de que la entidad contratante tenga la consideración de poder adjudicador cuanto se trate de contratos que no están sujetos a regulación armonizada. El requisito de que la entidad contratante sea poder adjudicador es consustancial a la noción de contratos sujetos a regulación armonizada. La falta de precisión del precepto respecto a los otros tipos de contratos que menciona origina esta duda. No obstante, si acudimos a una interpretación lógica de la norma, dentro de la propia sistemática que sigue la ley, podemos concluir en que sólo cabrá el recurso cuando los entes adjudicadores de estos contratos sean poderes adjudicadores.

Por otro lado, resulta cuanto menos cuestionable la limitación del ámbito de aplicación del recurso a los contratos mencionados desde el punto de vista de las garantías del administrado.

Ya el Consejo de Estado en su dictamen de 25-5- 2005 al anteproyecto de ley lo puso de manifiesto:

*“La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente*

*aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.*

*La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.*

*Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.*

*Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo référé précontractuel, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados.”*

La segunda característica de este recurso es su carácter preceptivo y no potestativo, en la medida en que el precepto afirma con total rotundidad que esas decisiones “*deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo*”.

Y la tercera nota es el carácter sustitutivo respecto a los recursos administrativos ordinarios (“*sin que proceda la interposición de recursos ordinarios contra los mismos*”), expresión que hemos de entender que hace referencia a los recursos de alzada y de reposición.

Debemos añadir, finalmente, que se excluyen también del recurso los actos dictados en procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el art. 97. Resulta una exclusión lógica, ya que se trata de supuestos en los que la Administración tiene que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, si bien habremos de tener en cuenta que este tipo de tramitación se caracteriza por que el órgano de contratación puede ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales

establecidos en la presente ley y, en consecuencia, sin los actos respecto de los cuales cabe el recurso.

### **b) Actos recurribles**

Los actos contra los que cabe interponer el recurso son, según el apartado 2 del art. 37, los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que estos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los mencionados podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación provisional.

Distingue en consecuencia el precepto entre dos clases de actos: aquellos contra los que cabe interponer el recurso y aquellos otros que siendo de menor entidad, sólo pueden ser puestos de manifiesto.

En función de cual sea el acto recurrido, y dado que la resolución del recurso corresponde, con carácter general, al órgano de contratación, el recurso especial, atendiendo a la clasificación de los recursos entre jerárquicos y no jerárquicos, revestirá una u otra naturaleza en función de cual sea dicho acto. Así, por ejemplo, contra los actos de la Mesa de Contratación que decidan la exclusión de un determinado licitador, será un recurso jerárquico, mientras que el recurso contra el pliego, en la medida en que son aprobados por el órgano de contratación, será no jerárquico. Incluso en aquellos supuestos en los que la resolución del recurso corresponda al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante, por no ser ésta Administración Pública, estaríamos ante un supuesto similar al del recurso de alzada impropio.

### **c) Elementos subjetivos**

Respecto a quienes se encuentran legitimados para interponer el recurso, según el apartado 3, lo están las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso, y en todo caso, por los licitadores.

En cuanto al órgano competente para resolverlo, y dejando a salvo la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer otra regulación, sin otro límite que el de que las resoluciones del órgano que señalen como competente agoten la vía

administrativa, el apartado 4 distingue en función de que la entidad contratante sea o no una Administración. Si se trata de un contrato de una Administración Pública, la competencia corresponderá al órgano de contratación. Si la entidad contratante no es una Administración Pública, la competencia será del titular del Departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita dicha entidad contratante o al que corresponda su tutela. Para determinar cuando nos encontramos ante un contrato de la Administración habrá que estar a lo que dispone el art. 3.2.

La regla pues tiene como presupuesto el que toda entidad depende de una Administración ¿Pero que ocurre si esa entidad depende de un ente que no es Administración? Pensemos en supuestos de poderes adjudicadores, como una fundación o una sociedad mercantil, que estén adscritos o sean controlados por una entidad pública empresarial, entidad que según el art. 3.2.e) in fine no tiene la consideración de Administración Pública.

En el caso de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando esta no tenga el carácter de administración pública.

Como se observa, la regla establecida por el legislador es que cuando la entidad, ya sea contratante, ya sea subvencionadora, no sea Administración, el recurso sea resuelto por una Administración, y ello en coherencia con lo dispuesto en el art. 21.1. , en la medida en que será la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer de las cuestiones litigiosas en relación con los actos de preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada. Confirma esta sentido la precisión contenida en relación con la posibilidad de que las Comunidades Autónoma puedan determinar el órgano competente para resolver el recurso: que se trate de un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa. En definitiva, parece que la intención es que el acto recurrible ante dicha jurisdicción sea un acto administrativo, naturaleza que se consigue atribuyendo el conocimiento del recurso especial a un órgano administrativo en esos supuestos, por lo que al objeto de otorgar dicha naturaleza, parece que la solución a la pregunta que hemos planteado debiera pasar por atribuir el conocimiento del recurso no a la entidad pública empresarial de la que depende la sociedad o fundación, sino al Departamento al que se encuentre adscrita.

En relación con la competencia para resolver el recurso, el apartado 5 contiene una regla interpretativa para los supuestos de delegación, en cuya virtud, salvo disposición expresa en contrario, la competencia para resolver el recurso se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. Sólo se exceptiona el supuesto en el que haya de concederse una indemnización por perjuicios. En ese caso, la competencia corresponderá al órgano delegante, de manera que se le elevará el expediente, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá el correspondiente recurso.

#### **d) Elemento temporal**

En cuanto el plazo para interponer el recurso, el apartado 6 lo fija en diez días hábiles, contados a partir del siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto impugnado.

En el caso del acto de adjudicación provisional del contrato, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en el que se publique el mismo en un diario oficial o en el perfil del contratante del órgano de contratación, conforme a lo señalado en el art. 135.4. Creemos que se trata de un error del precepto, por cuanto es el apartado 3 y no el 4 del art. 135 el que dispone la publicación del acto de adjudicación provisional. Precisamente este apartado dispone que además de esa publicación, la adjudicación provisional ha de notificarse a los candidatos o licitadores, por lo que pueden plantearse problemas en la práctica en cuanto al cómputo del plazo para recurrir el acto de adjudicación provisional en los supuestos de no coincidencia entre el día de la notificación y el de la publicación.

El escrito de interposición deberá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. Esta regla admite al menos dos posibles interpretaciones: o bien que se puede presentar indistintamente en cualquiera de dichos registros, o bien que se trata de supuestos alternativos, de manera que sólo cabrá presentarlo ante el registro del órgano competente para resolverlo en el supuesto de que éste no sea el órgano de contratación. Estas posibilidades pueden verse incrementadas como consecuencia del ejercicio por las Comunidades Autónomas de hacer de la previsión del apartado 4, atribuyendo el conocimiento del recurso a otros órganos. A nuestro juicio, se impone una interpretación “pro actione” del precepto, de manera que no cabrá rechazar el recurso por extemporáneo por haberse presentado en el registro del órgano de contratación aun cuando no sea el órgano competente para resolverlo.

La subsanación de los defectos de este escrito deberá efectuarse en el plazo de tres días hábiles.

Los plazos para la presentación y subsanación, en su caso, se reducen cuando el contrato se tramite por vía de urgencia a siete días hábiles y dos días hábiles respectivamente.

#### **e) Efectos de la interposición**

El apartado 7 contempla uno de los efectos más contundentes que provoca la interposición del recurso cuando el acto recurrido es el de la adjudicación provisional. La tramitación del expediente de contratación quedará en suspenso hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que en consecuencia pueda procederse a la adjudicación definitiva y a la formalización del contrato.

Se trata de fomentar el que la administración resuelva de manera expresa el recurso, paralizando el expediente y, en definitiva, la adjudicación del contrato, su formalización y ejecución hasta que ello no tenga lugar. En cuanto a la naturaleza, hay que destacar que esta suspensión es una de las medidas provisionales contempladas en el art. 38, pero que cuenta con el régimen jurídico especial establecido en este apartado.

#### **f) Tramitación**

La tramitación del recurso comprende el traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Se consideran interesados en todo caso a los licitadores. También comprende la reclamación del expediente, en su caso, a la entidad, órgano o servicio que lo hubiera tramitado, que deberá remitirlo en el plazo de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.

El orden en el que aparecen contemplados los trámites parece indicar que a los interesados no tendrá a su disposición ni el expediente ni el informe a la hora de formular las alegaciones, impresión que se confirma cuando reparamos en que el precepto sólo indica que de les de traslado del recurso.

Recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose la resolución a todos los interesados.

Se contempla en el precepto igualmente la desestimación del recurso por silencio, por el transcurso de veinte días hábiles contados desde el día siguiente al de la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución. El transcurso de este plazo legitima al interesado para interponer el recurso contencioso administrativo, sin perjuicio del mantenimiento de resolver expresamente el recurso especial. No obstante, en el supuesto de que se haya recurrido el acto de adjudicación provisional, la suspensión del expediente se mantiene en tanto no se resuelva el recurso expresamente.

En cuanto a la resolución del recurso, ésta estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente todas las cuestiones que se hayan planteado. En todo caso, la resolución ha de ser congruente con la petición, y de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de la decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de ejecución, incluyendo la supresión de características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o la adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental.

Si la resolución del recurso acuerda la adjudicación del contrato a otro licitador, se le concederá a éste un plazo de diez días hábiles (frente al plazo de quince días hábiles que se concede con carácter general al adjudicatario provisional) para que cumplimente

lo previsto en el art. 135.4, segundo párrafo, es decir, presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de seguridad social, y cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir para la ejecución del contrato, así como constituir la garantía definitiva.

### **g) Recursos**

Contra la resolución del recurso sólo cabrá interponer recurso contencioso-administrativo conforme a lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Los términos que en que aparece redactado el precepto excluirían el recurso potestativo de reposición, lo que resulta coherente con la consideración de recurso no jerárquico que tiene el recurso especial cuando se interpone contra actos dictados por el órgano de contratación.

### **h) Otras cuestiones**

Quisiéramos abordar finalmente algunas cuestiones que nos plantea la nueva regulación.

La primera de ellas es el recurso especial contra el acto de adjudicación provisional y la remisión que puede tener lugar de la información que sobre la valoración de las proposiciones. Como sabemos, uno de los actos recurribles es el de adjudicación provisional, de manera que a través del recurso podrá discutirse, entre otras cuestiones, la valoración que se haya hecho de las proposiciones que hayan determinado dicha adjudicación a favor de un determinado licitador en detrimento de los demás.

En este sentido, el art. 135.3. a la hora de regular la notificación y publicación de la adjudicación provisional contiene una referencia a lo dispuesto en el art. 137.1. En concreto, el precepto señala que es aplicable lo dispuesto en el art. 137 en cuanto a la información que debe facilitarse a los candidatos o licitadores, aunque el plazo para su remisión será de cinco días hábiles.

Según el art. 137.1, en el momento de la notificación de la adjudicación definitiva los interesados podrán solicitar y se les facilitará información, en un plazo máximo de quince días (habrá que entender naturales, a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta) a partir de la recepción de la petición sobre los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición, y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor. Los términos del precepto quizás no sean los más afortunados, en cuanto emplea la expresión de rechazo de la candidatura o de proposición, cuando en realidad no se rechazan, sino que obtienen menor valoración que del adjudicatario.

La remisión del artículo 135.3 al artículo 137.1 plantea varias cuestiones. En primer lugar, si para remitir esa información es necesario que se pida por los licitadores, o si bien la aplicación de lo dispuesto en el art. 137.1 debe limitarse a la información que junto con la adjudicación provisional, debe mandarse. Parece claro que en la medida en que se establece un plazo, aunque más reducido, la remisión de la información requiere que sea solicitada previamente. Es decir, que una vez notificada la adjudicación provisional, el interesado podrá solicitar que se le informe de los motivos del rechazo de su candidatura o proposición, y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor. Ciertamente esta información puede ser esencial a la hora de motivar el recurso especial que se presente contra la adjudicación provisional, y quizás éste sea el motivo de la reducción del plazo para remitirla de quince días naturales a cinco días hábiles. Lo que sí es cierto es que dado el plazo de diez días hábiles para presentar el recurso desde la publicación de la adjudicación provisional, los plazos para pedir la información, que se remita y recibirla resultan muy ajustados, siendo así que esa información puede ser determinante para decidir la presentación o no del recurso.

¿Pero y si el interesado decide no solicitarla en este momento, y hacerlo cuando se le notifica la adjudicación definitiva? ¿Podrá, en el recurso que presente contra la adjudicación definitiva, argumentar sobre la base de los motivos que podría haber esgrimido contra la adjudicación provisional?.

Otra cuestión que no queda resuelta en la ley es la relativa al recurso que cabe interponer contra el acto de adjudicación definitiva. En la medida en que la adjudicación definitiva no se menciona en el art. 37.2. entre los actos recurribles, no cabra interponer el recurso especial.

En este caso, parece que ante la ausencia de una regulación específica en sede de la Ley de Contratos del Sector Público, para determinar los recursos procedentes contra la adjudicación definitiva, habrá que estar a los recursos ordinarios, y en definitiva, a los previstos en la Ley 30/1992. En la medida en que el acto de adjudicación definitiva agote la vía administrativa, el recurso procedente sería el potestativo de reposición.

Otra cuestión que podría suscitarse es el carácter preclusivo o no del plazo para presentar el recurso especial en relación a los distintos actos que pueden ser recurridos. Nos referimos a si por ejemplo podrá cuestionarse alguna cláusula del pliego con ocasión de la presentación del recurso contra el acto de adjudicación provisional o por el contrario, no cabrá cuestionar el pliego porque no se recurrió.

En este sentido, lo establecido en el art. 129.1. sobre que la presentación de las proposiciones por los interesados supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas y condiciones del pliego parece abonar esta segunda postura.

### III. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

El artículo 38 regula las que denomina “medidas provisionales”. A diferencia del recurso especial, esta institución sí cuenta con un precedente, ya que el art. 60 bis del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, añadido por el art. 67.3 de la Ley 6/2003, de 30 de diciembre, las regula.

En cuanto a los términos empleados para su denominación, medidas provisionales, hay que advertir que en otras partes de la Ley, como en el art. 17.2. o en la disposición transitoria séptima, apartados 1 b) y 2, se las designa como medidas cautelares.

#### a) **Ámbito contractual de aplicación**

En cuanto al ámbito de los procedimientos de contratación en los que cabe solicitar la adopción de medidas provisionales, resulta idéntico al delimitado para el recurso especial en materia de contratación. En consecuencia son reproducibles aquí las consideraciones que expusimos sobre lo razonable de extender el mismo régimen para el resto de los contratos.

Ahora bien, ese ámbito objetivo reducido de aplicación a los contratos señalados sí supone una novedad, por cuanto en la actualidad la regulación del art. 60 bis TRLCAP se aplica a todos los contratos de las Administraciones Públicas.

#### b) **Ámbito subjetivo**

Respecto a los legitimados para solicitar la adopción de medidas provisionales, el apartado lo refiere a las personas físicas y jurídicas cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto afectados por decisiones adoptadas por la Administración o entidad contratante, y en todo caso los licitadores.

Llama la atención que, a diferencia de lo que ocurre con el recurso especial, no estén legitimados las personas físicas o jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados por las decisiones. La regulación se centra en que la afectación sea real y efectiva, y no meramente potencial, y además basta con que se haya visto afectados (y no necesariamente perjudicados, aunque lo lógico es que se soliciten por quien se haya visto afectado en sentido perjudicial).

Por otro lado, es de destacar que frente a la determinación en el apartado 2 del art. 37 de los actos que pueden ser objeto del recurso especial, en el caso de las medidas provisionales se alude genéricamente a las decisiones. No obstante, el carácter accesorio de las medidas respecto del recurso nos inclina a pensar que sería de aplicación dicha enumeración.

En cuanto al órgano competente para adoptar la medida, el apartado 2 remite directamente a los determinados en el apartado 4 del art. 37, que son los competentes para conocer del recurso especial.

### **c) Medidas**

El apartado 1 recoge en términos amplios y generales tanto la finalidad para la que se pueden solicitar las medidas como las que se pueden adoptar. En cuanto a la finalidad, consiste en corregir infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados.

Respecto a las medidas, no se contiene una regulación detallada, a salvo de las que se dirán a continuación, por lo que en principio cabría solicitar las que se consideren adecuadas a la finalidad que se persigue. Si especifica el precepto que entre ellas se encuentran aquellas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

Como ya señalamos anteriormente, del régimen de estas medidas hay que excluir la suspensión del procedimiento en el caso de presentación de un recurso contra la adjudicación provisional, ya que esta suspensión es automática y no requiere su previa solicitud.

### **d) Requisitos temporales**

Es de destacar la vinculación de la posibilidad de solicitar que se adopten las medidas provisionales con la presentación del recurso especial en materia de contratación. Esta vinculación tiene una consecuencia: la solicitud de las medidas podrá presentarse simultáneamente con el recurso o con carácter previo. En este último caso, si se adoptaron medidas provisionales, las mismas decaerán en el caso de que trascurra el plazo para interponer el recurso sin que se haya presentado.

Por otro lado, dado los términos de la regulación, lo que no cabe es la posibilidad de solicitar la adopción de medidas provisionales con posterioridad a la presentación del recurso.

### **e) Tramitación**

Dada la perentoriedad del plazo, la regulación de la tramitación es muy escueta, limitándose el precepto a prescribir que la decisión sobre las medidas provisionales solicitadas deberá producirse dentro de los dos días hábiles siguientes a la presentación del recurso o escrito en el que se soliciten. Se entenderá denegada esta petición en el caso de no recaer resolución expresa sobre el particular en ese plazo. Nótese que frente a la regla general de producción del silencio negativo, en el que el plazo lo es para dictar y notificar la resolución, aquí sólo se exige el que no se dicte la resolución en dicho plazo, lo que se puede dar el caso de que se adopte la medida dentro de ese plazo pero se notifique una vez transcurrido el mismo.

Esta regulación del silencio negativo plantea la cuestión de si cabe recurso tanto contra la denegación expresa de la adopción de la medida como contra la desestimación por silencio. Si tenemos en cuenta la consideración del silencio negativo como una ficción jurídica que posibilita al recurrente interponer el recurso que proceda, la previsión del precepto en cuanto a la desestimación por silencio haría pensar en que si cabe el recurso.

No obstante, dada la accesoriadad de las medidas en relación con el recurso especial, no parece que quepa interponer un recurso independiente del que cabría presentar en contra la resolución del recurso especial. En consecuencia, parece que el establecimiento del silencio en este supuesto no tiene otro objeto que el de determinar que no se entenderá concedida la medida solicitada.

#### **f) Garantía**

Al objeto de garantizar la seriedad de los legitimados al solicitar la adopción de las medidas provisionales, el precepto prevé que cuando de la adopción de las mismas puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

#### **e) Efectos de la suspensión**

Contiene el precepto finalmente una modulación de los efectos que puede tener la suspensión del procedimiento, en el sentido de que la misma no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados. Dada la vinculación de las medidas con la necesidad de presentar el recurso, esta modulación tendrá principalmente efectividad en los supuestos en que el recurso se presente contra los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación.

---

## Patrimonio Autnomico de Suelo

---

**Manuel Concha Jarava**

Letrado de la Junta de Andalucía, exced.

Secretario Consejo de Administraci3n de la Empresa P3blica de Suelo de Andalucía<sup>1</sup>

*SUMARIO.- I.- INTRODUCCI3N. II. PATRIMONIOS P3BLICOS COMO INSTRUMENTOS DE INTERVENCI3N EN EL MERCADO DEL SUELO. II.1. Introducci3n. II.2. Finalidades de los patrimonios p3blicos de suelo.- II.3. Competencia para la regulaci3n de los patrimonios p3blicos.- III.- REGULACI3N JUR3DICA DEL PATRIMONIO AUT3NOMICO DE SUELO EN LA COMUNIDAD AUT3NOMA DE ANDALUCÍA.- III.1 Clases y constituci3n.- III.-2 Gest3n de los patrimonios p3blicos.- III.3- Bienes integrantes. III.4. Reservas, para la delimitaci3n de 3reas para constituir o ampliar patrimonio auton3mico. III.5. Destino de los bienes integrantes del patrimonio auton3mico.- III.6. Disposici3n o cesi3n de los bienes.*

### I.- INTRODUCCI3N

Resulta obligado que con car3cter previo a abordar un estudio de una instituci3n jur3dica, diferenciada e independiente, se deba definir sus trazos b3sicos, al objeto de que su an3lisis sea lo m3s ajustado a los mismos.

En este sentido, el propio t3tulo de la ponencia es suficientemente descriptivo: patrimonio, conjunto de bienes y derechos delimitados por dos elementos, uno de car3cter objetivo, de suelo y recursos derivados de la gesti3n del mismo, y otro de car3cter subjetivo auton3mico, de titularidad de la respectiva Comunidad Aut3noma.

A.- El elemento objetivo, el suelo, podemos decir que engloba a 3ste, sea cual fuese su clasificaci3n como su categorizaci3n urbanística: suelos no urbanizables, urbanizables y urbanos; de usos residenciales y productivos; fincas, parcelas y solares ¿Y las viviendas? Sobre esta cuesti3n volveremos m3s tarde.

B.- El elemento subjetivo, de titularidad de la Comunidad Aut3noma, nos permite diferenciarlo de otros patrimonios de suelo de titularidad p3blica como son los tradicionales patrimonios municipales de suelo ¿y de alguna otra entidad m3s? Legalmente no hay un reconocimiento de un Patrimonio Estatal del Suelo, equivalente al auton3mico y al local, reconocido legalmente como tal, circunstancia 3sta que

---

1. El presente trabajo se corresponde con la participaci3n del autor en unas jornadas celebradas en la Empresa P3blica de Suelo de Andalucía en el mes de octubre de 2007, en relaci3n con la nueva Ley de Suelo, Ley 8/2007, de 28 de Mayo.

deriva del reparto constitucional de competencias, sin perjuicio de que el Patrimonio del Estado, entre sus bienes y derechos, sea titular de muy preciados patrimonios inmobiliarios pero que no tienen un tratamiento diferenciado del resto del patrimonio en el que se integran, no estando agrupados para cumplir una finalidad concreta propia de toda institución jurídica.

Esta afirmación no resulta alterada a la vista de determinadas previsiones en relación con el destino de los bienes inmuebles de titularidad estatal. De acuerdo con determinados preceptos legales, estos bienes deben destinarse al cumplimiento de determinadas políticas, especialmente, la de vivienda. Así, por ejemplo, el artículo 8 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas al decirnos en su apartado 2 que “En todo caso, la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, al de la política de vivienda, en coordinación con las Administraciones competentes”. Precepto no solo aplicable al Estado sino al patrimonio de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales que no estén integrados en los Patrimonios de Suelo respectivos.

En este sentido, siendo una fuente diaria de conflictos en las principales ciudades andaluzas, la Ley de Suelo, Ley 8/2007, de 28 de mayo, lejos de avanzar en este camino, se limita a recoger en su disposición adicional cuarta, apartado 4 y 5 dos previsiones idénticas para los bienes inmuebles de dos organismos autónomos: los Entes gestores de infraestructuras del Estado en materia de Defensa y de Seguridad Interior. Así, se establece entre los fines de uno y de otro:

*“e) Coadyuvar, con la gestión de los bienes inmuebles que sean puestos a su disposición, al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, de la política de vivienda, en colaboración con las Administraciones competentes. A tal efecto, podrá suscribir con dichas Administraciones convenios, protocolos o acuerdos tendentes a favorecer la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección que permita tasar su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda. Dichos acuerdos deberán ser autorizados por el Consejo Rector.”<sup>22</sup>*

Por otro lado, por la configuración legal de estos patrimonios están reservados a las Administraciones Territoriales, Autonómica y Local, si bien se les denomina, agrupando a uno y otro, como Patrimonios Públicos de Suelo.

Por tanto, podemos concluir este apartado afirmando que los patrimonios públicos de suelo, dentro del que debemos incluir el patrimonio autonómico, constituyen una institución jurídica, como conjunto de situaciones y relaciones jurídicas sobre bienes y derechos de naturaleza inmobiliaria, de conformación legal y destinada al cumplimiento de una finalidad concreta, distinta e independiente de las propias de otras instituciones jurídicas, en particular, de los patrimonios de las Administraciones Públicas.

---

2. Respecto de estos bienes se estaba produciendo el contrasentido de si bien eran necesarios para ejecutar políticas de vivienda, los órganos responsables de los citados organismos autónomos venían entendiendo que estaban imposibilitados de enajenar los mismos por un precio inferior al de la correspondiente tasación.

## II.- LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS COMO INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DEL SUELO

### II.1.- Introducción

Con carácter previo hemos de precisar que hemos de seguir la regulación jurídica que de los patrimonios públicos de suelo se hace en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, Ley 7/2002, de 17 de diciembre, en su Título III, Capítulo I, de los Patrimonios Públicos de Suelo, artículos 69 y siguientes, atendiendo a la naturaleza que como patrimonio público de suelo tiene el patrimonio autonómico de suelo y señalando las principales diferencias que en la citada regulación presenta con respecto al patrimonio municipal de suelo.

Al mismo tiempo analizaremos la posible incidencia que respecto a los mismos pueda tener la Ley de Suelo, Ley 8/2007 de 28 de mayo, así como al análisis de la jurisprudencia que haya podido recaer en la materia.

### II.2.- Finalidades del patrimonio público de suelo

La finalidad que caracteriza a los patrimonios públicos de suelo es, con carácter general, la de intervención en el mercado de suelo. Esta ha sido la legitimación histórica del patrimonio municipal del suelo y en las disposiciones legislativas de las Comunidades Autónomas se reconoce igualmente para los patrimonios públicos de titularidad de las Comunidades Autónomas.

El artículo 69 de la LOUA, en su apartado 1, desarrollando lo anterior, establece las finalidades de forma más específica, de estos patrimonios:

- a. *Crear reservas de suelo para actuaciones públicas.*
- b. *Facilitar la ejecución de los instrumentos de planeamiento.*
- c. *Conseguir una intervención pública en el mercado de suelo, de entidad suficiente para incidir eficazmente en la formación de los precios.*
- d. *Garantizar una oferta de suelo suficiente con destino a la ejecución de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública.*

La Ley de Suelo en su artículo 33 regula por primera vez, siquiera parcialmente, los patrimonios públicos de suelo, sin referirse en exclusiva a los patrimonios municipales. Así, dispone en su apartado 1:

*“Con la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística, integran los patrimonios públicos de suelo los bienes, recursos y derechos que adquiriera la Administración en virtud del deber a que se refiere la letra b del apartado 1 del artículo 16, sin perjuicio de los demás que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”*

Sin perjuicio de la precisión que respecto de determinados tipos de bienes establece este artículo 33, las finalidades que se recogen en uno y otro precepto legal son similares o equivalentes.

### **II.3. Competencia para la regulación de los patrimonios públicos**

Tradicionalmente la regulación de los patrimonios públicos de suelo se ha considerado una materia urbanística. Y ello con independencia de las disputas competenciales entre Estado-Comunidad Autónoma en esta materia, clarificadas fundamentalmente tras las Sentencias del TC, 61/1997 y 164/2001. Posteriormente, y de forma progresiva la competencia para la regulación de esta institución se relaciona también con la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio.

Y a esta distribución competencial responde el Título III, de los Instrumentos de intervención en el mercado de suelo, Capítulo I de los Patrimonios Públicos de Suelo, de la Ley 7/2002, de 7 de diciembre, con las modificaciones introducidas por la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas en materia de vivienda protegida y suelo. El Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su artículo 56, apartado 3, al atribuir la competencia exclusiva en materia de urbanismo se refiere, entre otras instituciones, a la de la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda.

Tratándose de una competencia autonómica ¿en virtud de que título competencial regula el Estado aspectos fundamentales de estos patrimonios? Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final primera, apartado 2 de la Ley 8/2007, de 28 de Mayo, el título competencial ejercitado por el Estado es el correspondiente a la materia de bases de la planificación general de la actividad económica, artículo 149.1.13ª de la Constitución, sin perjuicio de las competencias exclusivas sobre suelo y urbanismo que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas. El Estado ha regulado este instrumento de intervención en el suelo a través de un título competencial general como lo es éste, título en el que se fundamentan tradicionalmente los diferentes planes estatales de Vivienda y Suelo.

Convergen en este momento dos títulos competenciales en la regulación de esta institución, si bien el título que abarca de forma completa su regulación jurídica es el título autonómico: su titularidad, los bienes que lo integran, su obtención, su incorporación al proceso de urbanización, su destino y su enajenación. Y decíamos más arriba ¿podría el Estado tener su propio patrimonio de suelo? Si bien en teoría podría afirmarse que sí como patrimonio separado lo cierto es que el Estado carece de competencia tanto para regular la obtención de los suelos por instrumentos urbanísticos, como para la definición más precisa del destino de este patrimonio, que seguirían siendo competencias autonómicas. Por tales consideraciones en la práctica carecería de sentido la conformación legal de tal patrimonio.

### III.- REGULACIÓN JURÍDICA DEL PATRIMONIO AUTONÓMICO DE SUELO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

#### III. 1 Clases y constitución de los patrimonios públicos de suelo

Tal y como hemos venido reconociendo a lo largo de esta exposición las dos clases de patrimonios públicos de suelo son el autonómico y el municipal. Ambas administraciones tienen la obligación de constituir y ejercer la titularidad del mismo, por sí o mediante organismos y entidades de Derecho Público, nunca a través de una entidad de derecho privado.

La titularidad del patrimonio autonómico de suelo corresponde a la Empresa Pública de Suelo de Andalucía, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre:

*“DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Titularidad del Patrimonio Autonómico de Suelo.*

*La titularidad del Patrimonio Autonómico de Suelo corresponderá, a todos los efectos, a la Empresa Pública de Suelo de Andalucía.”*

Esta titularidad es independiente de que la gestión de este Patrimonio público corresponda total o parcialmente a consorcios, sociedades mercantiles u otras formas de gestión.

El Patrimonio Autonómico de Suelo puede definirse como el conjunto de bienes patrimoniales y recursos de titularidad o adscritos a la Empresa Pública de Suelo de Andalucía, integrantes de un patrimonio separado del resto de bienes y recursos propios de la Empresa y de realimentación continua en virtud del principio de subrogación real, afecto al cumplimiento de los fines determinados por la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y con un régimen jurídico específico previsto por la propia Ley.

El carácter de patrimonio separado y afecto a fines públicos, confiere a los bienes y recursos que lo integran de un estatuto especial caracterizado por:

- Su no pertenencia al dominio público, integrándose, por tanto, en la categoría de los bienes patrimoniales, es decir, aquellos que son de propiedad privada de la Administración titular.
- Su alienabilidad como destino natural de estos bienes (*obtención, transformación y devolución al tráfico jurídico*), lo que implica un concepto dinámico del Patrimonio, aplicable igualmente a los recursos que lo integran (*estos no deben quedar sine die adscritos al Patrimonio sin una obligación clara y determinada de reinversión en beneficio del propio patrimonio*).

- El carácter rotatorio o principio de subrogación real, consistente en que los recursos obtenidos como producto de la enajenación de bienes del Patrimonio Autónomo de Suelo se deben aplicar a la ampliación o conservación del mismo. El término ampliación no parece ofrecer dudas si bien el término conservación hay que entenderlo en una doble vertiente: la de la realización de todas aquellas actuaciones tendentes a conservar el valor de los bienes integrantes del Patrimonio (conservación en sentido estricto) como aquellas otras que implican un valor añadido para los mismos, como puede ser la urbanización de los suelos integrados en el Patrimonio.

En relación con el Registro, el artículo 70.2 dispone:

*“Las Administraciones titulares de patrimonios públicos de suelo deberán llevar un registro del mismo, que tendrá carácter público, comprensivo, en los términos que se precise reglamentariamente, de los bienes integrantes y depósitos en metálico, las enajenaciones o cesiones de bienes y el destino final de éstos. El Registro del Patrimonio Público de Suelo estará sujeto al régimen de fiscalización propio de la gestión presupuestaria, en los términos que se precise reglamentariamente.”*

Este registro es público, ordenado con sus correspondientes libros según se disponga reglamentariamente. En el mismo debería hacerse constar:

- a) La inscripción de los bienes que se integran en el patrimonio, con indicación del modo específico de incorporación de los mismos en dicho patrimonio.
- b) Los asientos contables de las cuentas financieras donde se reflejen los movimientos de los recursos que se integran en el correspondiente patrimonio, procedentes de ingresos en metálico, o de derechos reconocidos; y de los recursos que se aplican a los diferentes destinos previstos en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Se describirá el origen de los bienes o recursos que se obtengan y el destino y naturaleza de los bienes o recursos que se dispongan
- c) Los actos de enajenación, permuta, cesión, adquisición y constitución de derechos, sobre los bienes integrantes.
- d) El destino final de los bienes y recursos integrantes del correspondiente patrimonio público.

### **III.2. Gestión de los patrimonios públicos de suelo, artículo 71**

Las diferencias que pueda haber entre uno y otro patrimonio se derivan necesariamente de la distinta regulación jurídica que corresponde a los bienes patrimoniales de la Comunidad Autónoma y a los bienes de las entidades locales, así como los diferentes órganos de control y fiscalización de la Administración titular, sujetos cada uno a su propio régimen jurídico. Asimismo, la cuenta de liquidación anual de dicho patrimonio se integrará, de forma separada, en los presupuestos de la Administración titular del mismo.

Como anticipábamos más arriba, el artículo 71, apartado, 3 dispone que:

*“Cada Administración Pública titular de un patrimonio público de suelo podrá gestionarlo por sí misma o atribuir su gestión a entidades de ellas dependientes que podrán adoptar la forma de organismo o entidad de derecho público o de sociedad mercantil cuyo capital social deberá ser íntegramente de titularidad pública. En este último caso la atribución de la gestión no podrá incluir funciones que requieran el ejercicio de autoridad.”*

Cuando en un mismo municipio existan terrenos del patrimonio público de suelo pertenecientes a diferentes Administraciones, para su gestión deberán establecerse cauces adecuados de colaboración interadministrativa.

### **III.3.- Bienes y recursos integrantes de los patrimonios públicos de suelo**

En el **artículo 72** de la LOUA se disponen los bienes inmuebles, y los recursos económicos que integran los citados patrimonios, si bien en este punto si consideramos determinante la diferencia entre el patrimonio municipal y el patrimonio autonómico.

Siguiendo el artículo citado hay que distinguir:

- a) Los bienes patrimoniales incorporados por decisión de la Administración correspondiente. Dicha incorporación podrá ser limitada temporalmente o quedar sujeta a condiciones concretas.

En este supuesto se encontrarían las siguientes categorías de bienes y recursos de la Comunidad Autónoma:

- La adscripción de bienes del patrimonio común de la Empresa, es decir, la integración de suelos residenciales con destino a viviendas protegidas.
- Los recursos provenientes de transferencias de capital con cargo al presupuesto de la Comunidad Autónoma, con la finalidad de su integración en el Patrimonio Autónomico de Suelo
- Los bienes que por acuerdo del Consejo de Gobierno sean cedidos a la Empresa Pública de Suelo de Andalucía con la finalidad de su integración en el Patrimonio Autónomico. Por esta vía deberían integrarse los bienes de dominio público de la Comunidad Autónoma que queden desafectados del uso o servicio público (vías pecuarias, carreteras, etc.)
- Los recursos derivados de la financiación externa con la finalidad de destinarlo al cumplimiento de los fines del Patrimonio.

En estos momentos iniciales de constitución del patrimonio autonómico de suelo en sede de la Empresa Pública estos bienes son los que inicialmente han venido conformando este patrimonio, a diferencia de los patrimonios municipales los cuales se integran básicamente con cargo a lo dispuesto en el número siguiente.

b) Los terrenos y construcciones obtenidos en virtud de las cesiones que correspondan a la participación de la Administración en el aprovechamiento urbanístico por ministerio de la ley o en virtud de convenio urbanístico

c) Los adquiridos con los ingresos derivados de la sustitución de tales cesiones por pagos en metálico, en los supuestos previstos en esta Ley.

Estos dos supuestos prevén la integración del suelo urbanizado en que se materialice el 10% del aprovechamiento medio en la gestión de suelo urbanizable y urbano no consolidado, así como los bienes adquiridos con los ingresos derivados de la sustitución en metálico. Entendemos que los propios ingresos obtenidos están afectos igualmente al patrimonio público de suelo.

La única mención en la Ley para la sustitución en metálico del aprovechamiento viene establecida, extrañamente en el artículo 30 al regular los Convenios de Planeamiento (ni siquiera en el 95 al regular los Convenios de Gestión que sería más propio). Este artículo dispone la obligación de incorporar en el Patrimonio Municipal de Suelo el aprovechamiento urbanístico de cesión obligatoria, así como el metálico que lo sustituya en los supuestos previstos en la Ley o los bienes por los que se permute. Es necesario que el instrumento de planeamiento justifique la sustitución en metálico. Igualmente es obligatorio incorporar todas las aportaciones económicas que se realicen en virtud del Convenio.

Históricamente, la Administración urbanística actuante en materia de ejecución urbanística ha sido la municipal, de forma que esta Administración ha sido la que, con obligación de integrarlo en el respectivo patrimonio municipal ha recibido la superficie de suelo con aprovechamiento lucrativo, ya urbanizada, precisa para materializar el diez por ciento del aprovechamiento medio del área de reparto. Sin embargo, la propia LOUA prevé la posibilidad de que la cesión no se produzca a favor del municipio sino de la Administración actuante ¿Podría la Administración de la Comunidad Autónoma ser la titular de la cesión de este aprovechamiento?

A) Desde mi punto de vista, la Administración de la Comunidad Autónoma puede tener la consideración de Administración actuante cuando ejecute los proyectos de interés autonómico previstos en el artículo 39 de la LOT, Ley 1/1994, de 11 de junio.

El apartado 1 y el apartado 3 del citado artículo disponen, respectivamente, que:

*“Cuando las actuaciones a que se refiere el artículo anterior supongan la implantación de usos productivos, dotaciones, o cualesquiera otros análogos que precisen desarrollo*

*urbanístico, la declaración de Interés Autonómico se producirá mediante la aprobación por el Consejo de Gobierno de un proyecto de actuación a propuesta de la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo, previa iniciativa de la Consejería competente en razón de la actuación”.*

*“La aprobación de todos los instrumentos y documentos que se precisen para el desarrollo y completa ejecución del proyecto de actuación, incluidos los proyectos de urbanización que procedieren, corresponderá en todo caso a la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo”.*

Estos proyectos de actuación pueden conllevar la ordenación de la implantación en su totalidad, clasificando y ordenando suelo, de forma que de acuerdo con la legislación básica la plusvalía que se genera como consecuencia de la función pública de ordenación y posterior actuación de urbanización, que debe revertir a la Comunidad, debería ser integrada en el Patrimonio Autonómico de Suelo al ser la Administración autonómica la actuante.

B) Administración autonómica como administración actuante en el ámbito exclusivamente urbanístico.

En la LOUA no se localiza con carácter general la posibilidad de que la Administración autonómica tenga la consideración de Administración actuante a los efectos que venimos estudiando. Sin embargo, en el **artículo 74.2** prevé esta posibilidad en relación con la incorporación al proceso urbanizador de los terrenos obtenidos por la delimitación de reservas para la constitución o ampliación del patrimonio autonómico de suelo al que luego nos referiremos. En efecto en el mismo se plantea que la Consejería competente en materia de urbanismo podrá establecerse como administración actuante para la formulación, tramitación y aprobación de los instrumentos de planeamiento así como para la ejecución de los mismos siempre que la reserva se refiera a:

- Suelo urbanizado sectorizado.
- Suelo no urbanizable que tuviera por finalidad de contribuir a la protección o preservación de las características del suelo no urbanizado o de cumplir determinadas funciones estratégicas de ordenación o de vertebración territorial.

Y otro supuesto que considero que podría dar lugar a la consideración de la Administración de la Comunidad Autónoma como Administración urbanística actuante sería en relación con la ordenación urbanística y posterior ejecución de desarrollos que tuvieran un marcado carácter supramunicipal.

Dicho todo lo anterior en relación con este elemento esencial de integración en los patrimonios públicos de suelo, interesa que nos detengamos en las novedades normativas que la nueva Ley del Suelo prevé a este respecto.

1. El artículo 16.1.b) de la citada norma establece la obligación de ceder como consecuencia de las actuaciones de transformación urbanística que consistan en actuaciones de urbanización consistentes en el paso de un ámbito de actuación de suelo rural a suelo urbanizado, a la Administración competente y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de edificabilidad media ponderada de la actuación o del ámbito que se fije (en nuestro caso, el área de reparto).

Con carácter general el porcentaje no podrá ser inferior al cinco por ciento ni superior al quince por ciento (el 10% en Andalucía, LOUA), si bien se prevé que la normativa autonómica pueda permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada hasta alcanzar un máximo del 20% en el caso de su incremento, para las actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo. Esta última precisión exigiría en Andalucía la necesaria modificación de la normativa urbanística para recoger este supuesto de hecho.

2. Sobre la sustitución en metálico, el citado artículo 16.1.b) , recoge que se estará a la legislación autonómica y lo que disponga al respecto (más arriba lo hemos analizado), si bien plantea un supuesto en el cual no es posible esa sustitución, limitando al legislador autonómico: cuando pueda cumplirse la cesión con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública, en virtud de la reserva a que se refiere la letra b) del artículo 10.

3. Y de forma más incidental pero también importante respecto de este elemento que de forma cualitativa y cuantitativa integra los respectivos patrimonios públicos de suelo, y visto que es obligatorio por disposición del artículo 30 de la LOUA, todas las aportaciones económicas que formen parte de los convenios urbanísticos de planeamiento deben integrarse en los patrimonios públicos de suelo, el artículo 16, en su apartado 3, dispone que los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrá establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados, declarando la nulidad de pleno derecho de la cláusula que contravenga tal determinación ¿Afecta esta cláusula a la libertad de pactos que siempre se ha considerado existente en el ámbito de los convenios urbanísticos? Bajo mi punto de vista si que y en gran medida resulta afectado.

d) Los ingresos obtenidos en virtud de la prestación compensatoria en suelo no urbanizable, de las multas impuestas como consecuencia de las infracciones urbanísticas, así como cualesquiera otros expresamente previstos en esta Ley. *(como la establecida en el artículo 151.3 de la LOUA al regular la edificación forzosa por incumplimiento del propietario).*

Por lo que respecta al importe recaudado de las multas por infracciones urbanísticas cuyo procedimiento haya sido resuelto por la Consejería, dado que la potestad sancionadora en materia de urbanismo corresponde también a la Consejería de Obras Públicas y Transportes, habrá que arbitrar, de conformidad con la Consejería de Economía y Hacienda, un procedimiento para posibilitar que el importe de las multas sea cedido a la Empresa Pública de Suelo de Andalucía para su incorporación al Patrimonio Autonómico de Suelo.

e) Los terrenos y las construcciones adquiridos por la Administración titular en virtud de cualquier título con el fin de su incorporación al correspondiente patrimonio de suelo y, en todo caso, los que lo sean como consecuencia del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto previstos en esta Ley.

El ejercicio de los derechos de tanteo y retracto pueden ejercitarse tanto en las áreas delimitadas a tal fin como en las reservas de terrenos delimitadas para su incorporación al Patrimonio Autonómico de Suelo.

Las áreas de tanteo y retracto que puede delimitar la Junta de Andalucía, conforme al capítulo II del Título III de la Ley, es uno de los instrumentos previstos para la obtención de inmuebles con destino al Patrimonio, sin perjuicio de otros fines tan cualificados como la obtención de inmuebles en áreas de rehabilitación o de gestión integrada; en suelo no urbanizable para controlar los procesos de parcelación ilegal.

f) Los recursos derivados de su gestión y los bienes adquiridos con la aplicación de tales recursos (en concepto de cláusula de cierre),

En este supuesto podrían encontrarse los siguientes recursos:

- Los provenientes de financiación externa vía préstamo con garantía hipotecaria sobre los propios bienes del Patrimonio, artículo 71.1
- Las rentas percibidas por arrendamiento de inmuebles del propio Patrimonio.
- El canon de cesión que se perciba por la constitución de derechos de superficie sobre suelos del Patrimonio.
- Y para terminar, tanto para una clase como para otra de patrimonio público, debiera añadirse, como consecuencia de su modalidad de gestión, las acciones, cuotas, participaciones o derechos societarios que correspondan al titular del patrimonio público por la aportación de bienes integrantes del mismo a sociedades mercantiles de capital íntegramente público que tengan por objeto la ejecución de los terrenos para el cumplimiento de los fines del patrimonio público del suelo.

### III.4. Reservas de terrenos

#### *A) Delimitación*

Los Planes de Ordenación del Territorio y las actividades de planificación de la Junta de Andalucía que tengan la consideración de planes con incidencia en la ordenación del territorio podrán establecer en cualquier clase de suelo reservas de terrenos de posible adquisición para la constitución o ampliación de los patrimonios públicos del suelo. Todo ello igual que los planes generales de los municipios.

Estas formas de constitución de reservas que se pueden establecer en cualquier clase de suelo, en relación con el patrimonio autonómico de suelo no suelen ser habitual, dado la complejidad en su tramitación que conllevaría la declaración de la reserva en alguno de los instrumentos de planificación señalados. Todo lo más en los planes territoriales se puede preordenar la constitución de una reserva al objeto de incorporación de los terrenos al Patrimonio Autonómico de suelo, identificando igualmente el fin o actuación a acometer.

En ausencia de los Planes a los que se refiere el apartado 1 o de previsión en los mismos de las reservas de terrenos para los patrimonios públicos de suelo, la Consejería competente en materia de urbanismo, para su incorporación al patrimonio autonómico de suelo, podrá proceder a su delimitación en suelo no urbanizable mediante la aprobación al efecto de un Plan Especial. Está es y seguirá siendo la forma más habitual de proceder a la delimitación de tales reservas, máxime tras la nueva Ley del Suelo en lo que a la valoración de los suelos rurales se refiere. Tampoco habría que descartar que, impulsado también por la nueva valoración del suelo, pudieran llevarse a cabo delimitaciones de reservas en suelo urbanizables, previa información pública, audiencia del municipio o municipios y propietarios afectados por plazo común de 20 días y publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Y, para completar esta delimitación, el apartado 4 prevé la posibilidad de que en cualquier clase de suelo la Consejería podrá delimitar reservas en caso de desafectación del destino público de terrenos y edificios de propiedad de las Administraciones Públicas.

#### *B) Planes Especiales tramitados en Andalucía*

Llegados este punto nos interesa destacar que hasta la fecha, con publicación oficial en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía se ha procedido a la formulación de los siguientes planes de delimitación de reserva de terrenos por medio de un plan especial:

- 1.-El Plan Especial de delimitación de la reserva de terrenos en la zona de La Menacha de la Bahía de Algeciras para su incorporación al Patrimonio Autonómico de Suelo formulado por Orden de 24 de agosto de 2004, que comprende el espacio delimitado entre la margen derecha del río Palmones, el tendido ferroviario Algeciras-Bobadilla, la carretera CA-231, el Cordel de Algeciras y el arroyo Botafuego, en la zona conocida como «La Menacha» dentro de los términos municipales de Algeciras y Los Barrios, ambos en la provincia de Cádiz.

Este plan especial se aprobó con ocasión de la Orden 27 de julio de 2005 (BOJA 19.10.2005).

2. ORDEN de 10 de diciembre de 2004, por la que se acuerda la formulación del Plan Especial para la delimitación del área de reserva de terrenos en la zona de Las Aletas en Puerto Real para su incorporación al Patrimonio Autonómico del Suelo, que se ha aprobado con ocasión de la Orden de 13 de octubre de 2005 ( BOJA 3.11.2005)

3. ORDEN de 12 de julio de 2005, por la que se acuerda la formulación del Plan Especial para la delimitación de la reserva de terrenos en la Zona de Soliva Norte de Málaga para su incorporación al Patrimonio Autonómico del Suelo. (BOJA 27.07.2005)

4. ORDEN de 5 de marzo de 2007, por la que se acuerda la formulación del Plan Especial de Interés Supramunicipal de delimitación de la reserva de terrenos “Holandalucía”, en el término municipal de Marbella para su incorporación al Patrimonio Autonómico de Suelo.

### ***C) Tramitación y aprobación***

Sobre la tramitación y aprobación de estos planes especiales no dispone nada más este artículo. El artículo 14.1 g) nos recuerda que el objeto de un plan especial puede tener por finalidad establecer reservas de terrenos para la constitución o ampliación de los patrimonios públicos de suelo. La formulación y aprobación corresponde a la Consejería competente en materia de urbanismo, como consecuencia de su incidencia e interés supramunicipal, artículo 31.2 y 73 de la LOUA, y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 220/2006, de 19 de diciembre, en su artículo 4.3d). Será la Orden por la que se acuerde su formulación la que determinará el procedimiento concreto para la aprobación definitiva del Plan especial. El esquema ha venido respondiendo a lo siguiente:

- Corresponderá al titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transporte respectiva, mediante Resolución, la aprobación inicial regulada en el artículo 32.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.
- Tras la aprobación inicial, el expediente deberá notificarse a los titulares de los bienes y derechos afectados por la delimitación del área de reserva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa.
- Igualmente, el expediente será sometido a información pública por el plazo de un mes, mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en un diario de la provincia, con audiencia al municipio o municipios afectados. Asimismo, se dará traslado de la aprobación inicial a las administraciones y entidades públicas o privadas que por sus competencias u objeto resulten afectadas por la delimitación del área de reserva.

- En el caso de producirse modificaciones respecto al documento aprobado inicialmente, procederá la aprobación provisional por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes respectivo.
- La aprobación definitiva corresponde, mediante Orden, al titular de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.
- Tras la aprobación definitiva, se inscribirá en el Registro Autonómico de Instrumentos de Planeamiento, Convenios Urbanísticos y Bienes y Espacios Catalogados y se publicará en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.
- La instrucción e impulso del expediente corresponde al titular de la Dirección General de Urbanismo

Sobre la naturaleza jurídica y documentación de este tipo de planes, ha sido el Tribunal Superior de Justicia de Valencia el que ha ido generando la doctrina en la materia por cuanto la figura de las delimitaciones de reservas para patrimonio autonómico de suelo se han venido sucediendo en la práctica, desde la Ley urbanística del año 1994. Así en la **STJV, de 6 de junio (RJCA 2005\556)**, en relación con la delimitación de un área de reserva para la ampliación de patrimonio público de suelo de Parque logístico en Ribarroja del Turia, se precisa al respecto, en su fundamento jurídico segundo:

*“Por lo que respecta a la documentación exigible en este tipo de planes, la Sala se ha manifestado recientemente en varias ocasiones, como en las Sentencias Números 1444/2003, de 2 de octubre, núm. 1748/2002, de 18 de diciembre (RJCA 2003, 269) , reiteradas en la más reciente núm. 134/2004, de 6 de febrero (JUR 2004, 169694).*

*A la vista del art. 24 de la LRAU (los planes especiales se formalizan mediante los documentos más adecuados a su objeto específico, debiendo redactarse con igual o mayor detalle que el planeamiento que complementen o modifiquen), ha proclamado esta Sala que «cuando de un Plan Especial para la reserva de suelo se trata, no tiene porqué contener especificaciones, gráficos y determinaciones normativas propias de un instrumento de planeamiento que ordene los espacios, clasifique o califique el suelo y disponga imperativamente la utilización del mismo, “pues tan sólo delimita un área y justifica en ella la expropiación forzosa, creando una bolsa de suelo público para la consecución de un fin social, pero sin ordenarlo ni regularlo, por lo que la documentación mencionada no sólo resultaría ociosa, sino impropia de este tipo de Plan Especial”, por tanto, a la vista de la documentación del Plan, de que se trata, (Memoria, Planos de Información y Plano de Ordenación) cabe considerar la misma suficiente de acuerdo con lo dispuesto en el citado art. 24 en relación con el 91 del Reglamento de Planeamiento de 15 de diciembre de 1998 (LCV 1999, 9) , sin que, en consecuencia y dado el objeto y finalidad del Plan, sea exigible estudio económico-financiero, cuyo defecto denuncia la recurrente”.*

En relación con el contenido del citado Plan la propia sentencia arriba comentada dispone, en su fundamento jurídico cuarto y quinto que:

*“Se alega por la parte actora que la Resolución impugnada no se encuentra ni racional ni objetivamente fundada, obedeciendo «a intereses económicos privados muy concretos que pretenden beneficiarse con dicha actuación adquiriendo al final dicho suelo urbanizado barato, utilizando a la Administración para sus intereses... siendo -para más hinchazón- el beneficiario de la expropiación designado por la Generalitat el Instituto Valenciano de la Vivienda, empresa pública dependiente de la Generalitat»*

*Queda acometer si la decisión autonómica adolece -como se le imputa por la recurrente- de falta de rigor, racionalidad y objetividad.*

*En la medida que el Plan Especial es una de las manifestaciones de la potestad de planeamiento recogidas en el ordenamiento urbanístico cabe traer a colofón lo que viene proclamando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que, naturalmente, sigue esta Sala reiteradamente, como por ejemplo, en su Sentencia núm. 134/2004, de 6 de febrero de 2004 (JUR 2004, 169694), precisamente conociendo de recurso frente a un Plan Especial de Delimitación de un área de reserva para la ampliación de patrimonio público de suelo de la Generalitat Valenciana:*

*«En este sentido, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4286), “La discrecionalidad técnica connatural a la actividad planificadora no es ilimitada ni está inmune al control judicial.....*

*....sobre la base de la discrecionalidad del planeamiento será de recordar que el “genio expansivo” del Estado de Derecho ha dado lugar al alumbramiento de un conjunto de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de la Administración, tan ampliamente dibujado por el art. 106.1 de la Constitución, se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas. Nuestra jurisprudencia ha venido acogiendo los logros doctrinales al respecto: A) En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facilidades discrecionales para su valoración. B) Y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas. Tales principios -art. 1º 4 del Título Preliminar del Código Civil (LEG 1889, 27) - informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias, de aquellos -la Administración no está sometida sólo a la Ley sino también al Derecho, art. 103.1 de la Constitución-. Claro es que esta doctrina es plenamente aplicable a los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento. Por ello la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra el presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -art. 9.3 de la Constitución- que, en lo que ahora importa aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas.”*

### **D) Efectos**

Los efectos que comporta la delimitación de las reservas de terrenos con la finalidad de constituir o ampliar los patrimonios autonómicos de suelo son:

a) La declaración de utilidad pública a efectos de la expropiación forzosa por un tiempo máximo de cinco años prorrogable por una sola vez por otros dos; de acuerdo con el procedimiento que fija el artículo 73.5.a), debiendo iniciarse el expediente expropiatorio en el curso del referido plazo.

La expropiación forzosa puede iniciarse a continuación de la aprobación del Plan Especial de delimitación, sin necesidad de esperar a la incorporación al proceso urbanizador de los terrenos objeto de reserva. Es decir, sin necesidad de esperar a la programación u ordenación de la actuación a acometer se puede iniciar y resolver el expediente expropiatorio.

Así, en la STJV, de 9-12-2002 (JUR 2003, 73845), se dispone que:

*“En dicha norma se hace palmario que la naturaleza del Plan Especial que se aprobase al amparo de la misma, no sería la de un Plan ordenador del territorio o de parte de él con más o menos pormenorización, sino un Plan delimitador de un espacio sobre el que se crea una reserva de suelo para actuar sobre él en el futuro y ello con el objetivo y finalidad de cumplir unos fines de interés social, legitimándose por esta delimitación la expropiación de los terrenos delimitados”.*

La incorporación al proceso urbanizador y la realización de cualesquiera actuación o acto en los terrenos y las construcciones adquiridas por la Administración Autonómica requerirá la aprobación de los correspondientes instrumentos de planeamiento urbanísticos regulados en la LOUA, artículo 74.1. Así, para la incorporación de las reservas en suelo no urbanizable será suficiente la revisión parcial del instrumento de planeamiento general, pudiendo tener ésta como objeto dicha previsión. Se establece una precisión que deberá ser desarrollada reglamentariamente cual es la posibilidad de tramitar esta incorporación previa declaración de urgencia, con la reducción de los plazos previstos en la LOUA para la tramitación, ejecución y gestión de los instrumentos de planeamiento.

b) La sujeción de todas las transmisiones que se efectúen las reservas de terrenos a los derechos de tanteo y retracto previstos en esta Ley a favor de la Administración que proceda.

### **III.5 Destino del patrimonio autonómico de suelo**

El artículo 75 de la LOUA fija los destinos de los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo, diferenciando entre terrenos y construcciones y los ingresos y los recursos derivados de la propia gestión de los patrimonios: Así:

*“1.- Los terrenos y construcciones que integren los patrimonios públicos de suelo deberán ser destinados, de acuerdo con su calificación urbanística:*

*a. En suelo residencial, a la construcción de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública. Excepcionalmente, y previa declaración motivada de la Administración titular, se podrán enajenar estos bienes para la construcción de otros tipos de viviendas siempre que su destino se encuentre justificado por las determinaciones urbanísticas y redunde en una mejor gestión del patrimonio público de suelo.*

La letra a) prevé el destino por excelencia de los terrenos y construcciones incluidos en el patrimonio público de suelo: la construcción de viviendas protegidas. Este destino será también el que corresponda a los terrenos delimitados en el área de reserva, obtenidos por expropiación forzosa y ordenados urbanísticamente conforme a la LOUA.

Este era el destino que se recogía en el artículo 280 respecto de los patrimonios municipales de suelo, recientemente derogado por la Ley del Suelo. El artículo 34 de la citada Ley, establece que el destino de los bienes y recursos que integran los patrimonios públicos deberán ser la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Solo una precisión que no puede pasar desapercibida, la disposición básica del Estado solo se refiere a uno de los tipos de suelos y construcciones que integran el patrimonio autónomo y que, como hemos dicho anteriormente, no constituyen la principal fuente de adquisición de éstos en el patrimonio autónomo: los bienes, recursos y derechos que adquiera la Administración en virtud del deber de a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16 de la LOUA, esto es, las cesiones obligatorias de aprovechamiento. La relevancia de esta precisión es simplemente a efectos competenciales sin que en este punto respecto del artículo 75 de la LOUA sea necesaria fijar mayores precisiones.

Respecto del Patrimonio Municipal del Suelo el artículo 17.7 de la LOUA establece una precisión más en relación con los terrenos en los que se localice el 10% de cesión por cuanto, al menos el 50% de estos deberán destinarse, dentro de la categoría de vivienda protegida, a las familias o grupos de menor índice de renta que se determine reglamentariamente.

En este punto es en el que me gustaría retomar un interrogante que se planteó en el inicio de esta intervención ¿Forman parte del patrimonio autónomo las viviendas protegidas que se construyan sobre suelos del mismo? Creo que pudieran mantenerse argumentos a favor de una respuesta afirmativa, pero mi opinión es negativa por las siguientes razones. Considero que con la construcción de la vivienda protegida, con independencia de su titularidad, pública o privada, se ha cumplido la finalidad de este patrimonio que hemos insistido a lo largo de esta exposición en que es un patrimonio finalista y que la consecución del mismo supone la necesaria salida de esa vivienda del patrimonio autónomo. Cosa distinta es la necesaria obtención del recurso que por la construcción de la vivienda haya de hacerse en relación con el valor de repercusión en el precio de la vivienda del suelo. Es decir, aun cuando la titularidad de la vivienda siga siendo pública, siga perteneciendo a EPSA, esta entidad, en sede de su contabilidad, deberá ingresar en la cuenta del patrimonio autónomo la cantidad correspondiente al citado valor. Pero la vivienda desde que se

construye pasa a formar parte de otro patrimonio público como es el patrimonio público de viviendas, el cual no tiene a día de hoy una individualización o singularización equivalente a la del patrimonio autonómico.

*b. A usos declarados de interés público, bien por disposición normativa previa o por planeamiento, bien por decisión del órgano competente de la Administración que corresponda.*

A este respecto el artículo 34.1 de la Ley de Suelo arriba señalado, dispone que los bienes y recursos podrán ser destinados a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de los espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural.

En este sentido la legislación andaluza prevé que los terrenos y construcciones se destinen a usos declarados de interés público, por disposición normativa, por planeamiento o por decisión del órgano competente. A estos efectos hemos de identificar usos declarados de interés público con usos de interés social, dada el carácter tan amplio de esta materia. Cualquier actuación declarada de interés público por una Administración Pública tiene, cuando menos, interés social.

¿Y que actividades o que usos pueden ser declarados de interés público? Pues bien en este sentido la precisión o el carácter de *numerus clausus* es de imposible predeterminación. Entendemos que se podrían abarcar actuaciones de carácter público en su totalidad como actuaciones en las que puede tener entrada la iniciativa privada en mayor o menor medida. En aplicación de la Ley valenciana ha sido esta última iniciativa la que ha dado lugar a un mayor número de delimitación de áreas de reserva.

El carácter amplio de esa declaración de interés social se puede ejemplificar con lo dispuesto en una STJV, de 18 de diciembre, ( RJCA 2003/269), en la que a su vez se cita una sentencia del TS. Así, el fundamento jurídico quinto dispone:

*“QUINTO Respecto del motivo impugnatorio en el que se hace constar que no es encuadrable la creación de un parque temático dentro de los fines del patrimonio público del suelo, no parece que el mismo pueda ser acogido, pues la creación de un parque temático y las demás determinaciones de potenciación de un desarrollo turístico regional son perfectamente incluibles dentro de los fines sociales que debe perseguir la formación del patrimonio público del suelo.*

*Debemos recordar a este respecto, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en su Sentencia de 16 de julio de 1997 (RJ 1997, 6079), relativa también a otro parque temático (en esta ocasión Port Aventura) cuya gestación se realizó por la vía de la expropiación forzosa. Dice la referida Sentencia (de la que tan sólo se transcribe el fundamento jurídico tercero, por ser el más directamente vinculado a la cuestión planteada, pero siendo toda ella de interés en la materia litigiosa):*

*«Tercero.-Esta sala considera que no se plantean en grado suficiente como para exigir el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dudas sobre la constitucionalidad de la Ley de Cataluña 2/1989, de 16 de febrero (RCL 1989, 485 y LCAT 1989, 54), de Ordenación de Centros Recreativos Turísticos en Cataluña, publicada en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña el 20 de febrero de 1989.*

*En efecto, la exposición de motivos de la ley expresada -acorde con su contenido normativo- pone de manifiesto que el legislador catalán considera como finalidad de interés social “dar un apoyo especial a las nuevas modalidades que ofrece el mercado del ocio y del esparcimiento, y teniendo en cuenta la experiencia de otros países, impulsar y racionalizar, en el ámbito de Cataluña, las grandes inversiones que por sus programas e innovación puedan tener efectos sociales beneficiosos y contribuyan a acreditar la imagen turística del país. Bajo estas premisas será necesario tener en cuenta aquellas inversiones que puedan considerarse de interés turístico y social por razón del incremento del nivel ocupacional de la oferta turística existente, la creación de puestos de trabajo, la potenciación internacional del sector y la mejora de su calidad para la prolongación de la temporada al incorporar, como un elemento atractivo actividades recreativas y deportivas que no dependen exclusivamente del período hábil de turismo originado por los usos de playa”.*

Una nota importante a tener en cuenta a este respecto es que en relación con planes especiales para la delimitación de áreas de reserva parece exigible desde el momento de su formulación recoger la causa de utilidad pública o interés social que resulta de aplicación en ese caso concreto, no tanto porque pueda resultar necesario para la constitución o ampliación del Patrimonio Autonómico sino porque como decíamos anteriormente el control judicial que corresponda hacer, en su caso, sobre el citado Plan Especial será el que corresponda con el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento por lo que la actuación que se proyecta y al menos su localización deben estar perfectamente identificadas en el propio Plan Especial.

*c. A cualesquiera de los usos admitidos por el planeamiento, cuando así sea conveniente para la ejecución de éste, tal destino redunde en una mejor gestión del correspondiente patrimonio público de suelo y así se declare motivadamente por la Administración titular por su interés público o social*

En cuanto a los ingresos y recursos de la gestión, dispone el apartado 2:

*“Los ingresos, así como los recursos derivados de la propia gestión de los patrimonios públicos de suelo, se destinarán a:*

*a. Con carácter preferente, la adquisición de suelo destinado a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública.*

*b. La conservación, mejora, ampliación, urbanización y, en general, gestión urbanística de los propios bienes del correspondiente patrimonio público de suelo.*

En este punto hay que añadir que por la Ley de Suelo se ha introducido una precisión importante en su artículo 33.2 por cuanto se señala que los ingresos y recursos solo podrán destinarse a la conservación, administración y ampliación del mismo siempre que solo se financien gastos de capital. A ello habría que añadir que estarían incluidos los gastos de gestión urbanística de los bienes integrantes del patrimonio, si bien con una limitación máxima de los citados gastos, al menos los que sean directamente imputables a la Administración titular, i.e., entre un 6 a un 10%.

*c. La promoción de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública.”*

*d. La ejecución de actuaciones públicas o el fomento de actuaciones privadas, previstas en el planeamiento, para la mejora, conservación y rehabilitación de zonas degradadas o de edificaciones en la ciudad consolidada.*

El Plan General de Ordenación Urbanística precisará el porcentaje máximo de los ingresos que puedan aplicarse a estos destinos, que en ningún caso será superior al veinticinco por ciento del balance de la cuenta anual de los bienes y recursos del correspondiente patrimonio público de suelo.

### **III.6 Disposición o cesión de los bienes del patrimonio autonómico**

Con carácter previo al estudio de la forma de disponer de los bienes de este patrimonio, que en este punto no tiene diferencia alguna con los patrimonios municipales, si nos interesa destacar en este punto las especiales garantías que se disponen en la Ley del Suelo a este respecto.

Así, el artículo 34.3 y 4 disponen que:

*“3. Los terrenos adquiridos por una Administración en virtud del deber a que se refiere la letra b del apartado 1 del artículo 16, que estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, no podrán ser adjudicados, ni en dicha transmisión ni en las sucesivas, por un precio superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda de que se trate, conforme a su legislación reguladora<sup>3</sup>. En el expediente administrativo y en el acto o contrato de la enajenación se hará constar esta limitación.*

*3. Las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino de las fincas integrantes de un patrimonio público de suelo que se hagan constar en las enajenaciones de dichas fincas son inscribibles en el Registro de la Propiedad, no obstante lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria<sup>4</sup> y sin perjuicio de que su incumplimiento pueda dar lugar a la resolución de la enajenación.*

3. Ley de Medidas para la vivienda protegida y suelo, artículo 7.1. El valor de los terrenos destinados a la construcción de viviendas protegidas, sumado el coste de las obras de urbanización necesarias, no podrá exceder del quince por ciento del importe que resulte de multiplicar el precio máximo de venta del metro cuadrado por la superficie de las referidas viviendas, en la forma y con las determinaciones que se establezcan reglamentariamente

4-. Se trata de una modificación indirecta de la Ley Hipotecaria la cual determina como numerus clausus las prohibiciones para disponer.

*4. El acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones a que se refiere el apartado anterior produce los siguientes efectos:*

*a. Cuando se hayan configurado como causa de resolución, ésta se inscribirá en virtud, bien del consentimiento del adquirente, bien del acto unilateral de la Administración titular del patrimonio público de suelo del que proceda la finca enajenada, siempre que dicho acto no sea ya susceptible de recurso ordinario alguno, administrativo o judicial.*

*Sin perjuicio de la resolución del contrato, la Administración enajenante podrá interesar la práctica de anotación preventiva de la pretensión de resolución en la forma prevista por la legislación hipotecaria para las anotaciones preventivas derivadas de la iniciación de procedimiento de disciplina urbanística.*

*b. En otro caso, la mención registral producirá los efectos propios de las notas marginales de condiciones impuestas sobre determinadas fincas.*

Esta previsión establecida en la disposición básica estatal, en virtud del título competencial previsto en el artículo 149.1.8, sobre legislación civil, la Comunidad Autónoma, por una modificación legislativa debiera generalizarla en relación con los patrimonios públicos de suelo, sea cual fuese el terreno o construcción del que se tratase.

En relación con la disposición de estos bienes debemos estar a lo dispuesto en el artículo 76 de la LOUA. La Ley distingue entre:

- Bienes con destino a viviendas de protección pública o a otros usos de interés público.

- Bienes con destino a otros usos.

a) En el primer caso, bienes con destino a viviendas de protección pública u otros usos de interés público, la regla general es la de la enajenación onerosa mediante concurso por precio no inferior al valor urbanístico del aprovechamiento. Esta modalidad supone una excepción a la legislación de bienes de las entidades locales. El concurso debe establecer los precios máximos de venta o de arrendamiento y los plazos máximos de urbanización y construcción, así como, las condiciones de aseguramiento del objeto del concurso, como garantía que debe prestar el adjudicatario para asegurar el cumplimiento del fin a que se destinan los bienes que se enajenan

Las excepciones a la regla general son:

- A la cesión por concurso: La cesión directa en las mismas condiciones del concurso, dentro del plazo de un año desde su celebración, si éste quedó desierto. Este procedimiento es el que daría cobertura a nuestro sistema de oferta continuada.

- A la cesión por su valor urbanístico: Cesión gratuita o por precio inferior a su valor urbanístico a Cooperativas o entidades de carácter benéfico o social sin ánimo de lucro, mediante concurso.

- A la cesión por concurso y por su valor urbanístico: Las realizadas entre Administraciones públicas territoriales o a entidades y sociedades de capital mayoritariamente público.

b) En el segundo caso, es decir, terrenos con destino a otros usos, la regla general es la enajenación por cualquiera de los procedimientos previstos en la legislación patrimonial aplicable a la Administración titular (concurso o subasta) y a un precio igual o superior al valor urbanístico. La excepción a la regla es la posibilidad de su enajenación directa dentro del año siguiente a la resolución de los procedimientos de concurrencia si estos quedaron desiertos, siempre que se mantengan las condiciones establecidas para aquellos.

---

## Sentencias de casación en interés de Ley en materia de transporte

---

**Carmen Carretero Espinosa de los Monteros**

Letrado de la Junta de Andalucía

### I. INTRODUCCIÓN.

En esta ocasión, traemos al presente comentario tres Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007, dictadas en Recursos de Casación en interés de Ley, siendo así que en dos casos los recursos son estimatorios (ponente en ambos, D. Manuel Campos Sánchez-Bordona), y en otro desestimatorio (Don Eduardo Espín Templado).

### II. SENTENCIAS DE 17 DE OCTUBRE DE 2007, POR LA QUE SE DECLARA HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY, INTERPUESTOS FRENTE A LAS SENTENCIAS DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2005, DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO Nº 7 DE SEVILLA Y DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2005 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO Nº 1 DE SEVILLA

#### II.1. Resumen

La citadas sentencias del Tribunal Supremo ambas estimatorias de los recursos de casación en interés de ley interpuestos, fijan doctrina legal afirmando la competencia de las Administraciones autonómicas para sancionar las conductas tipificadas en los artículos 141. h) y 140.b) de la ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación del Transportes Terrestres.

#### II.2. Analisis de los razonamientos

La sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso nº 7 de Sevilla, conocía de recurso interpuso frente a resolución de la Dirección General de Transportes de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, confirmatoria en alzada de otra anterior de 18 de julio de 2001 de la Delegación Provincial, en virtud de la cual se imponía a un transportista una sanción por infracción muy grave prevista en los artículos 140 b) de la Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación de Transportes Terrestres (en adelante LOTT) y 197. b) de su Reglamento de desarrollo aprobado por R.D. 1211/1990, de 28 de septiembre, en cuanto como constaba en el acta, había efectuado una conducción ininterrumpida de 15 horas y 24 minutos dentro de la misma jornada laboral.

En el caso de la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Sevilla, el objeto del recurso lo constituía igualmente resolución de la Dirección General de Transporte dictada en alzada, frente a una previa de la Delegación Provincial de Málaga de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, que imponía sanción por falta muy grave a transportista en base a lo dispuesto en el artículo 141. h) de la LOTT y 198.h) de su Reglamento de desarrollo, también antes citado, en cuanto que el conductor del vehículo había circulado con el tacógrafo averiado por plazo superior a un mes, sin que funcionasen además, ni el odómetro ni el estilete que marcan la distancia recorrida.

En ambos supuestos, las sanciones fueron anuladas por los Juzgados de lo contencioso administrativo de Sevilla, **al estimar la alegación de falta de competencia del órgano sancionador**, por entender que conforme a lo dispuesto en el artículo 204 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, se exceptiona el régimen de competencias de las Comunidades Autónomas a favor del Estado, en cuanto que dicho artículo la atribuye a los órganos competentes en relación con la ordenación del tráfico y la seguridad vial cuando se trate de sancionar las infracciones previstas en el artículo 197. b) y 198.h) del citado Reglamento aprobado por R.D. 1211/90. Por lo tanto, se anula y se estima que la sanción debió ser impuesta en su caso por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma y confirmada por la Dirección General de Tráfico del Ministerio del Interior.

Frente a dicho pronunciamiento claramente limitativo del ámbito competencial autonómico, se alzó la Administración de la Junta de Andalucía, interponiendo recurso de casación en interés de ley, al estimar gravemente dañosa y errónea la doctrina sentada en dichas resoluciones judiciales. Así la letrada de la Junta de Andalucía, mantuvo que aun cuando es cierto que el artículo 204 del Reglamento atribuye la competencia para sancionar en los supuestos previstos en los artículos 197.b) y 198.h) del mismo (art. 141. h) y 140.b) de la LOTT) a la Administración competente en materia de tráfico y seguridad vial, y por lo tanto al Estado, dicho precepto no puede sin embargo, ser interpretado aisladamente de la norma legal que desarrolla, que no es otro que el artículo 146.1 LOTT, ni independientemente de los distintos avatares legislativos.

Señalaba la letrada de la Junta de Andalucía, que en efecto el artículo 204 del Reglamento venía a desarrollar el artículo 146 de la LOTT en su versión primigenia, pero que por obra de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social aplicable en dicho momento al caso, dicho precepto había sufrido una importante modificación a estos efectos, que no podía desconocerse, y ello aun cuando el propio artículo 146 contuviese una remisión reglamentaria, y aun cuando el propio artículo 204 del Reglamento no hubiera sido modificado en consonancia con la nueva ordenación dada a la LOTT. Y es que la modificación operada por la Ley 55/99 del artículo 146 de la Ley, implicaba la competencia autonómica para la sanción de los supuestos previstos en los artículos 197.b) y 198.h) del mismo (arts. 141.h) y 140.b) de la LOTT), a salvo el propio supuesto de temeridad consignado en el precepto. Entendía así la letrada que aun cuando es cierto que la derogación del precepto legal (art. 146 LOTT) no determina necesariamente la derogación de la norma reglamentaria también lo es que, en el caso presente, resulta clara

la voluntad del legislador, de tal forma que la reforma de la norma legal había producido una derogación tácita de la norma reglamentaria.

La Ley 55/1999, al reformar el art. 146.1 LOTT, no sólo suprimió el antiguo párrafo segundo, sino que lo sustituyó por otro: «*Cuando la infracción denunciada revele una conducción que suponga un exceso en más de un 50 por 100 en los tiempos de conducción, o una minoración en más de un 50 por 100 en los tiempos de descanso reglamentariamente establecidos, se considerará temeraria y, sin perjuicio de la responsabilidad que proceda exigir con arreglo a esta Ley, se pasará el tanto de culpa a los órganos competentes en relación con la ordenación del tráfico y la seguridad vial*», de tal modo que la competencia sancionadora de los órganos de tráfico vino a quedar circunscrita a un concreto supuesto de hecho de los diversos que eran subsumibles en los apartados b) y c) del art. 140, y h) del artículo 141 LOTT. Es decir, la Ley 55/1999 priva a los órganos de tráfico de las competencias que le atribuía la Ley en su redacción anterior, salvando el caso de la “conducción temeraria”, a favor de la competencia autonómica para el resto de los supuestos.

Señalaba asimismo la letrada, que ésta es además la interpretación más acorde con la propia que debe sostenerse en la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículo a Motor y Seguridad Vial, concretamente el artículo 65.5 h) (reformado por la Ley 19/2001, de 19 de diciembre), en cuanto que dispone que son infracciones muy graves, cuando no sean constitutivas de delito, las siguientes conductas: “*h) El exceso en más del 50 por 100 en los tiempos de conducción o la minoración en más del 50 por 100 en los tiempos de descanso establecidos en la legislación sobre transportes terrestres*”, lo que efectivamente concuerda con la modificación que vino a introducir en el art. 146.1 LOTT la mencionada Ley 55/1999.

Por último destacaba que, una solución contraria a la consideración de la competencia autonómica para sancionar en estos supuestos, -dado que el Estado se viene declarando incompetente para sancionar estas conductas-, supondría dejar impunes infinidad de supuestos que antes se declaraban sancionables por lo órganos competentes en materia de tráfico. Por ello, solicitaba se fijase doctrina legal en virtud de la cual se declarase que la Administración Autonómica es competente para sancionar las conductas tipificadas en los artículos 140. b) y 141.h) de la Ley 16/1987 de Ordenación del Transporte Terrestre.

Por su parte, la Abogacía del Estado, en ninguno de los recursos mantuvo oposición de fondo respecto de la cuestión planteada, limitando su actuación a la formulación de reparos de orden formal respecto de la inadmisibilidad del recurso por falta de prueba del daño al interés general y sobre la inexistencia de grave error en la doctrina contenida en la sentencias de instancia.

### **II.3. Doctrina que contiene la sentencia**

Las sentencias que comentamos, como ya hemos adelantado, acogen como doctrina legal, la propuesta por la Administración de la Junta de Andalucía.

Entiende el Alto Tribunal que la aplicación del artículo 146 de la LOTT, en su versión vigente a la fecha de comisión de los hechos, no sólo permitía sino que **obligaba** a la Administración competente en materia de transportes a exigir las responsabilidades a que hubiera lugar con arreglo a aquella Ley, entre las que se incluyen las de carácter sancionador, sin perjuicio de la actuación de los órganos competentes en relación con la ordenación del tráfico y la seguridad vial.

Y para llegar a esta conclusión, considera que no es obstáculo la circunstancia de que el Reglamento de desarrollo de la LOTT contuviese aún en el año 2000 (fecha de comisión de la infracción) el “inciso adicional” concordante con la versión originaria del artículo 146.1 de dicha Ley, limitativo de la competencia autonómica. Dicho inciso fue suprimido de la Ley 16/1987 por la Ley 55/1999 y aun cuando esta supresión no se “trasladó” al Reglamento de modo expreso, su eventual aplicación sobre la mera base de la subsistencia en el texto reglamentario nunca podría hacerse al margen de la reforma que la Ley 55/1999 introdujo. Esto es, incluso no considerando implícitamente derogado aquel precepto reglamentario, la aplicación del “nuevo” artículo 146 de la LOTT tras la reforma de 1999 lo desvirtuaba en términos tales que lo hacen inaplicable a este género de infracciones, **siendo así que la previsión legal debía entenderse prevalente frente a la norma reglamentaria** que reproducía el “inciso adicional” suprimido de la propia Ley.

En este sentido afirma que el designio o criterio que inspiraba el nuevo inciso del artículo 146.1 en sustitución del precedente era, justamente, **posibilitar la actuación conjunta y coordinada, también desde la perspectiva sancionadora, de las dos Administraciones competentes** (en materia de transportes y en materia de tráfico), razón por la cual se suprimía la norma que descartaba la actuación de una de ellas (la autonómica) en favor de la otra (la estatal) para los casos ya citados de conducción temeraria. De esta manera continua señalando la Sala, **la reforma introducida por la Ley 55/1999 instaura el principio de compatibilidad entre la actuación de ambas Administraciones en los casos de infracciones en materia de transportes terrestres más cualificadas por el riesgo que suponen para la seguridad vial**, sino que además, se dice, que «*El “reparto” competencial entre unas Administraciones y otras, bien sea en materia de transportes terrestres o en materia de seguridad vial, no corresponde al reglamento de desarrollo de la Ley sino a normas de rango superior*».

Por último, afirma el Tribunal Supremo que la tesis mantenida por las sentencias de instancia resulta, además de errónea, gravemente dañosa para el interés general. Y ello, porque la generalización de la tesis mantenida por los Juzgados, privaría de una buena parte de sus competencias sancionadoras a las Administraciones autonómicas que las ostentan en materia de transportes terrestres y esa privación alcanzaría precisamente a conductas infractoras consistentes en la conducción de vehículos de transporte terrestre en condiciones que la propia Ley calificaba de “temerarias” y que suponen un grave riesgo para la seguridad de las personas. El interés general requiere por tanto, se dice, tanto la represión de estas conductas peligrosas en que pueden incurrir determinados transportistas como la actuación constante, frente a ellas, de las Administraciones competentes en materia de transportes terrestres, con arreglo a las pautas legales que la regula, y requiere, igualmente,

que no sean innecesariamente anuladas sanciones impuestas por estas Administraciones para reprimir aquellas graves infracciones cuando las medidas sancionadoras se hubieran ajustado a derecho. Causaría, pues, un “grave” daño al interés general la aplicación de la tesis auspiciada por el Juzgado cuya sentencia es objeto del presente recurso, tanto por razón de la privación de competencias sancionadoras a las Administraciones autonómicas que las ostentaban, como por la importante merma en a disuasión y represión de estas conductas peligrosas supondría la anulación de las sanciones impuestas.

En este sentido, el Tribunal Supremo considera conductas peligrosas y temerarias, tanto el exceso en el tiempo de conducción o minoración del periodo mínimo de descanso (art. 140.b) como la carencia o inadecuado funcionamiento del tacómetro (art. 141.h), dada su clara relación instrumental con el supuesto anterior en cuanto medio idóneo para detectar la existencia de infracciones muy graves.

Por todo ello, estima el recurso y fija como doctrina legal que, las Administraciones autonómicas que hayan asumido las competencias correspondientes en materia de transportes terrestres son asimismo competentes para sancionar las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 140.b) y 141.h) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. (ulteriormente artículo 140.20 tras la reforma de dicha Ley por la Ley 29/2003, de 8 de octubre.).

#### II.4. Comentario

A la fecha no ya del presente comentario, sino incluso del dictado de la propia sentencia en interés de ley que comentamos, la redacción de los artículos 140.b) de y 141.h) de la LOTT en la versión aplicable al supuesto de autos, había sido superada por obra de la Ley 29/2003, de 8 de octubre, de mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera, que dio nueva redacción al título V de la LOTT, sobre el régimen sancionador, a fin de “tipificar de forma completa las distintas vulneraciones de las normas de ordenación del transporte por carretera”. Concretamente, la Ley 29/2003 modificó el artículo 140.b) de la LOTT que fue sustituido por un nuevo artículo 140.20 a tenor del cual constituye infracción muy grave “*el exceso superior al 50 por 100 en los tiempos máximos de conducción o de conducción ininterrumpida, así como la minoración superior a dicho porcentaje de los periodos de descanso obligatorios*”, así como el artículo 141.h) de la misma Ley, que fue sustituido por varios nuevos apartados en el artículo 140, algunos con la calificación de muy graves (149.10, 11 y 12) y otro de grave (art. 140.5).

Sin embargo, ello no es considerado por el Tribunal Supremo, como óbice u obstáculo en orden a pronunciarse en un recurso de casación en interés de ley, en cuanto considera que “*Tal circunstancia, sin embargo, no priva de utilidad al presente recurso de casación en interés de la Ley pues, por un lado, no hay cambios sustanciales entre ambos, limitándose el artículo 140.20 (nuevo) a especificar una de las conductas ya recogidas en el 140.b) (antiguo); por otro lado, de lo que se trata en este recurso de casación no es de fijar doctrina sobre los perfiles del tipo sancionador sino sobre la competencia de las Administraciones autonómicas para aplicarlo*”.

**Y es que efectivamente, donde reside el interés del presente recurso de casación en interés de ley, es precisamente en la afirmación de la competencia autonómica.** El reconocimiento de dicha competencia sancionadora autonómica en materia de transportes terrestres por parte del Tribunal Supremo en un recurso extraordinario como el que tratamos, -que efectivamente por su propia naturaleza no modifica la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida (art. 100.7 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa 29/1998)-, tiene sin embargo el indudable valor de servir como criterio de unificación jurisprudencial para los Tribunales de lo contencioso administrativo. No puede olvidarse que la competencia en materia de transportes terrestres es una materia compartida entre el Estado y las CCAA (artículo 149.1.21 CE y actual artículo 64 del Estatuto de Autonomía para Andalucía), en la que juega un importante papel el principio de cooperación entre Administraciones, incluso a nivel ejecutivo en materia de régimen sancionador.

Pero es asimismo importante, en cuanto a las propias técnicas de aplicación del Derecho. Esto es, que por el Tribunal Supremo, se diga que «El reparto competencial entre unas Administraciones (...) no corresponde al reglamento de desarrollo de la Ley sino a normas de rango superior», y que además se afirme que la previsión legal debía entenderse prevalente frente a la norma reglamentaria, así dicho, puede parecer una obviedad, pero lo cierto es que los Tribunales estaban aplicando sin más, la literalidad de un inciso de un precepto reglamentario sin tener en cuenta ni los principios competenciales ni los principios interpretativos que correctamente aplicados nos llevan a la afirmación del principio de jerarquía normativa y de competencia. Es precisamente así, como el Tribunal Supremo desarrolla su función nomofiláctica del Ordenamiento jurídico, y es así también como nos enseña a los operadores del Derecho, que el Ordenamiento jurídico debe ser contemplado en su plenitud, sin que sean posible aplicaciones o interpretaciones de normas aisladas de su propio contexto, sentido y finalidad, por muy literales que éstas sean. Esto es precisamente lo bonito de la disciplina del Derecho.

### **III.- SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 2007, POR LA QUE SE DECLARA HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY, INTERPUESTO FRENTE A SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2006, DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO Nº 2 DE SANTANDER**

#### **III.1. Resumen**

En el caso presente, el Tribunal Supremo se reitera en la doctrina mantenida en la Sentencia de 18 de diciembre de 2002, resolutoria de cuestión de ilegalidad. Conforme a la misma, considera que no existe vulneración del principio constitucional de reserva de ley en materia sancionadora en el supuesto enjuiciado del artículo 198.i del Reglamento de Transportes, aprobado por el R.D. 1211/1990, de 28 de septiembre, en contra de lo mantenido por el juzgador de instancia. Sin embargo, no estima el recurso de casación interpuesto en

interés de Ley por el Gobierno de Cantabria, en cuanto la doctrina legal que se solicitaba se declarase como tal en el presente caso no se considera la adecuada, llamando la atención de la Administración por no haber extraído de la sentencia anterior dictada en cuestión de ilegalidad las consecuencias pertinentes.

### III.2. Análisis de los razonamientos

En el presente caso, se trataba de una sanción impuesta por el Gobierno de Cantabria a un transportista por carecer de los discos de diagrama de la semana en curso y el último de la anterior, considerándose que dicha conducta constituía infracción del artículo 141 q) de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes terrestres (en adelante LOTT), y del artículo 198 i) del Reglamento que desarrolla dicha Ley.

Frente a la resolución sancionadora se interpuso recurso contencioso administrativo, que fue estimado por sentencia de 7 de julio de 2006, del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Santander, acogiendo las tesis del demandante, que en esencia señalaba que la infracción grave que se había impuesto, carecía de cobertura legal, ya que el artículo 141.q) de la LOTT, en el que se ampara el artículo 198.i) del Reglamento que desarrolla la misma, implica una remisión en blanco a la determinación reglamentaria de infracciones graves, **lo que vulnera la garantía formal o de reserva de Ley contenida en el principio de legalidad sancionadora.** En efecto, según el art. 141.q) de la LOTT, es infracción grave «cualquier otra infracción no incluida en los apartados precedentes, que las normas reguladoras de los transportes terrestres califiquen como grave», en tanto que según el art. 198.i) del Reglamento, es infracción grave «la falta de conservación a disposición de la Administración de los discos del tacógrafo en los términos previstos en la normativa vigente». A la vista de ello, el juzgador de instancia entendió que era aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de la garantía formal (o reserva de ley) del principio-derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en cuanto conforme al mismo no es posible que la Ley remita en blanco al reglamento la tipificación de los elementos esenciales de las infracciones, tal como entiende que ocurre en el caso presente, y sin que desde luego pueda considerar que lo que proclama es una inaplicación del art. 141.q) de la LOTT, sino una interpretación conforme al art. 25.1 de la CE y a la doctrina del TC acerca del mismo.

Considera además, que el art. 198.i) del Reglamento podría sustentar la actuación sancionadora de la Administración autónoma, si tuviese un referente legal con el contenido que la reserva de Ley constitucional requiere de las normas legales tipificadoras. Pero ese referente no es el artículo 141.q) de la LOTT, que estableció la Administración autónoma en la resolución sancionadora impugnada, siendo así que el juzgador considera que le está vedado en función de su carácter revisor de las resoluciones administrativas, buscar otro.

Frente a esta sentencia del Juzgado de lo contencioso nº 2 de Cantabria, recurre en casación para interés de Ley el letrado de dicha Comunidad Autónoma, por considerar que la conducta sancionada se encuentra debidamente tipificada en el artículo 198. i) del Reglamento, y amparada por el principio de reserva de ley, desde el momento en que la obligación de

todo conductor de poder acreditar cuando sea requerido para ello los discos tacógrafos de la semana en curso y del último día de la semana anterior en que condujo, deriva de lo dispuesto en el artículo 15.7 del Reglamento CEE/3821/85 del Consejo. Para el Gobierno de Cantabria ninguna vulneración del principio de reserva de ley es posible predicar del caso, dado que el principio de reserva de ley se cumple perfectamente con la previsión del artículo 14.2 del Reglamento Comunitario antes citado, que establece específicamente que “la empresa conservará debidamente las hojas de registro durante un año por lo menos después de su utilización [...] Las hojas deberán presentarse o entregarse cuando los agentes encargados del control lo soliciten”. En consecuencia, se dice, la interpretación sostenida por la Sentencia impugnada le parece errónea y gravemente dañosa para el interés público, ante la posibilidad de reiteración de la misma, proponiendo una interpretación del artículo 198.i) del Reglamento, conforme a la cual “la infracción establecida en el artículo 198 i) del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en relación con el artículo 141 q) de la Ley 16/1987, se consuma por el mero hecho de no estar en disposición de exhibir el conductor, a requerimiento del agente de control, los discos del tacógrafo de la semana en curso y, en cualquier caso, el disco del último día de la última semana anterior tanto si condujo como si no lo hubiese hecho”.

### III.3. Doctrina que contiene la sentencia

El Tribunal Supremo en el presente caso desestima el recurso de casación en interés de ley interpuesto pro el Gobierno de Cantabria.

Considera que la cuestión que se plantea en relación con la interpretación del artículo 198. i) Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, había sido ya resuelta por la propia Sala, por **Sentencia de 18 de diciembre de 2002**, en cuestión de ilegalidad, precisamente planteada por Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. En aquel caso, otro Juzgado de lo contencioso administrativo de Santander había anulado, por idénticas razones a las del presente supuesto, una sanción de la Administración regional impuesta por la misma infracción, con base en los artículos 198. i) del Reglamento y 141.q) de la LOTT, habiendo sido dicha sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que no obstante entendió, que puesto que la sanción al transportista se anulaba por considerar ilegal el Reglamento por vulnerar los principios de legalidad y tipicidad era preciso plantear dicha cuestión de ilegalidad.

Pues bien, la doctrina contenida en la Sentencia de 18 de diciembre de 2002, –que por cierto desestimó la cuestión de ilegalidad–, se reproduce literalmente en la presente sentencia de 17 de octubre de 2007. En ella se señalaba que si bien es cierto que el artículo 25.1 CE reserva a la Ley la tipificación de los elementos esenciales de las infracciones, también lo es que los reglamentos pueden desarrollar y precisar los tipos de infracciones previamente establecidos por la norma legal, de tal manera que *«la Ley ha de incluir en sus preceptos los elementos esenciales de la conducta antijurídica que reputa sancionable, pero no excluye la colaboración del titular de la potestad reglamentaria para desarrollarla»*. Así añade la sentencia: *«El hecho*

*de que no sean constitucionalmente admisibles las meras remisiones de la Ley al reglamento carentes de una previa determinación de los elementos esenciales del tipo, elementos que han de figurar en la propia Ley, no impide, decimos, que las normas reglamentarias puedan integrar o completar la caracterización de las infracciones administrativas. Sostener lo contrario sería tanto como exigir que los catálogos de infracciones administrativas existentes en los reglamentos se limitasen a repetir o transcribir, sin más, pura y simplemente, los preceptos sancionadores de las leyes que tratan de desarrollar. Conclusión ésta que no resulta de la interpretación del referido artículo 25.1 de la Constitución, puesto en relación con los preceptos y principios que disciplinan el papel del reglamento en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Concluye que « lo rechazable sería deferir al poder reglamentario la tipificación completa y ex novo de las conductas infractoras en detrimento de la reserva de Ley que establece el artículo 25.1 de la Constitución. Pero tal circunstancia no se da cuando, contando con la cobertura legal suficiente, el Reglamento completa o integra la descripción legal de las infracciones administrativas previamente tipificadas o caracterizadas por la propia Ley que desarrolla».*

Tras este planteamiento teórico, entiende sin embargo, cuando desciende al análisis del concreto caso, que **si existe cobertura legal del art. 198.i) del Reglamento en relación con el art. 141.h) de la LOTT**, Y a tales efectos, en el caso de autos, sin necesidad siquiera de entrar en el debate sobre la mayor o menor cobertura que pudiera deducirse del artículo 141.q) LOTT, considera que, al menos, el artículo 141, letra h), de la misma Ley, ofrece base o apoyo legal suficiente como para permitir que el Reglamento tipifique, en su artículo 198, letra i), la infracción administrativa objeto de debate.

En efecto, dentro de dicha letra h) del 141, la Ley sanciona en relación con el tacógrafo, «la carencia o no adecuado funcionamiento, imputable al transportista, o manipulación del tacógrafo, sus elementos u otros instrumentos o medios de control que exista la obligación de llevar instalados en el vehículo». Siendo esto así, a juicio del Tribunal Supremo, el artículo 198. i) del Reglamento no hace sino completar o integrar la referida tipificación legal de la letra h), especificando que constituye también infracción grave la falta de conservación a disposición de la Administración de los discos del tacógrafo en los términos previstos en la normativa vigente, y todo ello sin excesivos problemas hermeneúticos, dado que formando parte los discos del tacógrafo de éste en cuanto tal mecanismo de control -en otras palabras, siendo aquellos uno de los elementos integrantes de él y expresivos de su “adecuado funcionamiento”- su falta de conservación o bien implica una determinada “carencia” de dichos elementos o bien revela un inadecuado funcionamiento del mecanismo en cuanto tal, imputable al transportista. Así, a juicio del Tribunal, la previsión reglamentaria inserta en dicha letra del referido artículo 198 no hace sino contribuir a una más correcta identificación de las conductas que la Ley quiere sancionar, concretando o especificando una modalidad de acción u omisión infractora que es complemento indispensable del tipo legal, en este caso, del tan citado artículo 141, letra h), de la Ley 16/1987 de Ordenación del Transporte Terrestre.

A estos efectos considera además, que es irrelevante que dicha norma legal «no se hubiera alegado en el curso de los procesos de instancia y apelación, toda vez que para el juicio de validez de la disposición reglamentaria en cuanto tal (al margen de que lo fuera o

no, también, para el juicio sobre la adecuación a derecho del concreto acto impugnado) hubiera sido posible hacer uso, en su caso, de la facultad prevista en el artículo 65.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa», y por cuanto además cuando **«se trata de dilucidar la validez o nulidad de un precepto reglamentario, con las rigurosas consecuencias erga omnes propias de esta declaración, es preciso apurar el análisis de los preceptos con rango de Ley que puedan prestar a aquél soporte legal».**

Por todo ello, en cuanto se considera que el artículo 198.i) del Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes terrestres no carece de la debida cobertura legal, dado que al misma se encuentra en el propio artículo 141 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, letra h), procede a la desestimación del recurso de casación en interés de la ley.

### III.4. COMENTARIO

La sentencia que comentamos resulta relevante en dos aspectos, uno más concreto en relación con el tema de transportes de que tratamos, y otro más general relativo a la propia interpretación de las normas y del derecho administrativo sancionador.

En el caso concreto de las sanciones de transportes, es claro que la tipificación con base en el artículo 198. i) del Reglamento complementa y especifica en forma correcta la previsión tipificadora legal del artículo. 141. h de la LOTT.

Pero quizás lo más relevante desde el punto de vista jurídico es la doctrina que contiene, en cuanto a la necesidad de que para dilucidar la validez o nulidad de un precepto reglamentario, -con las rigurosas consecuencias erga omnes propias de esta declaración, se dice-, es preciso apurar el análisis de los preceptos con rango de Ley que puedan prestar a aquél soporte legal, utilizando incluso la posibilidad prevista en el artículo 65.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa.











