

Contratos administrativos de organismos autónomos, subvenciones y recurso de amparo constitucional

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Enunciado

En el organismo autónomo Biblioteca Nacional de España, adscrito al Ministerio de Cultura, se han producido las siguientes situaciones:

1. Se ha convocado procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada para la contratación de los servicios de limpieza, núm. de expediente 00/0000. El procedimiento de presentación de ofertas establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares es exclusivamente de forma electrónica, extremo este que se refleja tanto en los pliegos como en el anuncio de licitación que se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 16 de noviembre de 0000, en el BOE de fecha 27 de noviembre de 0000 y en la plataforma de contratación del sector público con fecha 16 de noviembre de 0000, utilizándose para desarrollar dicho procedimiento la herramienta de preparación y presentación de ofertas (licitación electrónica) de la citada plataforma de contratación del sector público.

Durante el plazo de presentación de ofertas concurren al procedimiento mediante la citada herramienta, por licitación electrónica, cinco ofertas de empresas licitadoras. Asimismo, y también dentro de dicho plazo, se recibe en el registro general del organismo una oferta presencial (el último día y tres horas antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas) de otra empresa licitadora.

Ante esta situación la asesoría jurídica del órgano de contratación recomienda al servicio encargado de la gestión del contrato que se otorgue trámite de subsanación a la empresa que presenta su oferta de forma presencial, a fin de que la documentación exigida en el procedimiento de licitación sea presentada de forma electrónica, en virtud de lo dispuesto en el artículo 68.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, dada la aplicación supletoria de la Ley 39/2015 respecto a la Ley 9/2017, que establece:

Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación.

Ante ello, el órgano de contratación concedió un plazo para la subsanación.

- 2.1. Compra por el organismo autónomo de libros científicos publicados por editoriales nacionales e internacionales, en cuyo precio de editorial se incluyen los derechos de autor derivados del reconocimiento de propiedad intelectual: ¿podría pensarse que es un negocio jurídico formalmente excluido de las previsiones de la LCSP y no tener consideración de contrato público, según lo dispuesto en su artículo 9, por considerarse un bien incorporal? ¿Es equiparable en derecho este negocio, compra de libros científicos, a la creación original literaria objeto de propiedad intelectual? O bien, la adquisición de libros científicos con la que se obtienen objetos físicos susceptibles de ser inventariados, que en el caso de la adquisición por parte de las universidades como consumidor final es susceptible de aplicar precios inferiores al de venta al público hasta un 15 %, como excepción contemplada en el artículo 11 de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, ¿puede considerarse contrato de suministro incluido en la LCSP, en el que puede establecerse como criterios de valoración de proposiciones los descuentos sobre el precio y el plazo de entrega, entre otros?
- 2.2. Contratación de los trabajos de redacción de proyectos de ejecución de obras arquitectónicas y de ingeniería por el organismo autónomo, que a lo largo del articulado de la LCSP tiene la consideración de contrato de servicios, y definidos en el artículo 17 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: ¿podría considerarse un negocio jurídico formalmente excluido de las previsiones de la LCSP y no tener consideración de contrato público según lo dispuesto en su artículo 9, por ser una creación original objeto de propiedad intelectual recogida en la letra f) del mismo artículo 10 del mencionado Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril?
- 2.3. De igual modo, la adquisición de programas de ordenador que el artículo 16 de la LCSP define como contratos de suministro a excepción de los programas de ordenador desarrollados a medida, que se consideran contratos de servicios, ¿podría considerarse un negocio jurídico formalmente excluido de las previsiones de la LCSP y no tener consideración de contrato público según lo dispuesto en su artículo 9, por ser una creación original objeto de propiedad intelectual recogida en la letra i) del reiterado artículo 10 del Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto re-

fundido de la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia?

3. El organismo autónomo ha concedido una subvención a don XXX en un procedimiento de concurrencia competitiva cuyo objeto consistente en que, por parte de persona con la titulación adecuada –arquitectos superiores– se proceda a la elaboración de documentales de 15 minutos de duración en los que se pongan de manifiesto ideas para el adecentamiento y lucimiento de un edificio de su propiedad. El importe de la subvención concedida fue de 10.000 euros por beneficiario hasta la finalización del crédito presupuestario. El Sr. XXX subcontrató la realización de parte del proyecto con su esposa, también arquitecta, por un importe de 4.500 euros. ¿La esposa de don XXX tiene que justificar en todo caso el coste efectivo de la prestación que facturan al beneficiario?
4. En ese procedimiento de subvención se habían incoado dos expedientes sancionadores a dos personas (A y B), que obtuvieron la subvención por presunta infracción grave del artículo 57 c) de la Ley 28/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, consistente en «la falta de justificación del empleo dado a los fondos recibidos una vez transcurrido el plazo establecido para su presentación».

Los expedientes se iniciaron el día 15 de diciembre de 2021 y finalizaron mediante resolución sancionadora el día 27 de febrero de 2022 de febrero (tenía 28 días). Respecto a las notificaciones de dicha resolución:

- a) El primer intento de notificación personal al sancionado A se produce a las 9:15 horas del lunes día 7 de marzo de 2022, ¿Desde cuándo se podía producir el segundo intento de notificación? El segundo intento de notificación que dio resultado se produjo el día 16 de marzo de 2022. En esta ocasión la notificación se hizo de forma efectiva.
 - b) Respeto a B, que había solicitado relacionarse electrónicamente con la Administración, se puso a su disposición la notificación el día 7 de marzo. No se tiene constancia de que accediera a su contenido en ningún momento. Cuando la Administración va a ejecutar la sanción, pasados 20 días, alega que aquella había incumplido la obligación de la notificación a través de publicación edictal que debe hacerse, en todo caso, antes de la ejecución.
5. Resuelto un procedimiento de responsabilidad patrimonial e indemnizado el lesionado, se inicia el día 6 de abril un procedimiento de reembolso o reintegro contra don RRR, funcionario del organismo autónomo perteneciente al subgrupo A2, toda vez que existió, de forma indubitada y acreditada, una negligencia grave por su parte en el funcionamiento del servicio de su responsabilidad, que ocasionó el daño a un particular y el posterior procedimiento de responsabilidad patrimonial resuelto de forma estimatoria para el perjudicado. Este procedimiento finalizó mediante resolución, en la que se declaró la procedencia del reembolso

de fecha 3 de junio de igual año. La resolución se notificó el día 8 de julio. Ante ella, el funcionario interpone recurso de reposición ante el órgano competente afirmando la invalidez de la resolución dictada.

6. Un funcionario, don LLL, que prestaba sus funciones en el referido organismo autónomo ha solicitado, conforme a la legislación vigente y cumpliendo todos los requisitos exigidos para ello, una vacante que ha salido a concurso. La citada vacante ha sido, igualmente, pedida por otros tres funcionarios. El concurso es resuelto por el órgano competente, que era el secretario de estado del ministerio, asignándose a otro solicitante.

Ante ello, acude al órgano jurisdiccional competente mediante escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo que tramita el oportuno procedimiento contencioso ordinario. En este proceso, sorprendentemente, no tuvo lugar el trámite de conclusiones que había sido solicitado, de forma expresa, por las tres partes (recurrente, Administración y el funcionario que obtuvo la plaza). Esta omisión fue denunciada por el recurrente ante el órgano jurisdiccional, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, sin resultado alguno.

La sentencia se resolvió en sentido desestimatorio. Ante ello, formula recurso de casación que no es admitido por falta de interés casacional. Frente a la misma presenta recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, fundamentado en las infracciones de los derechos de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución. En trámite oportuno el Ministerio Fiscal se opone a la admisión del recurso, alegando la falta de agotamiento previo a la vía judicial por no haberse interpuesto el incidente previo de nulidad de actuaciones.

Finalmente, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 000/2022, de 5 de octubre, referido a la rehabilitación de edificios de titularidad pública, por el que se modifica el estatuto de la entidad pública empresarial del suelo (SEPES). El mismo fue publicado en el BOE el 6 de octubre de 2022.

En su apartado 3 del artículo único del real decreto, introduce un nuevo inciso 3.º en el artículo 4.1 del estatuto de SEPES, recogido en el real decreto. El mencionado nuevo inciso amplía el objeto social de la citada entidad pública empresarial en los siguientes términos: «Ejecución de actuaciones de rehabilitación y regeneración urbana, o reforma urbana de espacios públicos, así como rehabilitación o reforma de inmuebles en instalaciones de titularidad pública».

En el procedimiento de elaboración del real decreto se prescindió de los trámites de consulta pública y de audiencia. Para motivar la tramitación abreviada, en la memoria de análisis de impacto normativo se dice, por la Abogacía del Estado, que la reforma del estatuto de la SEPES «es una norma organizativa de la Administración General del Estado que carece de impactos apreciables y de eficacia *ad intra*» y, por consiguiente, que ello se apoya

en el artículo 26.2 de la Ley del Gobierno. Al informar sobre el proyecto de real decreto, el Consejo de Estado no opuso ninguna objeción a su tramitación abreviada. Consta, además, que el real decreto tenía como finalidad principal adaptar el estatuto de SEPES a las nuevas prescripciones introducidas en 2015 por la Ley de régimen jurídico del sector público.

El mismo fue objeto de recurso contencioso-administrativo por la Confederación Nacional de la Construcción, interpuesto en tiempo y forma.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Resulta ajusta a derecho la decisión del órgano de contratación de que se le otorgue plazo para subsanación a la empresa que presentó su oferta presencialmente dentro de plazo?
2. Informe sobre los interrogantes que se plantean en el relato de hechos descritos con el número 2 del enunciado.
3. ¿Las esposa vinculada con el beneficiario tiene que justificar en todo caso el coste efectivo de la prestación que facturan al beneficiario?
4. Comente las circunstancias concurrentes en las notificaciones de la resolución sancionadora y, en su caso, las oportunas consecuencias.
5. ¿Cómo deberá resolverse el recurso interpuesto por el funcionario?
6. Tiene razón el Ministerio Fiscal para que no se admita el recurso de amparo? Con independencia de la respuesta a la anterior pregunta, ¿qué, en su caso, debería fallar y ordenar, en concreto el Tribunal Constitucional, respecto al fondo del asunto si, finalmente, entrara a analizar el mismo?
7. ¿Cómo debería resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Nacional de la Construcción, interpuesto en tiempo y forma?

Solución

1. ¿Resulta ajusta a derecho la decisión del órgano de contratación de que se le otorgue plazo para subsanación a la empresa que presentó su oferta presencialmente dentro de plazo?

A continuación, se analizará el régimen de la presentación de ofertas por medios electrónicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, la regulación de la aplicación de la legislación general en materia de procedimiento administrativo a los procedimientos de contratación, para finalizar con la aplicación de la previsión del concreto

artículo 68.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, al supuesto cuestionado. Como señala su exposición de motivos, el texto de la Ley 9/2017 realiza una decidida apuesta «a favor de la licitación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario».

De acuerdo con ese propósito, la disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, bajo el rótulo «Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley», regula la utilización de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación y, en particular, en la presentación de ofertas y solicitudes de participación.

En concreto, el apartado 3 establece la regla general de la presentación de ofertas y solicitudes de participación en los procedimientos de contratación con medios electrónicos, al señalar que «la presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional», añadiendo a continuación que «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos: [...]», enumerando una serie de supuestos en los que no resulta obligatorio para el órgano de contratación la exigencia del empleo de medios electrónicos para la presentación de ofertas. De la misma manera, el apartado 4 de la misma disposición establece un supuesto específico adicional por razones de garantía en la seguridad de la información. Por último, esta disposición se remite en su apartado 8 a otra disposición adicional, la decimosexta, que regula las normas que regulan el uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la ley.

Estas previsiones trasponen lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en sus artículos 22 y concordantes, para los cuales el artículo 90 prevé un plazo de hasta el 1 de octubre de 2018, que se ha adelantado al 9 de marzo, según lo expuesto.

La opción por los medios electrónicos de la directiva responde, como señala su considerando 52, a la intención de «simplificar enormemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación. Deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior».

En definitiva, la conclusión es que a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017 la regla general para la presentación de las ofertas es la utilización de los medios electrónicos, que solo cede ante los casos tasados previstos en la citada disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, debiendo en cualquier caso justificarse la excepción de forma expresa, al

exigirse que «los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos» (disp. adic. 15.^a, apartado 3 y 4 *in fine*).

Por su parte, respecto a aplicación supletoria de la legislación en materia de procedimiento administrativo, la Ley 9/2017, en su disposición final cuarta (Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta ley y a los medios propios personificados), reitera lo señalado en la disposición final tercera del texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP), señalando en su apartado 1 que «los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias».

Ahora bien, como ya ha señalado esta junta de contratación administrativa en otras ocasiones y así ha sido reconocido en las decisiones del Tribunal Central de Recursos Contractuales respecto a diversos preceptos de la legislación en materia de procedimiento administrativo común, las disposiciones contenidas en la legislación de procedimiento administrativo (anteriormente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y hoy la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas) solo resultan de aplicación cuando la normativa específica de contratos del sector público no se pronuncia sobre las actuaciones que se tienen que llevar a cabo en las diferentes fases de los procedimientos de licitación, y su aplicación no sea contraria al contenido y a los principios generales que inspiran la legislación de la contratación pública. A este respecto cabe citar, por ejemplo, las resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales 738/2015, 422/2015 o 309/2015 o los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 16/00, de 11 de abril, o 35/02, de 17 de diciembre.

En particular, respecto a la aplicación del trámite de subsanación previsto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la documentación a presentar por las empresas licitadoras, esta junta, en el Informe 35/02, de 17 de diciembre de 2002, ya señaló que

la supletoriedad solo debe entrar en juego ante una falta de regulación específica de la norma suplida y es evidente que, tanto el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado contenía como el artículo 81.2 del vigente Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene una regulación suficiente de la subsanación de errores, omisiones y defectos, que impiden que por la vía de la disposición adicional séptima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se produzcan consecuencias inadmisibles, cual es la señalada en el escrito de consulta de que la falta total de la documentación a presentar por los licitadores pueda ser subsanada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En su virtud, y teniendo en cuenta la obligatoriedad de relacionarse con la Administración mediante medios electrónicos tanto con carácter general como en el ámbito de la contratación pública, la cuestión se centra en determinar si resulta aplicable o no al trámite de presentación de ofertas de forma electrónica el trámite de subsanación previsto con carácter general en el artículo 68.4 de la Ley 39/2015, a la vista de la regulación expresa de los preceptos de la Ley 9/2017 y de los principios generales que la inspiran.

Al margen de las disposiciones adicionales de la Ley 9/2017, que han sido reseñadas anteriormente, para responder a la cuestión anterior deben tenerse en cuenta los preceptos que regulan los trámites en los procedimientos de adjudicación y, en particular, los referidos a la presentación de proposiciones.

El punto de partida es la vigencia de los principios generales de publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación recogidos con carácter general en el artículo 1 de la Ley 9/2017, y plasmados expresamente respecto al procedimiento de licitación en el artículo 132.1 de la Ley 9/2017, a tenor del cual «los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad».

De acuerdo con los citados principios, en la subsección 1.^a de la sección 2.^a del capítulo i del título I del libro II de la Ley 9/2017, se regulan los plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones incluidas sus posibles ampliaciones con ocasión de incidencias suscitadas en el procedimiento (art. 136), su posible reducción (art. 137), la regulación de la información a los interesados (138), los requisitos de las proposiciones de los interesados (139), las reglas para la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (140) y la declaración responsable (141).

No se prevén tramites expresos de subsanación salvo en este último artículo 141, cuyo apartado 2 prevé expresamente un trámite de subsanación para la declaración responsable y demás documentación acreditativa de los requisitos previos regulada en el anterior artículo 140, por un plazo de tres días, en términos similares al régimen jurídico vigente al amparo del TRLCSP. No se prevé un trámite para la subsanación de la documentación de las ofertas, tan solo y en determinados supuestos específicos, como la modificación en los pliegos o falta de respuesta a los requerimientos de información, una ampliación del plazo común a todos los licitadores.

En definitiva, se establece una regulación completa de los trámites relacionados con la presentación de la documentación adecuada a la naturaleza concurrencial del procedimiento de contratación y de acuerdo con los principios mencionados de publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación que lo inspiran, por lo que no puede entenderse que exista una laguna legal al respecto.

Hay que tener en cuenta además que, establecida la obligación para todos los licitadores de presentar electrónicamente las proposiciones, no tiene sentido la aplicación del otorgamiento de un trámite de subsanación para aquellos que, incumpliendo la obliga-

ción legal, presentan la documentación en papel, beneficiándose de algún tipo de ventaja, como una posible ampliación singular del plazo para presentar las proposiciones por la vía exigida legalmente.

Aun en el caso de que la documentación se hubiera presentado con anticipación a la terminación del plazo de presentación de la documentación, los principios señalados de publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación, unidos a la necesaria seguridad jurídica, postulan un tratamiento común a todos los licitadores, de forma que sea en el momento de valoración de toda la documentación, cuando la mesa o el órgano correspondiente determine la exclusión de las proposiciones que incumplan lo dispuesto en la ley y en el pliego, en particular por el incumplimiento de la obligación de presentación electrónica de la documentación, sin aplicar el trámite de subsanación previsto en el artículo 68.4 de la Ley 39/2015.

Finalmente, y a mayor abundamiento, recogida en el pliego la exigencia de la presentación electrónica de las ofertas de acuerdo con la disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, la obligatoriedad de su presentación por este medio se convierte en inexcusable, ya que los pliegos son la ley del contrato que obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a una licitación determinada. En este sentido se pronuncia expresamente el artículo 139 de la Ley 9/2017, cuyo apartado 1 señala que «las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna», en términos similares al artículo 145.1 del TRLCSP.

2. Informe sobre los interrogantes que se plantean en el relato de hechos descritos con el número 2 del enunciado.

- Las cuestiones planteadas giran acerca de la aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, a tres tipos de actividades como son la compra de libros científicos y la de programas de ordenador, así como la contratación de los trabajos de redacción de proyectos de ejecución de obras arquitectónicas y de ingeniería. En todos los casos se plantea su posible consideración como propiedades incorpóreas o como elementos propios de la propiedad intelectual y se atiende al carácter inequívoco de Administraciones públicas de las universidades.
- El artículo 9.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, de contenido similar al artículo 4.1 p) del TRLCSP de 2011, señala lo siguiente:

Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos

análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, 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 solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2.

- Este precepto contiene varias ideas relevantes que se pueden resumir del modo siguiente:
 - a) Declara la exclusión de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, de los contratos patrimoniales que consisten en operaciones propias del tráfico privado si recaen sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales.
 - b) Declara que estos contratos tienen siempre carácter privado y se rigen por la legislación patrimonial.
 - c) Excepciona el caso de la compraventa de programas de ordenador siempre que este negocio deba ser calificado como un contrato de suministro o, como después veremos, de servicios.

- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, nos indica también cuándo la adquisición de un programa de ordenador debe ser calificada como un contrato público y quedar sujeto a la legislación contractual pública. En efecto, el artículo 16.3 de la norma legal señala que, en todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:
 - b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

Por tanto, no cabe ninguna duda de que conforme a la Ley de contratos del sector público la adquisición, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, de programas necesarios para el uso de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información e incluso la cesión del derecho de uso de los mismos debe considerarse como un contrato de suministro, sujeto a las prescripciones de la normativa contractual pública referentes a este tipo de contrato.

La excepción a la anterior regla viene representada por el supuesto de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios al tener un componente que los cualifica por causa de su carácter individualizado y exclusivo para el cliente público y, en consecuencia, no susceptible de venta masiva. Lógicamente, en este caso también estamos en presencia de contratos públicos y la normativa propia del contrato de servicios será la aplicable a estos contratos. No puede haber duda de la consideración de estas actividades como contratos de servicios, ya que incluso cuentan con su propia codificación CPV bajo los epígrafes 84210-84250, 84990 y 84240.

- Por lo que se refiere a los contratos de redacción de proyectos de obras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, contiene continuas referencias a la realización de prestaciones de un alto contenido intelectual, entre las que figuran las correspondientes a la ingeniería y la arquitectura (arts. 145, 159 o disp. adic. 41.^a). Incluso la ley alude expresamente (art. 183.3) a los contratos de servicios que se refieran «a la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad y, cuando se contraten conjuntamente con la redacción de los proyectos anteriores, a los trabajos complementarios y a la dirección de las obras», señalando la procedencia de la aplicación de las normas de los concursos de proyectos para la selección del contratista.

Estos contratos fueron calificados tradicionalmente como contratos de consultoría y asistencia y hoy no cabe duda alguna de que constituyen contratos complementarios al contrato de obras, tal como ha declarado esta junta consultiva en múltiples ocasiones (por ejemplo, en el Informe 23/2019, de 9 de mayo). Por la naturaleza de sus prestaciones propias se configuran como contratos de servicio y son anejo inseparable de la ejecución de la obra pública. Por tanto, no puede haber duda alguna de que estamos en presencia de contratos sujetos a la legislación de contratos públicos.

- Respecto de la adquisición de libros científicos partiremos de la idea de que el contenido del soporte físico que representa el libro es claramente una obra científica protegida por la propiedad intelectual.

El Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (LPI), alude a esta cuestión en el artículo 10 cuando señala que

son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.

Sentado lo anterior, cabe señalar, sin embargo, que en este punto las obras científicas no se diferencian, por ejemplo, de los programas de ordenador, también objeto de propiedad intelectual conforme al artículo 10.1 i) de la LPI. Ya hemos visto que los programas de ordenador están sujetos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por expresa imposición de la misma y que el propio legislador se ha ocupado expresamente de ellos para deslindar adecuadamente el tipo de contrato que constituyen en cada caso. Por eso, aunque la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, no mencione expresamente la compra de libros científicos, la solución debe ser la misma, de modo que la adquisición de los libros en cuestión puede incardinarse sin dificultad en el contrato de suministro y quedará sujeta, por tanto, a la Ley de contratos del sector público.

Nótese que a estos efectos resulta relevante no solo el hecho de que la obra científica en cuestión esté protegida por las normas reguladoras de la propiedad intelectual, cosa por completo incuestionable, sino también cuál es la finalidad y el objeto de la adquisición por parte de la entidad pública contratante.

Tal finalidad normalmente no es la adquisición *inter vivos* de los derechos de propiedad intelectual propiamente dichos, que incluirían solo los que de todos ellos son susceptibles de transmisión, entre los que la LPI (artículos 17 y siguientes) cita los derechos de explotación de la obra en cualquier forma (incluyendo los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación), así como el derecho de participación o la compensación equitativa por copia privada. Lo que se pretende con la adquisición de libros científicos no es el ejercicio de ninguno de estos derechos que son propios del autor. Habitualmente no se trata de realizar otra actividad que el uso del libro por parte de la universidad y sus alumnos e investigadores, sin que aquella adquiera ninguno de los derechos constitutivos de la propiedad incorporal que el autor ostenta sobre la obra científica.

Consecuentemente, en la mayoría de los supuestos no cabe entender que el objeto del contrato sea el conjunto de derechos constitutivos de la propiedad incorporal de la obra, sino que, por el contrario, el objeto del contrato es la propiedad de un bien mueble que autoriza su uso por la universidad con pleno respeto a los derechos de exclusiva que otorga la propiedad intelectual que retiene al autor.

Este es el mismo criterio que se contiene, por ejemplo, para el contrato de servicios en el artículo 308.1 de la LCSP. Establece esta norma lo siguiente:

Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público.

Parece claro que el legislador está inspirado por el mismo criterio que venimos exponiendo, en la medida en que resulta patente que este tipo de contratos de servicios recae sobre «productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial». Siendo esto así, qué duda puede haber de que el legislador contempla la entrega de un producto protegido, como en el caso de un libro científico, y lo sujeta a la LCSP.

En definitiva, también en este supuesto el contrato está sujeto a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y puede calificarse como un contrato de suministro.

- Lógicamente existen excepciones a la anterior conclusión. La propia LPI contempla, por ejemplo, la posible transmisión *inter vivos* de los derechos de explotación a un tercero por parte de su autor a través de alguno de los contratos que detalla en su título V. En estos supuestos, cuando mediante una contraprestación se pague al autor por la transmisión de la titularidad o ejercicio de derechos tales como la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de la obra, en los términos que para estas actividades establece la LPI, el objeto del contrato sí podría ser la propiedad incorporal y sí quedaría esta transmisión excluida de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes:

- Los contratos que tienen por objeto la adquisición de programas de ordenador son contratos de suministro con una excepción: que se trate de programas de ordenador confeccionados a medida, en cuyo caso constituyen contratos de servicios, sujetos ambos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.
- Los contratos de redacción de proyectos de obra constituyen contratos de servicios sujetos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.
- Los contratos de adquisición de libros para una universidad son contratos de suministro que estarán sujetos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, cuando su objeto no sea la adquisición propiamente dicha de derechos constitutivos de la propiedad intelectual.

3. ¿La esposa vinculada con el beneficiario tiene que justificar en todo caso el coste efectivo de la prestación que facturan al beneficiario?

Hay que distinguir si la prestación facturada al beneficiario por la entidad vinculada implica o no subcontratación.

Artículo 68 del reglamento de la Ley de subvenciones, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, relativo a la subcontratación de las actividades subvencionadas:

1. La realización de la actividad subvencionada es obligación personal del beneficiario sin otras excepciones que las establecidas en las bases reguladoras, dentro de los límites fijados en el artículo 29 de la Ley General de Subvenciones y en este Reglamento. Si las bases reguladoras permitieran la subcontratación sin establecer límites cuantitativos el beneficiario no podrá subcontratar más del 50 por 100 del importe de la actividad subvencionada, sumando los precios de todos los subcontratos.

2. A efectos de lo dispuesto en el artículo 29.7 d) de la Ley General de Subvenciones, se considerará que existe vinculación con aquellas personas físicas o jurídicas o agrupaciones sin personalidad en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Personas físicas unidas por relación conyugal o personas ligadas con análoga relación de afectividad, parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado o de afinidad hasta el segundo.

Señala el artículo 29.7 d) de la Ley 38/2003, general de subvenciones (LGS):

En ningún caso podrá concertarse por el beneficiario la ejecución total o parcial de las actividades subvencionadas con [...]:

d) Personas o entidades vinculadas con el beneficiario, salvo que concurran las siguientes circunstancias:

1.^a Que se obtenga la previa autorización expresa del órgano concedente.

2.^a Que el importe subvencionable no exceda del coste incurrido por la entidad vinculada. La acreditación del coste se realizará en la justificación en los mismos términos establecidos para la acreditación de los gastos del beneficiario.

Queda acreditado el cumplimiento del segundo requisito. Respecto del primera nada se dice. Si no tenía la previa autorización del órgano concedente, no era posible esa subcontratación y, por tanto, supondría un incumplimiento de sus obligaciones que, de acuerdo con el artículo 57 b) de la LGS, podría ser constitutiva de una falta grave consistente en «el incumplimiento de las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida», o de una infracción leve general del artículo 56 consistente en: «Constituyen infracciones leves los incumplimientos de las obligaciones recogidas en esta ley y en las bases reguladoras de subvenciones cuando no constituyan infracciones graves o muy graves y no operen como elemento de graduación de la sanción».

En el caso de subcontratación con entidades vinculadas (entendiendo como tales a estos efectos las que se definen en el artículo 68 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el

que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, antes expuesto) la ley exige en el artículo 29 que el importe subvencionable no exceda del coste incurrido por la entidad vinculada, por lo que la acreditación del coste debe realizarse en los mismos términos que los establecidos para el beneficiario.

Sin embargo, la obligación de justificar el coste incurrido por la entidad vinculada no se extiende a los gastos, igualmente adquiridos a entidades vinculadas, que no impliquen subcontratación, los cuales únicamente están sometidos al límite general del valor del mercado.

No obstante, la Administración no solo puede comprobar este valor empleando uno o varios de los medios que se relacionan en el artículo 33 de la LGS, sino que también, durante la ejecución de un control financiero, nada impide al órgano de control solicitar la acreditación del coste efectivamente incurrido por la entidad vinculada; como medio de prueba de que efectivamente el coste justificado por el beneficiario es el de mercado, sin incrementos sobre el precio de adquisición que no fueran subvencionables y que implicaran un incremento de coste fraudulento.

4. Comente las circunstancias concurrentes en las notificaciones de la resolución sancionadora y, en su caso, las oportunas consecuencias.

A) Notificaciones en papel al Sr. A

- a) El primer intento de notificación al sancionado A se produce a las 9:15 horas del lunes día 7 de marzo de 2022. ¿Desde cuándo se podía producir el 2.º intento de notificación? El segundo intento podrá producirse desde el mismo 7 de marzo de 2022 a partir de las 15 horas hasta el 10 de marzo de 2022, también a partir de las 15 horas.

Por lo que se refiere a las notificaciones en papel, para que este plazo se entienda cumplido, será suficiente haber notificado, como mínimo, el contenido íntegro de la resolución, así como acreditar de forma debida el intento de notificación, según recoge el artículo 40 de la Ley de procedimiento administrativo común (LPAC).

Sin embargo, existe controversia respecto esta «acreditación de forma debida del intento de notificación». La expresión «intento de notificación» empleada por el legislador es ambigua y da lugar a diversas interpretaciones. En este sentido, la práctica de la notificación «de forma debida» está referida a realizar el intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales previstas en el artículo 42.2 de la LPAC, pero no se aclara si ello se cumple con el primer intento, o es necesario que se culminen el primer y el segundo intento.

- b) El primer intento de notificación personal al sancionado A se produce se produce a las 9:15 horas del lunes día 7 de marzo de 2022. ¿Desde cuándo se podía pro-

ducir el 2.º intento de notificación? El 2.º intento de notificación que dio resultado se produjo el día 16 de marzo de 2022. En esta ocasión la notificación se hizo de forma efectiva.

En primer lugar, esta notificación no respetó lo dispuesto en el artículo 47 de la LPAC cuando exige que el 2.º intento se haga en los tres días siguientes en distinta hora; aquí no se respetó. Y, en segundo lugar, cuando en un procedimiento de oficio el primer intento se realiza dentro del plazo de caducidad, pero no así el segundo intento de notificación. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en la sentencia de 1 de septiembre de 2014 (rec. núm. 557/2011), resolvió esta cuestión determinando que este intento previsto en la LPAC debe referirse a la consumación del doble intento, dado que hasta que no se agote este no es posible pasar a la notificación edictal. Por dicho motivo, por cuanto el segundo intento se produjo fuera del plazo de caducidad, resultó admisible la caducidad alegada.

En referencia a estos dos intentos necesarios de notificación es preciso, en primer lugar, traer a colación que nos estamos refiriendo siempre a aquellas notificaciones que se practican en papel. En segundo lugar, el artículo 42 de la LPAC determina que, en un primer intento de práctica de la notificación en el domicilio del interesado, si no se hallase presente el mismo, podrá hacerse cargo de la notificación «cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad». Si no hubiese nadie presente, deberá hacerse constar el primer intento de notificación en el expediente, especificando el día y la hora. El segundo intento se producirá en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. Ahora bien, cabe prestar especial atención, pues si el primer intento se realizó antes de las 15 horas, el segundo debe realizarse después de las 15 horas y viceversa, de manera que quede, como mínimo, un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación.

Así, conviene considerar el 30.1 de la LPAC, párrafo 2.º, que contiene la regla de cómputo de plazos por horas, de forma que «los plazos se contarán de hora en hora y de minuto en minuto desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación. Su duración máxima será de 24 horas y, a partir de entonces, se comenzarán a expresar en días». Además, cabe tener también presente el artículo 30.3 de la LPAC en el que se especifica que «los plazos expresados días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación».

Además, debemos señalar que, con el fin de acreditar que no se ha podido culminar con el proceso de notificación, bastará únicamente que consten los dos intentos en el expediente administrativo. Recordemos que el criterio del Tribunal Supremo en esta materia ha evolucionado, pasando de la necesaria consideración de que la Administración debía recibir la devolución del envío o de la comunicación para entender que el intento de notificación había sido infructuoso, a la única necesaria constancia de la imposibilidad o fallo del mismo en el expediente administrativo del procedimiento sancionador en cuestión.

En el caso de que resultasen ambos intentos de notificación infructuosos, la Administración podría hacer uso de la notificación edictal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha

matizado esta premisa, considerando insuficiente la realización de dos intentos de notificación infructuosos con resultado desconocido, pues la administración sancionadora dispone de más vías alternativas, pudiendo acudir a otros registros públicos «para intentar obtener un domicilio de notificaciones alternativo del interesado», y máxime cuando otras notificaciones, relativas a otros procedimientos, sí que se han podido practicar.

B) Notificación a través de medios electrónicos

Respecto a las notificaciones electrónicas, a diferencia de las de papel, de acuerdo con el artículo 43 de la LPAC, estas se practicarán a través de comparecencia en la sede electrónica de la Administración o del organismo actuante, es decir, mediante el acceso por parte del interesado o de su representante al contenido de la notificación.

Por un lado, se entenderán que las mismas se han practicado en el momento en que el interesado o su representante tenga acceso a su contenido y, por otro, se entenderán rechazadas cuando hayan transcurrido 10 días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido.

Por último, se entiende cumplida la obligación de notificación dentro del plazo legal con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada.

Sobre el contenido del precepto 43 de la LPAC, el Tribunal Supremo es claro al respecto: el artículo establece una regla general, de manera que «las notificaciones por medios electrónicos producen efectos desde el momento del acceso a su contenido», y una regla específica, esto es, «la obligación de la Administración de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, que se entenderá cumplida por la puesta a disposición de la notificación en sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única». En consecuencia, se sigue distinguiendo, como sucede con las notificaciones en papel, entre la propia «notificación», entendiendo como tal que el acto administrativo despliega todos sus efectos, tal y como veremos en el siguiente apartado, y el «intento de notificación», con la puesta a disposición de la notificación sin que el interesado acceda a la misma, para dar, de este modo, por resuelto el procedimiento dentro del plazo necesario.

La notificación interrumpe la prescripción de las infracciones y de las sanciones.

Adicionalmente, los tribunales, en el caso de la notificación electrónica, rechazan acudir a la vía edictal, pues la misma carecería de sentido, ya que la notificación sí que ha sido posible desde el momento en que se han cumplido todos los requisitos exigidos por la norma. Y, en términos similares, tampoco tiene lógica el intento de una segunda notificación, ya que la misma no se exige legalmente y la Administración ya tiene la certeza de que la notificación se encuentra a disposición del solicitante, aunque este no acceda a su contenido.

De hecho, sobre este último punto concerniente al acceso al contenido de la notificación electrónica, conviene destacar que una de las críticas suscitadas en torno a la cuestión de los 10 días naturales de puesta a disposición de la notificación antes de que se considere rechazada, versa sobre la obligación intrínseca que la propia Administración impone al interesado a acceder de forma periódica a su correo o sede electrónica, exigiéndose esa necesidad de forma indiscriminada, sin tener en cuenta la capacidad del sujeto en cuanto al acceso a las tecnologías o a su funcionamiento se refiere. Sobre el particular, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado admitiendo que en caso de que «el destinatario no acceda a su contenido en plazo por causas a él no imputables, deberán alegarse y justificarse las mismas», es decir, debe analizarse caso por caso. Aun así, queda de manifiesto que recae sobre el interesado una presión y una diligencia añadida respecto a las notificaciones en papel.

Por consiguiente, la notificación electrónica se entiende practicada: a) Cuando se accede al contenido del acto notificado; b) Por el transcurso del plazo de 10 días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se haya accedido a la misma, entonces, se entenderá rechazada.

5. ¿Cómo se resolverá el recurso interpuesto por el funcionario?

Ya, adelantamos, que el recurso deberá ser estimado.

La cuestión de interés casacional que se suscitó en el auto de admisión del recurso, sobre el plazo máximo de duración de un determinado procedimiento, se regula con carácter general en el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, según el cual, el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, si bien establezca un límite máximo de seis meses para esa norma reguladora, a salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor.

A falta de fijación de plazo máximo en la norma reguladora del procedimiento de que se trate, el plazo máximo será de tres meses.

Con dicha regulación se trata de garantizar la seguridad jurídica en las relaciones de los administrados con la Administración, de manera que sus derechos no se vean perjudicados por la falta o extemporaneidad de una respuesta congruente en el tiempo con la efectividad de los mismos. A tal efecto, el legislador ha considerado que, además de la observancia de los plazos establecidos para la realización de los distintos trámites del procedimiento, se establezca un plazo máximo para la notificación de la resolución del procedimiento, cuyo incumplimiento tiene unos efectos específicos.

Así, el incumplimiento de los plazos en general o, en expresión de la propia ley, la realización de las actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo

implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo (art. 48.3 LPAC), mientras que el incumplimiento del plazo máximo para resolver determina, en el caso de los procedimientos iniciados a instancia del interesado, la estimación o desestimación de la solicitud, es decir, el silencio positivo o negativo (art. 24 LPAC); y en el caso de los procedimientos iniciados de oficio, si del procedimiento pudiera derivarse el reconocimiento de derechos o situaciones jurídicas favorables, se produce el silencio administrativo negativo y, en el caso de que en el procedimiento se ejerciten potestades sancionadoras por la Administración o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad del procedimiento.

Se desprende de esta regulación el distinto alcance y efectos de los plazos establecidos para la realización de los correspondientes trámites del procedimiento y del plazo máximo para la resolución del mismo; que este plazo de resolución ha de estar expresamente establecido y no resulta de la suma de los plazos correspondientes a los distintos trámites; y que a falta de tal previsión específica ha de estarse al plazo legalmente establecido con carácter general de tres meses.

Desde estas consideraciones generales y por lo que se refiere al procedimiento establecido en el artículo 36.4 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de régimen jurídico del sector público –relativo a la exigencia por la Administración a las autoridades y demás personal a su servicio de responsabilidad por dolo, o culpa o negligencia graves– lo primero que se aprecia es que se trata de un procedimiento distinto al establecido para la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los particulares, a que se refiere el propio artículo 36.1, diferencias que son sustanciales en la forma y en su contenido sustantivo, pues, de una parte, son objeto de una regulación distinta, como se pone de manifiesto cuando es el propio precepto el que, tras remitir a la Ley de procedimiento administrativo común, señala que este procedimiento específico constará, al menos, de los siguientes trámites:

- a) Alegaciones durante un plazo de quince días.
- b) Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días.
- c) Audiencia durante un plazo de diez días.
- d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia.
- e) Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días.

regulándose las especialidades del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración en el artículo 91 de la LPAC, en cuyo número 3 sí se establece el plazo para la resolución de seis meses.

Y, por otra parte, este procedimiento específico es un procedimiento que se inicia de oficio por la Administración y cuya finalidad es exigir responsabilidad por dolo o culpa grave, es decir, de carácter desfavorable o de gravamen para el interesado.

En consecuencia, ha de atenderse a su regulación y no a la establecida para la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración, y en tal sentido se advierte que la regulación, a pesar de prever unos determinados trámites y sus plazos, no establece un plazo máximo de resolución, por lo que necesariamente habrá de acudirse al plazo general de tres meses señalado en el citado artículo 21.3 de la LPAC.

No es obstáculo para ello la indicada previsión de los trámites del procedimiento y sus plazos, pues, como ya hemos señalado antes, la realización de las actuaciones fuera de esos plazos solo produce efectos en los casos a que se refiere el artículo 48.3 de la propia ley, mientras que el incumplimiento del plazo de resolución, en este caso de procedimiento de oficio y susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen para el interesado, determina la caducidad del procedimiento, caducidad que supone una garantía para la situación jurídica del interesado, evitando la prolongación del procedimiento más allá del plazo establecido, que no puede alterarse mediante la sustitución del plazo legalmente aplicable por la suma de unos plazos referidos a trámites concretos y que, además, suponen una reducción de los plazos establecidos con carácter general para esos trámites, precisamente al efecto de la agilización del procedimiento, más aún si se tiene en cuenta que (atendiendo a la simple suma de los plazos de tramitación indicados) una tramitación diligente permite la realización de los trámites establecidos dentro del plazo de caducidad de tres meses.

Al respecto conviene reiterar el criterio manifestado en la sentencia de esta sala de 12 de marzo de 2019 (rec. núm. 676/2018 [NFJ075355]), que ante una alegación semejante, en el sentido de que la norma que regula el procedimiento de reintegro ante el Tribunal de Cuentas establece unos plazos para sus trámites que impedirían cumplir con el plazo de tres meses de caducidad, señala que

la dificultad de cumplir con el plazo de caducidad de tres meses previsto en el art. 42.3 de la Ley 30/1992 no puede constituirse en un argumento que nos lleve a considerar que este procedimiento no está sujeto a plazo de caducidad alguno o a aplicar un plazo carente de cobertura legal alguna. Y esta sería la conclusión que se alcanzaría de admitirse la tesis de la parte recurrente, pues la mera suma de plazos parciales de tramitación previstos en un procedimiento no crea un plazo de caducidad de un procedimiento y, además, en este caso nos encontraríamos con la dificultad añadida de que muchos de los trámites de este procedimiento no tienen señalado un tiempo concreto para su realización, por lo que estaríamos fijando un plazo de caducidad no previsto por la norma fruto de una mera improvisación.

Si los plazos establecidos en el procedimiento de reintegro no permiten cumplir el plazo de caducidad varias son las soluciones que se pueden adoptar, entre ellas la regulación legal de un plazo de caducidad distinto para este procedimiento o la

modificación del procedimiento existente, pero no es posible sostener, como pretende la sentencia del Tribunal de Cuentas, que no exista o no se aplique la institución de la caducidad.

De acuerdo con todo lo expuesto y dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión del recurso, ha de entenderse que el plazo máximo de duración del procedimiento previsto en el artículo 36.4, apartado 2, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público a efectos de poder apreciar su caducidad es el de tres meses, establecido con carácter general en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, cuando las normas reguladoras del procedimiento no fijan el plazo máximo, como es el caso.

6. Tiene razón el Ministerio Fiscal para que no se admita el recurso de amparo? Con independencia de la respuesta a la anterior pregunta, ¿qué, en su caso, debería fallar y ordenar, en concreto el Tribunal Constitucional, respecto al fondo del asunto si, finalmente, entrara a analizar el mismo?

El órgano jurisdiccional competente era, según el artículo 11.1 a), la Audiencia Nacional. Contra su sentencia solo cabía recurso de casación si concurrían los requisitos para ello (art. 86.1 Ley 29/98, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa).

a) Motivo de inadmisión alegado por el Ministerio Fiscal.

El artículo 88.1 de la LJCA señala que «el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia».

Señala el artículo 44 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) que:

1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos

que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en los casos en los que, considerándose imputable a una resolución judicial la vulneración de un derecho fundamental, el recurso contra la misma era inadmitido por razones distintas de la falta de diligencia del recurrente, para la interposición del recurso de amparo se exigía haber promovido previamente un incidente de nulidad de actuaciones ante el mismo órgano judicial que había dictado la resolución lesiva del derecho fundamental.

En el orden contencioso-administrativo, esta exigencia venía dando lugar, por ejemplo, a que la persona que se consideraba afectada por una vulneración de ese tipo tuviera que interponer recurso de casación, y a que, si su recurso era inadmitido por no concurrir los presupuestos necesarios para el enjuiciamiento del fondo (como carecer de interés casacional objetivo), tuviera que volver a la instancia para promover incidente de nulidad de actuaciones como paso previo, en su caso, a la interposición del recurso de amparo.

En la reciente sentencia núm. 112/2019, de 3 de octubre (NCJ064313), sin embargo, el Tribunal Constitucional ha modificado su doctrina y ha establecido que, en supuestos como el descrito, no será necesario promover incidente de nulidad de actuaciones para que pueda considerarse cumplido el requisito del previo agotamiento de la vía judicial para la interposición del recurso de amparo.

Para adoptar este nuevo criterio, el tribunal se ha basado en que la exigencia del agotamiento de la vía judicial debe interpretarse de manera flexible y finalista y en que, con carácter general, no es obligatorio utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan solo aquellos de los que no quepa duda de su procedencia. Con base en esa concepción, y dado que, a su juicio, de la normativa procesal no cabe deducir con la claridad necesaria la exigencia de promover el incidente en supuestos como el descrito, ha concluido que esta acción no debe considerarse necesaria para entender agotada la vía judicial y poder interponer el recurso de amparo.

Según el tribunal, este cambio de criterio no afecta a la naturaleza subsidiaria del mencionado recurso, que queda salvaguardada con el intento del recurrente de obtener la reparación de su derecho fundamental mediante la interposición de recurso en la vía judicial contra la resolución que lo había lesionado.

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia aclara que, aunque no exista la obligación de promover el incidente en estos supuestos, si el interesado lo hace, su acción tendrá que considerarse válida a los efectos de obtener la reparación del derecho fundamental lesionado, por lo que no podrá calificarse como manifiestamente improcedente ni, por tanto, determinará la extemporaneidad del ulterior recurso de amparo por alargamiento indebido de la vía judicial.

b) Con independencia de la respuesta a la anterior pregunta, ¿qué debería, en su caso, fallar y ordenar el Tribunal Constitucional?

En cuanto a cómo deberá resolverse el recurso de amparo, debemos señalar que deberá estimarse por vulneración del artículo 24 de la Constitución, consistente en derecho a la tutela judicial efectiva, pues la omisión de un trámite esencial en el procedimiento contencioso-administrativo, como es el de la vista o conclusiones, en el que las partes realizan el resumen final y las puntualizaciones pertinentes en orden a la defensa de su pretensión, supone la vulneración de aquel derecho fundamental causante, en principio, de indefensión real y efectiva.

En este sentido, el artículo 62 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA, señala que:

1. Salvo que en esta Ley se disponga otra cosa, las partes podrán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia.
2. Dicha solicitud habrá de formularse por medio de otrosí en los escritos de demanda o contestación o por escrito presentado en el plazo de cinco días contados desde que se notifique la diligencia de ordenación declarando concluso el período de prueba.
3. El Secretario judicial proveerá según lo que coincidentemente hayan solicitado las partes. En otro caso, solo acordará la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas cuando lo solicite el demandante o cuando, habiéndose practicado prueba, lo solicite cualquiera de las partes; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 61.

Recordamos que el trámite fue solicitado por todas las partes intervinientes en el procedimiento.

Por su parte, el artículo 64.1 de la LJCA dispone:

Quando se acuerde el trámite de conclusiones, las partes presentarán unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones.

[...]

4. Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el Juez o Tribunal declarará que el pleito ha quedado concluso para sentencia, salvo que haga uso de la facultad a que se refiere el apartado 2 del artículo 61, en cuyo caso dicha declaración se hará inmediatamente después de que finalice la práctica de la diligencia o diligencias de prueba acordadas.

Y, aunque el artículo 65 limita el contenido de este trámite cuando señala que «en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación», no por ello es un trámite fundamental para la defensa de las pretensiones, como se deduce del transcrito artículo 64.1.

Además, el número 2 del citado artículo 65 establece que:

Quando el Juez o Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles plazo de diez días para ser oídas sobre ello. Contra esta providencia no cabrá recurso alguno.

De manera que, al omitirse este trámite se impidió el posible planteamiento de otros motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados hasta ese momento.

Y el número 3, se señala:

En el acto de la vista, o en el escrito de conclusiones, el demandante podrá solicitar que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constasen ya probados en autos.

En su caso, al prescindir del trámite, también, se imposibilitó el ejercicio de esta posible reclamación por parte del recurrente.

En concreto, el artículo 53 de la LOTC señala que:

La Sala o, en su caso, la Sección, al conocer del fondo del asunto, pronunciará en su sentencia alguno de estos fallos:

- a) Otorgamiento de amparo.
- b) Denegación de amparo.

Por su parte, el artículo 54 de la LOTC señala que:

Quando la Sala o, en su caso, la Sección conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han

violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, el artículo 55 de la LOTC:

La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos.

En conclusión, el tribunal otorgará el amparo al recurrente, anulará la sentencia dictada, especificando que se ha vulnerado el derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva, y ordenará que el procedimiento contencioso-administrativo se retrotraiga al momento procesal anterior al trámite de conclusiones para que se realicen estas y, luego, continúe el procedimiento.

7. ¿Cómo debería resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Nacional de la Construcción, interpuesto en tiempo y forma?

La regla general en materia de elaboración de disposiciones generales es que debe haber un trámite de consulta pública, así como de audiencia a los interesados. Esto último, como es sabido, viene además impuesto por el artículo 105 de la Constitución. De aquí se sigue que prescindir del trámite de consulta pública y de audiencia constituye una excepción a la regla general y, en cuanto tal, debe encontrar una base sólida en alguna previsión legal, que en ningún caso podrá interpretarse extensivamente.

La norma que establece los supuestos en que cabe prescindir del trámite de consulta pública se encuentra actualmente en el siguiente párrafo del artículo 26.2 de la Ley del Gobierno:

Podrá prescindirse del trámite de consulta pública previsto en este apartado en el caso de la elaboración de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o vinculadas a estas, cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen, o cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia. También podrá prescindirse de este trámite de consulta en el caso de tramitación urgente de iniciativas normativas, tal y como se establece en el artículo 27.2. La concurrencia de alguna o varias de estas razones, debidamente motivadas, se justificarán en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

Pues bien, condición necesaria para prescindir legítimamente del trámite de consulta pública es, según la norma legal transcrita, que se trate de «normas presupuestarias u organizativas» de la Administración General del Estado. Además, debe cumplirse una segunda condición: que la norma organizativa o presupuestaria no tenga impacto significativo en la actividad económica, que no imponga obligaciones relevantes a terceros, etc. Ello significa que deben darse dos condiciones cumulativamente y que una de ellas es, en todo caso, que la norma reglamentaria a elaborar sea de índole organizativa o presupuestaria. Si esta primera condición no se cumple, de nada sirve razonar sobre esas otras posibles circunstancias contempladas en el artículo 26.2 de la Ley del Gobierno, sencillamente porque son un requisito añadido al requisito insoslayable de que la norma a laborar sea presupuestaria u organizativa. En pocas palabras, el artículo 26.2 de la Ley del Gobierno no permite prescindir del trámite de consulta pública para la elaboración de disposiciones generales que, por su objeto, quedan fuera del ámbito presupuestario y organizativo.

El problema a dilucidar es si el precepto reglamentario que, modificando el estatuto de SEPES, amplía el objeto social de esta entidad pública empresarial a la «ejecución de actuaciones de rehabilitación y regeneración urbana, o reforma urbana de espacios públicos, así como rehabilitación o reforma de inmuebles en instalaciones de titularidad pública» puede caracterizarse como una norma organizativa. Es más, si, como afirma la Abogacía del Estado, se trata de una norma de autoorganización de la Administración General del Estado, con mera eficacia *ad intra*.

La respuesta debe ser negativa: las normas que regulan el objeto social de cualquier persona jurídica nunca agotan su eficacia en el plano interno y puramente autoorganizativo, pues delimitan en qué materias puede actuar la persona jurídica y, por consiguiente, qué clases de relaciones jurídicas puede entablar con terceros. Si esa persona jurídica es, además, una entidad pública, su objeto social define su ámbito legítimo de actuación y, llegado el caso, la esfera dentro de la cual puede ejercer las potestades administrativas que legalmente tenga conferidas. En términos más generales, puede decirse que el ámbito de actuación de una entidad pública es un elemento imprescindible para el correcto funcionamiento del principio de legalidad de la actuación administrativa y, por ello mismo, su delimitación no puede considerarse nunca como una cuestión meramente doméstica de la Administración.

Corolario de todo ello para el presente asunto es que el precepto reglamentario impugnado, que amplía el objeto social de SEPES a la rehabilitación de inmuebles de titularidad pública, no es una norma organizativa y, por tanto, no se halla dentro de la posible excepción —establecida por el artículo 26.2 de la Ley del Gobierno— a la regla general de que en la elaboración de disposiciones generales debe haber un trámite de consulta pública.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 24 y 105.
- Ley Orgánica 2/1979 (TC), arts. 44, 53, 54 y 55.

- Ley 50/1997 (Gobierno), arts. 26 y 27.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 62, 64, 65, 86.1 y 88.
- Ley 38/2003 (Subvenciones), arts. 29, 33 y 57.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 21, 24, 30, 40, 42, 43, 47, 48, 68.4 y 91.
- Ley 40/2015 (LRJSP), art. 36.
- Ley 9/2017 (Contratos del sector público), arts. 1, 9.2, 16.3, 30, 132.1, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 145, 159, 183, 308, disp. adic. decimoquinta y decimosexta y disp. final cuarta
- Real Decreto legislativo 1/1996 (TRLPI), arts. 10 y 17.
- Real Decreto 887/2006 (Reglamento de la ley de subvenciones), art. 68.
- STC 112/2019, de 3 de octubre.
- SSTS, Sala 3.ª, de 24 de noviembre de 2021, rec. núm. 7953/2020; 12 de marzo de 2019, rec. núm. 676/2018, y 22 de septiembre de 2022, rec. núm. 418/2021.
- STSJ de Castilla-La Mancha, de 1 de septiembre de 2014, rec. núm. 557/2011.
- Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales 309/2015, 422/2015 y 738/2015.
- Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 16/00, de 11 de abril, 35/02, 58/18 y 23/19.