

Expropiación forzosa y procedimiento sancionador. Derecho de funcionario público a indemnización y derecho de información de un delegado sindical. Contratos administrativos

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

julioalancaceres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

Usted se encuentra destinado en la Asesoría Jurídica de Asuntos Generales del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, siendo su función elevar propuestas de resolución, mediante informes razonados, a los distintos órganos administrativos resolutorios del ministerio que así lo soliciten. A tal fin, le llegan los siguientes asuntos o expedientes sobre los cuales debe informar:

HECHOS 1. El ministerio ha puesto en marcha diversos procedimientos de expropiación forzosa, entre cuyos expropiados se encuentra un inmueble perteneciente a un ayuntamiento de 40.000 habitantes, dedicado a depósito y archivo de documentos inutilizados. El objeto de la expropiación es ubicar una oficina de información administrativa, dada la importante población que existe en esa localidad, con un alto porcentaje de inmigración a lo largo del año, que necesitan información continua relacionada con dicho ministerio.

En el proceso expropiatorio, en el acuerdo de necesidad de ocupación y la notificación del mismo al ayuntamiento no constaba si el acto ponía fin o no a la vía administrativa, ni los recursos procedentes, ni, en su caso, los órganos competentes para resolverlos, ni el plazo para interponerlos. Por ello, a los tres meses de la referida notificación, el ayuntamiento expropiado interpuso recurso contencioso-administrativo alegando indefensión del artículo 24 de la Constitución.

Finalizado los procedimientos expropiatorios se construyó el edificio que albergó la referida oficina. Y a los cinco años de servir para el fin por el que había sido expropiado, por parte del Estado se produce una transferencia de la competencia sobre la materia objeto de la oficina de información administrativa a la comunidad autónoma a la que pertenecía la

referida población, que dedicó dicho inmueble a la ampliación de un edificio de su propiedad. Ante ello, el ayuntamiento expropiado en su momento ejercita el derecho de reversión, al haberse transferido la propiedad del inmueble a otra administración distinta de la expropiante y destinarlo a otra finalidad.

Realice el correspondiente informe sobre:

- 1. ¿Cómo se resolverá el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ayuntamiento?**
- 2. Si se ha de acceder a la reversión solicitada por aquel.**

Legislación: Legislación administrativa general y Ley y Reglamento de expropiación forzosa.

HECHOS 2. Le ha llegado un expediente sancionador por el que se impuso, por parte de un director general, obrando por delegación del ministro, a un ciudadano, por infracción en materia competencia del ministerio, una sanción económica. La citada sanción fue notificada el día 4 de mayo. El día 22 de igual mes interpuso recurso de reposición.

Se plantea la cuestión y se solicita informe sobre ¿cuándo se iniciará el plazo de prescripción de la sanción en este caso?

Legislación: Legislación administrativa general.

HECHOS 3. Recibe otro expediente incoado como consecuencia de que un funcionario del ministerio fue denunciado ante la jurisdicción penal por otros dos funcionarios que le acusaron de un delito de malversación de caudales públicos, procediendo el juzgado de instrucción correspondiente a la incoación de unas diligencias penales que, tras la celebración de la vista oral, dictó sentencia absolutoria con base en que el funcionario imputado había realizado aquellas acciones en el ejercicio legítimo de sus funciones y amparado por la normativa aplicable al caso. Para la defensa de la causa contrató un letrado por su cuenta, sin que tuviera conocimiento la Administración, que, tras quedar firme la sentencia del juzgado de lo penal, le presentó una minuta por importe de 2.000 euros, con fundamento en las normas legales aplicables. Ante ello, dirigió escrito al órgano competente de la Administración, solicitando el abono de la minuta del letrado. Esta solicitud dio origen al expediente que Vd. recibe.

Se solicita informe de forma razonada si debe accederse a lo pedido por el funcionario.

Legislación: Legislación administrativa general y Estatuto Básico de la Función Pública y normas de desarrollo.

HECHOS 4. Ha recibido un expediente sobre solicitud de información realizada al ministerio y donde consta, según se desprende de la documentación obrante en el expediente, que el reclamante, en su condición de delegado sindical, solicitó en fecha 7 de julio de 2022 al ministerio, al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la siguiente información:

La remisión a la sección sindical del Ministerio de Trabajo y Economía Social y Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de los listados de productividad del año 2022 con indicación de los perceptores y cantidades mensuales abonadas a los mismos de los empleados y empleadas de la Dirección Provincial de la TGSS de Madrid ya sean funcionarios o personal laboral.

El 29 de septiembre de 2023 el órgano competente del Ministerio propuso contestar lo siguiente:

Primera.- De accederse a lo solicitado, se podría producir a una eventual colisión entre el derecho de libertad sindical y el derecho a la protección de datos, amén de que no se justificaron las razones por las que para el ejercicio de su función sindical resultaba necesaria la información solicitada.

Según la disposición adicional segunda de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales «la publicidad activa y el acceso a la información pública regulados por el Título I de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como las obligaciones de publicidad activa establecidas por la legislación autonómica, se someterán, cuando la información contenga datos personales, a lo dispuesto en los artículos 5.3 y 15 de la Ley 19/2013, en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica».

Específicamente, la ponderación en los términos que dispone el artículo 15 de la mencionada Ley Orgánica 19/2013. Ponderación entre la finalidad perseguida por el solicitante de la información (y su legitimación) y el derecho a la protección de los datos personales de las personas que se pudieran ver afectadas por la cesión de la información solicitada.

En consecuencia, puede afirmarse que, en el presente caso, al denegar la cesión de los datos personales que les fueron solicitados, los poderes públicos han satisfecho la obligación que recae sobre ellos de proceder al tratamiento de los datos personales «contenidos en los ficheros públicos con las debidas garantías. La vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales puede suponer una infracción sancionable en diversos ámbitos, entre otros, en el administrativo, e incluso en el ámbito penal (arts. 197, 197 bis y 197 ter de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que en el caso de ser realizado por una autoridad o funcionario público conllevaría penas de prisión superiores a los 3 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a 12 años).

Se le solicita informe sobre el ajuste a derecho de la propuesta de resolución realizada sobre el derecho de información ejercitado. Si el informe y la resolución final fuera coincidente con la propuesta, ¿de qué remedios legales dispondría el reclamante?

Legislación: Legislación administrativa general; Ley Orgánica 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, y Ley 30/1984, de medidas de reforma de la función pública.

HECHOS 5.

I. Se ha dirigido solicitud de informe con el siguiente tenor:

Este ministerio pretende utilizar los procedimientos establecidos en el artículo 159, abierto simplificado y abierto simplificado sumario (art 159.6 LCSP) para la contratación de varios contratos de suministro e instalación de bienes (equipos contra incendios, mobiliario de parques infantiles, mantenimiento de los mismos, etc.), tratándose de un contrato mixto. En el informe que le ha llegado se establece, respecto al procedimiento: «5.º En cuanto al procedimiento de adjudicación la cláusula 11.ª del PCAP establece que el contrato se adjudicará por el procedimiento de adjudicación abierto, sumario regulado en el artículo 159.6 de la LCSP.

Sin embargo, el firmante de ese informe previo no cree que dicho procedimiento sea el legalmente establecido para los contratos mixtos. Y ello con base en los siguientes razonamientos:

- a) El artículo 131 de la LCSP establece lo referente a los procedimientos de adjudicación. En su punto 2.º establece que la adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. El artículo sigue relatando cuándo se podría acudir al procedimiento negociado con o sin publicidad. Por lo tanto, la regla general es la aplicación de alguno de estos tres procedimientos de adjudicación.
- b) A su vez la subsección 2.ª, de la sección 2.ª, del capítulo I, del título I de la Ley de contratos del sector público se refiere al procedimiento abierto, y dentro de esta subsección el artículo 159 se refiere a un procedimiento especial de contratación, el abierto simplificado. Y a su vez dentro del propio artículo 159, el punto 6.º del mismo hace referencia a otra subespecialidad dentro del abierto simplificado, que se ha venido a llamar coloquialmente como «sumario, supersimplificado, etc.»
- c) Ni el artículo 159.1 ni el 159.6 se refieren en ningún momento a los contratos mixtos. Y por lo tanto cabe interpretar que el legislador estatal no ha querido incluir dicha categoría de contratos, los mixtos, entre los que se les pueda aplicar este procedimiento especial.

- d) En virtud de lo previsto en el artículo 34 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPAC), los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas se producirán por el órgano competente, ajustándose no solo a los requisitos sino al procedimiento establecido. Lo de ajustarse a los procedimientos legalmente establecidos «no es baladí o indiferente», puesto que el artículo 47 de la LPAC sanciona con la nulidad de pleno derecho una serie de actos, y entre estos los de la letra e), que son los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.
- e) Que la Administración pública está sometida al principio de vinculación positiva a la ley, lo que quiere decir que la Administración pública solo puede hacer lo que la ley le permite hacer, y viene recogido expresamente en la ley. Lo que no viene expresamente recogido no es posible hacerlo. Este principio de sometimiento a la ley viene establecido en la propia constitución, artículo 103.1 de la misma, y es un principio general del derecho contenido en el artículo 9.3 y viene también en desarrollo de la Constitución española, en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, del régimen jurídico del sector público (LRJSP). Principio este de vinculación positiva de la ley que se contrapone al de vinculación negativa de los ciudadanos, que pueden hacer todo lo que no les prohíba la ley.

Se solicita informe sobre el ajuste a derecho de la respuesta dada en ese informe previo.

II. El ministerio tiene adjudicado un contrato, con un valor estimado inferior a cuatro millones de euros, de concesión de servicios de la gestión integral del alumbrado interior de su sede y organismos y entes adscritos, por un plazo de 16 años y cuya fecha de formalización fue el 29 de julio de 2021.

Este contrato se compone de cuatro prestaciones: P1 (gestión energética), P2 (mantenimiento), P3 (garantía total), P4 (inversiones) y P5 (alumbrado decorativo navideño). El importe anual del contrato adjudicado son 61.633,44 euros más IVA, respondiendo dicho importe al pago mensual fijo efectuado por la Administración. Los pliegos recogen cláusulas relativas a la revisión de precios ordinaria para cada una de las prestaciones objeto de contrato, así como una revisión de precios extraordinaria en relación con el aumento o disminución del número de puntos de luz. (Cláusula 17 PCAP). La empresa adjudicataria ha solicitado una revisión de precios, acompañado de informe justificativo, consecuencia de la elevación al alza de los costes energéticos que ha venido soportando, superando el coste energético previsto en contrato, revisión de precios que igualmente repercute en las otras prestaciones objeto de contrato. La revisión de precios solicitada por la empresa conlleva unos atrasos acumulados desde la fecha de revisión anual, 1 de agosto de 2023, hasta el 31 de diciembre de 2023, con indicación expresa de que la próxima revisión tendrá lugar el 1 de agosto de 2024. Lo anterior supone que el pago mensual fijo previsto en contrato (6.214,71 euros)

se incrementa de manera constante, pasando a alcanzar 16.493,20 euros mensuales, lo que representa un incremento del 165,40 %. Si bien es cierto que se cumplen las premisas del artículo 103.2 de la LCSP, en cuanto a que el periodo de recuperación de la inversión es igual o superior a 5 años (se contempla un periodo de recuperación de la inversión de 10 años) y del artículo 9.2 del Real Decreto 55/2017, en cuanto a que la revisión de los precios está prevista en el pliego, no existe justificación previa en el expediente, ni tramitación del procedimiento contemplado en la normativa para ello.

Es de hacer constar que el órgano de contratación, durante la tramitación del expediente de contratación no requirió o solicitó a cinco operadores económicos del sector la remisión de su estructura de costes. Esto provocó una queja del adjudicatario, señalando que le podría perjudicar si, dadas las circunstancias, procedía la revisión de precios.

Se solicita informe sobre:

- 1.º ¿Qué efectos tiene la no tramitación procedimental de la fórmula de revisión de precios? ¿Es posible dejar sin efecto la misma?**
- 2.º En caso afirmativo, ¿se pueden entender los elementos objeto de revisión incluidos en el concepto de riesgo operacional e incluso en el riesgo y ventura que corresponde soportar al concesionario?**
- 3.º En caso negativo, y teniendo en cuenta una hipotética falta de liquidez por parte del ayuntamiento para afrontar la subida del precio de la energía, ¿qué soluciones pueden ponerse en práctica? Y, ¿qué efectos supondrían las mismas?**

Solución

HECHOS 1

1. ¿Cómo habrá de resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ayuntamiento?

El artículo 21.2 de la Ley de expropiación forzosa (LEF) de 26 de diciembre de 1954 señala, respecto al acuerdo de necesidad de ocupación:

2. Dicho acuerdo [se refiere al acuerdo de necesidad de ocupación que inicia el expediente expropiatorio] se publicará en igual forma que la prevista en el artículo dieciocho para el acto por el que se ordene la apertura de la información pública.
3. Además habrá de notificarse individualmente a cuantas personas aparezcan como interesadas en el procedimiento expropiatorio, si bien en la exclusiva parte que pueda afectarlas.

Por su parte, el artículo 18.2 señala:

Quando se trate de expropiaciones realizadas por el Estado, dicha relación [se refiere a los bienes y derechos expropiados] habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado y en el de la provincia respectiva y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, si lo hubiere, comunicándose además a los Ayuntamientos en cuyo término radique la cosa a expropiar para que la fijen en el tablón de anuncios.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la omisión del pie de recurso en las notificaciones a las Administraciones públicas (STS núm. 215/2023, de 21 de febrero de 2023). Esta omisión tiene distintas consecuencias para los particulares y las administraciones, pues estas cuentan con personal técnico y jurídico, siendo exigible una mayor diligencia en su actuación.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre las consecuencias de la omisión, en una notificación administrativa, de los requisitos exigidos por el artículo 40.2 de la LPAC (la indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, y el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos), así como de si los efectos son los mismos en atención a si el destinatario es un particular o una Administración pública.

La sala entiende que los requisitos establecidos por la ley son exigibles en todas las notificaciones, cualquiera que sea su destinatario, pero en cuanto a sus consecuencias, sí existen diferencias. Las Administraciones públicas están en una posición privilegiada respecto a los particulares, debido a que disponen de personal técnico y jurídico, sobradamente formado en estas cuestiones, siendo exigible una mayor diligencia en la articulación y presentación de sus escritos y recursos.

En el caso que nos ocupa, el Ministerio de Fomento se dirigió al Ayuntamiento de Valdepeñas para notificar la resolución de delimitación de tramo urbano en la autovía A-4, sin indicación del pie de recurso. El ayuntamiento, disconforme, interpuso el recurso contencioso-administrativo pasado el plazo de dos meses. Esta omisión no impide que el recurso sea declarado como extemporáneo. Para llegar a tal conclusión, el Supremo trae a colación la doctrina del Tribunal Constitucional, que mantiene que la finalidad de la obligación de incorporar el pie de recurso tiene un mayor sentido respecto a los particulares, a quienes se debe informar de los recursos disponibles porque carecen de los conocimientos técnicos necesarios para impugnar las resoluciones administrativas.

El consistorio cuenta con asesoría jurídica propia, altamente especializada, que está obligada por su propia normativa a dar cuenta a los responsables políticos de la corporación de las consecuencias legales de los actos de otras Administraciones públicas que les son notificados, de las consecuencias legales que se derivan de estas y a informarles de los medios de impugnación que caben contra las mismas.

Por ello, en el caso de las Administraciones públicas no cabe admitir que la omisión genera sin más indefensión, sino que deben analizarse de forma individualizada las circunstancias concurrentes en cada caso.

El ayuntamiento no actuó con el mínimo de diligencia exigible a quien trata de hacer valer sus pretensiones. De hecho, existe un reconocimiento expreso de que el consistorio sí tuvo conocimiento del contenido íntegro de la resolución objeto de recurso —acuerdo de necesidad de ocupación—, sobre lo que no se le informó es sobre los recursos procedentes, órganos y plazo, y a pesar de contar con servicios jurídicos propios que le permiten conocer las consecuencias de interponer o no recursos y plazo para hacerlo, exteriorizó sus discrepancias con el contenido del acuerdo de forma extemporánea.

Finalmente, la sentencia declara que los derechos del artículo 24 de la Constitución no pueden invocarse con éxito para convalidar conductas negligentes o contrarias a la colaboración que a todos es exigible —y más a una Administración pública—.

2. Solicitud el derecho de reversión por parte del ayuntamiento

Respecto a la posibilidad de expropiación de bienes patrimoniales —no dedicados al uso o servicio público—, como es nuestro caso, no plantea ningún problema, pues estos no tienen el carácter de inalienables (art. 132.1 CE, art. 6 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas, y artículo 80 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local).

El artículo 54.2 b) de la LEF señala que:

2. No habrá derecho de reversión, sin embargo, en los casos siguientes: [...] b) Cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio.

Resulta evidente que, en este caso, no había transcurrido dicho plazo cuando el inmueble pasa a ser propiedad de la comunidad autónoma como consecuencia de un traspaso de la competencia sobre la materia (solo transcurrieron cinco años).

Las mutaciones intersubjetivas se producen:

- a) Cuando los bienes expropiados no hayan adquirido la categoría de bienes demaniales, cualquier cambio de titularidad del bien, ya sea entre personas jurídico-privadas, entre personas públicas o entre personas privadas y públicas, en tanto en cuanto se mantenga la afectación del mismo al destino que legitimó la utilización del método expropiatorio, no influirá en modo alguno en el nacimiento del dere-

cho de reversión, puesto que nuestro derecho positivo configura como elemento básico para dar lugar al nacimiento de tal derecho que se opere un cambio en la afectación, no solo en la titularidad del bien.

b) Mayores problemas se plantean cuando los bienes expropiados pasan a la categoría de demaniales, toda vez que, en un sentido estricto, cualquier cambio intersubjetivo en la titularidad del bien conllevará necesariamente una previa desafectación del mismo, dado que una de las características de los bienes de dominio público es la de ser inalienables. Tal interpretación nos llevaría a la conclusión de que la transmisión de un bien de dominio público exigiría su previa desafectación, lo que significaría una cesación, aunque sea con una intención temporal, del fin para el que fue expropiado, naciendo, por tanto, el derecho de reversión en favor de los expropiados.

Pero el análisis de esta cuestión puede provocar que sea posible que se produzca un cambio simultáneo en la titularidad del bien y en la del servicio a que está afecto, en cuyo caso no estaríamos ante una verdadera transmisión de los bienes expropiados, sino ante una sucesión parcial de entes administrativos. En efecto, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia número 58/1982, de 27 de junio, sobre determinados artículos de la Ley de patrimonio catalana, «en el caso de transferencias del Estado a la Generalidad, estas se producen, por el contrario, como consecuencia del traspaso del servicio a los que los bienes (que de otra forma no hubieran podido ser cedidos sin una previa desafectación) estaban afectados. No se trata, por tanto, en rigor de una cesión, sino de una sucesión parcial en el ejercicio de las funciones públicas entre dos Entes de esta naturaleza». La sucesión por las comunidades autónomas en la competencia de determinadas materias que antes lo eran del Estado conlleva, también, todos aquellos «medios personales y reales necesarios para ejercerlas», por lo que no es necesaria la previa desafectación y, por tanto, no nace derecho de reversión alguno. Piénsese que si se tratara de una verdadera cesión en lugar de una sucesión, en la que, además, mantuviéramos con un criterio estricto el principio de inalienabilidad de los bienes de dominio público, los bienes transferidos a las comunidades autónomas, junto con la competencia, por ejemplo, sobre las líneas férreas que transcurren exclusivamente por el territorio de cada una de ellas, implicaría que los terrenos en los que se asientan las vías del ferrocarril, que en su momento fueron adquiridos mediante expropiación forzosa, podrían volver a ser de sus antiguos propietarios, porque nacería el derecho de reversión en su favor, al haberse producido una previa declaración de alienabilidad de los bienes y, por tanto, de desafectación para poder proceder a su transmisión conjunta con la competencia.

De todas formas, el artículo 54.2 a) de la LEF señala que:

2. No habrá derecho de reversión, sin embargo, en los casos siguientes: a) Cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social. En este supuesto la Administración dará publicidad a la sus-

titución, pudiendo el primitivo dueño o sus causahabientes alegar cuanto estimen oportuno en defensa de su derecho a la reversión, si consideran que no concurren los requisitos exigidos por la ley, así como solicitar la actualización del justiprecio si no se hubiera ejecutado la obra o establecido el servicio inicialmente previsto.

En conclusión, lo importante no es la titularidad pública del bien en favor de una u otra Administración, sino el mantenimiento de la utilidad pública o el interés social del bien expropiado. Por ello, si la comunidad autónoma que ha adquirido la propiedad del bien como consecuencia de la transferencia de la competencia por parte del Estado, lo dedica a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social, no habrá lugar al derecho a la reversión por parte de primitivo propietario, que era el ayuntamiento, al ser de aplicación el citado artículo 54.2 a) de la LEF. Ahora bien, si no lo destina a un fin de utilidad pública o interés social, indudablemente el ayuntamiento tendría el derecho de reversión en los términos y con las exigencias que determina el artículo 54 de la LEF.

HECHOS 2

¿Cuándo comenzará el plazo de prescripción de la sanción si se interpone recurso de reposición?

Impuesta la sanción, cabe recurso administrativo frente a ella, que, según los casos, podrá ser un recurso de alzada o un recurso potestativo de reposición. La interposición del recurso retrasa la ejecución de la sanción hasta que se dicte y notifique resolución expresa al recurso administrativo formulado por el administrado sancionado.

La Administración tiene un plazo determinado para resolver los recursos administrativo, que es de 3 meses en el caso del recurso de alzada y de 1 mes en el del recurso de reposición. La falta de cumplimiento de dicho plazo no le libera de su deber de resolver, aunque sea fuera de plazo. El sancionado puede seguir aguardando a que se le notifique la resolución de su recurso, pues, aunque se desestime, solamente deberá cumplir la sanción a partir de la notificación de la resolución desestimatoria de su recurso.

La cuestión es: ¿puede computar para la prescripción de la sanción impuesta el tiempo que la Administración tarde en resolver el recurso administrativo? Hasta el año 2015, la respuesta era negativa. Ningún precepto permitía sostener tal efecto y el Tribunal Supremo se había pronunciado expresamente en contra en sentencias perfectamente razonadas.

Sin embargo, con la Ley 40/2015, el legislador sí quiso permitir que los sancionados pudiesen aprovechar la prescripción de las sanciones impuestas por la tardanza de la Administración al resolver sus recursos como remedio frente a la inseguridad que se derivaría del mantenimiento indefinido en el tiempo de resoluciones sancionadoras ejecutables, pendiendo de resolución un recurso administrativo.

Así, el párrafo tercero del artículo 30.3 de la LRJSP establece que, a diferencia del régimen jurídico anterior, ahora sí correrá el plazo de prescripción de la sanción desde que la Administración haya incumplido el plazo máximo de resolución del recurso. El texto legislativo es el siguiente:

El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla. En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso.

Como se puede apreciar, la literalidad de la norma únicamente permitiría su aplicación para el supuesto de las resoluciones sancionadoras recurridas en alzada, pero no para aquellas que hubiesen sido recurridas en reposición por tratarse de resoluciones dictadas por un órgano administrativo que carece de superior jerárquico.

Ahora bien, ¿y qué pasa con las sanciones recurridas en reposición? Sobre esta cuestión no se pronunció el Tribunal Supremo, sin embargo sí tenemos resoluciones de otros órganos jurisdiccionales que dan una interpretación a la cuestión; sin duda alguna, de entre estas, una de las más didácticas y recientes es la Sentencia 597/2015, de 1 de octubre del TSJ Madrid (SP/SENT/830165). En ella, el Tribunal Superior de Justicia considera que no es posible asimilar sin más el régimen que, en interés de la ley, interpretó y estableció el Tribunal Supremo para negar la ejecutividad (y, por tanto, la posibilidad de que comience el cómputo del plazo de prescripción) a las resoluciones sancionadoras susceptibles de recurso de alzada –en tanto este recurso no haya sido resuelto–, a las resoluciones que, poniendo fin a la vía administrativa, solo son susceptibles de recurso potestativo de reposición. Y ello, continua la sala, por cuanto tal asimilación conduciría a desconocer la diferente naturaleza jurídica de los recursos administrativos mencionados (jerárquico y obligado para poner fin a la vía administrativa, el de alzada; meramente potestativo, el de reposición), alterando igualmente la configuración legal de los actos administrativos que son susceptibles de revisión mediante uno y otro.

Es decir, en el caso de resoluciones únicamente recurribles en reposición, se considera que las mismas, al poner fin a la vía administrativa, son firmes y ejecutivas desde el mismo momento de su notificación, por lo que la eventual y potestativa interposición de un recurso de reposición no impide que puedan ser ejecutadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 138.3 de la Ley 30/1992 (art. 90.3 de la actual Ley 39/2015). Consecuencia de este razonamiento es que, una vez notificada la sanción, comienza a computarse el plazo de prescripción de la misma que, por lo tanto, no queda demorado en estos casos hasta la resolución expresa de reposición.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de noviembre de 2020, núm. 1627/2020, permitió la extensión de ese mismo efecto prescriptivo a las resoluciones san-

cionadoras recurridas en reposición a pesar de que el precepto únicamente menciona la desestimación presunta del recurso de alzada y no la desestimación presunta del recurso potestativo de reposición.

La cuestión a resolver está en que el artículo 30 de la LRJSP no establece previsión específica acerca de qué ocurre en los supuestos de desestimación presunta del recurso de reposición, cuando, de forma expresa, el artículo 90.3 de la LPAC dispone que «la resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado», debiendo de entender que, al utilizar el término recurso ordinario, quedan englobados tanto el recurso de alzada como el de reposición y, de esta manera, no podrá ser ejecutiva la resolución, en tanto no se resuelva el recurso de reposición.

Se plantea la duda de la aplicación de dicho criterio en relación con el recurso potestativo de reposición, por cuanto la norma no se refiere al mismo, sin embargo, en una interpretación conforme a su finalidad y teniendo en cuenta la identidad de situaciones y contenido de ambos recursos, la respuesta ha de ser positiva.

Así, y como resulta del artículo 112 de la Ley 39/2015, ambos recursos, de alzada y de reposición, pueden fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de la ley, su resolución estimatoria o desestimatoria producen los mismos efectos en cuanto al reconocimiento del derecho controvertido, ambos recursos tienen establecido un plazo para dictar y notificar su resolución, transcurrido el cual podrán entenderse desestimados, de todo lo cual resulta que la inactividad de la Administración en su resolución, que puede ser igual y de la misma duración en ambos casos e, incluso, más relevante en el caso del recurso de reposición, para cuya resolución se apremia más a la Administración estableciendo el plazo de solo un mes, da lugar a una misma situación de pervivencia indefinida de la resolución sancionadora, que se trata de evitar por el precepto en cuestión, de manera que existiendo identidad de razón y en garantía del principio de igualdad en la aplicación de la ley respecto de los administrados que se encuentran en idéntica situación, ha de entenderse que el precepto resulta de aplicación al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición.

No se advierte que el carácter potestativo del recurso de reposición justifique una respuesta diferente, pues el ejercicio de tal facultad de impugnación exige la misma respuesta de la Administración, cuya inactividad produce los mismos efectos que se tratan de solventar con la aplicación del referido artículo 30.3, párrafo tercero.

En consecuencia, y en relación con la cuestión planteada, ha de entenderse que el cómputo del plazo en los términos establecidos en el artículo 30.3, párrafo tercero (Ley 40/2015, LRJSP), para el recurso de alzada es aplicable al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición.

HECHO 3

¿Se debe acceder a la petición del funcionario de que la Administración se haga cargo de los honorarios de su letrado?

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de febrero de 2023, en el recurso de casación número 5318/2021, se ha referido a esta cuestión.

Al funcionario o empleado público le ampara el principio general de indemnidad, lo que le atribuye el derecho a que la Administración para la que presta servicios le resarza por los perjuicios que sufra en el ejercicio de sus funciones, derecho correlativo al deber de la Administración de protegerlo. Este derecho se integra en su estatuto profesional y no se identifica necesariamente con el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El artículo 14 f) del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) atribuye al funcionario el derecho a la defensa jurídica y protección de la Administración para la que presta servicios, pero lo condiciona a que se ejerza cuando se trate de procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos. La cuestión no se centra en las exigencias sustantivas para satisfacer este derecho, sino en un aspecto procedimental administrativo: cuáles son los requisitos y la forma para ejercer este derecho a la asistencia o defensa jurídica y, en especial, si en todo caso es necesaria la previa solicitud del funcionario o cabe eximirle de la carga de solicitarlo cuando haya conflicto de intereses con la Administración.

La satisfacción de ese derecho implicará para la Administración asumir el coste de la asistencia procesal, luego debe valorar si el proceso judicial en el que está incurso el funcionario obedece al ejercicio de sus funciones, que ese ejercicio haya sido legítimo y que no haya conflicto de intereses con la propia Administración. Esto hace que el del artículo 14 f) sea un derecho individual cuya satisfacción depende de la iniciativa del funcionario: en su mano está ejercerlo o no, luego que asuma la carga formal de instarlo. Y forma parte de este derecho que el funcionario opte por acudir a profesionales de su elección, en cuyo caso la Administración debe autorizarla, para apreciar la concurrencia de los requisitos expuestos, valorar el coste y no optar porque le defienda el abogado del Estado u otro letrado escogido por ella. Esto opera con normalidad en procesos judiciales en trámite, que es lo ordinario, pues tal derecho se ejerce respecto de los «procedimientos que se sigan». Pero la lógica del artículo 14 f) rige también para procesos judiciales concluidos y, obviamente, de manera favorable para el funcionario.

En caso de conflicto de intereses –como es el caso que nos ocupa, puesto que fueron otros dos funcionarios de la Administración los que denunciaron los hechos que dieron origen a las diligencias penales– también es exigible al funcionario la carga de solicitar la asistencia o de pedir autorización para ser asistido por profesionales de la propia elección, aun cuando el funcionario finalmente quede exento de toda responsabilidad. La razón es que seguimos en la lógica del artículo 14 f) y las exigencias formales de su ejercicio están vinculadas a las

sustantivas. Y esto es así aun cuando al inicio de las actuaciones no fuese claro que hubiere conflicto de intereses: la Administración debe tener la posibilidad de apreciarlo siquiera indiciariamente para rechazar la asistencia y, llegado el caso, si la hubiese asumido, abandonarla.

En fin, la exigencia de la carga procedimental de la previa solicitud está presente en la doctrina de los tribunales superiores de justicia, sin que medie razón para que esta sala la enmiende. Pero es que de la normativa reguladora de los distintos servicios jurídicos de las Administraciones también se deduce tal exigencia, es más, también se prevé que si el funcionario opta por contratar los servicios de unos profesionales de su elección, deberá pedir autorización, y que si lo hace sin previa autorización, se entiende que renuncia a que, llegado el caso, los gastos los asuma la Administración.

HECHO 4

I. Ajuste a derecho de la propuesta de resolución que se eleva para su consulta

Esta cuestión fue objeto de análisis en el Expediente 172/2003, resuelto por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno del Estado (LTAIBG).

La LTAIBG reconoce en su artículo 126 el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendiéndose por tal, según dispone en el artículo 13, «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones». De este modo, la LTAIBG delimita el ámbito material del derecho a partir de un concepto amplio de información, que abarca tanto documentos como contenidos específicos y se extiende a todo tipo de «formato o soporte». Al mismo tiempo, acota su alcance, exigiendo la concurrencia de dos requisitos que determinan la naturaleza «pública» de las informaciones: (a) que se encuentren «en poder» de alguno de los sujetos obligados, y (b) que hayan sido elaboradas u obtenidas «en el ejercicio de sus funciones». Cuando se dan estos presupuestos, el órgano competente debe conceder el acceso a la información solicitada, salvo que justifique de manera clara y suficiente la concurrencia de una causa de inadmisión o la aplicación de un límite legal.

Esta reclamación trae causa de una solicitud, formulada en los términos que figuran en los antecedentes, en la que se pide información relativa a los complementos de productividad abonados a los empleados públicos de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en Madrid en el año 2022, con indicación de los perceptores y la cantidades mensuales.

La propuesta pone de manifiesto, principalmente, que en el ámbito de las entidades gestoras y servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social las organizaciones sindicales son informadas bianualmente de las productividades percibidas por los trabajadores, y que resulta de aplicación el Criterio Interpretativo CI/001/2015, de fecha 12 de

noviembre, en aquellos supuestos en los que se produzca una colisión entre el derecho a la protección de datos personales y el derecho de acceso a la información, cuando el objeto de la solicitud fuera el acceso a retribuciones de los empleados públicos o asimilados.

Centrado el debate en estos términos, conviene recordar que en la solicitud de acceso se identificaba claramente cuál era la información a la que se pretendía acceder: productividades con identificación de sus perceptores en la Dirección General de la TGSS. Sobre este particular, y partiendo de las alegaciones que realiza el ministerio en su propuesta, conviene recordar que es criterio consolidado de este Consejo de Transparencia que, en relación con el acceso a datos relativos a productividades, debe realizarse la ponderación suficientemente razonada que exige el artículo 15.3 de la LTAIBG –en la medida no pueden considerarse datos meramente identificativos (art. 15.2 LTAIBG), aunque tampoco pertenecen a las categorías especiales reguladas en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos (art. 15.1 LTAIBG)–. Esa ponderación es necesaria a fin de determinar si resulta prevalente el interés público en divulgar la información o la protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de los afectados. No obstante esa premisa de partida, lo cierto es que, en este caso, concurre la circunstancia particular de que el solicitante es delegado sindical y que lo solicitado es conocer el reparto de los complementos de productividad abonados mensualmente al personal funcionario y laboral en el ámbito de su organización, cuestión en la que existe en nuestro ordenamiento una regla legal específica establecida en el artículo 23.3 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP), según cuyo tenor, y en lo que aquí interesa, «en todo caso, las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de conocimiento público de los demás funcionarios del departamento u organismo interesado, así como de los representantes sindicales».

Este precepto, contra lo sostenido en la propuesta del ministerio, continúa hoy en día en vigor, como demuestra el análisis de las disposiciones legales sobre la materia aprobadas en 2007 y 2015 por el legislador estatal, es decir, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, actualmente vigente. En efecto, en la disposición derogatoria de la Ley 7/2007 se preveía la derogación, entre otros, del citado artículo 23 de la LMRFP, con el alcance establecido en la disposición final cuarta que, tras disponer la entrada en vigor de la norma en el plazo de un mes desde su publicación en el BOE, establecía, en lo que aquí interesa que:

Disposición final cuarta. *Entrada en vigor.*

2. No obstante, lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 25.2, y en el Capítulo III del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

La disposición final tercera 2 del presente Estatuto producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III con la aprobación de las Leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas

que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa.

3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongán a lo establecido en este Estatuto.

Es decir, que el legislador dispuso expresamente que determinados capítulos de la Ley 7/2007 no producirían efectos hasta la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dictasen en su desarrollo. Entre ellos, precisamente, el capítulo III del título III de la Ley 7/2007 es el dedicado a los derechos retributivos. De ello se deduce que en tanto no se apruebe la correspondiente ley reguladora de la función pública estatal, como es el caso hasta el presente, seguiría vigente la LMRFP en esta materia. Ello explica que los conceptos tradicionalmente regulados en la LMRFP –complemento de destino, específico y de productividad– carezcan de regulación en la Ley 7/2007, al haberse deferido por el legislador a las futuras leyes de función pública que se dictaran en su desarrollo, permaneciendo hasta entonces vigente la regulación en la materia de la LMRFP.

Esta situación no se ha visto alterada por la aprobación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público de 2015. Y ello porque, por las peculiaridades propias de esos instrumentos normativos, contaba con una doble disposición derogatoria. De un lado, la disposición derogatoria del propio Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que, entre otras muchas disposiciones, derogó la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. De otro lado, la disposición derogatoria del propio texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que dispone:

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas con el alcance establecido en el apartado 2 de la disposición final cuarta, las siguientes disposiciones: b) De la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, los artículos 3.2.e) y f); 6; 7; 8; 11; 12; 13.2, 3 y 4; 14.4 y 5; 16; 17; 18.1 a 5; 19.1 y 3; 20.1.a), b) párrafo primero, c), e) y g) en sus párrafos primero a cuarto, e i), 2 y 3; 21; 22.1 a excepción de los dos últimos párrafos; 23; 24; 25; 26; 29, a excepción del último párrafo de sus apartados 5, 6 y 7; 30.3 y 5; 31; 32; 33; disposiciones adicionales tercera.2 y 3, cuarta, duodécima y decimoquinta, disposiciones transitorias segunda, octava y novena.

Y su disposición final cuarta establece:

Disposición final cuarta. *Entrada en vigor.*

1. Lo establecido en los capítulos II y III del título III, excepto el artículo 25.2, y en el capítulo III del título V, producirá efectos a partir de la entrada en vigor de

las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. La disposición final tercera del presente Estatuto producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del capítulo III del título III con la aprobación de las leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa.

Hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se pongan a lo establecido en este Estatuto.

Así pues, aunque la disposición derogatoria contenga una mención al apartado 2 de la disposición final cuarta, lo cierto es que el apartado 1 de esta sigue estableciendo, como ya lo hiciera la Ley 7/2007, que la regulación de los derechos retributivos (capítulo III del título III) solo producirá efecto cuando entren en vigor las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público.

Entre tales preceptos, como ya ha sido expuesto, se encuentra el artículo 23 de la LMRFP en su integridad –incluido su apartado 3 c), antes transcrito–. Cabe señalar que esta interpretación también es la mantenida por el Consejo de Estado. Así, en el dictamen número 1100/2015, de 29 de octubre, emitido en relación con el entonces Proyecto de real decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; evidenciándose, además, que en las leyes reguladoras de la función pública aprobadas por numerosas comunidades autónomas pervive el principio de publicidad y acceso a la información pública contenido en dicho precepto de la LMRFP; tal como se expone de forma más pormenorizada en la citada resolución de este Consejo R/928/2021, de 9 de junio de 2022.

Sentado que el artículo 23.3 c) de la LMRFP se encuentra plenamente vigente, hay que señalar que en todo caso cabe fundamentar el derecho de acceso a la información en los propios preceptos de la LTAIBG, en particular en lo previsto en los artículos 12, 13 y 15.3, que configuran la obligación legal requerida en la letra c) del artículo 6.1 del Reglamento general de protección de datos para legitimar el tratamiento de datos de carácter personal, y que se concreta en el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, como seguidamente se verá. En este caso, como ya se ha señalado, se trata de una información –cantidades abonadas a cada empleado público de la Dirección General de la TGSS en concepto de complemento de productividad– que tiene carácter público, conforme al artículo 13 de la LTBG y que ha de ser puesta en conocimiento de los demás funcionarios del departamento u organismo de que se trate, así como de los representantes sindicales. Existe, por consiguiente, una norma con rango legal que establece el acceso de los representantes sindicales a ese tipo de información pública y, por ello, el tratamiento de datos consistente en la cesión de la información se fundamenta, precisamente, en el cumplimiento de

la obligación legal de atender al derecho de acceso a la información pública regulado en una norma con rango de ley, como es la LGTAIB, a la que en este caso se viene a sumar la previsión del artículo 23.3.c) de la LMRFP.

Además, son de constatar igualmente:

- 1.º Que la solicitud de información no exige fundamentación alguna. En este sentido, el artículo 17 de la Ley de transparencia señala:

El solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud.

- 2.º No existe motivación alguna concreta sobre la denegación ni sobre la ponderación entre el interés público y los derechos de los afectados y se incumple con lo previsto en el artículo 15.3 de la Ley 19/2013, que establece que:

Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

En atención a lo expuesto y a los fundamentos jurídicos descritos, procede:

Primero: Estimar la reclamación presentada frente al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Segundo: Instar al citado ministerio a que, en el plazo máximo de 15 días hábiles (o los días que se fijen), remita al reclamante la siguiente información: remisión a la sección sindical de los listados de productividad del último año con indicación de los perceptores y cantidades mensuales abonadas a los empleados y empleadas de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Madrid, ya sean funcionarios o personal laboral.

- II. Si el informe y la resolución final fueran coincidentes con esa propuesta, ¿de qué remedios legales dispondría, en su caso, el reclamante?

El artículo 24 de la LTAIBG se refiere a la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en los siguientes términos:

1. Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa.

2. La reclamación se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo.

3. La tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [actuales Leyes 39/2015 y 40/2015].

Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga.

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada.

5. Las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se publicarán, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos en que se establezca reglamentariamente, una vez se hayan notificado a los interesados.

El Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno comunicará al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación de este artículo.

6. La competencia para conocer de dichas reclamaciones corresponderá al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, salvo en aquellos supuestos en que las Comunidades Autónomas atribuyan dicha competencia a un órgano específico, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional cuarta de esta Ley.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.2 c) de la LTAIBG y en el artículo 8 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el presidente de esta autoridad administrativa independiente es competente para resolver las reclamaciones que, en aplicación del artículo 24 de la LTAIBG, se presenten frente a las resoluciones expresas o presuntas recaídas en materia de acceso a la información.

Además, de acuerdo con el artículo 23.17 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la reclamación prevista en el artículo 24 de la misma tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la actual Ley 39/2015 de la LPAC. Contra la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo, en el plazo de dos meses, ante los juzgados centrales de

lo contencioso-administrativo de Madrid, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

HECHOS 5

- I. En relación con los hechos descritos bajo la referencia «I», ¿es posible la aplicación del procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1 de la LCSP y del procedimiento abierto simplificado abreviado del artículo 159.6 a los contratos mixtos?

Esta cuestión fue objeto de recomendación mediante Informe 18/2023, de 26 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Sobre el procedimiento abierto simplificado abreviado previsto en el artículo 159.6 de la LCSP, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en diferentes ocasiones analizando diversos aspectos de su régimen jurídico específico (informes 6/2018, de 2 de julio; 115/2018, de 4 de marzo de 2019; 13/2019, de 15 de julio de 2019; 50/2019, de 16 de marzo de 2020, o 5/2020, de 29 de julio).

El punto de partida de todos estos informes es, como recuerda la Recomendación de esta junta de 24 de septiembre de 2018, en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el ROLECE del artículo 159, recogiendo párrafos de la exposición de motivos de la LCSP, la vocación del procedimiento abierto simplificado de convertirse en un procedimiento muy ágil «en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato».

Adicionalmente, la misma exposición de motivos de esta norma explica que «se habilita además una tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias», en referencia al procedimiento abierto simplificado abreviado previsto en el artículo 159.6 de la LCSP.

La ubicación del artículo 159 de la LCSP en la regulación del procedimiento abierto, en la subsección segunda de la sección 2.^a del capítulo I del título I del libro segundo de esta norma, unida a la declaración expresa de la observancia de las normas generales aplicables al procedimiento abierto en lo no previsto en dicho artículo (art. 159.4.h LCSP), y la correspondiente cláusula de supletoriedad de la regulación del procedimiento abierto simplificado para la tramitación sumaria prevista en su apartado 6, último inciso, llevan a la consideración de que tanto el procedimiento abierto simplificado como el procedimiento abierto simplificado abreviado son especialidades procedimentales del tronco común del procedimiento abierto.

Llegados a este punto se plantea la cuestión de que, definido en ambos casos su ámbito de aplicación por referencia a los contratos de obras, suministro o de servicios que no superen una cuantía de valor estimado, unida a otras condiciones relativas a los criterios de adjudicación o a las prestaciones (art. 159.1 y 6 LCSP), la ausencia de una mención a los contratos mixtos pudiera entenderse como una exclusión de los mismos de su ámbito de aplicación.

Sin embargo, tal cuestión no debe analizarse desde el punto de vista de su singularidad procedimental respecto al procedimiento abierto, sino desde la consideración del régimen jurídico a aplicar a los contratos mixtos conforme a la LCSP, lo que analizaremos a continuación.

La sección 1.^a del capítulo II del título preliminar de la LCSP regula la delimitación de los tipos contractuales, indicando en su artículo 12.1 que «los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios que celebren las entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección», detallando a continuación en los artículos 13 a 17 lo que ha de entenderse por cada uno de ellos. Con base en esta tipificación, la LCSP determina la aplicación tanto de las normas relacionadas con la preparación y adjudicación de los contratos como con sus efectos, cumplimiento y extinción.

Ahora bien, junto a estos tipos contractuales, y como es tradicional en nuestro derecho y en el de la Unión Europea, el legislador reconoce la existencia de contratos que contienen prestaciones correspondientes a varios de ellos, a los que denomina contratos mixtos. Para ellos, el artículo 18 de la LCSP no establece un régimen jurídico distinto de los típicos, a añadir al de estos, sino unas reglas para determinar su régimen jurídico por referencia a las normas aplicables a los contratos típicos. En concreto, en lo que se refiere a la determinación de las normas que regirán la adjudicación del contrato, el artículo 18 indica que hay que atender «al carácter de la prestación principal» (Informe 28/2018, de 2 de julio, de esta junta consultiva).

De lo expuesto se deduce que la ausencia de una mención expresa a los contratos mixtos en el artículo 159 de la LCSP no debe interpretarse como una exclusión de la aplicación de los procedimientos abreviados regulados en dicho artículo, sino que habrá que proceder de acuerdo con el artículo 18 de la LCSP. Es decir, para cada contrato mixto habrá que determinar, primero, si la prestación principal del mismo es identificable con un contrato de obras, de servicios o de suministros para, a continuación, comprobar si el valor estimado del contrato, de conformidad con el artículo 101 de la LCSP, está dentro de los valores contemplados en los artículos 159.1 y 159.6 de la LCSP para dichos contratos. Ello sin perjuicio de comprobar que se cumpla el resto de las limitaciones contenidas en el artículo 159 de la LCSP respecto a la ponderación de los criterios de adjudicación evaluables por juicio de valor o los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas se pueden establecer las siguientes **conclusiones**:

1. El procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1 de la LCSP y el procedimiento abierto simplificado abreviado del artículo 159.6 de la LCSP son ordinariamente procedimientos abiertos con tramitaciones específicas, cuya finalidad es la de facilitar la agilidad en el procedimiento de adjudicación.
2. La no inclusión expresa de los contratos mixtos en la redacción de los artículos 159.1 y 159.6 de la LCSP no cabe interpretarse como la exclusión de la aplicación del procedimiento abierto simplificado ordinario o del procedimiento abierto simplificado abreviado a este tipo de contratos, sino que deberán seguirse las reglas del artículo 18 de la LCSP. De acuerdo con este artículo, la adjudicación de un contrato mixto podrá llevarse a cabo a través del procedimiento abierto simplificado ordinario o del procedimiento abierto simplificado abreviado cuando, una vez determinada la prestación principal del mismo, se compruebe que la suma de las prestaciones contenidas no exceda de los límites contemplados en los artículos 159.1 y 159.6 de la LCSP para los contratos de obras, servicios y suministros, dependiendo del tipo contractual que resulte de la determinación de la prestación principal.

II. En relación con los hechos descritos bajo la referencia «II»

La primera cuestión que procede aclarar a este respecto es que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el citado artículo 328 de la LCSP, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la junta consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos. A este respecto, cabe recordar los criterios de esta junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de noviembre de 1996 (informe 62/96), 17 de marzo y 11 de noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00) y 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la junta consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto. Con estas premisas, el informe de esta secretaría se pronunciará con carácter general sobre las cuestiones sometidas a consulta, correspondiendo al ayuntamiento la aplicación de la doctrina general al caso concreto.

1.º ¿Qué efectos tiene el defecto procedimental alegado por el adjudicatario respecto de la fórmula de revisión de precios? ¿Es posible dejar sin efecto la misma?

La primera cuestión que se plantea es la existencia de un defecto en la tramitación del expediente de contratación y si es posible dejar sin efecto la cláusula de revisión de precios por ese motivo. En concreto, el escrito señala que, durante la tramitación del expediente de contratación, se omitió el trámite de solicitud a cinco operadores de costes exigido por el artículo 9.8 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que señala que:

Para los contratos con un precio inferior a cinco millones de euros, el órgano de contratación solicitará a cinco operadores económicos del sector la remisión de su estructura de costes. El órgano de contratación elaborará una propuesta de estructura de costes de la actividad. Para ello utilizará, siempre que sea posible, la información de las respuestas que reciba. La propuesta de estructura de costes será sometida a un trámite de información pública por un plazo de 20 días, con carácter previo a la aprobación de los pliegos.

En caso de que se presenten alegaciones en dicho trámite, el órgano de contratación deberá valorar su aceptación o rechazo de forma motivada en la memoria.

A este respecto, cabe recordar que el principio de la vinculación al contenido contractual (art. 189 LCSP) impide a la Administración dejar sin efecto unilateralmente sus cláusulas, no obstante, la constatación de un vicio en sus actos preparatorios que pudiera afectar a su validez.

Cuando se advierta esta circunstancia, el artículo 41.1 de la LCSP señala que «la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», por lo que, en su virtud, podrá procederse a tramitar el procedimiento correspondiente dependiendo de la causa de invalidez.

En este sentido, corresponde al órgano de contratación determinar, a la vista de los artículos 39 y 40 de la LCSP, en concordancia con los artículos 47 y 48 de la LPAC, si el vicio mencionado es causa de nulidad o anulabilidad del contrato y proceder, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en el capítulo I del título V de la LPAC.

2.º En caso afirmativo, ¿se pueden entender los elementos objeto de revisión incluidos en el concepto de riesgo operacional e incluso en el riesgo y ventura que corresponde soportar al concesionario?

Dicho lo anterior, y vigente la cláusula en tanto no se produzca un pronunciamiento judicial al respecto, puesto que se ha anunciado recurso judicial, se pregunta si los elemen-

tos objeto de revisión están incluidos en el concepto de riesgo operacional e incluso en el riesgo y ventura que corresponde soportar al concesionario.

Sobre esta cuestión cabe traer a colación la doctrina de la junta consultiva expresada recientemente en su Informe 13/2023, de 18 de julio, con cita de informes previos (en particular, informes 18/2019 y 24/2021, y Recomendación de 10 de diciembre de 2018), de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Consejo de Estado sobre el particular.

Como punto de partida, cabe recordar que, como señalaba el informe 24/2021, de 28 de julio,

recogida una cláusula de revisión de precios en un contrato, su aplicación deberá realizarse en los términos previstos en la misma, ya que les corresponde a las partes cumplir las obligaciones a que se han comprometido conforme al principio *pacta sunt servanda*. De acuerdo con ello, tanto el artículo 89.4 del TRLCSP como el artículo 103.4 de la LCSP, expresamente reconocen el carácter invariable de la cláusula de revisión de precios durante la vigencia del contrato.

A partir de aquí, cabe destacar las siguientes afirmaciones contenidas en el informe 13/2023 respecto de las cláusulas contenidas en los contratos:

La ejecución de los contratos públicos está presidida por un principio rector fundamental en materia contractual, cual es la obligación de cumplir los acuerdos celebrados entre las partes *–pacta sunt servanda–* consagrado en el artículo 189 de la LCSP: «los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas [...]». De dicho principio se inducen dos consecuencias: la inmutabilidad general de las prestaciones pactadas y la atribución al contratista del riesgo y ventura que pueda ocasionar la ejecución del contrato (Cf. artículo 197 de la LCSP y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2015) [...].

De lo anterior se colige que el fundamento legal del principio de riesgo y ventura implica, *per se*, un elemento de aleatoriedad en los resultados económicos del contrato; esto es, que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en cuenta para consentir el contrato no le libera de cumplir lo pactado ni le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación, tal como manifestamos en nuestra Recomendación de 10 de diciembre de 2018. Por tanto, ni el incremento sobrevenido de los beneficios del contratista autoriza a la Administración a reducir el precio pactado ni, en caso contrario, la disminución del beneficio calculado *–o, incluso, la existencia de pérdidas–* genera derecho alguno en el contratista a instar un incremento del precio o una indemnización.

En su virtud, incluida en el contrato una cláusula de revisión de precios vinculada a la evolución de determinadas variables, dicha cláusula resulta obligatoria para las partes, tanto para el contratista como para la Administración, debiendo soportar estas tanto el riesgo

como la ventura derivada de la evolución de dichas variables, y su influencia sobre el precio del contrato, debiendo asumir, en este caso, la Administración el mayor coste del contrato.

Por otra parte, si estas afirmaciones sobre el riesgo y ventura son aplicables con carácter general a todos los contratos, con más motivo lo son a las concesiones de servicios en las que está presente el riesgo operacional, que implica una exposición real a las incertidumbres del mercado en la prestación del servicio, tal y como señalan los artículos 14 y 15 de la LCSP.

3.º En caso negativo, y teniendo en cuenta una hipotética falta de liquidez por parte de la Administración para afrontar la subida del precio de la energía, ¿qué soluciones, con independencia de las financieras, pueden ponerse en práctica? Y, ¿qué efectos supondrían las mismas?

Esta cuestión fue objeto del Informe 11/2023, de 26 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Finalmente, se pregunta por las posibles soluciones ante una hipotética falta de liquidez para afrontar la subida del precio de la energía y sus efectos. Dejando de lado las medidas de índole financiero, respecto a las posibilidades que ofrece la legislación de contratos del sector público cabe realizar las siguientes consideraciones:

1. El concesionario tiene derecho a la contraprestación económica prevista en el contrato de acuerdo con el artículo 289 de la LCSP, debiendo estarse, en el caso de que no se hiciese efectiva, a las consecuencias contempladas en el artículo 292 de la misma norma.
2. Respecto a la posibilidad de efectuar una modificación contractual conforme al artículo 290 de la LCSP, cabe señalar que los límites para la modificación de la cláusula de revisión de precios son los que afectan al precio mismo a abonar por la Administración, lo que justifica su invariabilidad (art. 103.4 LCSP). En este sentido, como señaló el Informe 13/2023, de 18 de julio, de la junta consultiva anteriormente citado,

en el sentido apuntado, tanto el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-496/99 P Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA, de 29 de abril de 2004, y C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur contra Republik Österreich (Bund), de 19 de junio de 2008), como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –haciéndose eco de estas sentencias– en su resolución 436/2022, de 7 de abril de 2022, se manifiestan contrarios a la modificación del precio en un contrato de suministro regido por la LCSP, argumentado que la alteración del precio pactado, aun concurriendo causa imprevisible, afecta a las condiciones esenciales del contrato, lo que encubriría una revisión de precios no prevista en el contrato, debiendo asumir esa subida el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura que rige la ejecución del contrato.

De igual modo, la subida extraordinaria de los precios de la energía y su incidencia en la cláusula de revisión de precios no es susceptible de encuadrarse en los demás supuestos contemplados en el artículo 290.4 de la LCSP para restablecer el equilibrio económico (*factum principis* y fuerza mayor), por lo que la Administración deberá soportar los efectos que resulten de la aplicación de la cláusula de precios analizada.

3. Por otra parte, el derecho al desistimiento del contrato cuando resulta extraordinariamente oneroso únicamente es posible en los supuestos a que hace referencia el artículo 290.6 de la LCSP, para las circunstancias allí previstas, y no para la Administración pública contratante.
4. Finalmente, la opción del rescate del servicio solo cabe en las circunstancias previstas en el artículo 294 c) de la LCSP, justificadas adecuadamente conforme a lo señalado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de julio de 2023 (rec. núm. 2831/2021), sección 3.^a, con las consecuencias previstas en el artículo 295 de dicha norma.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, se alcanzan las siguientes **conclusiones**:

- Para dejar sin efecto una cláusula de revisión de precios incluida en un contrato por la concurrencia de un defecto en la tramitación del expediente de contratación será necesario proceder a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos, de conformidad con lo establecido en el capítulo I del título V de la LPAC, siempre dentro de los límites del artículo 110 de esta norma, y conforme a lo señalado por el artículo 41.1 de la LCSP.
- Incluida en un contrato una cláusula de revisión de precios vinculada a la evolución de determinadas variables, dicha cláusula resulta obligatoria para las partes, tanto para el contratista como para la Administración, debiendo soportar estas tanto el riesgo como la ventura derivada de la evolución de dichas variables, y su influencia sobre el precio del contrato.
- La cláusula de revisión de precios a abonar por la Administración en un contrato de concesión de servicios no se puede modificar conforme a lo dispuesto en el artículo 290 de la LCSP, y la excesiva onerosidad para la Administración provocada por la evolución de los precios no es susceptible de encuadrarse en los demás supuestos previstos en el artículo 290.4 de la LCSP para restablecer el equilibrio económico (*factum principis* y fuerza mayor), por lo que la Administración deberá soportar los efectos que resulten de su aplicación. Por otra parte, el derecho al desistimiento del contrato cuando resulta extraordinariamente oneroso únicamente es posible en los supuestos a que hace referencia el artículo 290.6 de la LCSP, para las circunstancias allí previstas, y no para la Administración pública contratante.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 24 y 132.
- Ley Orgánica 3/2018 (protección de datos personales y garantía de los derechos digitales), art. 8.
- Ley de expropiación forzosa de 26 de diciembre de 1954, arts. 8, 18 y 54.
- Ley 30/1984 (medidas para la reforma de la función pública), art. 23.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 9.
- Ley 19/2013 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 15, 17, 23, 24, 38 y 126.
- Ley 2/2015 (desindexación de la economía española), art. 9.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 40, 47, 48 y 112.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 30 y 90.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 12 a 17, 39, 40, 41, 89, 101, 103, 159, 189, 197, 289 y 292.
- Real Decreto legislativo 5/2015 (TR Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), art. 14, disp. der. y disp. final.
- Real Decreto 30/1991 (régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa), art. 328.
- Reglamento (UE) 2016/679 (general de protección de datos), art. 9.
- SSTS, Sala 3.^a, de 28 de octubre de 2015, 1627/2020, 5318/2021, 215/2023 y de 25 de julio de 2023.
- SSTSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 597/2015, de 1 de octubre.
- Resolución 436/2022, de 7 de abril, del Tribunal Central de Recursos Contractuales.
- Expediente 172/2003 resuelto por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno del Estado.
- Informes 62/1996, 28/2018, 18/2019, 24/2021, 11/2023, 13/2023, 18/2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.
- Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 10 de diciembre de 2018.