

Contrato de suministro. Sanción por incumplimiento de subvenciones públicas. Derecho de información

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

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

Enunciado

Usted está destinado en los Servicios de Asesoría Jurídica General del ministerio competente en materia de Cultura. Le han llegado la documentación que, a continuación, se expone sobre la que se formulan diversas cuestiones expuestas tras la narración de los hechos, para que emita los correspondientes informes razonados que sirvan de base a las resoluciones que se deben adoptar por los órganos competentes:

1. Actuando por delegación del ministro, un director general del departamento está interesado en la contratación de suministro de energía eléctrica para diferentes dependencias del ministerio (su sede, oficina de información administrativa, bibliotecas, jardines exteriores en algunas dependencias, motores de agua, salón de usos múltiples u otras instalaciones), así como en la realización para el cambio de infraestructura y elementos necesarios y su mantenimiento, para el suministro que deberá de hacerse de forma homogénea y coordinada, respecto a la ejecución técnica de todos ellos. Concretamente, se trata de 12 puntos de suministro. El valor estimado de todos los contratos alcanzaría la cantidad de 15.600 euros, y la empresa, una sociedad de responsabilidad limitada, oferta, en el trámite de consulta previa, formalizar tantos contratos menores como puntos de suministro, alegando, entre otras razones, que tienen finalidades diferentes y áreas de gasto presupuestario (aplicación presupuestaria) diferentes, especialidad en cada punto de colocación, que los contratos menores tiene un valor estimado de 1.300 euros (cada contrato menor). Además, el plazo de ejecución de cada uno es inferior de 12 meses. El alcalde acaba realizando 12 contratos menores con dicha empresa.

Durante la ejecución del contrato se recibe un escrito anónimo en el órgano de contratación, por el que relata que la empresa adjudicataria está destinando fondos recibidos por el Estado, en concepto de una subvención nominativa prevista en los presupuestos generales, donde, igualmente, se preveía anticipo de las cantidades a otorgar en concepto de subvención a fines distintos de los previstos en su concesión, por lo que, al menos, pudiera ser constitutivo de una presunta infracción administrativa. Por ello, se había incumplido,

parcialmente, el objetivo establecido al concederse la subvención, habiéndose cumplido el plazo para cumplir sus obligaciones, el día 4 de mayo del año X.

Es de significar que, al cabo de un año de ejecutado totalmente el contrato, se presentó un escrito ante el órgano de contratación, por parte de una sociedad anónima dedicada al mismo objeto social que la que resultó adjudicataria, poniendo de manifiesto –y era cierto– que el contrato había sido adjudicado a una contratista incurso en causa de prohibición, en concreto, por tener deudas en periodo ejecutivo con la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Sin embargo, es de constatar que en el momento en que se propuso su adjudicación, abonó la deuda más los intereses. En el escrito se solicita la revisión de oficio y una indemnización. Al día siguiente, el director general, sin más, resuelve la no admisión de la solicitud.

Igualmente, es de constatar que, como consecuencia de la denuncia de la presunta infracción administrativa, se ponen en marcha dos procedimientos: el sancionador y el procedimiento de reintegro. Este se inició por el órgano gestor a los tres meses del informe emitido por la Intervención General de la Administración del Estado, favorable a la incoación de dicho procedimiento.

En la subvención concedida a la empresa se estableció una garantía a abonar por aquella y, en la convocatoria, se estableció el plazo de cuatro meses para la cancelación a contar desde el reintegro o liquidación.

En concreto, se incoó el día 7 de septiembre del año X, notificándose al día siguiente. En el mes de agosto del año siguiente, el procedimiento se paralizó sin razón aparente. Por ello, el día 1 de septiembre del año siguiente la Administración procede a incoar nuevo procedimiento de reintegro. Es de resaltar que en el mes de julio del año X la sociedad mercantil se había disuelto y liquidado. Ante ello, la Administración se dirige, exclusivamente, contra el señor Pulido, que era socio minoritario del capital social de la citada entidad mercantil, exigiéndole el pago de la cantidad total, que acabó determinándose en el procedimiento de reintegro más los intereses correspondientes. A este pago se opone el señor Pulido.

En relación con el procedimiento sancionador se inició, igualmente, el día 7 de septiembre, finalizando mediante resolución sancionadora por infracción muy grave, consistente en una multa, impuesta por un secretario de Estado del ministerio, el día 1 de noviembre, que fue notificada a la empresa el día 2 de noviembre de igual año. El día 3 de noviembre la sancionada interpone recurso de reposición contra aquella resolución. Igualmente, el importe de la multa es exigido, exclusivamente, al señor Pulido que, asimismo, se opone al pago.

2. Por otra parte, se ha recibido en el registro del ministerio escrito de un ciudadano, donde solicita que se le informe de las retribuciones percibidas por el ministro y los altos cargos del ministerio, sobre las declaraciones anuales de bienes, con especificación de la localización concreta en lo relativo a los bienes inmuebles y de las declaraciones de actividades de aquellos.

3. Por otra parte, en relación con el contrato administrativo celebrado señalado al inicio de este relato de hechos, al órgano de contratación le surgieron las siguientes dudas que consulta con usted:

- a) Si se hubiere utilizado procedimiento abierto por un solo contrato, ¿cabía excluir una oferta si los pliegos de cláusulas administrativas particulares no han establecido los parámetros objetivos que sirvan para identificar las ofertas anormalmente bajas?
- b) ¿Qué efectos tendría en vía administrativa la falsedad en la declaración responsable presentada por el licitador en el proceso licitatorio si se hubiere utilizado como procedimiento de adjudicación el abierto y en un sólo contrato?

Por otra parte, es de significar que, en el trámite de consulta previa a la adjudicación de los contratos menores, una entidad pública, instituto público creado por la Administración autonómica que, de acuerdo con su norma de creación y las finalidades previstas, entre otras, podía realizar el objeto de los contratos a que se refiere el caso, presentó el mejor proyecto desde todos los puntos de vista para la ejecución de los contratos. Sin embargo, no se le adjudicaron aquellos por dos razones: la primera, porque el órgano de contratación consideró que no podía licitar al contrato, dada su condición de entidad pública, la segunda, porque percibía dotaciones públicas presupuestarias de la Administración autonómica que suponían más del 80 % de sus recursos. Es de resaltar que este operador económico mantenía una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el mercado privado y sus restantes actividades.

Finalmente, ante las continuas dudas surgidas al efecto en los numerosos procedimientos sancionadores que se instruyen por las distintas unidades administrativas del ministerio, que llegan a conclusiones diferentes, se ha decidido elevar a usted la consulta de si con la nueva normativa ya no es aplicable la posibilidad que establecía el Reglamento del procedimiento sancionador de 1993 de prescindir de la audiencia tras la propuesta de resolución en el procedimiento sancionador.

Cuestiones planteadas:

- a) ¿Cuál será la naturaleza jurídica del contrato? ¿Es posible utilizar el procedimiento de contrato menor y formalizar tantos contratos individuales como puntos de suministro por área de gasto (finalidad del suministro)? Al respecto, hay que tener en cuenta que en la actualidad los contratos están formalizados de forma individual e independiente y tienen diferente fecha de finalización. ¿Cuál sería, a su modo de ver, el procedimiento más adecuado a seguir conforme a la ley?
- b) ¿Es forma legal denunciar unos hechos mediante escrito anónimo? ¿Obliga a poner en marcha algún tipo de procedimiento?

- c) ¿Resulta ajustada a derecho la decisión del director general no admitiendo la solicitud de revisión de oficio presentada por el vecino?

Si el propuesto como adjudicador de un contrato tiene deudas con la AEAT en periodo ejecutivo, ¿puede pagar la deuda para evitar la prohibición de contratación? ¿Se le debe dar trámite de audiencia? ¿Procedería, en su caso, la indemnización al solicitante si se realizara la revisión de oficio y se terminara anulando el acto?

- d) ¿Tiene alguna consecuencia jurídica el hecho de que el primer procedimiento de reintegro se incoara a los tres meses del informe favorable de la Intervención General del Estado? ¿Resulta ajustado a derecho la decisión de la Administración poniendo en marcha el segundo procedimiento de reintegro?
- e) Al disolverse la sociedad mercantil, adjudicataria del contrato, y haberse procedido a la liquidación de la misma ¿supone que se ha de archivarse el procedimiento de reintegro? ¿Actúa con arreglo a derecho cuando exige toda la cantidad, resultante del procedimiento de reintegro, a un solo socio minoritario del capital social de la entidad mercantil? ¿Y la exigencia al mismo de la multa impuesta en el procedimiento sancionador?
- f) ¿Era necesario justificar la concesión de la subvención nominativa, concedida en su momento, a la sociedad mercantil adjudicataria del contrato? ¿Dónde se hará, en su caso, la misma si su respuesta fuera afirmativa?
- g) Si la subvención a la empresa adjudicadora del contrato hubiera sido concedida por un órgano por delegación y en el procedimiento de concesión hubiera existido un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, ¿podrá revocar la delegación el ministro? Si así fuera, ¿podría revisar la resolución tomada por el órgano delegado?
- h) ¿Ha de facilitarse la información solicitada por el ciudadano respecto al ministro y altos cargos del ministerio?
- i) ¿Era posible exigir garantía para la subvención concedida a la sociedad mercantil adjudicataria del contrato? ¿Se podría haber señalado el plazo de cuatro meses, en este caso, para la cancelación de la misma desde el reintegro o la liquidación? ¿Y si se hubiera establecido en las bases?
- j) Informe sobre las dudas surgidas al órgano de contratación en el contrato administrativo celebrado.
- k) En relación con el procedimiento sancionador resuelto contra la empresa, ¿cuándo comenzará el plazo de prescripción de la sanción si se interpone recurso de reposición y no hubiere resolución expresa?
- l) ¿Podría aspirar la entidad pública a la adjudicación del contrato como contratista? ¿Resulta ajustado a derecho que los contratos a que se refiere el caso no se adju-

dicaran al instituto público, pese a que era el mejor proyecto porque percibía dotaciones públicas presupuestarias de la Administración autonómica, que suponían más del 80 % de sus recursos? Este operador económico mantenía una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado» y sus restantes actividades, por esta razón, no era la adjudicataria.

- m) Informe sobre la duda planteada respecto del trámite de audiencia en el procedimiento sancionador tras la propuesta de resolución. Si considera el trámite preceptivo, ¿de qué plazo dispondría el interesado expedientado para complementar tal trámite?

Solución

- a) ¿Cuál será la naturaleza jurídica del contrato? ¿Es posible utilizar el procedimiento de contrato menor y formalizar tantos contratos individuales como puntos de suministro por área de gasto (finalidad del suministro)? Al respecto, hay que tener en cuenta que en la actualidad los contratos están formalizados de forma individual e independiente y tienen diferente fecha de finalización. ¿Cuál sería, a su modo de ver, el procedimiento más adecuado a seguir conforme a la ley?

Respecto a la naturaleza jurídica del contrato de suministro de energía eléctrica se trata, a tenor del artículo 16.3 d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, pues contempla expresamente como tal «la adquisición de energía primaria o de energía transformada». Es lo cierto que el contrato conlleva también la realización de las operaciones necesarias para su instalación eléctrica, así como el mantenimiento de dichos aparatos, por lo cual podríamos señalar, en sentido estricto, que nos encontramos ante un contrato mixto, respecto al cual, señala el artículo 18.1 que «se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase».

Únicamente podrán celebrarse contratos mixtos en las condiciones establecidas en el artículo 34.2 de la presente ley, referido a la libertad de pactos en estos términos:

1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.
2. Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante.

El régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos se determinará de conformidad con lo establecido en este artículo; y el de sus efectos, cumplimiento y extinción se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122.2.

Para la determinación de las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos cuyo objeto contenga prestaciones de varios contratos regulados en esta Ley, se estará a las siguientes reglas:

a) Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal.

Respecto al procedimiento adecuado de adjudicación de este contrato y si sería posible la utilización del contrato menor para cada uno de los puntos de instalación del suministro de energía eléctrica, debemos señalar que, para resolver, de forma indubitada, esta cuestión, entiendo que deberían conocerse más datos objetivos y técnicos que los que el supuesto de hecho indica. Porque se refiere a especialidades en cada punto de instalación, dificultades de ejecución técnica o necesidad de coordinación entre todos los puntos, pero la realidad es que no se motiva o aclara de forma completa en qué consisten todos estos factores que, sin duda alguna, arrojarían más luz para resolver esta cuestión del procedimiento de adjudicación adecuado.

Se plantea la cuestión relativa a la posibilidad de utilizar el procedimiento de contrato menor previsto en el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), para la contratación separada del suministro de energía eléctrica de las diferentes dependencias e inmuebles del ministerio. Ello determinaría la formalización de un contrato menor por cada uno de los puntos de suministro de las instalaciones, lo que en su opinión estaría justificado, porque tienen finalidad diferente y áreas de gasto presupuestario (aplicación presupuestaria) diferente, y que los contratos menores no superarán el límite de 15.000 euros cada uno. Además, el plazo es inferior de 12 meses.

La cuestión reside en determinar dos cuestiones:

- Si la mera existencia de una aplicación presupuestaria diferente para cada contrato justifica la posibilidad de valorar de forma separada los contratos que con un mismo objeto se celebren por una Administración, a los efectos de aplicar los límites y requisitos que el artículo 118 de la LCSP, para la utilización de los contratos menores.
- Cuáles son las condiciones que hay que tener en consideración para determinar si hay fraccionamiento indebido de los contratos.

El análisis realizado por la Junta Consultiva de Contratación del Estado (JCCE) del concepto de unidad funcional autónoma, contemplado en el artículo 101.6 de la LCSP, en su Informe 9/2018, de 5 de abril, establece la doctrina de carácter general que opera como

instrumento interpretativo para valorar cuándo concurre la condición de unidad funcional separada y autónoma y cuándo ello aparejada que los valores estimados de los diferentes contratos puedan separarse, con las diferentes consecuencias que ello pudiera tener sobre la aplicación de los correspondientes procedimientos de licitación.

Tras analizar la normativa europea y la española sobre el particular, deduce los requisitos característicos para determinar en qué tres casos se puede considerar concurrente la responsabilidad autónoma de la unidad funcional, que van más allá de la mera consignación presupuestaria diferenciada para la finalidad del contrato de que se trate:

1. Debe tratarse de una unidad funcional separada. En este sentido es esencial que exista una función específica que caracterice de un modo particular a la unidad de que se trate y que, con ello, se pueda considerar a la misma separada, no en el aspecto orgánico o jerárquico, sino en lo que hace a la función que desempeña.
2. Esta unidad funcional separada debe ser responsable de manera autónoma respecto de la contratación o de determinadas categorías de contratos. Esta autonomía viene perfilada en la ley de modo tal que se puede atribuir a la unidad que cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato en cuestión. La financiación específica exige una diferenciación concreta en el presupuesto de la entidad pública a la que pertenezca. La competencia debe estar descrita de manera específica en la normativa interna de organización de dicha entidad pública, de modo que se pueda distinguir de las competencias de otros órganos existentes en su seno.
3. Ambas condiciones conducen a una tramitación del procedimiento de selección del contratista diferenciada y propia de la unidad funcional separada.

Bajo estas premisas, en los supuestos en que concurren las anteriores circunstancias, esto es, que estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté cualificada por gozar de una financiación específica y de competencia para celebrar un contrato, cabrá estimar los valores, como dice la ley, «al nivel de la unidad de que se trate». Ello determinará, en consecuencia, el ámbito de aplicación de los límites del artículo 118 de la LCSP, de acuerdo con la interpretación realizada por esta junta consultiva en anteriores informes respecto a su alcance y contenido.

En cualquier caso, a los efectos de determinar si existe un fraccionamiento indebido del contrato, la JCE ya ha declarado que es necesario tener en cuenta diversos aspectos. Un aspecto sobre el que hemos incidido con anterioridad es la existencia de una unidad funcional y de un vínculo operativo entre los diferentes contratos, lo que exigiría un tratamiento unitario de todos ellos, evitando un fraccionamiento artificioso del objeto del contrato que afectase al procedimiento de contratación o que se verificase con el simple objetivo de burlar los umbrales establecidos en la ley (Informes 31/2012, 15/2016, informe de 1 de marzo de 2018, en el que aludimos a nuestro previo informe 1/2009, entre otros).

A ello hay que añadir, como elemento hermenéutico de relevancia, la posibilidad de planificación del contrato, esto es, la previsibilidad de su realización en el marco de la oportuna programación de la contratación que la ley exige a los órganos de contratación. En este sentido, el artículo 28.4 de la LCSP señala que «las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o periodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada». Este artículo establece la obligatoria programación de la actividad de contratación que se vaya a desarrollar por cada órgano de contratación. Tal programación exige el análisis de los contratos que se van a realizar en cada periodo de tiempo, lo que indudablemente presupone el conocimiento de que el órgano de contratación va a tener una necesidad mantenida en el tiempo de una determinada prestación por un periodo de tiempo superior a un año. Por tanto, si el órgano de contratación cumple con su obligación de planificar adecuadamente su actividad contractual, es patente que la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos ha de ser conocida con carácter previo, lo que puede llevar a concluir que en este caso no se está reaccionando ante necesidades sobrevenidas, desconocidas o novedosas, sino que, por el contrario, se estaría planteando la utilización del contrato menor en fraude de ley.

Estos dos elementos, junto con las demás circunstancias que definan y caractericen al contrato, son esenciales para poder determinar si, en cada caso concreto, existe un fraccionamiento indebido del contrato.

Por todo lo anterior, se puede concluir afirmando:

1. En la aplicación de lo dispuesto en el artículo 118 de la LCSP, para los contratos menores hay que tener en cuenta el concepto de unidad funcional previsto en el artículo 101.6 de la LCSP, que señala:

Cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.

No obstante, lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate.

En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato.

2. En las licitaciones de los contratos públicos, en los supuestos en que estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté caracterizada por gozar de una financiación específica y de competencia propia para celebrar un

contrato, el valor estimado se calculará al nivel de la unidad de que se trate, el contrato tendrá autonomía y sustantividad respecto de los que puedan celebrarse en la misma entidad pública contratante, resultando que los límites previstos en el artículo 118 de la LCSP deberán verificarse al nivel de la correspondiente unidad funcional.

3. Es el órgano de contratación el que debe determinar si la realización separada de las diferentes actividades contractuales supone un fraccionamiento indebido del contrato, atendiendo a los conceptos descritos con anterioridad.

En el caso que analizamos, teniendo en cuenta que se trata de la contratación de suministro de energía eléctrica para diferentes dependencias municipales que tienen finalidad diferente y áreas de gasto presupuestario (aplicación presupuestaria) diferente, y que el importe total de los contratos menores no superará el límite de 15.000 euros, ni el límite temporal del año, que el valor de cada uno es de 1.300 euros, que se ha venido haciendo con anterioridad sin oposición de legalidad alguna, que cada punto de instalación presenta especialidades, que existen problemas de ejecución técnica y que es necesaria una coordinación en los trabajos a realizar, podría defenderse la licitud de los contratos menores y que estos no tienen carácter defraudatorio de alterar el valor estimado del contrato, del procedimiento elegido y de las normas de publicidad, como prohíbe el artículo 99.2. Prueba de ello es que, con anterioridad, se venía realizando de idéntica manera sin oposición alguna y que el valor total de los contratos, que sería de 15.600 euros, excedería del límite del artículo 118 por un estrecho margen.

Ahora bien, siendo la cuantía total del valor estimado, sumados todos los contratos menores, de 15.600 euros (o sea, rebasa por muy poco el límite de los contratos menores), la finalidad de proteger a las pymes, puesta de manifiesto en la exposición de motivos y en diversos artículos de la LCSP y el apartado 3 del artículo 99 de la LCSP, «siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta», podría igualmente defenderse la existencia de un solo contrato con división en lotes de su objeto. Pero también es cierto que el mismo apartado 3 del artículo 99 dispone que: «No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras», señalando, a continuación, los supuestos en que se admitiría la no división en lotes, significando el supuesto previsto en el apartado b) al decir: «El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente».

Por otra parte, la JCCE, en el Informe 69/2008, ha dispuesto que existirá fraccionamiento del objeto del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten indivi-

dualmente no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas, atendiendo a la finalidad que deben cumplir conjuntamente. En nuestro caso, sí son susceptible de aprovechamientos separados.

Y, en su Informe 57/2009, recogiendo lo ya manifestado en el Informe 69/2008:

La finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no solo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente.

En conclusión, habría que conocer más datos para poder valorar la viabilidad de una pluralidad de contratos menores o de un único contrato con división en lotes.

Desde luego, según el artículo 131.3 de la LCSP,

la adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

Finalmente, tampoco hay que descartar la utilización del procedimiento negociado con o sin publicidad si concurre alguno de los supuestos de los artículos 167 o 168 de la LCSP, respectivamente.

b) ¿Es forma legal denunciar unos hechos mediante escrito anónimo?
¿Obliga a poner en marcha algún tipo de procedimiento?

La Ley 2/2023, de 20 de febrero (Ley de protección del denunciante), reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción publicada, BOE de 21 de febrero de 2023, supone la trasposición al derecho interno de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la unión. La norma tiene por objeto la protección de personas que denuncien delitos penales o infracciones administrativas graves o muy grandes.

Esta ley ha constituido una auténtica novedad, que viene a crear una nueva rama en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, porque supone no solo una protección al denunciante, sino una configuración novedosa en las relaciones de control a la Administración.

El escrito presentado en el registro del ministerio, haciendo constar unos hechos que podrían ser constitutivos de infracción administrativa muy grave, no cabe duda de que tiene la consideración jurídica de denuncia.

Es sabido que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC), establece en su artículo 58 que los procedimientos se iniciarán de oficio, por petición razonada de otros órganos o por denuncia.

La denuncia es posteriormente desarrollada en el artículo 62, que en su apartado 2.º consagra la previsión general de evitar la formulación de denuncia anónima, al indicar que «las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que la presentan».

No obstante, esta previsión del artículo 62.2 habrá de verse afectada desde la publicación de la citada Ley 2/2023, de protección al denunciante, porque cualquier denuncia que entre en el ámbito material de aplicación de esta ley, que resulta ser notoriamente extenso, pues incluye cualquier infracción u omisión administrativa grave o muy grave, podrá ser formulada de forma anónima. La propia ley prevé la denuncia a través del canal interno de la organización (art. 7.1), o bien a través de canal externo (art. 17).

Por tanto, esta nueva regulación viene a desplazar a la regulación general que establecía el citado artículo 62.

Aunque debemos admitir que, en la práctica jurídica, ya se permitía la denuncia anónima, porque teniendo conocimiento la Administración de algún hecho presuntamente constitutivos de infracción administrativa, dependiendo del tipo de infracción, existía un riesgo evidente para los bienes jurídicos protegidos por la norma en el caso de consentir que dichos hechos se siguieran cometiendo. Pero es cierto que algún sector doctrinal defendía la imposibilidad de tramitar denuncias anónimas ante la prohibición positivizada del artículo 62.2.

Es preciso recalcar que esta ley solo se aplica para las infracciones muy graves o graves, por lo que para las infracciones leves se seguirá aplicando exclusivamente la regulación común del procedimiento.

En el caso que comentamos existe una denuncia por presunta infracción administrativa muy grave. Es obvio que esta conducta entra dentro del ámbito material de la Ley 2/2023, que señala en su art. 2.3.º que:

La presente ley protege a las personas físicas que informen, a través de alguno de los procedimientos previstos en ella siempre que incidan en el mercado interior, tal y como se contempla en el artículo 26, apartado 2, del TFUE, incluidas las infracciones de las normas de la Unión Europea en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o con prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable al impuesto sobre sociedades.

O en su apartado b)

Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave. En todo caso, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social.

Lo procedente sería, al amparo del artículo 55 de la LPAC, abrir un periodo breve de información previa con el objetivo que marca dicho artículo, consistente en:

1. [...] conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.
2. En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.

Con posterioridad, si hay base para ello, se debería incoar el oportuno procedimiento sancionador que, por lo expuesto en el relato de hechos, parece que se trata del incumplimiento en materia de subvenciones, constitutivo de infracción muy grave, prevista en el artículo 58 b), que la establece como infracción muy grave «la no aplicación, en todo o en parte, de las cantidades recibidas a los fines para los que la subvención fue concedida».

c) ¿Resulta ajustada a derecho la decisión del director general no admitiendo la solicitud de revisión de oficio presentada por el vecino?

Si el propuesto como adjudicador de un contrato tiene deudas con la AEAT en periodo ejecutivo, ¿puede pagar la deuda para evitar la prohibición de contratación? ¿Se le debe dar trámite de audiencia? ¿Procedería, en su caso, la indemnización al solicitante si se realizara la revisión de oficio y se terminara anulando el acto?

¿Resulta ajustada a derecho la decisión del director general no admitiendo, sin más, al día siguiente de la presentación del escrito, la solicitud de revisión de oficio presentada por el vecino?

Una vez detectado que se ha dictado un acto administrativo que adolece de alguno de los vicios de nulidad del artículo 39.2 a) –causas de prohibición para ser contratista– de la LCSP, como es el caso, sería obligación ineludible de la Administración la reacción para expulsar estos actos nulos de nuestro ordenamiento. Y, ello, en virtud de estar sometida la misma a la ley y al derecho, conforme el artículo 103 de la CE.

Sin embargo, no habría libertad absoluta para retirarlos del mundo jurídico, es decir, para anularlos; pues, junto al principio de legalidad está el de los actos propios –según el cual nadie puede ir contra sus propios actos– y el de seguridad jurídica –que comporta la irrevocabilidad de actos declarativos de derechos–. Debiendo, para ello, seguir el procedimiento previsto para la revisión de oficio en el artículo 106 de la LPAC, a donde se remite el artículo 41 de la LCSP; que si bien se establece la imprescriptibilidad de la acción, esto es, no está sujeta a plazo alguno, debe tenerse en cuenta que esta no podrá ser ejercida cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, como así limita el artículo 110 del mismo cuerpo normativo.

Respecto a la revisión de oficio, el artículo 41.4 de la LCSP señala:

Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá lo procedente sobre la declaración de nulidad conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por tanto, para la revisión de oficio del acto nulo era competente el órgano delegado, director general, pero en el caso de que estimara procedente establecer una indemnización será competente el ministro.

Sobre este asunto, y al objeto de determinar la posibilidad de acudir a la revisión de oficio respecto de los actos administrativos o, por el contrario, valorar si opera alguno de estos límites que impidan la misma, los diferentes órganos consultivos han venido advirtiendo, de forma general, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo –STS de 17 de enero de 2006, entre otras–, que el examen de la aplicación de los límites de la revisión de oficio exige una ponderación de los principios en juego, que ha de examinarse caso por caso y a la vista del conjunto de las circunstancias concurrentes, sin que sea posible ofrecer soluciones apriorísticas.

Hemos de tener en cuenta que dichos límites no olvidan las causas de nulidad, sino que pretenden atemperar sus consecuencias, aplicando, para ello, conceptos jurídicos indeterminados y abstractos –como son la buena fe o la equidad– que deberán ser objeto de ponderación en cada caso concreto. Sin embargo, el artículo 110 de la LPAC no es una norma interpretable, de forma que permita limitar la apreciación de las causas de nulidad a conveniencia, sino una norma dirigida a limitar una potestad administrativa exorbitante –ya que remueve actos firmes– conectada con las causas de nulidad.

Conforme a lo anterior, la determinación sobre la posibilidad de acudir a la revisión de oficio va a depender del estudio del concreto caso planteado. Ahora bien, la cuestión aquí se centra en saber si tal estudio se realiza tras la tramitación del respectivo expediente o se aplica con carácter anterior. Esto es, si la concurrencia de alguno de los límites establecidos en el artículo 110 ha de valorarse durante la instrucción del expediente o en un momento previo que sirva para desechar el inicio de la acción.

La STS 254/2021, de 24 de febrero (Norma CEF NCJ065404), excluye la posibilidad de que se pueda rechazar una solicitud de revisión por la supuesta concurrencia de algunos de los límites establecidos en el artículo 110 de la LPAC. Al respecto, considera que

difícilmente sería pensable que la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes o incluso con menor razón la prescripción, puedan servir de fundamento de excluir la revisión de oficio sin trámite alguno, porque es difícil apreciar esas circunstancias sin, al menos, algunos trámites que permitan concluir su concurrencia. Podría admitirse que hay supuestos en los que el procedimiento que deba tramitarse esté simplificado por ser patente y ostensible el óbice para la declaración de nulidad al amparo de la potestad de revisión, pero en modo alguno declararla sin ningún trámite, en especial, los de audiencia de los afectados y la posibilidad de aportación de pruebas.

Y continúa diciendo que

para apreciar que una revisión de oficio es contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, debe realizarse en una resolución tras la incoación del correspondiente expediente (sic) administrativo, de conformidad con los principios generales que al respecto se establecen en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Así, centrándonos en el caso que nos ocupa, hemos de concluir que, para valorar si concurre alguno de los límites a la revisión de oficio no solo será suficiente con su alegación, sino que precisará iniciar el expediente para apreciar si se da una de tales circunstancias. Pero sin que, por ello, se tenga que realizar todo el procedimiento y remitir el expediente al órgano consultivo (Consejo de Estado) para que se pronuncie al respecto, porque, entre otras razones, ese informe solo será preceptivo y vinculante cuando se trate de anular el acto, pero no en el presente caso, en el que parece que la intención del delegado director general es no anularlo.

En este caso, no se admitió el escrito de revisión de oficio al día siguiente, y sin realizar trámite alguno por ello, la valoración de si concurría límite alguno –que sí concurría, pues la ejecución del contrato había finalizado dos años antes–, por lo que esta decisión es nula, a tenor del artículo 47 e) de la LPAC, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Aunque, sin duda alguna, en este caso, parece concurrir el límite previsto en el artículo 110, por el transcurso del tiempo, la equidad o la buena fe, porque el contrato había finalizado su ejecución hacía ya un año.

Si el propuesto como adjudicador de un contrato tiene deudas con la AEAT, ¿puede pagar la deuda para evitar la prohibición de contratación? ¿Se le debe dar trámite de audiencia?

La licitadora propuesta como adjudicataria está incurso en la prohibición de contratar del artículo 71.1 e) de la LCSDP, consistente en tener deudas tributarias pendientes con la AEAT.

Esa prohibición para celebrar el contrato objeto de consulta no puede subsanarse con el pago de la deuda, puesto que es necesario que la licitadora esté al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social desde el momento en que presenta su proposición hasta el momento de la formalización del contrato. Así lo establece la interpretación jurisprudencial sentada por la STS 1210/2020, de 28 de septiembre (Norma CEF NCJ065036). Dice así su FJ 8.:

A la vista de lo hasta ahora reflejado, incluyendo el art. 57 de la Directiva, debemos concluir que los arts. 60.1 d) y 61.1 TRLCSP (actuales arts. 71.1.d y 72.1 LCSP en relación con el 146 TRLCSP y el más tajante 140 LCSP) determinan que el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe venir referido a la fecha de licitación del contrato o presentación de la oferta. La anterior conclusión es la que más razonablemente se ajusta a los principios del derecho de la Unión europea. De permitirse la subsanación en el momento de formalización del contrato haría de mejor condición a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas hasta el momento de la adjudicación.

Aclarada la imposibilidad de subsanar esta prohibición de contratar, respecto a la duda de cuál debe ser el plazo de audiencia que se dé a la licitadora en el procedimiento que se instruya para declarar tal prohibición, hay que decir que dicho trámite de audiencia del artículo 72.5 de la LCSP solo es necesario cuando es precisa una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, como ocurre con las prohibiciones de los artículos 71.1 a), b) o e). Pero la prohibición de contratar, que consiste en no estar al corriente de pago de obligaciones tributarias, se aprecia directamente por el órgano de contratación (art. 72.1 LCSP), sin que sea necesaria declaración previa.

De esta forma, en conclusión, hemos de decir que una vez que el órgano de contratación ha comprobado que la licitadora propuesta como adjudicataria tiene una deuda tributaria pendiente de pago en ejecutiva y que, por tanto, incurre en prohibición de contratar ex artículo 71.1 d) de la LCSP en la interpretación que da de ella el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada, debe apreciar directamente dicha prohibición mediante el correspondiente acuerdo de exclusión de dicha licitadora.

Indemnización.

En relación con la indemnización solicitada debemos señalar que, en ningún caso, era procedente. En primer lugar, porque esa sociedad anónima no tenía legitimación alguna para reclamar, puesto que no era interesada del artículo 4 de la LPAC, porque los contratos se adjudicaron verbalmente y sin concurrencia competitiva, de manera que salvo que hubiera sido una de las empresas consultadas por el órgano de contratación antes de la adjudicación, entendemos que carecía de legitimación para solicitar indemnización alguna aunque la hubiera tenido para impugnar, en su caso, la utilización de la contratación verbal en lugar de otros procedimientos que aseguran más eficazmente la concurrencia.

En segundo lugar, en el supuesto de que se hubiera procedido a la revisión de oficio y en el caso de que fuera una de las empresas consultadas, no basta la anulación del acto para el surgimiento de la indemnización de daños y perjuicios, sino que debería acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), esto es, la producción del daño, la imputación a la Administración y el carácter antijurídico del mismo (arts. 32 y ss. LRJSP).

d) ¿Tiene alguna consecuencia jurídica el hecho de que el primer procedimiento de reintegro se incoara a los tres meses del informe favorable de la Intervención General del Estado? ¿Resulta ajustado a derecho la decisión de la Administración poniendo en marcha el segundo procedimiento de reintegro?

¿Tiene alguna consecuencia jurídica el hecho de que el primer procedimiento de reintegro se incoara a los tres meses del informe favorable de la intervención general del Estado?

El artículo 51.1 de la Ley 38/2003, LGS señala que:

Cuando en el informe emitido por la Intervención General de la Administración del Estado se recoja la procedencia de reintegrar la totalidad o parte de la subvención, el órgano gestor deberá acordar, con base en el referido informe y en el plazo de dos meses, el inicio del expediente de reintegro, notificándolo así al beneficiario o entidad colaboradora, que dispondrá de 15 días para alegar cuanto considere conveniente en su defensa.

Por lo tanto, no se ha obrado conforme a derecho, pero de acuerdo con el artículo 48.3 de la LPAC, «la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo», no siendo este el supuesto que analizamos, donde el retraso de un mes en la incoación del procedimiento de reintegro, en principio, no tiene ninguna trascendencia.

Sin embargo, podríamos reducir dos consecuencias jurídicas posibles de este retraso:

- a) En primer lugar, respecto al plazo de prescripción de la infracción, señal artículo 30.2 de la LPAC, que «interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable». De manera que hasta que no se inicie el procedimiento no se interrumpe el plazo de prescripción de la infracción, aunque, como en este caso, el procedimiento se inicie con un mes de retraso.
- b) La posible responsabilidad disciplinaria del retraso en el inicio del procedimiento si no existiera causa justificada. Al menos, podría existir la presunta comisión de una infracción leve tipificada en el artículo 8 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, consistente en «el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave».

Ajuste a derecho de la incoación del segundo procedimiento de reintegro.

Lo primero que debemos resaltar es la compatibilidad entre los dos procedimientos: el sancionador y el de reintegro, ya que se trata de bienes jurídicos diferentes protegidos por la ley. En el primero se trata de sancionar al infractor por infracción de la legalidad y en el segundo impedir que aquel se beneficie de la propia infracción, con el consiguiente perjuicio para la Hacienda Pública.

Respecto al primero, que ha significado que existía una presunta infracción administrativa muy grave contemplada en el artículo 58 b) de la Ley 38/2003, LGS, por destinar los fondos recibido a otros fines distintos de los previstos en la subvención.

Respecto al reintegro, es el artículo 42 el que prevé el procedimiento si existe causa para ello, como es el supuesto que nos ocupa, puesto que el artículo 37.1, que regula las causas de reintegro, establece en su letra b) el «incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.» Dicha circunstancia se ha hecho constar, expresamente, en el relato de hechos.

Si el plazo para cumplir la sociedad limitada transcurrió el día 4 de mayo del año XXX, el día 7 de septiembre del mismo año en que se incoa el procedimiento de reintegro, es claro que aún no se había producido el plazo de cuatro años que establece el artículo 39 de la LGS para la prescripción, computándose en el supuesto b), «desde el momento de la concesión, en el supuesto previsto en el apartado 7 del artículo 30» (Las subvenciones que se concedan en atención a la concurrencia de una determinada situación en el receptor no

requerirán otra justificación que la acreditación por cualquier medio admisible en derecho de dicha situación previamente a la concesión, sin perjuicio de los controles que pudieran establecerse para verificar su existencia) y, en el supuesto c) «En el supuesto de que se hubieran establecido condiciones u obligaciones que debieran ser cumplidas o mantenidas por parte del beneficiario o entidad colaboradora durante un período determinado de tiempo, desde el momento en que venció dicho plazo», para que haya prescrito el derecho de la Administración a reconocer o liquidar el reintegro.

Respecto a la caducidad del procedimiento de reintegro, el artículo 42.4 señala:

El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de 12 meses desde la fecha del acuerdo de iniciación. Dicho plazo podrá suspenderse y ampliarse de acuerdo con lo previsto en los apartados 5 y 6 del art. 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [hoy, apartado 2 del art. 22 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común].

Si transcurre el plazo para resolver sin que se haya notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo.

Este segundo procedimiento de reintegro puesto en marcha por la Administración no fue ajustado a derecho.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 70/2023, de 23 de enero, modificando la doctrina sentada hasta entonces (la última, STS 234/2021, de 19 de febrero), en la que señaló que en un procedimiento administrativo de reintegro de subvenciones, la omisión de la declaración de archivo de las actuaciones no invalida la incoación de un nuevo procedimiento de reintegro y la resolución dictada en este último, sino transcurrido el plazo de prescripción del derecho de la Administración para exigir el reintegro, estableció como doctrina casacional otra distinta y contraria, basada en los siguientes argumentos:

a) No cabe la existencia de dos procedimientos simultáneos sobre el mismo objeto. Ello atenta, en efecto, contra muchos de los principios que deben presidir la actuación administrativa y que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, enunciados en el artículo 3.1, en particular, los de eficacia, simplicidad, transparencia, economía de medios y eficiencia en la asignación de recursos públicos. No es preciso argumentar demasiado para afirmar que tener dos procedimientos simultáneos supone una actuación ineficaz, con duplicidad de medios y recursos y que se presta a la reiteración de actuaciones concretas y a resultados posiblemente contradictorios, todo ello sin perjuicio de que, en ningún caso, podría haber dos resoluciones sobre el mismo supuesto. Igualmente,

es evidente que tal actuación atentaría el principio de seguridad jurídica, causando al administrado una falta de certeza sobre la situación jurídica de la materia objeto de las actuaciones administrativas simultáneas y sobre los objetivos de la actuación de la Administración. Todo ello no resulta paliado por el hecho de que en los supuestos en los que se abre indebidamente un segundo procedimiento sobre el mismo objeto, suele deberse a la paralización o abandono del primero de ellos, pero podría no ser así y, en cualquier caso, tal duplicidad de procedimientos puede no ser conocida por los interesados con la consiguiente indefensión.

b) La apertura de un segundo expediente, sin que haya transcurrido el plazo de caducidad, provoca una alteración de los plazos administrativos, que puede servir para evadir la regulación sobre plazos administrativos a la Administración y, en particular, al plazo de caducidad. La regulación del procedimiento administrativo ya ha previsto la posibilidad de que el plazo resulte demasiado corto para la terminación del procedimiento o de que aparezcan nuevos hechos, ya contempla lo de la posibilidad de suspender o ampliar el plazo máximo para resolver (artículos 22 y 23 de la LPAC), pero tales supuestos están acompañados de estrictos límites para evitar la prolongación indebida del procedimiento o la indefensión de los interesados. Por el contrario, iniciar un nuevo procedimiento estando próximo el fin del plazo de caducidad puede servir para evitar que la caducidad se produzca agotado ya el plazo de prescripción y sin posibilidad, por tanto, de iniciar un nuevo procedimiento. La iniciación de un segundo procedimiento supone, en definitiva, esquivar la previsión legal para el supuesto de que la Administración no pueda completar toda la actuación necesaria para concluir el procedimiento, que sería ampliar el plazo para resolver el primer procedimiento, pero en los estrictos términos que prevé la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

c) Por último, también se produce una infracción o, en su caso, una desviada aplicación de los preceptos que regulan los modos de terminación de los procedimientos. En efecto, si el primer procedimiento queda indefinidamente abierto, se infringe la obligación de finalizarlo mediante la correspondiente resolución de fondo, de caducidad y archivo o de simple archivo de las actuaciones y supone incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 21 de la LPAC a la Administración de resolver y notificar la resolución, sea cual sea su contenido. Si, como sucede en el presente supuesto, se cierra en la propia resolución con la que se concluye el segundo procedimiento, aunque formalmente se dicta un acuerdo de archivo, no deja de ser una actuación anómala, al hacerlo en el seno de otro procedimiento administrativo que se solapa con el primero.

En conclusión, la actuación administrativa incoando un nuevo procedimiento administrativo con el mismo objeto, sin haber finalizado el primer procedimiento y sin que se haya producido la caducidad de aquel que, en todo caso, debe ser declarada expresamente por la Administración, es un actuación fraudulenta y realizada en desviación de poder (art. 70 LJCA), por lo que, al menos, será constitutiva de vicio de anulabilidad del artículo 48 de la LPAC, cuando no de nulidad del artículo 47.

e) Al disolverse la sociedad mercantil, adjudicataria del contrato, y haberse procedido a la liquidación de la misma ¿supone que se ha de archivar el procedimiento de reintegro? ¿Actúa con arreglo a derecho cuando exige toda la cantidad, resultante del procedimiento de reintegro, a un solo socio minoritario del capital social de la entidad mercantil? ¿Y la exigencia al mismo de la multa impuesta en el procedimiento sancionador?

¿Debe archivar el procedimiento de reintegro por disolución de la sociedad mercantil?

En absoluto, el artículo 40.4 de la LGS señala que «en el caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas, sus obligaciones de reintegro pendientes se transmitirán a los socios o partícipes en el capital que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado»

Exigencia de cantidad de reintegro e intereses a un solo socio minoritario.

El precepto citado resuelve esta cuestión al limitar la responsabilidad del socio al límite del valor de la cuota de liquidación que se le hubiere adjudicado. Por tanto, solo responderá hasta ese valor.

El objetivo principal de la responsabilidad solidaria es proteger al acreedor, en este caso, a la Administración, facilitando el cobro de la deuda, y no hay que confundirla con la responsabilidad subsidiaria (en defecto de que responda otra persona) ni la responsabilidad mancomunada (en la que cada uno es responsable solo de su parte).

Pese a que el artículo 1137 del Código Civil señala que «la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de estos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria», es lo cierto que en este caso la ley, específicamente, determina el límite de la responsabilidad solidaria.

Exigencia de la multa al socio minoritario, exclusivamente.

El artículo 69 de la LGS resuelve esta cuestión, señalando:

1. Responderán solidariamente de la sanción pecuniaria los miembros, partícipes o cotitulares de las entidades a que se refiere el apartado 3 del artículo 11 en proporción a sus respectivas participaciones, cuando se trate de comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado.

2. Responderán subsidiariamente de la sanción pecuniaria los administradores de las sociedades mercantiles, o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, de acuerdo con las disposiciones legales o estatutarias que les resulten de aplicación, que no realicen los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones infringidas, adopten acuerdos que hagan posibles los incumplimientos o consientan el de quienes de ellos dependan.

3. En el caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas en las que la ley limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares, las sanciones pendientes se transmitirán a estos, que quedarán obligados solidariamente hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado o se les hubiera debido adjudicar.

4. En el caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas en las que la ley no limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares, las sanciones pendientes se transmitirán a estos, que quedarán obligados solidariamente a su cumplimiento.

f) ¿Era necesario justificar la concesión de la subvención nominativa, concedida en su momento, a la sociedad mercantil adjudicataria del contrato? ¿Dónde se hará, en su caso, la misma si su respuesta fuera afirmativa?

Si bien ni la Ley 38/2003, General de Subvenciones (LGS), en su artículo 22, ni su reglamento de 2006, referido a las subvenciones nominativas, exige expresamente que conste la motivación de la concesión de una subvención nominativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la discrecionalidad de la Administración para establecer, en función de las necesidades, las medidas que deben adoptarse para conceder subvenciones no le autoriza a establecer ayudas singulares o a dar prioridad a unos grupos frente a otros, sin una justificación objetiva y razonable.

Por otro lado, el artículo 65.3 c) del Reglamento de la ley de subvenciones determina que «la resolución o, en su caso, el convenio deberá incluir los siguientes extremos: a) Determinación del objeto de la subvención y de sus beneficiarios, de acuerdo con la asignación presupuestaria». Aunque no es una justificación, en sentido estricto.

Es por ello que la inclusión en los presupuestos de la entidad de una subvención nominativa debería motivarse de manera objetiva, razonable y proporcionada, en cumplimiento del artículo 14 de la CE, bien en la memoria del presupuesto, bien en el convenio regulador de la subvención nominativa; ya que, para el gestor que debe tramitar la concesión, esta es asumida como una obligación impuesta, al incluirse en los presupuestos de la entidad. La justificación de la singularidad difícilmente puede inferirse de la exposición de motivos de la ley (en caso del Estado y las comunidades autónomas) ni de la rúbrica del crédito presupuestario, ya que ni en una ni en otra parece, por regla general, la menor referencia

al criterio que el legislador pueda haber utilizado, por lo que para valorar si concurre dicha justificación, habrá que recurrir aquellas otras normas de carácter sustantivo que vengan a integrar en este punto la Ley de presupuestos.

g) Si la subvención a la empresa adjudicadora del contrato hubiera sido concedida por un órgano por delegación y en el procedimiento de concesión hubiera existido un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, ¿podrá revocar la delegación el ministro? Si así fuera, ¿podría revisar la resolución tomada por el órgano delegado?

La delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido, de acuerdo con el artículo 96 de la LRJSP.

Ahora bien, en el caso que analizamos, es lo cierto que el procedimiento ya había finalizado mediante la resolución correspondiente; por tanto; la revocación de esta delegación no era ya posible sin perjuicio de que si fuese necesaria la intervención del órgano concedente para cualquier acto posterior a la concesión de la subvención (revisión de oficio, reintegro, etc.), pudiera revisarse, conforme al artículo 107, por el órgano competente si se dan motivos de anulabilidad –lo que sucedió en el caso que comentamos– para ello del artículo 48 de la LPAC.

Por tanto, en sentido estricto, el ministro no podría revisar la resolución tomada por el órgano delegado. Ello sin perjuicio de que el ministro, en el ejercicio de sus competencias, pudieran dictar otro acto con un contenido distinto.

h) ¿Ha de facilitarse la información solicitada por el ciudadano respecto al ministro y altos cargos del ministerio?

Si los datos personales que son objeto de tratamiento se refieren al Ministro y Altos Cargos, debe tenerse en cuenta que los representantes y funcionarios públicos tiene una relevancia que provoca una mayor protección en todo aquello que concierne a su actividad de representación, por lo que están obligados a soportar una afectación mayor de sus derechos de la personalidad.

Este debilitamiento del derecho a la protección de datos de los cargos públicos, en todo aquello que tenga conexión con el ámbito público, se evidencia también en las previsiones de la legislación de transparencia y el principio de apertura, imprescindibles en una sección la democrática.

El artículo 16.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado señala que: «Los altos cargos formularán al Registro de Actividades de Altos Cargos, en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión o cese, según corresponda, una declara-

ción de las actividades que, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, hubieran desempeñado durante los dos años anteriores a su toma de posesión como alto cargo o las que vayan a iniciar tras su cese. Cada vez que el interesado inicie una nueva actividad económica durante el período de dos años desde su cese se declarará al Registro una vez dictada la resolución prevista en el artículo 15».

Por su parte, el artículo 16.1 de la mencionada Ley establece:

1. Los altos cargos presentarán al Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos, en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión y cese, respectivamente, el certificado de su última declaración anual presentada del impuesto sobre el patrimonio, si tienen obligación de presentarla. Quienes no tengan tal obligación, presentarán un formulario cumplimentado equivalente que elaborará la Oficina de Conflictos de Intereses en colaboración con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.
2. Los altos cargos aportarán una copia de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio y al de cese. Asimismo, anualmente y mientras dure su nombramiento, aportarán copia de la declaración correspondiente.
3. Junto con la copia de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio también se presentará certificación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de estar al corriente de las obligaciones tributarias o, en su caso, de las obligaciones tributarias pendientes.

Y el artículo 21 señala:

1. Los Registros electrónicos de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de Altos Cargos se alojarán en un sistema de gestión documental que garantice la inalterabilidad y permanencia de sus datos, así como la alta seguridad en el acceso y uso de estos.
2. El Registro electrónico de Actividades tendrá carácter público, rigiéndose por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en esta ley y en las normas de desarrollo de las leyes citadas.
3. El Registro electrónico de Bienes y Derechos Patrimoniales tendrá carácter reservado y solo podrán tener acceso al mismo, además del propio interesado, los siguientes órganos:
 - a) El Congreso de los Diputados y el Senado, de acuerdo con lo que establezcan los reglamentos de las Cámaras, así como las comisiones parlamentarias de investigación que se constituyan.
 - b) Los órganos judiciales para la instrucción o resolución de procesos que requieran el conocimiento de los datos que obran en el Registro, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales.

c) El Ministerio Fiscal cuando realice actuaciones de investigación en el ejercicio de sus funciones que requieran el conocimiento de los datos obrantes en el Registro.

4. Los órganos mencionados en el apartado anterior adoptarán las medidas necesarias para mantener el carácter reservado de la información contenida en el Registro electrónico de Bienes y Derechos Patrimoniales, sin perjuicio de la aplicación de las normas reguladoras de los procedimientos en cuya tramitación se hubiera solicitado la información.

5. El contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado y demás Altos Cargos se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», en los términos previstos reglamentariamente. En relación con los bienes patrimoniales, se publicará una declaración comprensiva de la situación patrimonial de estos Altos Cargos, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares.

Por otra parte, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, impone en su artículo 8 el deber de publicar en el Portal de Transparencia –es decir, como publicidad activa y sin necesidad de que medie una solicitud de acceso– «las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo».

Por tanto, la Administración, en lo relativo a las retribuciones y declaración de actividades, cumplirá con su deber de prestación de información, indicándole al solicitante que lo solicitado se encuentra en el Portal de Transparencia, al que puede acceder libremente cuando lo desee, o bien transmitiéndole, específicamente, la información solicitada y, probablemente, ya publicada.

Respecto a la información sobre la declaración de bienes y derechos, señala el artículo 21.5 que:

El contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado y demás Altos Cargos se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», en los términos previstos reglamentariamente. En relación con los bienes patrimoniales, se publicará una declaración comprensiva de la situación patrimonial de estos Altos Cargos, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares.

De manera que le indicará el BOE donde se encuentra publicado o le facilitará, expresamente, la información solicitada y ya publicada.

Con respecto a la solicitud de la localización concreta de bienes inmuebles, es obvio que no guarda relación alguna con la función pública del ministro ni de los altos cargos, tratándose de un dato de carácter personal, protegido tanto por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) que, en su artículo 4.1 señala que es

toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Se entiende por dato de carácter personal no solo cualquier información relativa a su identidad (como nombre y apellidos, domicilio, filiación, una fotografía o vídeo, etc.), sino la relativa a su existencia y ocupaciones (estudios, trabajo, enfermedades, etc.). Para el tratamiento de este dato sería preciso que nos encontrásemos ante un supuesto de ilicitud del tratamiento, en particular, del consentimiento del interesado, que se enumeran en el artículo 6 del citado reglamento.

Igualmente, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, en su artículo 6 exige el consentimiento del interesado para los datos de carácter personal, sin perjuicio de los supuestos exceptuados que regula el reglamento comunitario y la ley orgánica.

Finalmente, el artículo 16 de la referida ley, en relación con el acceso parcial, determina que:

En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida.

- i) ¿Era posible exigir garantía para la subvención concedida a la sociedad mercantil adjudicataria del contrato? ¿Se podría haber señalado el plazo de cuatro meses, en esta caso, para la cancelación de la misma desde el reintegro o la liquidación? ¿Y si se hubiera establecido en las bases?

El artículo 43.1 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, referido a los

supuestos en los que se podrán exigir garantías, señala que: «Las bases reguladoras de la subvención podrán exigir la constitución de garantías en los siguientes casos: [...] 2. Cuando se prevea la posibilidad de realizar pagos a cuenta o anticipados».

El relato de hechos indica que se permitían anticipos de pago, luego era posible la exigencia de garantía siempre que estuvieran determinadas en las bases reguladoras del procedimiento de subvención.

Por su parte, el artículo 52.2 a), relativo a la cancelación de la garantía, establece: «La cancelación deberá ser acordada dentro de los siguientes plazos máximos: a) Tres meses desde el reintegro o liquidación del anticipo».

Las bases constituyen las normas específicas que regulan cada modalidad de subvención, son la «ley» de cada procedimiento de concesión y, por ello, pueden fijar todas las circunstancias aplicables a cada convocatoria, como normas singulares aplicables a las mismas (incluidos los plazos) dentro del marco de la ley y su reglamento. Si expresamente, la LGS o el reglamento no otorgan a las bases la posibilidad de establecer plazos diferentes a los fijados en estas normas con carácter general, las bases, por razón del principio de jerarquía normativa, no pueden alterar singularmente los mismos.

El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos impone a la Administración el deber de conformarse a la norma administrativa que ella misma ha dictado, sin que pueda, al decidir situaciones concretas en relación a ella, admitir la excepción.

La inderogabilidad singular del reglamento viene regulada en el artículo 37 de la LPAC, y define este principio de la siguiente manera: «Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general». Asimismo, se consideran nulas «las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, así como aquellas que incurran en alguna de las causas recogidas en el artículo 47».

Esto es, en otras palabras, que una resolución administrativa de carácter particular, o lo que es lo mismo, un acto administrativo, no podrá vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, es decir, un reglamento, independientemente del grado jerárquico del órgano del que emane. El principio de inderogabilidad singular del reglamento nace de la potestad reglamentaria con la que cuenta la Administración, y es una garantía de protección para los reglamentos.

El artículo 47.2 de la LPAC señala que «también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

j) Informe sobre las dudas surgidas al órgano de contratación en el contrato administrativo celebrado.

¿Cabía excluir una oferta si los pliegos de cláusulas administrativas particulares no han establecido los parámetros objetivos que sirvan para identificar las ofertas anormalmente bajas?

El régimen previsto en el artículo 149.2 de la LCSP, en relación con las ofertas anormalmente bajas, diferencia dos supuestos:

El primer supuesto aplica a licitaciones que consideran el precio como único criterio de adjudicación. En este caso, si los pliegos no han establecido parámetros objetivos, resultan de aplicación los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente. Por lo tanto, aunque no se hayan establecido parámetros objetivos, si la oferta resulta incurso en anomalía conforme a los parámetros previstos reglamentariamente, y el licitador, en la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, no justifica su oferta, cabe su exclusión.

El segundo supuesto aplica a licitaciones en las que se utilicen una pluralidad de criterios. En este caso, el artículo 149.2 b) de la LCSP establece que en los pliegos «se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto». Así, a diferencia del supuesto anterior, no se remite a la aplicación supletoria de parámetros previstos reglamentariamente. Por lo tanto, la omisión en los pliegos de los criterios para determinar que la oferta está incurso en presunción de anomalía impide que se pueda tramitar el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP y, en consecuencia, la exclusión de ofertas por resultar dudosas respecto a su viabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) reconoce la posibilidad de excluir ofertas cuando los pliegos no hayan determinados los parámetros objetivos si son manifiestamente incongruentes o si se deduce «sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno» la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Tal y como señala la resolución núm. 949/2015, de 9 de octubre, dictada en el recurso núm. 956/2015:

Quando los Pliegos no contengan previsión concreta al respecto, como ocurre en el caso aquí examinado, la posibilidad de exclusión se limita a supuestos de ofertas manifiesta y objetivamente incongruentes. En efecto, tal y como se ha señalado por este Tribunal en la Resolución 453/2015, de 14 de mayo de 2015, «al no estar prevista la consideración de bajas anormales o desproporcionadas, como ya hemos señalado en otras resoluciones (como referencia en la número 697/2014, de 23 de septiembre), una vez conocida la calificación efectuada en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor y efectuada la apertura del sobre C, solo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, esta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca sin

ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, pues de otro modo se estaría alterando el orden del procedimiento de licitación definido legalmente en el art. 151 del TRLCSP de 2011 –hoy, art. 150 de la LCSP– y en el art. 30 del Real Decreto 871/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y que tiene precisamente como objeto garantizar la objetividad de la adjudicación, evitando que los juicios de valor a emitir por el órgano de contratación y sometidos a discrecionalidad técnica puedan influir en el resultado final de la licitación. Solo así es posible garantizar el principio de no discriminación y libre concurrencia.

En el mismo sentido se pronuncia la resolución del TACRC, número 453/2015, de 14 de mayo, dictada en el recurso número 390/2015, que dispone:

Pero, al no estar prevista la consideración de bajas anormales o desproporcionadas, como ya hemos señalado en otras resoluciones (como referencia en la número 697/2014, de 23 de septiembre), una vez conocida la calificación efectuada en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor y efectuada la apertura del sobre C, solo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, esta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

¿Qué efectos tendría en vía administrativa la falsedad en la declaración responsable presentada por el licitador en el proceso licitatorio?

Las declaraciones responsables son el instrumento previsto en el artículo 140 de la LCSP para la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para licitar. Así, en su apartado 1 a) queda establecido que las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable, que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación, de conformidad con lo indicado en el artículo 141.

Respecto de esta declaración, el apartado 3 del artículo 140 permite que el órgano o la mesa de contratación pueda pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

El modelo de declaración responsable, según el artículo 141 del LCSP, deberá estar incluido en el pliego y deberá seguir el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea. La mesa de contratación, cuando se establezca su intervención, calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior. Ante la existencia de defectos subsanables, se dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.

El TACRC, en su resolución número 995/2019, de 6 de septiembre de 2019, hace referencia a que la LCSP sustituye la comprobación efectiva de la documentación acreditativa de la aptitud para contratar del licitador por una declaración responsable, en la que manifiesta que cumple los requisitos que a tal efecto establecen tanto la legislación de contratos como los pliegos que rigen la licitación. La efectiva verificación de la concurrencia de tales requisitos se realiza posteriormente, cuando el licitador propuesto como adjudicatario presenta la documentación y es comprobada por el órgano de contratación.

Respecto de ello se pronuncia en los siguientes términos: «Dicha presentación de documentación y verificación con su examen del cumplimiento de los requisitos previos de aptitud del contratista no convierte el requisito de la declaración responsable en un mero trámite formal inane de relevación jurídica». Expresamente señala que por la declaración responsable, conforme al documento europeo único de contratación, «el declarante certifica hechos y, por tanto, asume el deber de decir la verdad sobre ellos, o lo que es lo mismo, se hace responsable –no solo en nombre de su empresa sino también personalmente– ante el órgano de contratación de la autenticidad de lo manifestado en la declaración y, en particular, de que reúne los requisitos de actitud para contratar exigidos por la legislación de contratos, de acuerdo y en los términos establecidos en el pliego que rige la licitación, así como de que las circunstancias declaradas relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar concurren en la fecha final de presentación de ofertas (art. 140.4 de la LCSP)».

Sobre la posibilidad de requerir la subsanación de defectos que pudieran atañer a la declaración responsable, la propia resolución aclara que no cualquier defecto apreciado en ella será siempre subsanable. Habrá que atender a la naturaleza del defecto y las concretas circunstancias de la licitación para apreciarlo. La discrepancia entre la declaración y la documentación presentada puede ser un error del declarante o puede tener por causa un propósito intencionado de faltar a la verdad.

El mismo Tribunal Administrativo Central, con fecha 8 de enero de 2021, dictó resolución número 4/2021, en la que manifestaba que la declaración responsable se ha articulado como un mecanismo para aligerar la carga documental en los procedimientos de licitación, siendo sustitutiva de la presentación de la documentación, pero «no exime del cumplimiento de los requisitos exigidos en la misma para concurrir a la licitación, y entre ellos, la solvencia. Antes, al contrario, supone la declaración y afirmación de que se cumple con esos requisitos de solvencia, dado que, de lo contrario, no se podría concurrir a la licitación. Además, cabe recordar en este punto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.1 e) de la LCSP, constituye una prohibición de contratar «e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia».

Señalado todo lo expuesto, es sin duda de trascendente importancia la labor de los empleados públicos en la vigilancia de los procedimientos contractuales, para prevenir el fraude y la falsedad, y con ello garantizar la mejor gestión de los recursos público.

En conclusión, en vía administrativa la falsedad en la declaración responsable presentada por el licitador en el proceso licitatorio supondría que incurre en causa de prohibición para ser contratista, al amparo del artículo 71 e) de la LCSP.

k) En relación con el procedimiento sancionador resuelto contra la empresa, ¿cuándo comenzará el plazo de prescripción de la sanción si se interpone recurso de reposición y no hubiere resolución expresa?

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 tres meses en el caso del recurso de alzada y de un 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, encontró un 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 Tribunal Superior de Justicia de 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. 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, sentencia núm. 1627/2020, permitió la extensión de ese mismo efecto prescriptivo a las resoluciones sancionadoras 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 lo 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 LPAC, 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, para el recurso de alzada es aplicable al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición.

l) ¿Podría aspirar la entidad pública a la adjudicación del contrato como contratista? ¿Resulta ajustado a derecho que los contratos a que se refiere el caso no se adjudicaran al instituto público, pese a que era el mejor proyecto porque percibía dotaciones públicas presupuestarias de la Administración autonómica, que suponían más del 80% de sus recursos? Este operador económico mantenía una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado» y sus restantes actividades, por esta razón, no era la adjudicataria.

Podría aspirar la entidad pública a la adjudicación del contrato como contratista?

El artículo 2 de la Directiva 2014/24 afirma que se consideran «contratos públicos» a «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos

y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios».

El mismo artículo 2 de la Directiva 2014/24 define también el concepto de «operador económico» de forma funcional: «Una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios».

Es decir, en la posición de contratista no procede una interpretación formal, pues puede ser que un organismo público, a la vez que en sus relaciones generales propias tiene la consideración de poder adjudicador, en otras, ocupe la posición de contratista, prestando (y no recibiendo) servicios o suministros. Concepto de «operador económico» y su dimensión funcional, como se recuerda en la STJUE de 15 de octubre de 2015, Consorci Sanitari, que en la medida en que determinadas entidades estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso, aunque sea ocasionalmente, los Estados miembros no pueden prohibirles que participen en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios.

En consecuencia, un mismo ente público (como sucede con un organismo público de investigación, que puede transferir conocimiento a la sociedad) puede tener un doble rol: puede ser poder adjudicador y puede ser operador económico. Y en la distinción es clave la finalidad de la relación jurídica que ocupan. Concepto de «operador económico» y su dimensión funcional: en la primera hay utilización directa de sus fondos públicos para el cumplimiento de sus fines institucionales, mientras que cuando se actúa como operador económico la causa contractual es bien distinta y va directamente relacionada al cumplimiento de lo pactado, como contratista, en ese negocio jurídico y donde prima la relación mercantil frente a la de interés general, lo que explica por qué los fondos obtenidos como contratista no computan a efectos de determinar el porcentaje de financiación pública, tal y como declaró el TJUE en la citada sentencia Universidad de Cambridge.

Un ejemplo claro lo encontramos en los supuestos de entidades como las universidades públicas, consorcios, e incluso empresas públicas, que pueden tener una doble vertiente: la de poder adjudicador (art. 3.2 LCSP) y la de operador económico (contratista). Esta dualidad ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari, donde recuerda que las Administraciones públicas pueden concurrir a licitaciones públicas siempre que estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado (lo que les impide la realización de falsos convenios que oculten un contrato público: por todas STJUE de 8 de mayo de 2014, Technische Universität Hamburg-Harburg). Esta jurisprudencia confirma la premisa de que, frente a una concepción subjetiva, lo que interesa es la perspectiva objetiva de cuando existe contrato público (porque hay sujetos públicos que pueden tener un doble rol).

¿Resulta ajustado a derecho que los contratos a que se refiere el caso no se adjudicaran al instituto público, pese a que era el mejor proyecto porque percibía dotaciones públicas presupuestarias de la Administración autonómica que suponían más del 80 % de sus recursos? Este operador económico mantenía una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado», y sus restantes actividades, por esta razón, no era la adjudicataria.

El Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 3.^a, Sentencia 1208/2023, de 2 de octubre, recurso núm. 787/2021 (Norma CEF NCJ066785) resuelve un recurso de casación en el que se dilucida la procedencia sobre la adjudicación de un contrato de servicios, para la obtención de imágenes aéreas en 28 ayuntamientos de Galicia para la posterior elaboración de la cartografía de los planes básicos municipales, a un operador económico con participación pública de la Generalitat de Cataluña, en concreto al Instituto Cartográfico de dicha comunidad.

En el presente caso, el interés casacional versa en determinar si la participación en la licitación de un contrato por quien percibe dotaciones presupuestarias que suponen más del 80 % de sus recursos coloca al licitador en una situación ventajosa, incompatible con el principio de libre concurrencia en contratación pública.

En este sentido se pronunció el TJUE al indicar que si bien la percepción de fondos públicos para el desarrollo de las actividades propias de una Administración podría situar a estas empresas en una posición privilegiada con respecto a otros operadores, al permitirles ofrecer mejores condiciones de mercado y precios más competitivos, ello por sí solo no supone *per se* una infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, ni un atentando a la libre competencia.

Por ello, la sala estima que si bien las empresas que reciban fondos públicos pueden participar en procesos de licitación para la adjudicación de un contrato público, la exclusión de este tipo de entidades en un procedimiento de licitación solo es posible si realiza una oferta anormalmente baja debido a la obtención de una ayuda de Estado o en caso de recibir subvenciones o ayudas no conformes a derecho.

Y *a sensu contrario*, el tribunal entiende que el hecho de que una entidad pública mantenga una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado», y sus restantes actividades –como en el caso de la adjudicataria–, es un elemento relevante a los efectos de descartar la existencia de ayudas que desvirtúen la competencia.

La sala apoya los argumentos del instituto al oponerse al recurso en cuanto a que no hay falseamiento ni restricción alguna de la libre competencia ni vulneración del principio de igualdad entre los licitadores, puesto que el adjudicatario no ha presentado una oferta con valores calificados de anormalmente bajos ni ha quedado acreditado el carácter ilegítimo de los fondos percibidos por el instituto; además, el mismo lleva un sistema adecuado de contabilidad separada que impide que en los casos de ejecución de un proyecto con un

tercero –actuando como operador económico sujeto al ordenamiento privado– se produce una financiación por transferencia de la Generalitat de Cataluña.

m) Informe sobre la duda planteada respecto del trámite de audiencia en el procedimiento sancionador tras la propuesta de resolución. Si considera el trámite preceptivo, ¿de qué plazo dispondría el interesado expedientado para complementar tal trámite?

El artículo 84 de la LPAC permite prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado.

Por su parte, el artículo 89.2 de la LPAC establece que «una vez concluida la instrucción del procedimiento, el órgano instructor formulará una propuesta de resolución que deberá ser notificada a los interesados. La propuesta de resolución deberá indicar la puesta de manifiesto del procedimiento y el plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes».

De esta redacción resultan dos cuestiones: la primera de ellas es que ya no es posible prescindir del trámite de audiencia. Efectivamente, en los procedimientos sancionadores, el legislador ha sido explícito obligando a conceder dicho trámite al interesado sin prever supuesto alguno de omisión del mismo.

Queda a salvo, pues también está regulado en un artículo referido específicamente al procedimiento sancionador (art. 64 LPAC), la previsión contenida en su apartado 2.f, de que «en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, este podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada». Pero tal previsión no implica prescindir del trámite de audiencia, sino que no será necesaria formular propuesta de resolución por el instructor si en el trámite de audiencia tras la incoación el inculpado no ha formulado alegaciones. Sin embargo, nada dispone el precepto sobre si, aun sin propuesta de resolución (en realidad el acuerdo de iniciación adquiere tal carácter), debe concederse el trámite de audiencia propio de la propuesta de resolución. La seguridad jurídica aconseja que, transcurrido el plazo de audiencia con el acuerdo de iniciación sin alegaciones, la resolución sancionadora no se dicte sin haber transcurrido un nuevo plazo de audiencia, aun sin propuesta de resolución, pues el acuerdo de inicio adquiere tal carácter.

Otra cuestión resultante del artículo 89.2 es que no señala la ley el plazo en el que los interesados pueden formular alegaciones a la propuesta de resolución. Sí lo hacía el reglamento del procedimiento sancionador ya derogado (15 días, art. 19).

Tampoco se indica en el artículo 64.2 f) de la LPAC el plazo de audiencia a conceder tras el acuerdo de iniciación; circunstancia que también se contenía en el reglamento derogado

(15 días, art. 16). La doctrina ya se ha pronunciado en el sentido de suplir esta laguna con dos posibilidades: una, aplicar el mismo plazo establecido en el artículo 90.2 de la LPAC de 15 días concedido al inculpado para que alegue lo que estime conveniente cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución; otra, utilizar el mismo plazo de audiencia en los procedimientos en general: no inferior a 10 días ni superior a 15.

Por tanto, respondiendo directamente a la cuestión planteada sobre el trámite de audiencia tras la propuesta de resolución del instructor, caben dos posibilidades: no conceder dicho trámite si no resultan otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado; o conceder el trámite de audiencia en todo caso.

Consideramos que la seguridad jurídica aconseja que el instructor se pronuncie sobre las alegaciones formuladas por el interesado en el trámite de audiencia tras el acuerdo de iniciación y que se ponga en conocimiento del inculpado los razonamientos del instructor sobre esas alegaciones, antes de elevar la propuesta definitiva al órgano que haya de resolver el procedimiento sancionador. Además, el preceptivo trámite de audiencia tras la propuesta de resolución resulta de la dicción legal del artículo 89 de la LPAC, específico para el procedimiento sancionador.

En el ámbito autonómico, en los casos de los procedimientos sancionadores regulados al amparo de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el artículo 39 impone notificar la propuesta de resolución a los interesados indicándoles que disponen de un plazo de 15 días para formular alegaciones. Por tanto, coincidiendo esa regulación con la contenida y resultante de la interpretación de la regulación del procedimiento sancionador en la Ley 39/2015, nos mostramos favorables a conceder al inculpado trámite de audiencia tras la propuesta de resolución.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14 y 103.
- Código Civil, art. 1137.
- Ley 7/1985 (LRBRL), art. 75.
- Ley 38/2003 (subvenciones), arts. 17, 37, 40, 42 y 57.
- Ley 19/2013 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 8, 15 y 16.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 21, 22, 23, 37, 47, 48, 58, 55, 62, 106, 110 y 112.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 3, 30 y 96.

- Ley 9/2017 (de contratos del sector público), arts. 71, 99, 101, 118, 140, 141, 149 y 150.
- Ley 2/2023 (Ley de protección del denunciante), arts. 2, 7 y 17.
- Real Decreto 2568/1986 (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), arts. 114 y 116.
- Real Decreto 887/2006 (Reglamento Ley 38/2003), arts. 4, 43 y 52.
- Real Decreto 871/2009 (Reglamento de la Ley de contratos), art. 30.
- Real Decreto 128/2018 (Régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional), art. 3.
- Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos), art. 4.
- SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de enero de 2006, de 22 de septiembre de 2008, de 30 de noviembre de 2020, de 19 de febrero de 2021, de 24 de febrero de 2021 y de 23 de enero de 2023.
- STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 597/2015, de 1 de octubre.
- Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales 697/2014, de 23 de septiembre; 453/2015, de 14 de mayo, y 995/2019, de 6 de septiembre de 2019.
- Dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 31/2012, de 7 de mayo de 2013, y 15/2016, de 1 de marzo de 2018.