

Principios de legalidad y tipicidad en el procedimiento sancionador administrativo

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

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

Enunciado

Primero. Con fecha 22 de mayo del año RRR, el director general, competente en materia de Consumo y Sanidad –cargo ficticio–, obrando en el ejercicio de sus competencias, notificó providencia de apremio a don ABC, titular de un establecimiento de alimentación, por no haber hecho efectiva la sanción de clausura del establecimiento por plazo de tres meses y multa de 12.000 euros impuesta porque en su establecimiento comercial, su hermano, socio de la empresa constituida entre los dos bajo la modalidad de SRL, estaba suministrando pan sin envoltorio y sin envasar –según consta en el acta de la inspección realizada–.

Don ABC alega no haber recibido con anterioridad notificación alguna de la resolución sancionadora definitiva de forma personal y fehaciente porque, mientras estaba sustanciando el procedimiento sancionador, el ayuntamiento había procedido al cambio de denominación de la calle, que de llamarse de una manera pasó a denominarse de otra, lo cual fue comunicado a todas las Administraciones públicas electrónicamente.

En dicho procedimiento sancionador estuvo personada la Asociación Local de Empresarios, Consumidores y Usuarios, cuyo ámbito de actuación era el municipio donde se ubicaba la panadería en cuestión. Sus productos eran vendidos, con posterioridad, a establecimientos del ramo. De la misma formaban parte empresas privadas, SRL, cuyo objeto social era la elaboración de pan y productos de pastelería que luego vendían con ánimo de lucro. El objeto de la misma era la defensa de los intereses de consumidores y de empresarios del ramo.

Personado en la Administración ejecutante, a don ABC le proporcionaron copia del Boletín Oficial del Estado, en donde se procedió a la publicación de la resolución definitiva, al no haberse podido realizar la notificación personal. Aquel, al examinar el expediente, comprueba que aparece un sobre en donde consta la siguiente expresión: «devuelto por dirección inexistente». Igualmente fue informado de que la sanción traía su causa en que el 12 enero del año anterior al año RRR se había levantado acta de inspección constatando la presunta infracción ya comentada.

Don ABC solicitó su derecho, a partir de ese momento, de relacionarse electrónicamente con la Administración, pero lo cierto es que las comunicaciones y notificaciones que la Administración le hizo, a partir de ese momento, no fueron objeto de acceso por parte del interesado, que se dio por notificado, normalmente, mediante comunicación por una persona, funcionaria de la Administración, que tenía conocimiento de las resoluciones de forma inmediata.

Dicha resolución se fundamenta en el artículo 10 del Real Decreto 00/00, que dispone que:

El envoltorio unitario de los productos en los casos previstos en la presente disposición, así como su embalaje para el transporte, deberán ser realizados en los lugares de producción a fin de garantizar la higiene y los derechos del consumidor. Las sanciones podrán consistir en amonestación, multa que podrá oscilar entre 600 y 15.000 euros, dependiendo de la gravedad, así como la clausura temporal o definitiva del establecimiento.

Este precepto se dictaban en desarrollo del artículo 20 de la Ley 00/00, que establece: «Constituyen infracción todas aquellas conductas que puedan poner en peligro la higiene y los derechos del consumidor de acuerdo con las normas legales reglamentarias que se dicten al efecto».

Con posterioridad a la fecha de la comisión de la infracción administrativa se ha dictado una nueva normativa por la que se reduce la cuantía con que se sancionó a don ABC. Por ello, este dirige escrito al órgano resolutorio que le deniega dicha reclamación mediante notificación, por vía electrónica, efectuada el día 22 de abril.

Ante ello, el día 23 de mayo de igual año, toda vez que el día 22 de mayo era fiesta local en el lugar de su residencia, interpone recurso de alzada, vía electrónica. Otro director general de su ministerio, en quien había delegado el ministro correspondiente, que, a su vez, delegó la firma en el secretario general técnico, dicta resolución del recurso ratificando la desestimación. Es de hacer constar que este secretario general técnico era hermano de don ABC. El recurso de alzada se le notificó personalmente en su domicilio, recogiendo él mismo aquella, pero haciendo constar que no se daba por notificado porque había solicitado que, en todo momento, se le notificara por vía electrónica.

Es de hacer constar que había abonado en concepto de multas coercitivas 3.000 euros en total, recogidas en el Real Decreto 00/00 por cada día que transcurriera sin cerrar el establecimiento comercial que le había sido impuesto en la sanción. Una vez abonada aquella cantidad, solicita su devolución y reingreso al haber cumplido con el cierre del establecimiento.

Segundo. Por parte del referido ministerio, competente en materia de Consumo, fue adjudicado, a través de un procedimiento restringido, un contrato de servicios, por plazo de dos años improrrogables y por un valor estimado de 35.000 euros, a una persona física dedicada

a esa finalidad, con el objeto de proceder a la limpieza de su sede. En un momento dado, la adjudicataria constituyó una sociedad limitada unipersonal (todas las acciones pertenecen al mismo que es único administrador). Ante esta circunstancia, el órgano de contratación le solicita a Vd., destinado en la asesoría jurídica, le informe sobre la posibilidad de transmitir los derechos y obligaciones dimanantes del contrato administrativo a esta nueva sociedad, como desea la contratista. ¿Y si la solicitud se produce antes de la adjudicación del contrato?

En ese procedimiento licitó una unión temporal de empresas formada por dos mercantiles SRL, cumpliendo el requisito de la solvencia técnica una sola de ellas. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se establecía que las dos debían cumplir con los requisitos de la solvencia técnica. Se le solicita informe sobre si basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida o si la solvencia es exigible de forma individual a cada uno de los integrantes de la unión temporal de empresas, ya que lo prescribía el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

En el PCAP se estableció que sería causa de resolución:

El incumplimiento de la obligación principal del contrato. Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, considerándose como tal la obligación de abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

Informe sobre el ajuste a derecho de esta cláusula que ha sido recurrida por varios licitadores, en recurso de reposición, por considerarla no ajustada a derecho.

Finalmente, otra cláusula del pliego estableció la exigencia en los pliegos de un seguro de responsabilidad civil, por importe de un millón de euros, dada su consideración de gasto general, para la cobertura de los daños causados durante la ejecución del contrato. Se hizo constar expresamente como condición especial de ejecución para cubrir posibles daños materiales y personales de sus trabajadores y de terceras personas. Un licitador recurrió, también mediante reposición, la misma, basado en:

- La consideración de gasto general no es ajustada a derecho.
- La exigencia en los pliegos de un seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños causados durante la ejecución de un contrato debe hacerse constar expresamente como condición especial de ejecución; extremo que no se hizo constar en el anuncio de licitación.
- La cuantía es excesiva y debe motivarse debidamente en el expediente su cuantía.

Se solicita informe sobre si el recurso debe o no ser estimado con base en los argumentos del recurrente.

Cuestiones planteadas:

A) En relación con los hechos descritos bajo la rúbrica «primero»

Comente, de forma razonada, las cuestiones jurídicas y sus consecuencias expuestas en el relato de hechos. En concreto, analice y resuelva las siguientes:

- a) Opinión sobre que se permitiera la personación de la asociación local de consumidores en el procedimiento sancionador.
- b) Análisis de los artículos 20 de la ley y 10 del Real Decreto 00/00 desde el punto de vista de los principios de legalidad y tipicidad y determinación de sus consecuencias.
- c) Consecuencias jurídicas de la vulneración del ordenamiento jurídico y forma de su restablecimiento.
- d) Ajuste a derecho de las sanciones establecidas en el real decreto.
- e) Ajuste a derecho de la actuación administrativa en el procedimiento sancionador y la notificación realizada.
- f) Ajuste a derecho de la sanción impuesta a don ABC.
- g) Analice el recurso de alzada interpuesto.
- h) Ajuste a derecho de la delegación de firma y si tiene alguna incidencia que el secretario general técnico fuese hermano del interesado.
- i) ¿Es ajustada a derecho la notificación personal de la resolución del recurso de alzada?
- j) ¿Podría don ABC, al cambiar la normativa, si no le dieron la razón en las vías de impugnación oportunas, exigir ante el Tribunal Constitucional la aplicación retroactiva de esta norma más favorable?
- k) Comente todo lo concerniente a la multa coercitiva impuesta y a la solicitud de don ABC de devolución de lo pagado una vez cerrado el establecimiento.

B) En relación con los hechos descritos bajo la rúbrica «segundo»

- a) Informe sobre la posibilidad de transmitir los derechos y obligaciones dimanantes del contrato administrativo a esta nueva sociedad limitada unipersonal como desea la contratista.
- b) ¿Basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o la solvencia es exigible de forma individual, a cada uno de los integrantes de la unión temporal de empresas, como prescribía el PCAP?

- c) ¿Resulta ajusta a derecho la cláusula incluida en el pliego sobre una causa de resolución del contrato impugnada por varios licitadores?
- d) Se solicita informe sobre si el recurso debe o no ser estimado con base en los argumentos del recurrente.

Solución

A) En relación con los hechos descritos bajo la rúbrica «primero»

- a) Opinión sobre que se permitiera la personación de la asociación local de consumidores en el procedimiento sancionador

El artículo 23.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, señala que

son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados.

Según el artículo 33.1 del Real Decreto legislativo 1/2007,

las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una comunidad autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo.

Tras su denominación, estas asociaciones de consumidores y usuarios indicarán su número de inscripción registral.

De manera que la asociación local a que se refiere el caso no debería figurar en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, sino que debería hacerlo en el de la comunidad autónoma correspondiente, con arreglo a su legislación específica, o bien, tan solo, en el Registro de Asociaciones Municipal, puesto que su ámbito de actuación venía delimitado a ese territorio.

Con relación a que formaban parte de la asociación empresas cuyo objeto social era la producción de pan y productos de pastelería, que luego vendían, el artículo 27 del mismo

texto legal, relativo a los requisitos de independencia señala que «en el cumplimiento del deber de independencia, las asociaciones de consumidores no podrán: a) Incluir como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro».

Por su parte, el artículo 35 señala que:

1. La realización por las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de alguna de las actuaciones prohibidas por los artículos 23.3, 27 [en la que incurre la asociación del caso] y 28 dará lugar a su exclusión de dicho registro, previa tramitación del procedimiento administrativo previsto reglamentariamente.
2. La resolución de exclusión del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios determinará la pérdida de esta condición, en todo caso, y por un periodo no inferior a cinco años desde la fecha de la exclusión, sin perjuicio del mantenimiento de su personalidad jurídica con arreglo a la legislación general de asociaciones o cooperativas.

Por lo tanto, no le es aplicable, en principio directamente, esta legislación, porque desarrollaba su función la asociación dentro de su comunidad autónoma, exclusivamente.

Ahora bien, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (dictada en desarrollo del artículo 22 CE) señala en su artículo 1 que «el derecho de asociación se regirá con carácter general por lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico». El artículo 10 de la misma especifica que «1. Las asociaciones reguladas en la presente Ley deberán inscribirse en el correspondiente Registro, a los solos efectos de publicidad».

Por tanto, varias consecuencias se pueden extraer de lo indicado:

- Que esa asociación no era, en exclusiva, de consumidores y usuarios, sino, también, de empresas del ramo que tienen ánimo de lucro. El artículo 3 señala que se regulará por su legislación específica, entre otras, las asociaciones empresariales.
- Que no tenía carácter estatal, sino local.
- Que incurría la prohibición dispuesta en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación, al estar compuesta por empresas con ánimo de lucro.
- Que no debió permitirse su inscripción en el registro. En este sentido el artículo 30.3 dispone que «cuando la entidad solicitante no se encuentre incluida en el ámbito de aplicación de la presente Ley o no tenga naturaleza de asociación, la Administración, previa audiencia de la misma, denegará su inscripción en el co-

respondiente Registro de Asociaciones e indicará al solicitante cuál es el registro u órgano administrativo competente para inscribirla. La denegación será siempre motivada».

- Que si estaba inscrita solo en virtud del artículo 38 de la Ley orgánica reguladora del derecho de asociación, solo por resolución judicial motivada podía ser disuelta o suspendida.

En conclusión, aunque la asociación no estuviera inscrita debió permitirse la actuación, como interesada, en el procedimiento sancionador, porque señala el artículo 5 que

el acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10.

[en este sentido, señala el apartado 4 que] sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación, los promotores de asociaciones no inscritas responderán, personal y solidariamente, de las obligaciones contraídas con terceros. En tal caso, los asociados responderán solidariamente por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos frente a terceros, siempre que hubieran manifestado actuar en nombre de la asociación.

Otra cuestión es que sea considerada secreta la asociación –prohibida por el art. 22 CE– y sea causa de disolución.

Respecto a su condición de interesada (art. 4.b de la Ley 39/2015), para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, exclusivamente), no se puede poner en duda, dado su objeto social, aunque, en este caso, sea parcial al incluirse a empresarios con ánimo de lucro.

- b) Análisis de los artículos 20 de la ley y 10 del Real Decreto 00/00 desde el punto de vista de los principios de legalidad y tipicidad y determinación de sus consecuencias

El principio de legalidad en materia sancionadora no ejerce su concreta regulación en una norma con rango de ley, sino que es posible que el reglamento colabore con la ley en los términos establecidos en el artículo 27 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), que señala:

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites

de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

Ahora bien, para que esta operación resulte acorde con el principio de legalidad no basta con la existencia de una ley previa ni que con esta se remita al ulterior reglamento. Con carácter general debemos señalar que no resulta acorde con el principio de legalidad cuando la ley se limita a establecer un tipo de infracción de forma residual, es decir, en relación con otros preceptos descritos, lo que hace incierto impredecible que otras conductas, no previstas en los tipos de la ley, pudieran ser objeto de regulación reglamentaria e integrar así el tipo residual de infracción. Es preciso que la ley reconozca las conductas que resultan sancionables, por tanto, es inconstitucional y va contra el artículo 25 de la CE la imprecisa delimitación operada por la ley que ha de servir de cobertura al reglamento y la falta de especificación de los límites que han de pasar la labor del reglamento.

Por todo ello cabe concluir que la norma en que se fundamenta la sanción es insuficiente para regular un tipo de infracción, pudiéndose afirmar que la conducta sancionada no se encuentra tipificada en el precepto aplicado, ni en la normativa sancionadora de rango adecuado, por lo que se produciría la nulidad del acuerdo sancionador.

c) Consecuencias jurídicas de la vulneración del ordenamiento jurídico y forma de su restablecimiento

Respecto a la manera de establecer el ordenamiento jurídico vulnerado sería:

- Anulando la resolución sancionadora por infracción del principio de legalidad – reserva de ley– (art. 25 CE, «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento») y tipicidad (art. 27 LPAC, «Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley»).
- Recurriendo, si no fuera posible de forma directa, de forma indirecta el real decreto por ser nulo, al vulnerar los principios anteriormente establecidos. Este recurso indirecto consistiría en impugnar directamente la resolución sancionadora, basado en la ilegalidad de la disposición general, es decir, el reglamento ejecutivo de la ley. En este sentido, el artículo 26 de la LJCA señala:

1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la

impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.

Por su parte, el artículo 27:

1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.
2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra esta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.
3. Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.

d) Ajuste a derecho de las sanciones establecidas en el real decreto

El real decreto no solo puede resultar ilegal por carecer de cobertura legal en el sentido anteriormente razonado, sino por el grado de indeterminación de las sanciones administrativas que prevé, lo que no satisface la exigencia de la *lex certa* por las siguientes razones:

- No se especifica adecuadamente el límite de la posible sanción pecuniaria.
- No contiene escala gradual y la correlación entre infracciones y sanciones.
- No establece los criterios de graduación para fijar el tipo de sanción a aplicar ni la gravedad de la misma.
- Deja márgenes demasiado amplios de discrecionalidad administrativa, que al no estar sujeta a un criterio legal previo del limitado, permite por unos mismos hechos o simplemente amonestar o clausurar el establecimiento. Este margen de discrecionalidad está reñido con el principio de *lex certa*, pues no se permite al sujeto infractor conocer de antemano cuáles van a ser las consecuencias de su conducta.

e) Ajuste a derecho de la actuación administrativa en el procedimiento sancionador y la notificación realizada

Como ha afirmado el Tribunal Constitucional (entre otras, en sentencia 128/2008, de 27 de octubre [NormaCEJ NCJ046835]), entre las garantías del artículo 24 de la CE, que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador, están los derechos de defensa y a

ser informado de la acusación, cuyo ejercicio presupone que el implicado se ha emplazado o le sea notificada debidamente la incubación del procedimiento, pues solo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la imputación de una presunta infracción.

En presente caso la Administración omitió y vulneró los más elementales derechos de defensa de don ABC porque:

- En primer lugar, según el relato de hechos solo intentó notificarle la providencia de apremio en ejecución forzosa de la sanción impuesta, sin que conste que se le diera posible intervención en el procedimiento administrativo sancionador desde el acuerdo de iniciación, a lo que tenía derecho como interesado principal del procedimiento. Por tanto, se actuó, bordeando el derecho más elemental a la defensa proclamado en el artículo 24 de la CE y prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Constituyendo esta actuación por sí misma una infracción de nulidad de pleno derecho a tenor de lo establecido en el artículo 47.1 a) y e) de la Ley 39/2015 (LPAC). Por lo tanto, podría interponer el oportuno recurso contencioso-administrativo por la vía ordinaria o de protección jurisdiccional de derechos fundamentales (arts. 114 y ss. LJCA) y, posteriormente, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.
- En segundo lugar, se infringieron las normas relativas a la notificación contempladas en los artículos 14.2 de la Ley LPAC (como empresa que era, estaba obligada la Administración a la notificación electrónica) y 40 y siguientes del mismo texto legal, pues, según consta en el relato de hechos, mientras se tramitaba el procedimiento el propio ayuntamiento había procedido al cambio de denominación de las calles, por lo que le era exigible haber tenido en cuenta este cambio para, en todo caso, no ceder a una notificación personal ajustada a derecho. Pero, repetimos, lo que procedía era la notificación electrónica, y así lo podía exigir el sancionado.
- En tercer lugar, llama también la atención que habiéndose cometido la presunta infracción administrativa por la empresa que era una sociedad de responsabilidad limitada, no se haya dirigido el procedimiento administrativo contra la misma y no contra los socios individualmente considerados. En este sentido, la Ley 40/2015, LRJSP, en su artículo 28.2 señala que:

solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.

El respaldo de lo anterior vemos como las sanciones previstas son amonestación, multas y clausura del establecimiento, todas ellas compatibles con la presunta autoría de la persona jurídica.

f) Ajuste a derecho de la sanción impuesta a don ABC

Con independencia de lo que hemos indicado anteriormente respecto a la autoría de la presunta infracción cometida, es lo cierto que en nuestro derecho administrativo sancionador no basta la realización de cualquier acto coincidente con cualquiera de las conductas tipificadas para que ello implique la aplicación automática de la correspondiente sanción, sino que se requiere que la infracción se haya cometido como consecuencia de un comportamiento doloso o culposo, exigiéndolo; así, el artículo 28.1 antes citado (LRJSP). De aquí se deduce que la responsabilidad ha de ser personal, es decir, que solo procede la sanción como reproche punitivo por hechos propios y no por hechos ajenos en principio. La Ley LRJSP establece el principio de responsabilidad y culpabilidad.

De cualquier forma, los apartados 3 y 4 de la LRJSP señalan:

Quando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. No obstante, cuando la sanción sea pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable.

2. [...].

3. [...].

4. Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Asimismo, podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas.

Pero en el caso que nos ocupa, el incumplimiento se ha producido solo por uno de los obligados y si se considerara a los dos, es indudable que se ha producido un distinto grado de intervención. Para estos casos, la jurisprudencia exige que la Administración incurra el expediente sancionador frente a todos los obligados, precisamente con el objeto de indagar la responsabilidad de cada uno de los hechos y poder así individualizar la que corresponda a cada sujeto.

g) Analice el recurso de alzada interpuesto

El recurso de alzada era el recurso procedente porque el acto del director general de Consumo no agotaba la vía administrativa.

Ahora bien, fue extemporáneo, ya que, si se notificó el 22 de abril, el plazo del mes para recurrir vencía el 22 de mayo y no rige la regla del artículo 30.6 (LPAC), en el sentido de

que cuando un día fuese hábil en el municipio o comunidad autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso.

Por lo tanto, el recurso se resolverá no admitiéndose por extemporáneo, y esto impide que pueda, con posterioridad, interponer otro tipo de recursos.

h) Ajuste a derecho de la delegación de firma y si tiene alguna incidencia que el secretario general técnico fuese hermano del interesado

El artículo 12.1 de la Ley LRJSP señala que

los titulares de los órganos administrativos podrán, en materias de su competencia, que ostenten, bien por atribución, bien por delegación de competencias, delegar la firma de sus resoluciones y actos administrativos en los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, dentro de los límites señalados en el artículo 9.

Se sujeta a los mismos límites que la delegación, pero aunque las mismas son paralelas, no operan recíprocamente. Por ello, es posible delegar la firma que se ejerce por delegación.

La delegación de firma es irrelevante a efectos de abstención y recusación, que toma como referencia al órgano delegante, que es el que declara su voluntad, determina el contenido del acto, aunque delegue la firma. Por ello, aunque concurre la causa de abstención o recusación del artículo 23 b) de la LRJSP, al no serlo respecto al órgano delegante, ninguna incidencia tiene en este caso.

Por lo tanto, ninguna incidencia jurídica negativa tienen estas dos circunstancias para la validez de la resolución.

i) ¿Es ajustada a derecho la notificación personal de la resolución del recurso de alzada?

Es cierto que el artículo 14 de la LRJSP contempla el derecho a ser notificado por vía electrónica y el artículo 13 lo recoge como un derecho el poder relacionarse con la Administración por vía electrónica. Pero también es verdad que el artículo 41 b) del mismo texto legal establece que se podrá realizar la notificación por medio no electrónico, aun cuando se trate de un supuesto en que resultó obligatoria tal relación «cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración».

Evidentemente este supuesto está pensado para aquellas situaciones donde la notificación electrónica supone un obstáculo para la actuación administrativa, bien por su dificultad, bien

por la posibilidad cierta de que el notificado no acceda al contenido de la notificación. El supuesto más frecuente será en los procedimientos iniciados de oficio, como en el caso que nos ocupa, que es un procedimiento sancionador, donde el notificado puede dificultar darse por enterado de una notificación de un procedimiento que es restrictivo de sus derechos e intereses.

El acto de comunicación de las resoluciones administrativas pretende, fundamentalmente, que su ausencia o su irregular realización puedan perjudicar los derechos de defensa del interesado. Pero, en este caso, resulta obvio que al notificarle con arreglo a derecho la resolución del recurso de alzada en su domicilio y recogerla, quedó enterado de aquella y no puede alegar ningún tipo de indefensión, por falta de notificación, puesto que se le entregaría copia de la resolución dictada y se haría con todos los requisitos exigibles para que una notificación resulte ajustada a derecho.

También es cierto que lo dispuesto en el citado artículo 41 b) (LPAC) es una excepción a la regla general, por lo que la Administración notificante deberá motivar la elección de este modo de notificación personal, en lugar de la electrónica, a lo que tenía derecho el interesado.

Señala el relato de hechos que las comunicaciones y notificaciones que la Administración le hizo, a partir del momento en que don ABC manifestó que deseaba ser notificado electrónicamente, no fueron objeto de acceso por parte del interesado, que se dio por notificado, normalmente, mediante comunicación por una persona, funcionaria de la Administración, que tenía conocimiento de las resoluciones de forma inmediata. Por lo que resulta lógico, que, ante procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, la Administración pretendiera, por el bien de sus intereses, tener constancia de que se le notifica la resolución del recurso de alzada. En conclusión: estaba justificado que la administración hubiera acudido a esta forma de notificación, aunque debió quedar constancia motivada en el expediente que se tramitaba.

j) ¿Podría don ABC, al cambiar la normativa, si no le dieron la razón en las vías de impugnación oportunas, exigir ante el Tribunal Constitucional la aplicación retroactiva de esta norma más favorable?

Desde luego, en aplicación de los artículos 9.3 de la Constitución, que establece la «irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictiva de derechos», y en el artículo 26 de la LRJSP, que señala:

1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.
2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición.

Por lo tanto, debió aplicársele la reducción de la sanción.

Respecto a la posibilidad de que prosperara el recurso de amparo interpuesto, con independencia de lo dicho anteriormente respecto a la extemporaneidad del recurso de alzada, como hemos dicho anteriormente, el artículo 26 de la LRJSP consagró el principio de retroactividad *in bonam partem*, que se deduce igualmente de lo establecido en el artículo 9.3 de la CE, con la consiguiente consecuencia de generalidad y de aplicación obligatoria para todos los poderes públicos, al preceptuar que las disposiciones sancionadora producirán efectos favorables en cuanto favorezcan al presunto infractor y que las disposiciones sancionadora no se aplicarán con efecto retroactivo, salvo cuando favorezcan al presunto infractor.

Sin embargo, este reconocimiento no los convierte en derechos susceptibles de amparo constitucional, en tanto que el artículo 25 de la CE no contiene un derecho fundamental a la retroactividad de la ley penal y sancionadora más favorable, como ha reconocido con reiteración el Tribunal Constitucional (sentencia 38/1994, 177/1994, 99/2000 o 72/2002), por lo que la retroactividad de la norma más favorable no es susceptible de ser invocada mediante el recurso de amparo (sentencias 8/1981, 131/1986 y 85/2006).

k) Comente todo lo concerniente a la multa coercitiva impuesta y a la solicitud de don ABC de devolución de lo pagado una vez cerrado el establecimiento

A la multa coercitiva como medio de ejecución forzosa se refiere el artículo 100.1 c) de la LPAC.

En concreto, el artículo 103.1 señala que:

Cuando así lo autoricen las Leyes, y en la forma y cuantía que estas determinen, las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:

- a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado.
- b) Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente.
- c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.

En el caso que analizamos se ha producido por parte de la Administración actuante la vulneración de lo establecido en el artículo reseñado. En primer lugar, esta medida restrictiva de ejecución solo puede ponerse en marcha cuando lo autorice una ley, y no un real decreto, como ha ocurrido en el caso que analizamos.

En segundo lugar, no concurría ninguno de los tres supuestos que, en principio, justifican esta medida de ejecución forzosa, porque lo que debía haber hecho la Administración

es, ante el incumplimiento de don ABC del cierre del establecimiento, acordar la ejecución subsidiaria, puesto que el acto no era personalísimo, eso sí, a costa del obligado a ello. Por tanto, esta imposición de multas coercitivas supone una actuación en vía de hecho por parte de la Administración, cuya consecuencia debe ser la nulidad absoluta, por utilizar un procedimiento inadecuado para el fin que se pretendía, que equivale a prescindir total y absolutamente del procedimiento que se contempla en el apartado e) de la LPAC, como supuestos de nulidad de pleno derecho.

Respecto a la exigencia de devolución de la cantidad pagada, en concepto de multas coercitivas, en el supuesto de que su aplicación hubiere sido ajustada a derecho, debemos señalar que la solicitud de don ABC debe resolverse en el sentido de desestimatorio.

La finalidad de la imposición de multas coercitivas no es otra que impulsar al obligado al cumplimiento voluntario de sus obligaciones. Como señaló el Tribunal Constitucional en sentencia 239/1998, de 14 diciembre, la multa coercitiva es «una medida de constreñimiento económico, adoptará previo el oportuno apercibimiento, que puede reiterarse por lapso de tiempo y cuyo propósito es obtener la acomodación de un comportamiento o gustativo del destinatario del acto a lo dispuesto en una decisión administrativa». Esta postura la ha venido manteniendo recientemente, por ejemplo, en el Auto 126/2017, de 20 septiembre.

Por tanto, la imposición de multas coercitivas no tiene como finalidad obtener la financiación para la ejecución de una actividad administrativa, sino que el obligado cumpla con la obligación impuesta por la resolución administrativa. Otra cosa es que, ante el incumplimiento de esta obligación y pese a las multas coercitivas no cumpla, ordenándose la ejecución subsidiaria, que se hará a cargo del obligado.

En conclusión, aunque el afectado abone el importe total de la multa coercitiva y, por tanto, haya procedido al cumplimiento de la obligación impuesta, ese cumplimiento posterior no supone que deban devolverse los importes cobrados, ni que no deban cobrarse los importes pendientes, puesto que, aunque la naturaleza de las multas coercitivas no es equiparable a una sanción, su objeto era que cumpliera, en tiempo y forma, con la obligación impuesta. El retraso en el incumplimiento fundamenta las multas impuestas reiteradamente y no procede su devolución porque su fundamento, que era el constreñimiento económico para cumplir, se ha constatado ante el incumplimiento del obligado.

B) En relación con los hechos descritos bajo la rúbrica «segundo»

a) Informe sobre la posibilidad de transmitir los derechos y obligaciones dimanantes del contrato administrativo a esta nueva sociedad limitada unipersonal como desea la contratista

Podemos distinguir tres supuestos, puesto que el supuesto de hecho no distingue si se produjo antes de la formalización del contrato o después, aunque ya había sido adjudicado:

1. Antes de la formalización del contrato, pero ya adjudicado.

Respecto a la sucesión durante la tramitación del procedimiento de contratación es un supuesto contemplado en el artículo 144 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), que regula la sucesión empresarial consecuencia de aquellas operaciones societarias que se producen «durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato».

En tal caso, para que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio o rama de actividad, pueda suceder a la sociedad que está participando en la licitación, la ley exige que aquella «reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación».

La comunicación al órgano de contratación habría de realizarse desde el momento en que sea efectiva la operación societaria, a partir de la correspondiente inscripción registral.

2. La sucesión una vez adjudicado y formalizado el contrato.

Conforme al artículo 98 de la LCSP, la subrogación en los derechos y obligaciones frente a la Administración de quien ya es contratista, esto es, cuando ya hay un contrato vigente, se producirá directamente en caso de fusión.

Y, en caso de escisión o transmisión del patrimonio o de ramas de actividad de una empresa, la subrogación se producirá siempre que o bien la sucesora reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar y la solvencia exigida al acordarse la adjudicación, o bien ambas sociedades se responsabilicen solidariamente de la ejecución del contrato.

En caso de que estas circunstancias no pudieran producirse, ello conllevaría la resolución del contrato por culpa del adjudicatario. Aunque la ley menciona en este caso únicamente la ausencia de condiciones de solvencia, la resolución debería extenderse también a la ausencia del compromiso de responsabilidad solidaria, habida cuenta la configuración de ambos requisitos como alternativos.

El último párrafo del artículo 98.1 de la LCSP contiene una previsión, consistente en la posibilidad de que la garantía definitiva sea renovada o reemplazada por una nueva que se suscriba por la sociedad que se subroga en el contrato.

Respecto a la segunda subpregunta planteada, esto es, si se refiere a un momento anterior a la adjudicación, la empresa sería solo, entonces, licitadora o candidata, y no adjudicataria. La cuestión entonces no puede solventarse a través de la figura de la cesión del contrato, regulada en el artículo 214 de la LCSP que señala:

1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275, la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.

A tales efectos, los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, letra b), no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.

Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.

Es decir, solo se prevé cuando la empresa sea ya contratista y adjudicataria del contrato. Prueba de ello es que el número 2 de dicho precepto exige en la letra b) «que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato».

Por tanto, se ha denegar la solicitud del empresario porque, si ha transcurrido el plazo de presentación de las proposiciones, es otra persona que la que se crearía como licitadora (la sociedad limitada unipersonal) sin que proceda, legalmente, ningún supuesto de subrogación contemplado en la LCSP. Otra cuestión es que, dentro del plazo de presentación de proposiciones, ese licitador retire su proposición y, en plazo todavía, presente una nueva, ahora, como sociedad limitada unipersonal.

b) ¿Basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o la solvencia es exigible de forma individual, a cada uno de los integrantes de la unión temporal de empresas, como prescribía el PCAP?

El Tribunal Supremo, por auto de 13 de septiembre de 2019, acordó admitir la cuestión y resolverla.

En una cuestión así planteada tendrían cabida supuestos muy distintos. Baste pensar en el caso de que ninguna de las empresas que integran la unión temporal de empresas cumple los requisitos de solvencia técnica requeridos pero sí los cumplen si se las considera de forma conjunta; o en un supuesto en el que, por razón del objeto del contrato, el pliego de cláusulas establece especificaciones técnicas muy concretas que han de reunir todas las empresas que pretendan intervenir en la prestación del servicio, aunque concurran agrupadas en una unión temporal.

La casuística imaginable es variada, como variado es también el posible objeto de los contratos o el elenco de circunstancias cuya toma en consideración conduciría a que diésemos distintas respuestas a la cuestión planteada.

El Tribunal Supremo no da respuesta a la cuestión, reconociendo que la determinación de la solvencia técnica de las UTE plantea problemas que han de resolverse caso a caso.

Ahora bien, en general, en el recurso de casación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, sentencia 886/2021 de 21 de junio de 2021, rec. núm. 7906/2018), una de las empresas integrantes de la unión temporal de empresas cumplía por sí sola y con holgura los requisitos de solvencia técnica exigidos, resultando, por tanto, contrario al principio de proporcionalidad negar que la unión temporal de empresas haya justificado su solvencia técnica por la sola circunstancia de que la otra empresa integrante de la unión no tenga acreditada la experiencia requerida en ese concreto sector de actividad.

El Tribunal Supremo no advierte ninguna razón o circunstancia que justifique que el requisito de experiencia que se establece en el pliego de cláusulas administrativas deba considerarse referido de forma individualizada a cada una de las empresas que integran la unión temporal, y que tales empresas no puedan sumar sus capacidades, declarando haber lugar al recurso de casación.

En nuestro caso, el objeto del contrato es la limpieza de locales, o sea, nada complejo y, en principio, sin que sea preciso especificaciones técnicas especiales.

Ahora bien, debería haberse recurrido en tiempo y forma esta cláusula del pliego (en reposición potestativa, en un mes desde su publicación o, en vía contencioso-administrativa, en dos meses) porque, en caso contrario, estamos ante un acto propio y consentido y las cláusulas del pliego son formes e irrecurribles. La única vía sería el recurso indirecto contra dicha cláusula en los casos excepcionales en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo (sentencia 438/2021, de 24 de marzo) han admitido en casos excepcionales cuándo la misma sea nula de pleno derecho y no haya sido establecida de forma clara, induciendo a error a los licitadores, o no se haya podido constatar su ilegalidad hasta un momento posterior.

- c) ¿Resulta ajusta a derecho la cláusula incluida en el pliego sobre una causa de resolución del contrato impugnada por varios licitadores?

El artículo 211.1 f) de la LCSP establece que es causa de resolución del contrato:

El incumplimiento de la obligación principal del contrato. Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

La interesante Resolución 1122/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) estima un recurso contra los pliegos que establecen como obligaciones esenciales, a efectos de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 211.1 f):

- Respetar los principios de libre mercado y de competencia competitiva, y abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.
- La obligación del contratista adjudicatario durante la ejecución del contrato y hasta su liquidación de mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar.

El tribunal entiende, en primer lugar, que del literal del artículo 211.1 f) de la LCSP resulta evidente

que solo pueden ser calificadas como tales las obligaciones vinculadas al contrato y a su ejecución.

De conformidad con lo expuesto, se puede fijar un primer requisito que ha de reunir una obligación para poder ser calificada como esencial: que su cumplimiento resulte indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte. *A sensu contrario*, obligaciones ajenas al objeto del contrato y a su ejecución no pueden elevarse a la categoría de obligación esencial de este.

Un segundo requisito es que se identifiquen de forma expresa y deliberada, por ello, el órgano de contratación ha de señalarla de forma clara, inequívoca y expresa, para que su contenido y alcance no susciten dudas, dadas las consecuencias que la ley anuda a su incumplimiento: la resolución contractual o la imposición de penalidades.

Y se remite además a lo señalado por el Consejo de Estado en su dictamen núm. 3428/1999, de 18 de mayo de 2000, por cuanto:

una obligación no deviene esencial por ser calificada como tal en el pliego y en el contrato, sino que esta debe serlo *ab initio*, esto es, debe estar íntimamente vinculada al objeto y elementos de un contrato en particular, de manera que constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes.

Pues bien, sobre si la obligación de abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia reúne los requisitos para configurarse como una obligación esencial, considera el TACRC que dicha obligación puede enmarcarse en el genérico deber que el artículo 132.3 de la LCSP impone al órgano de contratación de velar «en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia», y que con independencia de los efectos que pudieran derivarse del incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia con carácter previo o durante el procedimiento de contratación, no cabe apreciar la necesaria vinculación con el objeto del contrato, pues se impone un cumplimiento abstracto de los principios del libre mercado y de concurrencia competitiva, «anudándose a su incumplimiento, sin vinculación alguna con el objeto del contrato, consecuencias en la esfera jurídica del contrato, como la imposición de penalidades o su resolución».

No puede aceptarse, en este sentido, el argumento del órgano de contratación, de entender que dicha cláusula viene impuesta por el artículo 6 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, pues dicho precepto tiene por objeto asegurar que los fondos correspondientes al PRTR se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, no una mera defensa abstracta de la legalidad de defensa de la competencia.

El TACRC entiende también que aun prescindiendo de su falta de vinculación con el objeto del contrato, dicha cláusula tampoco supera su examen a la luz del principio de transparencia, pues está redactada de forma genérica, sin establecer de forma precisa e inequívoca la obligación que debe cumplir el adjudicatario, tal como exige el artículo 211.1 f) 2.º de la LCSP, refiriéndose de forma abstracta al deber de cumplimiento de los «principios del libre mercado y de la concurrencia competitiva», deber que solo cabe concretar por remisión a las normas de defensa de la competencia, de modo que dicha cláusula no estaría estableciendo ninguna obligación concreta en relación con el contrato, pues dicho deber ya estaría impuesto a los licitadores por las indicadas normas.

Sobre la obligación del contratista adjudicatario de mantenerse en situación de no incurrir en prohibición de contratar, el tribunal entiende que dicha cláusula no precisa ni directa ni indirectamente qué debe entenderse por «encontrarse incurso» a los efectos de su apli-

cación. La cláusula no se encuentra redactada de forma precisa, clara e inequívoca, lo que conduciría *per se* a su anulación, y ha de ser anulada también ante la ausencia de vinculación con el objeto de contrato, al rechazar el TACRC que encontrarse incurso en una prohibición para contratar, cuya declaración deriva de situaciones ajenas a la ejecución del contrato en cuestión, pueda configurarse como obligación esencial de este.

Para terminar, resulta importante recordar, como hace el tribunal, que, existiendo una normativa expresa en la LCSP, no es admisible que los pliegos puedan apartarse de la misma y establecer como causa autónoma de resolución no encontrarse incurso en prohibición para contratar, y la de no abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, al amparo del principio de libertad de pactos, pues a diferencia de la posibilidad que establecía la letra h) del artículo 223 i) del TRLCSP, de que los órganos de contratación o las entidades contratantes en los PCAP, en función y específicamente para el contrato que se adjudicaba, «las establecidas expresamente en el contrato», dicha posibilidad ha desaparecido en el artículo 211.1 de la vigente LCSP:

Por tanto, la situación actual es sumamente restrictiva, *ex lege*, a admitir la creación de cláusulas en los pliegos que introduzcan causas de resolución del contrato diferentes a las señaladas en la LCSP, y así este Tribunal ha anulado distintas cláusulas que contravenían dicha prohibición, como así hicimos en las resoluciones antes citadas y en otras tantas.

d) Se solicita informe sobre si el recurso debe o no ser estimado con base en los argumentos del recurrente

1. No constituye gasto general

En el artículo 101.2:

En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

En este sentido, el artículo 131.1 a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (La Ley 1470/2001), que aprueba el Reglamento de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, define este concepto como aquellos «gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato».

Así, se considera que los gastos generales son aquellos costes relacionados con la empresa que se producen de forma continuada y que, siendo necesarios para el funciona-

miento del negocio, inciden en el coste de las obras pero son independientes del volumen de proyectos en ejecución.

Se entiende que, de la legislación vigente, se puede deducir que el concepto de gastos generales responde, en todo caso, al concepto del gasto generado por el mero hecho de tener una actividad en funcionamiento. En este sentido, se considera que los gastos derivados de un contrato de seguro no constituyen un gasto general, pues responde por los riesgos derivados de la ejecución de este contrato concreto y no de otras actividades de la empresa y que, por tanto, una correcta determinación del presupuesto debería haber incluido su coste. Por tanto, es motivo de estimación del recurso planteado.

2. Es una condición especial de ejecución

Las condiciones especiales de ejecución están reguladas en la Ley de contratos del sector público 9/2017, de 8 de noviembre, más concretamente en el artículo 202 (son aquellas que se encuentren relacionadas con consideraciones de tipo: 1. Económicas (como nuestro caso), 2. de innovación, 3. medioambientales (que persigan, a modo de ejemplo, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero) o 4. sociales o relativas al empleo (contratar un número de personas con discapacidad superior al que se exige en la ley nacional). En este artículo se establece la obligatoriedad de introducir condiciones especiales de ejecución en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La consideración de obligaciones esenciales se establecen en el artículo 76.2 de la Ley 9/2017.

Las condiciones especiales de ejecución son cláusulas o disposiciones contractuales que se añaden al contrato público para regular aspectos específicos del mismo. Estas condiciones complementan y adaptan las disposiciones legales y normativas generales que rigen la contratación pública. Pueden incluir términos relacionados con el plazo de entrega, garantías, pagos, penalizaciones, responsabilidades y otros aspectos relevantes para la ejecución adecuada del contrato.

¿Cuándo operan las condiciones especiales de ejecución? Las condiciones especiales de ejecución empiezan a operar desde el momento en que el contrato es formalizado y firmado por ambas partes. Es importante tener en cuenta que estas condiciones deben ser aceptadas por el contratista como parte integral del acuerdo. Por lo tanto, antes de firmar el contrato, es fundamental revisar y comprender todas las condiciones especiales de ejecución establecidas en el documento.

Son sus requisitos:

- Han de estar vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145 y relacionadas con la fase de ejecución del contrato.

- No ser directa o indirectamente discriminatorias y ser compatibles con el derecho de la Unión Europea.
- Se han de indicar en el anuncio de licitación, concretamente en el anexo I al PCAP y en los pliegos.
- Se han de supervisar durante la fase de ejecución y fijar sanciones para posibles incumplimientos.
- Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo (art. 202.4 LCSP).

De manera opcional:

- Posibilidad de atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 211 f) de la LCSP.
- Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP.

La exigencia en los pliegos de un seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños causados durante la ejecución de un contrato debe hacerse constar expresamente como condición especial de ejecución; sus costes deben figurar en el presupuesto; debe hacerse constar tal exigencia en el anuncio de licitación; y debe motivarse debidamente en el expediente su cuantía.

3. *No motivación del importe y exceso del mismo*

Tiene razón. El artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, exige la motivación de los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos o aquellos que se dicten en virtud de potestades discrecionales de la Administración.

Por otra parte, como efectivamente la cuantía del recurso es exagerada, 1.000.000 de euros, teniendo en cuenta el valor estimado del contrato y la duración del mismo, que es de 2 años improrrogable.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 9, 22, 24 y 25.
- Ley Orgánica 1/2002 (reguladora del derecho de asociación), arts. 1, 10 y 38.

- Ley 29/1998 (LJCA), art. 114 y ss.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 14, 40, 30, 47, 100 y 103.
- Ley 40/2015 (régimen jurídico del sector público), arts. 3, 4, 9, 12, 13, 14, 25, 26, 28, 35 y 41.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 71, 76, 98, 101, 132, 144, 202, 211 y 214.
- Real Decreto legislativo 1/2007 (TR Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), arts. 5, 23, 27, 33 y 35.
- Real Decreto 1098/2001 (Rgto. Ley de contratos de las Administraciones públicas), art. 131.
- SSTC 131/1986, 8/1991, 38/1994, 177/1994, 239/1998, 99/2000, 72/2002, 85/2006, 126/2017, 438/2021 y 886/2021.
- ATS, Sala 3.^a, de 13 de septiembre de 2019.
- Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 1122/2022.
- Dictamen del Consejo de Estado núm. 3428/1999, de 18 de mayo de 2000.