

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

MARZO 2025



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid



CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL
ABOGACÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional,
Asuntos Constitucionales y Estudios



Las opiniones expresadas por cada uno de los autores constituyen una manifestación de su derecho de libertad de expresión, sin pretender representar la posición institucional de la Comunidad de Madrid.

@ Comunidad de Madrid

Edita: Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 3ª planta – 28013 Madrid
Tel.: 91 580 42 86 – Fax: 91 580 42 69
E-mail: revjuridica@madrid.org

Marzo 2025

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

- MARZO 2025 -

Sumario

1. DISPOSICIONES INTERNACIONALES	4
2. DISPOSICIONES COMUNITARIAS	4
3. DISPOSICIONES ESTATALES	5
4. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS	8
5. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	9
6. RESOLUCIONES JUDICIALES	13
6.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	13
6.2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	13
6.3. Jurisdicción contencioso-administrativa (Sala III del TS)	17
7. DOCTRINA ADMINISTRATIVA	21
7.1. Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid	21
7.2. Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.	23
8. COMENTARIOS DOCTRINALES	27
8.1. En torno a la legitimación de los titulares de <i>swaps</i> para recurrir las decisiones de la autoridad de control sobre las opas – Tomás Navalpotro Ballesteros.	27
8.2. Novedades prácticas relevantes en el proceso civil principal o sustantivo derivadas de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia: en especial, el requisito de procedibilidad consistente en acudir a un medio de solución extrajudicial de controversias siendo parte una Administración Pública – Diego García Paz.	52
8.3. Delimitación de la doctrina <i>self cleaning</i> en las prohibiciones de contratación pública – Fernando Luque Regueiro.	58

1. DISPOSICIONES INTERNACIONALES¹

- ***Instrumento de aceptación de la Enmienda al Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecha en Almaty (Kazajstán) el 27 de mayo de 2005.*** A partir de la entrada en vigor (20/04/2025), las Partes adoptarán las disposiciones necesarias para garantizar la información y la participación tempranas y efectivas del público antes de que se decida si se autoriza o no la diseminación voluntaria en el medio ambiente y la comercialización de organismos modificados genéticamente (BOE 31-3-25).

2. DISPOSICIONES COMUNITARIAS

- ***Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847.*** El nuevo Reglamento que facilitará el acceso a los datos de salud y su intercambio a escala de la UE, allanando así el camino a su entrada en vigor. El Reglamento relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud tiene por objeto mejorar el acceso de las personas a sus datos de salud electrónicos personales y su control sobre ellos, permitiendo al mismo tiempo la reutilización de determinados datos con fines de investigación e innovación para beneficio de los pacientes europeos. Establece un entorno de datos específico en el ámbito de la salud, que asegurará el acceso transfronterizo a los servicios y productos sanitarios digitales dentro de la UE. Las personas podrán acceder con mayor facilidad y rapidez a los datos de salud electrónicos, tanto si se encuentran en su país de origen como si están en otro Estado miembro. Tendrán además un mayor control sobre el uso que se hace de esos datos. Los países de la UE tendrán que establecer una autoridad de salud digital para aplicar las nuevas disposiciones. El Espacio Europeo de Datos de Salud también proporcionará a la comunidad investigadora y a las personas responsables de las políticas acceso a determinados tipos de datos de salud anonimizados y seguros, lo que les permitirá aprovechar el enorme potencial que ofrecen los datos de salud de la UE para fundamentar la investigación científica, desarrollar mejores tratamientos y mejorar la atención a los pacientes. El nuevo Reglamento exige que todos los sistemas de historia clínica electrónica cumplan las especificidades del formato europeo de intercambio de historias clínicas electrónicas para garantizar que sean interoperables a escala de la UE (DOUE L 5-3-25).

- ***Reglamento (UE) 2025/517 del Consejo de 11 de marzo de 2025, por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 904/2010 en lo que respecta a las disposiciones de cooperación administrativa en materia de IVA necesarias en la era digital.*** Se trata de un paquete legislativo, con nuevas normas sobre facturas electrónicas y notificación de datos en tiempo real y sobre las actividades empresariales realizadas a través de plataformas digitales, para combatir el fraude fiscal, apoyar a las empresas y promover la digitalización. El paquete comprende tres actos —una Directiva, un Reglamento y un Reglamento de

¹ La selección de novedades de legislación, jurisprudencia y doctrina administrativa ha sido realizada por Federico Lara González (Letrado de la Comunidad de Madrid).

aplicación— que, considerados conjuntamente, introducen cambios sobre tres aspectos del sistema del IVA. Se establece un sistema de notificación digital en tiempo real a efectos del IVA por medio de facturas electrónicas. Los operadores de la economía de plataformas serán responsables de recaudar y abonar el IVA cuando sus prestadores de servicios no lo hagan por sí mismos (según el modelo denominado «sujeto pasivo considerado proveedor»); la plataforma recaudará el IVA directamente del cliente y lo abonará a las autoridades tributarias. Se amplía el ámbito de las «ventanillas únicas» actuales para que abarquen no solo las prestaciones transfronterizas, sino también las ventas de empresa a consumidor de determinados artículos, como la electricidad o el gas, que se realicen en un Estado miembro distinto del suyo (DOUE L 25-3-25).

- ***Reglamento de ejecución (UE) 2025/518 del Consejo de 11 de marzo de 2025, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) nº 282/2011 en lo que respecta a los requisitos de notificación aplicables a determinados regímenes del IVA***. Ver resumen del Reglamento 2025/517 (DOUE L 25-3-25).

- ***Directiva (UE) 2025/516 del Consejo de 11 de marzo de 2025, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta a las normas del IVA en la era digital***. Ver resumen del Reglamento 2025/517 (DOUE L 25-3-25).

3. DISPOSICIONES ESTATALES

- ***Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias***. De acuerdo con su preámbulo, el RDL 2/2025 se ha dictado al amparo del artículo 86 CE para responder a la situación de extraordinaria y urgente necesidad consistente en la situación actual de “contingencia migratoria extraordinaria” producida por la entrada en gran número de personas menores de edad extranjeras no acompañadas en España evitando el control de entrada fronterizo, en condiciones precarias e indocumentadas, lo que dificulta a priori la comprobación de su minoría de edad, lo cual genera la necesidad urgente de protección de dichas personas menores de edad extranjeras no acompañadas por todas las Administraciones competentes, que no puede ser atendida únicamente por los servicios ordinarios reforzados de la comunidad o ciudad autónoma de entrada (en especial, Canarias y Ceuta). La urgencia está en la perentoriedad de la atención de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, dada la inmediata prevalencia del interés superior del menor y su consideración legal de grupo especialmente vulnerable, siendo objetivo de los poderes públicos la plena integración de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas en la sociedad española, mientras permanezcan en el territorio del Estado español (apartado VI del preámbulo). Para hacer frente a dicha situación, el objetivo del Real Decreto-Ley es “posibilitar una redistribución de personas menores de edad extranjeras no acompañadas de los territorios más saturados hacia otras comunidades y ciudades autónomas, que responda a una fórmula de solidaridad equitativa, que pondere el esfuerzo realizado por cada territorio en la atención a las personas menores de edad extranjeras no acompañadas” (apartado VII del preámbulo). A tal fin, se modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante,

LOEx), introduciendo cuatro artículos nuevos (artículos 35 bis, 35 ter, 35 quater y 35 quinquies) y dos disposiciones adicionales nuevas (disposición adicional 11ª y disposición adicional 12ª), y añadiendo una nueva letra f) al artículo 52 (**BOE 19-3-25**).

- **Real Decreto 105/2025, de 18 de febrero**, por el que se modifica el Real Decreto 1424/2008, de 14 de agosto, y el Real Decreto 948/2009, de 5 de junio, para reforzar la gobernanza de la lucha contra la desertificación en España. La Estrategia Nacional de Lucha contra la Desertificación, presentada en el Consejo de Ministros el 21 de junio de 2022, señala la necesidad de crear un órgano consultivo y de cooperación adscrito a la Comisión Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad que cuente con la participación de las comunidades autónomas y de los departamentos de la Administración General del Estado (en adelante, AGE) implicados en la lucha contra la desertificación. De acuerdo con lo anterior, el presente real decreto modifica, en primer término, el Real Decreto 1424/2008, de 14 de agosto, por el que se determinan la composición y las funciones de la Comisión Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad. La finalidad de esta modificación es, por un lado, adscribir a la Comisión Estatal un Comité especializado de lucha contra la desertificación y, por otro, dotar a este Comité de una estructura organizativa específica. En segundo lugar, esta norma también modifica el Real Decreto 948/2009, de 5 de junio, por el que se determinan la composición, las funciones y las normas de funcionamiento del Consejo Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad. Las modificaciones de esta norma tienen por objetivo atribuir al Consejo Estatal funciones relacionadas con la lucha contra la desertificación y la degradación de las tierras, reforzando así su estructura organizativa (**BOE 12-3-25**).

- **Real Decreto 205/2025, de 18 de marzo**, por el que se establecen los criterios para la determinación de los gravámenes, de sus exenciones y reducciones, y su aplicación a los vehículos por la utilización de determinadas infraestructuras integradas en la Red de Carreteras del Estado. El presente real decreto tiene por objeto establecer los criterios y la metodología de cálculo que han de utilizarse para la determinación de peajes que se apliquen a los vehículos en los recorridos que realicen por las autopistas en régimen de concesión de la Red de Carreteras del Estado, y por las autopistas de peaje gestionadas por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.M.E., SA, (SEITT) a las que se refiere la disposición adicional séptima de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras (**BOE 19-3-25**).

- **Real Decreto 250/2025, de 25 de marzo**, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y se regulan determinadas medidas de impulso de la evolución tecnológica de la televisión digital terrestre. La norma establece el marco jurídico y técnico para introducir en el servicio de la TDT de cualquier ámbito territorial (estatal, autonómico y local) la tecnología de transmisión DVB-T2 que permitirá generalizar las emisiones con calidad de ultra alta definición (UHD). Después de la incorporación del estándar de alta definición, que terminó en febrero de 2024, este Plan Nacional de la TDT impulsa una nueva evolución tecnológica que permitirá a la ciudadanía disfrutar de emisiones con la mejor calidad y a los prestadores de TDT competir tecnológicamente con otras plataformas o servicios audiovisuales que utilizan otras redes de transmisión, como el satélite o la televisión por internet. La tecnología DVB-T2, la misma que utiliza la mayoría de las emisiones de los Estados Miembros de la Unión Europea,

incrementa de manera importante la capacidad en cada múltiple digital y permite, por tanto, realizar un uso más eficiente del espectro radioeléctrico. En lo que se refiere a los actuales canales de TDT, el nuevo Plan Técnico Nacional de la TDT mantiene las mismas redes de televisión digital terrestre (múltiples digitales) y las desconexiones territoriales que existían en el Plan técnico anterior, por lo que no se pierde ninguno de los canales de TDT que existen en la actualidad. El proceso fijado para implantar esta evolución tecnológica implica la redistribución en la organización de los canales de televisión de ámbito estatal entre los diferentes múltiples digitales, lo que hace que quede libre una parte de la capacidad de uno de los múltiples digitales para un nuevo canal de ámbito estatal, cuya licencia saldrá a concurso próximamente, por lo que se ampliará la oferta de canales de TDT. El proceso se hará en dos fases. En la primera, el objetivo es favorecer la implantación de la tecnología y que los ciudadanos empiecen a recibir de manera regular canales de TDT de ámbito estatal con calidad UHD. Estos canales UHD emitirán contenidos simultáneos que ya se emiten en otros canales, por lo que los ciudadanos no dejarán de recibir ningún canal o contenido. Asimismo, en esta fase inicial se llevará a cabo la adaptación del parque de receptores de TV para recibir tecnología de transmisión DVB-T2 y emisiones en calidad UHD. Cuando el parque de receptores de televisión digital terrestre esté suficientemente adaptado, se iniciará la fase 2, que implicará la implantación global de la tecnología DVB-T2 y la calidad UHD en todos los servicios TDT, tanto de ámbito estatal, autonómico y local. Para garantizar esta adaptación paulatina del parque de receptores, el nuevo Plan Nacional fija fechas concretas a partir de las cuales los equipos receptores que no reciban emisiones con estos estándares técnicos no podrán ser comercializados en España, evitando así que los ciudadanos puedan adquirir equipos que no estén adaptados a los nuevos requerimientos técnicos (**BOE 26-3-25**).

- ***Orden TED/225/2025, de 24 de febrero, por la que se establecen los procedimientos administrativos derivados de las normas técnicas de seguridad para las presas y sus embalses aprobadas por el Real Decreto 264/2021, de 13 de abril.*** Esta orden tiene por objeto desarrollar, regular y aprobar los procedimientos enumerados en el Real Decreto 264/2021, de 13 de abril, por el que se aprueban las normas técnicas de seguridad para las presas y sus embalses, y que se aplicarán a las relaciones entre la Administración y los titulares de las presas. La finalidad de este desarrollo procedimental es que las partes (titulares de las presas y Administración) tengan un marco jurídico claro, en el que se detallen diversos aspectos tales como la Administración pública y el órgano competente en cada caso, los trámites que sean precisos, los plazos del procedimiento, el sentido del silencio administrativo, si las resoluciones ponen fin o no a la vía administrativa y posibles recursos, entre otros, aportando de este modo la necesaria seguridad jurídica que debe presidir las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública. Los procedimientos que se regulan en esta Orden Ministerial son: procedimiento para la clasificación de presas, procedimiento de revisión de la clasificación de presas, procedimiento de aprobación del Plan de Emergencia, procedimiento de revisión y actualización del Plan de Emergencia, implantación del Plan de Emergencia, procedimiento de aprobación de proyectos, construcción y reconocimiento de las obras, procedimiento de aprobación del programa de puesta en carga, procedimiento de aprobación de la memoria del proceso de puesta en carga, procedimiento de aprobación del nombramiento de la persona titular de la Dirección de explotación de la presa, procedimiento de aprobación de las Normas de Explotación, procedimiento de revisión y actualización de las Normas de Explotación, procedimiento de

autorización de inicio de la explotación, procedimiento de validación de la revisión general de seguridad, procedimiento de puesta fuera de servicio (BOE 10-3-25).

- **Orden PJC/281/2025, de 21 de marzo, por la que se determina el importe económico de las actuaciones previstas en el Anexo II del Reglamento de asistencia jurídica gratuita aprobado por Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo.** Se actualiza un 8% el importe económico que se asigna a cada una de las actuaciones previstas en el anexo II del Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, para el “territorio Ministerio” y con carácter retroactivo desde el 01/01/2025 (BOE 24-3-25).

- **Acuerdo de 18 de febrero de 2025, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, relativo al Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre asignación a la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de asuntos pendientes en la Sección Cuarta, durante el año 2025.** Atendiendo a las actuales circunstancias de carga de trabajo y capacidad de resolución, así como a la singularidad de la situación existente que previsiblemente se prolongará todavía por un tiempo y a la reciente modificación de la Ley de la Jurisdicción, procede acordar que también en este año 2025 los recursos en materia de contratación administrativa, Trabajo y Seguridad Social, de los que corresponde conocer a la Sección Cuarta, sean conocidos y resueltos por la Sección Tercera (BOE 6-3-25).

4. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

- **Decreto 7/2025, de 5 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 229/2023, de 6 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, Justicia y Administración Local.** Se modifica el artículo 7.2, letra I), del Decreto 229/2023, de 6 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, Justicia y Administración Local, de forma que la actual competencia de la Dirección General de Cooperación con el Estado y la Unión Europea para la emisión de informe sobre la necesidad de notificación a la Comisión Europea de las ayudas públicas a empresas, se sustituye por una labor de asesoramiento de la citada Dirección General. De otra parte, con la modificación del artículo 11.a) del Decreto 229/2023, de 6 de septiembre, se clarifican y delimitan las competencias de la Dirección General de Inversiones y Desarrollo Local en orden a la ejecución de obras y servicios de gestión autonómica asociados a los Programas de Inversión Regional anteriores a 2022-2026, facilitando así su ágil y eficiente finalización (BOCM 6-3-25).

- **Orden de 17 de febrero de 2025, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se modifica la Orden de 10 de febrero de 2023, por la que se dictan Instrucciones para la contratación de personal laboral temporal, el nombramiento de funcionarios interinos, personal estatutario interino y sustituto, y otro personal docente en centros docentes no universitarios.** Para ejercer un mayor control sobre el nombramiento de personal estatutario interino de programa en el Servicio Madrileño de Salud, teniendo en cuenta el elevado número de centros sanitarios existentes, se modifica la orden de 10 de

febrero de 2023 para concentrar en la Dirección General competente en materia de recursos humanos de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo la autorización para el nombramiento de personal estatutario por programas, con independencia del número de centros a los que afecte y de su carácter o no institucional, y se incluyen nuevos requerimientos de documentos justificativos a aportar por parte de la Consejería de Sanidad, junto a las solicitudes de autorización de nombramientos de personal estatutario, en el caso de que estos sean para la ejecución de programas de carácter temporal, o bien de sustitución cuando sean consecuencia de procesos de intensificación de personal sanitario para realizar labores de investigación, si estos programas están financiados (BOCM 3-3-25).

- ***Orden de 21 de febrero de 2025, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Administración Local, por la que se actualizan los módulos y las cuantías relativas a la subvención de los servicios de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid.*** La presente orden tiene por objeto la actualización de los módulos y bases de compensación económica fijados en el Anexo II del Decreto 86/2003, de 19 de junio, por el que se regula la asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la Comunidad de Madrid, incrementando de forma lineal todos los baremos existentes, así como introduciendo una serie de baremos nuevos con el fin de conseguir una mejor adaptación a los tiempos actuales (BOCM 7-3-25).

5. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ***Doctrina sobre el acoso laboral (mobbing) y su incidencia en los derechos fundamentales del trabajador, en particular en el sector público. STC (Sala Primera) 28/2025, de 10 de febrero de 2025. Recurso de amparo 3672-2022.*** Promovido por don Antonio Rico Bellido respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que desestimaron su reclamación de responsabilidad patrimonial por acoso laboral. Vulneración del derecho a la integridad física y moral en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva: resoluciones judiciales que no ponderaron adecuadamente los indicios de hostigamiento padecido por quien formuló denuncia por irregularidades en el funcionamiento de la Policía Local de Torrevieja (Alicante). El TC desarrolla y completa su doctrina (STC 56/2019) sobre el acoso laboral y su incidencia en los derechos fundamentales, en particular en el ámbito del sector público: dignidad del trabajador (art. 10.1 CE), derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con el derecho a la protección de la salud (art. 40.2 CE), derecho al honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen (art. 18 CE), y, si la conducta de acoso tuviese por causa una represalia frente al trabajador por haber denunciado irregularidades en el ámbito de la relación laboral, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva de la garantía de indemnidad (STC 14/1993 y las siguientes). Aplicación de la jurisprudencia constitucional sobre carga de la alegación e inversión de la carga probatoria en las vulneraciones de derechos fundamentales por conductas discriminatorias (SSTC 104/2014, 51/2021 y 67/2022). El TC reitera que, ante el panorama indiciario que suponen los presupuestos fácticos, la jurisprudencia constitucional establecida en la materia determina que sea el ayuntamiento demandado quien deba neutralizar dicho panorama indiciario; a cuyos efectos no basta con acreditar que la actuación cuestionada pueda encontrar respaldo en la ley, ya

que las infracciones constitucionales pueden estar encubiertas bajo una aparente legalidad, sino que es necesario, en todo caso, desvelar las razones verdaderas de los actos controvertidos. La sentencia de apelación se limitó a valorar la aparente cobertura legal individualizada de cada una de las actuaciones controvertidas de manera independiente e inconexa y sin ponderar tampoco las eventuales causas que podían estar causalmente conectadas con la persistencia de esas conductas hostiles hacia los intereses personales y profesionales del demandante. El órgano judicial de apelación no dio debido cumplimiento a su obligación, en tutela del art. 15 CE, de indagar sobre las razones o causas subyacentes a la situación de hostigamiento que estaba sufriendo el demandante (**BOE 21-3-25**).

- *Tutela judicial efectiva. Posibilidad de apartarse de los hechos probados por los tribunales de otro orden jurisdiccional. Deber de motivación reforzada para la revocación de sentencias absolutorias. STC (Sala Primera) 31/2025, de 10 de febrero de 2025. Recurso de amparo 5242-2023.* Promovido por doña Wenzhou Zeng respecto de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona que anuló su previa absolución de varios delitos contra la hacienda pública. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): resolución judicial que, sin ponderar adecuadamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio, incorpora a la causa las pruebas de cargo obtenidas a partir de una diligencia de entrada y registro anulada en la instancia y cuya conformidad a Derecho no puede volver a ser enjuiciada. La sección competente de la Audiencia Provincial acordó declarar la nulidad de la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 26 de Barcelona, considerando para ello válida la diligencia de entrada y registro en la sede de la empresa propiedad de la demandante de amparo, que había sido autorizada por los tribunales contencioso-administrativos en el año 2011 y que el Juzgado de lo Penal previamente declaró nula. De este modo, la Audiencia Provincial concluyó que debía considerarse lícita la prueba documental obtenida en la práctica de aquel registro, prueba que sirvió para acusar a la recurrente de la comisión de delitos contra la hacienda pública y acordó vincular al juez que debía celebrar nuevo juicio penal en este extremo. Unos mismos hechos no pueden existir para unos órganos judiciales y dejar de existir para otros de distinto orden jurisdiccional. Si bien, ello no implica que los órganos de un orden jurisdiccional hayan de aceptar de manera automática los hechos declarados probados por otros, sino que el apartamiento en la apreciación de unos mismos hechos debe de ser siempre motivado y justificado, cuando el asunto en conflicto deba ser examinado desde otra perspectiva jurídica. La posibilidad de apartarse de los hechos probados por los tribunales de otro orden jurisdiccional responde a las propias singularidades de cada orden jurisdiccional. El TC reconoce a los órganos de apelación la posibilidad de anular las resoluciones judiciales materialmente absolutorias, entre otros supuestos, cuando se aprecie una vulneración de las garantías procesales de la parte acusadora y se hubiera producido la quiebra de una regla esencial del procedimiento, entendida bien como lesión del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, bien con referencia a la interdicción de la indefensión del art. 24.1 CE. El trámite de cuestiones previas (art. 786.2 LECrim), resulta idóneo para la denuncia de derechos fundamentales a la parte acusada por su defensa, aunque tal denuncia no se hubiese puesto de manifiesto en la llamada «fase intermedia», en los escritos de defensa. El TC extiende su doctrina conforme a la cual resulta exigible un deber de motivación reforzada (art. 24.1 CE) a toda sentencia penal de condena y declara que dicha garantía debe satisfacerse también cuando se trate de sentencias, como la aquí impugnada, donde el tribunal superior revoca una previa sentencia penal absolutoria, aunque a

continuación no condene sino que acuerde la orden de retroacción de actuaciones ante el órgano judicial de origen. En particular, tendrá en todo caso que satisfacer el tribunal de apelación ese derecho de motivación reforzada (art. 24.1 CE), dando respuesta a las quejas de vulneración de derechos fundamentales que le hayan sido puestas de manifiesto por la parte acusada en los trámites procesales previstos en las leyes y reconocidos por este Tribunal Constitucional como idóneos para la denuncia de tales vulneraciones (BOE 21-3-25).

- *Derecho a un proceso con todas las garantías. Renuncia tácita al derecho del testigo-pariente a la obligación de declarar. STC (Pleno) 41/2025, de 11 de febrero de 2025. Recurso de amparo 5726-2021.* Promovido por don Hamza Mouri respecto de las resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Alicante y un juzgado de lo penal de Orihuela que le condenaron por un delito de lesiones en el ámbito de la violencia sobre la mujer. Supuesta vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, al juez ordinario predeterminado por la ley y a la presunción de inocencia: valoración del testimonio de quien, siendo pareja del acusado, desplegó una concluyente actividad procesal reveladora de su voluntad de renunciar a la dispensa de la obligación de declarar; intervención del juez que presidió la vista oral tendente a depurar los hechos que no afecta a su imparcialidad. Como sucede respecto de otros derechos fundamentales, entre otros el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), la actuación o conducta de la persona titular del derecho puede ser jurídicamente relevante a la hora de determinar las consecuencias jurídicas que estas acarreen. En efecto, este tribunal ha considerado en relación con el derecho a la intimidad que «corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno» (vid. por todas, STC 7/2014, de 27 de enero, FJ 3). Por ello, no constituye un límite de tal derecho difundir una faceta de la vida de una persona pública que ella misma ha revelado previamente al público de forma voluntaria prestando un consentimiento eficaz. Tampoco supone un límite al derecho a la propia imagen rechazar que su publicación sea lesiva del derecho cuando se ha consentido previa y expresamente su difusión. Esta misma doctrina, *mutatis mutandis*, resulta aplicable a este caso pues, en este supuesto, el ejercicio del derecho a ejercer la acusación, manifestación del derecho de acceso a la jurisdicción, conlleva que no pueda ejercerse simultáneamente su derecho a la dispensa. Es la propia actuación de quien en el ejercicio del derecho fundamental al *ius ut procedatur* comparece como acusación particular en un proceso (derecho garantizado en el art. 24.1 CE), la que impide que pueda ejercer en ese mismo proceso su renuncia al derecho a no declarar como testigo. Cuando se da esta circunstancia –que es el testigo-pariente el que promueve la acción penal– se está renunciando, mediante un hecho concluyente, al derecho a no declarar contra el pariente al que se le acusa del delito. Voto particular (BOE 21-3-25).

- *Menores extranjeros no acompañados. Irrenunciabilidad de la competencia autonómica de protección y tutela de los menores de edad. STC (Pleno) 43/2025, de 12 de febrero de 2025. Impugnación de disposiciones autonómicas 7118-2024.* Formulada por el Gobierno de la Nación en relación con diversos apartados del acuerdo del Gobierno de Canarias en relación con los menores extranjeros no acompañados, y la resolución de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias por la que se establece el protocolo territorial de recepción de menores extranjeros migrantes no acompañados en la Comunidad Autónoma de Canarias. Competencias sobre inmigración, extranjería y

asistencia social: resolución administrativa y acuerdo gubernamental que excluyen de la función protectora a los menores migrantes no acompañados rescatados en el mar o interceptados a su llegada a la costa. Los títulos competenciales a considerar son, por una parte, el art. 149.1.2 CE que atribuye al Estado competencia en materia de «inmigración» y «extranjería», y, por otra, la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de «asistencia social» del art. 148.1.20 CE, de la que forman parte, tal y como reconoce la representación del Gobierno canario, las competencias en materia de «protección de menores» (art. 147.2 EACan) y «acogida e integración de las personas inmigrantes, incluidos los menores extranjeros no acompañados» [art. 144.1 d) EACan]. La Sentencia analiza el régimen jurídico aplicable a los menores extranjeros no acompañados. El menor extranjero no acompañado es, ante todo, un menor, y como tal debe ser tratado. Esto comprende no solo aquellos supuestos en que, de forma indubitada, se esté ante un menor de edad, sino también aquellos otros en que exista una duda razonable de que pudiera serlo. La recepción y acogimiento inicial de un extranjero menor de edad, o que pudiera, razonablemente, serlo, es competencia de la comunidad autónoma que tenga asumidas estatutariamente competencias en materia de protección de menores. De estas previsiones se apartan las resoluciones recurridas al ordenar, la primera, la no recepción de nuevos migrantes con cargo a la comunidad autónoma, como al excluir el protocolo de la entrega y recepción por los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma de Canarias a los menores migrantes no acompañados que hayan sido rescatados por el Estado en el mar o que sean interceptados por Guardia Civil y Policía Nacional a su llegada a la costa, bajo el pretexto de no estar desamparados. Las relaciones del Estado, con las comunidades autónomas, se sustentan en la fijación de esferas de competencia indisponibles e irrenunciables por imperativo constitucional (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 22). Procede, en suma, acoger el motivo de impugnación consistente en que la Comunidad Autónoma de Canarias, a través de las resoluciones recurridas, habría dispuesto de sus competencias en materia de protección de menores, y, en particular de los menores extranjeros no acompañados, en forma contraria a su propio estatuto de autonomía. Por último, el TC apela al deber general de colaboración entre el Estado y las CC.AA. y al principio de lealtad institucional (BOE 21-3-25).

- *Distribución de competencias en materia de contratación pública y procedimiento administrativo. STC (Pleno) 44/2025, de 12 de febrero de 2025. Recurso de inconstitucionalidad 7245-2024.* Interpuesto por el presidente del Gobierno frente a los apartados primero y segundo del artículo 12 de la Ley del Parlamento de La Rioja 13/2023, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2024. Competencias sobre procedimiento administrativo y contratación pública: constitucionalidad de la regulación autonómica sobre la tramitación urgente de procedimientos de ejecución de gastos con cargo a fondos europeos provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación. Se recuerda el régimen constitucional de distribución de competencias en materia de contratación pública y en materia de procedimiento administrativo. Conforme a la doctrina de este tribunal, [STC 68/2024, de 23 de abril, FJ 3 c)], la omisión de un precepto estatal de carácter básico no vicia de inconstitucionalidad una ley particular, pues la norma básica mantiene su plena vigencia con independencia de que sea recordada o no por el legislador autonómico, salvo que la única exégesis posible de la omisión –total o parcial– lleve a entender que la regulación autonómica está estableciendo una regulación contraria a la legislación básica estatal. (BOE 21-3-25).

6. RESOLUCIONES JUDICIALES

6.1. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

- *Vulneración de derechos humanos y responsabilidad estatal por acciones lesivas de carácter omisivo. Sentencia TEDH de 13 de marzo de 2025, caso Vyacheslavova y otros v. Ucrania (demanda nº. 39553/16 y 6 otras).* Negligencia estatal en los enfrentamientos entre partidarios y opositores de Maidan en Odesa en mayo de 2014. En el caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara, por unanimidad, que se han producido violaciones del artículo 2 (derecho a la vida/investigación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debido a que las autoridades pertinentes no hicieron todo lo que razonablemente podía esperarse de ellas para prevenir la violencia en Odesa el 2 de mayo de 2014, para detener esa violencia después de su estallido, para garantizar medidas de rescate oportunas para las personas atrapadas en el incendio y para instituir y llevar a cabo una investigación efectiva de los hechos; y una violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) con respecto a una demandante (solicitud nº. 39553/16), en relación con el retraso en la entrega del cuerpo de su padre para su entierro.

6.2. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

- *Evaluación ambiental de proyectos. Valoración de los datos objetivos sobre repercusiones significativas proporcionados por un tercero. STJUE (Sala Décima) de 6 de marzo de 2025, asunto C-41/24.* El artículo 4, apartados 4 a 6, de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, debe interpretarse en el sentido de que en el supuesto de que, en el marco de un procedimiento de comprobación previa seguido con arreglo a dicha disposición, un tercero haya proporcionado a la autoridad competente datos objetivos acerca de las posibles repercusiones significativas de ese proyecto sobre el medio ambiente, en particular sobre una especie protegida en virtud de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, en su versión modificada por la Directiva 2013/17/UE del Consejo, de 13 de mayo de 2013, la citada autoridad debe solicitar al promotor que le proporcione información adicional y tener esta en cuenta antes de decidir si es necesaria o no una evaluación de impacto ambiental para el referido proyecto. En cambio, en el supuesto de que, a pesar de las observaciones presentadas a la referida autoridad por ese tercero, pueda excluirse, sobre la base de datos objetivos, que ese proyecto vaya a tener repercusiones significativas sobre el medio ambiente, la misma autoridad podrá decidir que no es necesaria una evaluación de impacto ambiental, sin que esté obligada a solicitar al promotor que le proporcione información adicional.

- *Propiedad intelectual. Necesidad de consentimiento para la cesión de derechos afines de artistas intérpretes o ejecutantes contratados como personal estatutario. STJUE (Sala Primera) de 6 de marzo de 2025, asunto C-575/23.* Los artículos 2, letra b), y 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y los artículos 3, apartado 1, letra b), 7, apartado 1, 8, apartado 1, y 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece la cesión, por vía reglamentaria, para su explotación por el empleador, de los derechos afines de los artistas intérpretes o ejecutantes contratados como personal estatutario, por las prestaciones realizadas en el desempeño de sus funciones al servicio de dicho empleador, sin el consentimiento previo de estos últimos.

- *Mercado interior de la electricidad. Validez de la modificación de la normativa nacional dirigida a reducir los precios de distribución, que obliga a la autoridad reguladora a modificar los métodos de control de las tarifas de explotación de la red. STJUE (Sala Quinta) de 6 de marzo de 2025, asunto C-48/23.* El artículo 57, apartados 4 y 5, párrafo primero, letra a), de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE, en relación con su artículo 59, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional cuyo objetivo, tal como se desprende de sus trabajos preparatorios, consiste, en particular, en influir en los precios de distribución de la electricidad, sin contener, no obstante, disposiciones que regulen específicamente las tarifas de transporte o de distribución de electricidad ni las metodologías de cálculo de estas, pero cuya entrada en vigor ha tenido como consecuencia que la autoridad reguladora nacional modificara los métodos de control de las tarifas de explotación de la red eléctrica antes de que expirase el período de control en curso en la fecha de dicha entrada en vigor.

- *Principios de independencia judicial y primacía del Derecho de la UE. Debe inaplicarse una decisión gubernativa de apartamiento de un juez carente de motivación. STJUE (Sala Quinta) de 6 de marzo de 2025, asuntos acumulados C-647/21 y C-648/21.* 1) El artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual un órgano de un tribunal nacional, como la sala de gobierno de este, puede tomar la decisión de apartar a un juez de dicho tribunal de parte o de la totalidad de los asuntos que tiene atribuidos, sin que esa normativa contemple los criterios que debe seguir al adoptar dicha decisión e imponga la obligación de motivarla. 2) El artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, y el principio de primacía del Derecho de la Unión deben interpretarse en el sentido de que obligan a un órgano jurisdiccional nacional a dejar inaplicados una resolución de la sala de gobierno de dicho tribunal que aparta a un juez de dicho tribunal de los asuntos que tiene atribuidos y otros actos subsiguientes, como las decisiones de reatribución de dichos asuntos, cuando esa resolución se haya adoptado en violación del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo. Los órganos judiciales competentes en materia de determinación y de modificación de la composición de esa formación jurisdiccional deben dejar sin aplicar tal resolución.

- *Protección de los derechos de los consumidores. Validez del plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de contratos de préstamo hipotecario nulos por la existencia de cláusulas abusivas. STJUE (Sala Novena) de 13 de marzo de 2025, asunto C-230/24.* Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y el principio de equivalencia deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una norma o una doctrina jurisprudencial nacional que, al mismo tiempo que establece el carácter imprescriptible de la acción cuyo objeto es declarar la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que el ordenamiento jurídico nacional contemple, en ámbitos diferentes de los cubiertos por la Directiva 93/13, acciones basadas en los efectos de una declaración de nulidad que sean semejantes, desde el punto de vista de su objeto, su causa y sus elementos esenciales, a la acción dirigida a hacer valer tales efectos restitutorios y que estén sometidas a un plazo de prescripción comparable al que se aplica a esta última acción.

- *Servicios de la sociedad de la información. Procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios. Notificación a la Comisión de la modificación de la normativa nacional que prohíbe la incitación a la práctica de juegos de azar, incluidos los juegos a distancia. STJUE (Sala Quinta) de 13 de marzo de 2025, asunto C-120/24.* 1) El artículo 1, apartado 1, letra f), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que prohíbe incitar a la práctica de juegos de azar a distancia mediante la publicación de información relativa a esos juegos en el sitio de Internet de un operador de tales juegos constituye un «reglamento técnico», en el sentido de dicha disposición. 2) El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2015/1535 debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de una normativa nacional que constituye un «reglamento técnico», según el artículo 1, apartado 1, letra f), de esa Directiva, y que ha sido notificada a la Comisión de conformidad con tal artículo 5, apartado 1, una modificación de esa normativa no es oponible a los operadores económicos cuando no ha sido notificada y tiene por efecto ampliar el ámbito de aplicación de dicha normativa, de modo que constituye un «reglamento técnico» sujeto a la obligación de notificación establecida en esta última disposición.

- *Protección de datos de carácter personal. Derecho de rectificación de los datos personales relativos al sexo de una persona física contenidos en un registro público. STJUE (Sala Primera) de 13 de marzo de 2025, asunto C-247/23.* 1) El artículo 16 del 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), debe interpretarse en el sentido de que impone a una autoridad nacional encargada de la llevanza de un registro público el deber de rectificar datos personales relativos al sexo de una persona física cuando esos datos no sean exactos,

en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra d), de ese Reglamento. 2) El artículo 16 del Reglamento 2016/679 debe interpretarse en el sentido de que, para ejercitar el derecho de rectificación de los datos personales relativos al sexo de una persona física contenidos en un registro público, esta persona puede estar obligada a aportar las pruebas pertinentes y suficientes que le puedan ser razonablemente exigidas para demostrar la inexactitud de dichos datos. No obstante, un Estado miembro no puede en ningún caso supeditar, mediante una práctica administrativa, el ejercicio de ese derecho a la aportación de la prueba de haberse sometido a una cirugía de cambio de sexo.

- *Contratación pública. Competencia exclusiva de la Unión para determinar el trato de los operadores económicos de terceros países que no hayan celebrado un acuerdo internacional con la Unión. STJUE (Sala Cuarta) de 13 de marzo de 2025, asunto C-266/22.* El artículo 3 TFUE, apartado 1, letra e), que confiere a la Unión una competencia exclusiva en materia de política comercial común, en relación con el artículo 2 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, a falta de un acto de la Unión que imponga o prohíba el acceso a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de los operadores económicos de un tercer país que no haya celebrado con la Unión un acuerdo internacional de los mencionados en el artículo 25 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, una entidad adjudicadora de un Estado miembro excluya a un operador económico de tal tercer país en virtud de un acto legislativo adoptado por ese Estado miembro sin que haya sido facultado para ello por la Unión, y es irrelevante a este respecto el hecho de que ese acto legislativo haya entrado en vigor después de la publicación del anuncio de licitación.

- *Contratación pública. Aplicación de la Directiva 2014/23/UE a la modificación de concesiones de servicios adjudicadas antes de su entrada en vigor. STJUE (Sala Quinta) de 20 de marzo de 2025, asuntos acumulados C-728/22 a C-730/22.* 1) La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, debe interpretarse en el sentido de que es aplicable *ratione temporis* a contratos de concesión, en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra b), de esa Directiva, que fueron adjudicados antes de la entrada en vigor de la misma y que fueron prorrogados mediante disposiciones legislativas que, en contrapartida, impusieron a los concesionarios afectados, en primer término, una obligación de pagar un canon mensual, cuyo importe se incrementó posteriormente; en segundo término, una prohibición de traspasar sus locales y, en tercer término, una obligación de aceptar esas prórrogas para ser autorizados a participar en cualquier procedimiento de nueva adjudicación de esas concesiones en el futuro, en caso de que esas disposiciones legislativas entraran en vigor después de la fecha límite de transposición de la Directiva 2014/23. En esta situación, los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no son aplicables. 2) El artículo 43 de la Directiva 2014/23, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el legislador nacional pueda unilateralmente prorrogar, mediante disposiciones legislativas entradas en vigor después de la fecha límite para la transposición de la Directiva 2014/23, la duración de la concesión de servicios y, con esa ocasión y en contrapartida, en primer término, incrementar el importe de un canon fijado a tanto alzado y debido por todos los concesionarios afectados, con independencia de su volumen de negocios; en segundo término, mantener una prohibición de traspasar sus locales, y, en tercer término, conservar

una obligación de aceptar esas prórrogas para que esos concesionarios queden autorizados a participar en cualquier procedimiento de nueva adjudicación de esas concesiones en el futuro, en caso de que estas modificaciones, consideradas conjuntamente, no cumplan los requisitos de aplicación del artículo 43, apartados 1 y 2, de esta Directiva. 3) Los artículos 5 y 43 de la Directiva 2014/23, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una interpretación o a una aplicación de normas legislativas internas, o a prácticas basadas en estas normas, que privan a la autoridad adjudicadora de la facultad de iniciar, a petición de un concesionario, un procedimiento administrativo dirigido a modificar las condiciones de explotación de la concesión de que se trate, cuando acontecimientos imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes, influyen de modo significativo en el riesgo operacional, mientras esas condiciones persistan y durante el tiempo necesario para restablecer, en su caso, las condiciones de explotación iniciales de esa concesión.

6.3. Jurisdicción contencioso-administrativa (Sala III del TS)

Febrero

- Proceso contencioso-administrativo. Prueba admisible en los recursos de apelación relativos a la impugnación indirecta de disposiciones reglamentarias. STS nº 186/2025, de 24 de febrero de 2025, rec. 1031/2023. En los casos en los que el tribunal de apelación es también competente para pronunciarse sobre la validez o nulidad *erga omnes* de la norma reglamentaria que da cobertura al acto indirectamente impugnado (art. 27.2 LJCA), es admisible la aportación de elementos probatorios que, en principio, quedarían excluidos por la aplicación estricta del artículo 85.3 LJCA, pero que pueden resultar relevantes a los efectos del enjuiciamiento de la legalidad de la disposición general controvertida; y que, en todo caso, habrían podido ser aportados y tenidos en consideración en el caso de realizarse tal enjuiciamiento en el seno de una cuestión de ilegalidad (art. 125.1 LJCA). Lo contrario implicaría una limitación de las posibilidades de defensa de la legalidad de la disposición general, limitación que no se produciría si se hubiera tramitado como cuestión de ilegalidad, puesto que, en este caso, sí se podrían aportar documentos. Si de lo que se trata es de depurar el ordenamiento jurídico eliminando normas contrarias a derecho, en esa línea está la flexibilización del recibimiento a prueba en circunstancias como las presentes.

- Contratación pública. Penalidad del 3% en caso de no formalización del contrato por culpa exclusiva del adjudicatario. STS nº 199/2025, de 25 de febrero de 2025, rec. 6102/2021. El artículo 153.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero, debe interpretarse, conforme al principio de buena administración que rige la regulación de la contratación pública, en el sentido de que, en aquellos supuestos en que la falta de formalización del contrato sea imputable exclusivamente al adjudicatario, la Administración contratante o el poder adjudicador, están habilitados para exigir al adjudicatario el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación en concepto de penalidad, sin que proceda, por tanto, modular la cuantía económica de la compensación indemnizatoria, salvo que se aprecien circunstancias que determinen la concurrencia de rasgos culposos en la actuación

de la Administración que justificasen la no formalización del contrato público por el adjudicatario.

Marzo

- **Contratación pública. Lugar de presentación del recurso especial en materia de contratación. STS nº 215/2025, de 3 de marzo de 2025, rec. 7083/2021.** 1/ En lo que se refiere al lugar de presentación del recurso especial en materia de contratación, lo establecido en el artículo 18.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, encontraba respaldo en el precepto de rango legal al que servía de desarrollo (artículo 44.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011); pero aquella norma reglamentaria no resulta conciliable con el precepto legal sobrevenido (artículo 51.3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público), que en este concreto punto fija una regla sustancialmente distinta a la de la regulación legal anterior, permitiendo de forma amplia la presentación del recurso especial en cualquiera de los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. 2/ En consecuencia, en la medida en que lo dispuesto en el artículo 18.1 del Real Decreto 814/2015 no resulta compatible con los preceptos de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en particular con el citado artículo 51.3 de dicha Ley, el precepto reglamentario debe entenderse derogado en virtud de la disposición derogatoria de la propia Ley 9/2017. 3/ Como vestigio de la regulación anterior, el artículo 51.3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, establece en su párrafo segundo que cuando los escritos se presenten en registros distintos a los del órgano de contratación o el órgano competente para la resolución del recurso, "...deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible". Ahora bien, aceptando que esa carga de comunicar la interposición del recurso al Tribunal Administrativo de Recursos recae sobre el propio interesado que lo promueve, si el recurso se presenta en plazo, el incumplimiento o cumplimiento tardío del deber de comunicación no puede traer como resultado que el recurso especial en materia de contratación sea considerado extemporáneo, pues, partiendo de que la regulación legal aplicable admite expresamente que el escrito de interposición se presente en cualquiera de los lugares a los que se refiere el citado artículo 16.4 de la Ley 39/2015, la inadmisión del recurso por razón de extemporaneidad sería una consecuencia desmedida, contraria al principio de proporcionalidad, y vulneradora de lo dispuesto en el artículo 51.3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

- **Función pública. Confirmación de la jurisprudencia sobre el mantenimiento de los derechos de los funcionarios terceros de buena fe. STS nº 217/2025, de 3 de marzo de 2025, rec. 5112/2022.** No procede modificar la jurisprudencia sobre los aspirantes de buena fe que obtuvieron plaza en procesos selectivos en los que, por sentencia firme, se dispone la retroacción de las actuaciones a fin de que se sigan, respecto de aquellos en cuyo favor se falla, las fases del proceso selectivo afectadas de los vicios que determinaron la estimación de las demandas.

- **Proceso contencioso-administrativo. La Administración tiene la carga de plantear el incidente de imposibilidad de ejecución de la sentencia del art. 105.2 LJCA. STS**

nº 236/2025, de 6 de marzo de 2025, rec. 592/2022. En el ámbito de un incidente de ejecución de sentencia promovido por la parte en el que denuncia que los actos de ejecución se apartan del contenido de la sentencia, no podrá resolverse directamente sobre la forma correcta de cumplirla sin plantear el incidente contradictorio del artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción en el caso de que la Administración aduzca una supuesta imposibilidad material de ejecución. La concurrencia de un supuesto de imposibilidad material de ejecución, como el que aquí debió declararse según el recurrente, es una cuestión que habrá de ser debidamente ponderada y apreciada por el órgano judicial, a instancia de la Administración.

- **Reclamaciones económico-administrativas. Necesidad de garantía para la suspensión de una providencia de apremio por el impago de una sanción de multa. STS nº 263/2025, de 10 de marzo de 2025, rec. 3681/2023.** Cuando lo pretendido sea la suspensión en vía económico-administrativa de una providencia de apremio derivada del incumplimiento del deber de pago de una sanción de multa, no resulta de aplicación la regla del artículo 212.3 de la Ley General Tributaria, de suspensión automática del curso de dicha providencia de apremio, sin garantía -en rigor, se trataría de una inejecutividad-, sino el principio general previsto en el artículo 233.1, párrafo primero, de la LGT, de supeditación a la prestación de garantía.

- **Delito fiscal. La prohibición de revisión de las liquidaciones tributarias vinculadas a delito no vulnera derechos fundamentales. STS nº 261/2025, de 10 de marzo de 2025, rec. 3572/2024.** El régimen de las liquidaciones vinculadas a delito no vulnera derechos fundamentales respecto de la prohibición de ser revisadas en vía administrativa, económico-administrativa luego, en consecuencia, por la jurisdicción contencioso-administrativa, por razón de su posición instrumental respecto de una causa penal en el curso de la cual se podrá controlar la conformidad a Derecho de esas liquidaciones.

- **Proceso contencioso-administrativo. Legitimación pasiva de los concejales en defensa de los derechos o intereses legítimos del Ayuntamiento. STS nº 1069/2025, de 11 de marzo de 2025, rec. 1069/2022.** El artículo 21.1.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debe interpretarse, conforme al principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, en el sentido de que los Concejales, en su condición de miembros electos que integran la Corporación Local, están legitimados para personarse en un proceso contencioso-administrativo entablado contra el Ayuntamiento del que forman parte, cuando de la estimación de las pretensiones deducidas puedan quedar afectados los derechos o intereses legítimos del mismo, en la medida que les ampare el título legitimador que se corresponde con el interés concreto de velar por el correcto funcionamiento de dicha Corporación, que resulta evidenciable en aquellos supuestos en que esté en riesgo la recta y regular gestión de la contratación pública, que incida lesivamente en la administración de los caudales o efectos públicos, susceptible de causar daños y perjuicios a la propia Corporación.

- **Contratación pública. Obligación del órgano adjudicador de abonar la indemnización por imposibilidad de ejecución de una sentencia anulatoria de una resolución de un tribunal administrativo de contratación pública. STS nº 267/2025, de 11 de marzo de 2025, rec. 7303/2021.** 1/ Pese a que la redacción del artículo 21.3 de la Ley

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa resulta equívoca cuando señala quién ha de ser parte demandada en los procesos en que se impugnen las resoluciones de los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales, si en un proceso de esa índole la sentencia anula la resolución impugnada -proveniente de un órgano administrativo que, por virtud del propio precepto, no ha sido parte en el proceso- y luego se declara la imposibilidad de ejecutar la sentencia, la indemnización que el órgano jurisdiccional fije en favor del recurrente, al amparo de lo previsto en el artículo 105.2 de la LJCA, habrá de abonarla el órgano adjudicador del contrato, responsable de la ejecución de la sentencia, aunque no haya comparecido en el proceso. 2/ La indemnización que fije el órgano jurisdiccional al amparo de lo previsto en el citado artículo 105.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se cuantificará en atención a las circunstancias del caso y a los concretos perjuicios sufridos por la parte que se ha visto privada de su derecho a la ejecución de la sentencia.

- *Gestión tributaria. Efectos preclusivos del procedimiento de comprobación limitada. STS nº 270/2025, de 12 de marzo de 2025, rec. 2349/2023.* Los efectos preclusivos que impone el art. 140 LGT, en el procedimiento de comprobación limitada, se mantienen, aunque se compruebe, con ocasión de la tramitación de un procedimiento inspector posterior, que tal resultado contradice, a su vez, lo consignado en una liquidación previa que había alcanzado firmeza.

- *Derecho urbanístico. Efectos de la nulidad del planeamiento urbanístico. Reviviscencia de la clasificación anterior, independientemente de otros instrumentos de ordenación o gestión y de su situación física. STS nº 278/2025, de 17 de marzo de 2025, rec. 3561/2023.* La nulidad del planeamiento urbanístico que clasifica un sector como suelo urbanizable, y en particular de un plan parcial de mejora, habida cuenta de los efectos *ex tunc* y *erga omnes* que despliega, y la reviviscencia del planeamiento urbanístico vigente anterior al declarado nulo, comporta que los terrenos afectados vuelvan a tener la clasificación de suelo no urbanizable a efectos catastrales por no existir proyecto de reparcelación, de tal forma que la vigencia recobrada del anterior plan parcial no es suficiente para mantener su carácter de urbano, al margen de su situación física y de la carencia de proyecto de reparcelación.

- *Proceso contencioso-administrativo. Aplicabilidad de la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos del art. 400 LEC. STS nº 279/2025, de 18 de marzo de 2025, rec. 7325/2021.* El artículo 400 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que regula la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos o títulos jurídicos, en relación con la excepción de cosa juzgada prevista en el artículo 222 del citado texto legal, resulta aplicable en el proceso contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Dicho precepto de la Ley ritualaria procesal civil debe interpretarse, en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, en el sentido de impedir que la parte demandante deduzca en el proceso ulterior pretensiones idénticas a las enjuiciadas en un procedimiento precedente que hubieren sido resueltas por sentencia firme, así como que se reserve la alegación de hechos o fundamentos jurídicos que fundamenten la *causa petendi* que hubieran podido deducirse en un juicio anterior, con el objeto de preservar equilibradamente el principio de seguridad

jurídica y el principio de tutela judicial efectiva de los litigantes, pero no admite una interpretación extensiva o desproporcionada, contraria a su finalidad legítima, que genere un espacio de inmunidad en el control fiscalizador de la actividad (o inactividad) de las Administraciones públicas en materia contractual.

- Anulación del traspaso de funciones y servicios del Estado a una Comunidad Autónoma. STS nº 284/2025, de 19 de marzo de 2025, rec. 451/2024. Se anula el Real Decreto 366/2024, de 9 de abril, de ampliación de funciones y servicios traspasados a la Comunidad Autónoma del País Vasco por el Real Decreto 2808/1980, de 26 de septiembre, en materia de enseñanza (homologación y declaración de equivalencia de títulos obtenidos en el marco de sistemas de educación superior extranjeros). (Varias sentencias).

- Función pública. Creación de puestos de personal directivo. Aspectos no sujetos a negociación colectiva. STS nº 320/2025, de 24 de marzo de 2025, rec. 5431/2022. 1º Las condiciones de trabajo del personal directivo del artículo 13 del EBEP no son objeto de negociación (artículo 37.2 del EBEP). 2º En general, las RPT no pueden modificarse mediante las bases de las convocatorias para la provisión de puestos que relaciona, sino mediante una resolución que expresamente tenga por objeto su modificación (artículo 15.1.d) de la Ley 30/1984). 3º La creación de un puesto de alta dirección y la atribución de funciones o cometidos implica el ejercicio por parte de las Administraciones de su potestad de autoorganización, luego no es materia objeto de negociación, lo que no quita la posibilidades de impugnar, por ejemplo, la creación del puesto, la atribución de funciones, etc. si es que se incurre en algún motivo de legalidad.

- Contratación pública. Obligatoriedad de la medida cautelar especial de pago inmediato de la deuda. STS nº 328/2005, de 25 de marzo de 2025, rec. 8024/2021. El artículo 217 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, debe interpretarse en el sentido de que el régimen regulatorio de las medidas cautelares en el ámbito de la contratación administrativa, cuando concurra el presupuesto referido a la utilización del procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas, establecido en dicha disposición, en cuanto a su consideración de *lex specialis*, debe aplicarse de forma imperativa por el órgano judicial competente para resolver el incidente cautelar, que deberá adoptar la medida cautelar positiva de pago inmediato de la deuda, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última, lo que comporta el desplazamiento del régimen general de medidas cautelares previsto en los artículos 129 y 130 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

7. DOCTRINA ADMINISTRATIVA

7.1. Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

- **Responsabilidad patrimonial. Daño moral. Dictamen 87/25, de 20 de febrero de 2025.** El daño moral no puede servir de apoyo para introducir todo tipo de situaciones molestas que surgen en la vida de las personas, como pueden ser las que resultan de la realización de trámites ante la Administración, sino que se requiere que se acredite un daño distinto, cualitativa y cuantitativamente.

- **Resolución de contratos públicos. Concurrencia de culpas del contratista y de la Administración. Dictamen 89/25, de 20 de febrero de 2025.** Procede la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 211.h) de la LCSP/17, sin incautación de la garantía ni indemnización para la empresa contratista. Habida cuenta de la concurrencia de culpa de ambas partes en que se haya producido una demora en la redacción del proyecto de ejecución, entendemos que procede la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 211 h) de la LCSP/17, pero sin las consecuencias previstas en el artículo 213.2 y 3. de la LCSP/17, esto es, la Administración no debe proceder a la incautación de la garantía, ni tampoco cabe considerar que la contratista tenga derecho a ninguna indemnización. Respecto a la posible concurrencia de culpas de Administración y contratista y las consecuencias de la misma, se manifestó el Dictamen 16/13, de 16 de enero, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, con cita de la doctrina del Consejo de Estado, según la cual “no es inusual una concurrencia de comportamientos culposos del contratista y de la Administración, supuestos en el que es más ajustado al elemento justificativo de la garantía el moderar los efectos normativos inherentes al incumplimiento”, y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005 (recurso 30/2001), en el sentido de no apreciar ni la incautación de la fianza en beneficio de la Administración ni la indemnización de daños y perjuicios a favor del contratista, consecuencias que en principio habrían de seguirse de las respectivas conductas culposas de una y otro. Esta misma doctrina fue acogida en el dictamen 175/17, de 4 de mayo, de esta Comisión Jurídica Asesora y es el criterio seguido en el dictamen 245/2018, de 27 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla y León.

- **Revisión de oficio o revocación de actos desfavorables o de gravamen. Dictamen 123/25, de 6 de marzo de 2025.** No cabe establecer, conforme al estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia, que la revisión de oficio esté vedada al acto de gravamen nulo, máxime cuando ello supone adornar a la declaración de nulidad del acto de unas mayores cautelas procedimentales que las correspondientes a la simple revocación a la que se refiere el artículo 109.1 de la LPAC, cuya adopción está revestida de menos formalidades (así, no es necesario el dictamen del órgano consultivo correspondiente). En este punto, dijimos “el designio inexcusable de sumisión de la Administración a la ley y al Derecho, no permite reprochar que se siga precisamente el procedimiento que implica una mayor garantía de acierto a la Administración que pretende la expulsión de determinado acto del ordenamiento jurídico”. Como dijo el Dictamen del Consejo de Estado 599/2014, de 3 julio, en relación con la revisión de oficio de una sanción administrativa: “la interesada ha solicitado la revisión de oficio de un acto desfavorable, cual es la sanción de 301 euros que se le impuso, y la Administración ha seguido el procedimiento del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ningún reproche cabe hacer, por tanto, a este curso procedimental. Ciertamente es que las vicisitudes del presente caso podrían haber llevado a la Administración a dar satisfacción a la interesada mediante la revocación del acto combatido, al amparo del artículo 105.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyos requisitos

también concurren. Sin embargo, en repetidas ocasiones ha indicado este Alto Cuerpo Consultivo que también cabe la revisión de oficio de los actos de gravamen o desfavorables (como por ejemplo en los dictámenes de 2 de junio de 2011, número 248/2011, y de 13 de septiembre de 2012 número 619/2012)”. Por tanto, conforme a lo expuesto, no existe obstáculo jurídico a la revisión de oficio planteada, sin perjuicio de que el ayuntamiento podría haber procedido a la revocación al amparo de lo establecido en el artículo 109.1 de la LPAC.

7.2. Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

- Cumplimiento de las prescripciones técnicas. Infracción del orden de valoración de las ofertas. Resolución 89/2025, de 6 de marzo de 2025. El órgano de contratación, redactor de los pliegos de condiciones no puede alterar su contenido con interpretaciones más laxas que el propio literal. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma (en este caso, en cuanto a las prescripciones técnicas), ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad. En consecuencia y de acuerdo con lo establecido en el pliego, el incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos no puede minorar la calificación de un criterio de valoración, que a mayor abundamiento en su determinación no recoge en ningún momento esta posibilidad, sino que debería haber provocado la exclusión de la oferta. Nos encontramos ante la situación de vulneración del orden de calificación de las propuestas recogido en el art. 146.2 de la LCSP. Efectivamente la mesa de contratación, alcanzada ya la clasificación de las ofertas, es advertida de un error en la admisión de una de ellas. Dicha advertencia provoca una revisión de las puntuaciones obtenidas en los criterios sujetos a jurídico de valor por el hoy recurrente. Esta actuación infringe lo establecido en el artículo 146.2 a) que determina que en los casos de existencia de pluralidad de criterios de adjudicación se iniciara la valoración por los que precisen un juicio de valor.

- Improcedencia del procedimiento de revisión de oficio cuando la consecuencia del error en la oferta económica debe ser la exclusión. Insubsanabilidad de los errores de la oferta económica o técnica que implican modificación de la oferta. Resolución 94/2025, de 6 de marzo de 2025. La recurrente sostiene que el órgano de contratación acordó la adjudicación del contrato a su favor, publicándose dicho acuerdo con fecha 27 de diciembre de 2024 y luego fue suscrito por el recurrente el 13 de enero de 2025. Posteriormente dejó sin efecto dicha adjudicación utilizando el procedimiento previsto para la rectificación de errores materiales o de hecho previsto en el artículo 109.2 Ley 39/2015, sin que se dieran los presupuestos fácticos y jurídicos para ello, debiendo haberse aplicado el procedimiento previsto en su artículo 106.1 sobre revisión de disposiciones y actos nulos. El recurrente no rebate materialmente su exclusión, sino que centra su recurso en el concreto cauce procedimental llevado a cabo, aunque pretende que se mantenga la resolución de adjudicación a su favor. En el caso que nos ocupa, no estamos ante un error material sino ante una revisión de la resolución de adjudicación al apreciar el órgano de contratación la ausencia de oferta en el ítem referente a “Caja de cambios y diferenciales. Cambio manual”. Ahora bien, aun no procediendo una mera corrección de errores, al no estar ante un error material de acuerdo con la doctrina expuesta, está claro que el defecto de la oferta económica

del recurrente es ostensible, por lo que solo cabe su exclusión. La pretensión del recurrente de que se anule la resolución de adjudicación a favor de la siguiente mejor oferta y que se mantenga la resolución de adjudicación a su favor, no puede admitirse en la medida en que, como hemos indicado, la oferta no puede ser rectificada ni modificada sino solo excluida. La consecuencia que el pliego anuda a la oferta económica incorrecta o incompleta en este caso, es la no aceptación de la misma. En este caso el recurrente cometió un error en su oferta económica y pretende que se dé la posibilidad de subsanar tal defecto. En consonancia con la doctrina del resto de Tribunales de resolución de recursos contractuales, consideramos que el límite de la subsanación viene determinado por la prohibición de la modificación de la oferta, ya que en otro caso se verían vulnerados los principios de igualdad de trato y no discriminación. La jurisprudencia admite, con carácter excepcional, la subsanación de defectos en la oferta económica, si los errores u omisiones son de carácter puramente formal o material, pues de otro modo se estaría aceptando la posibilidad de que las proposiciones puedan ser modificadas de modo sustancial después de presentadas, lo que es radicalmente contrario a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

- **Legitimación de recurrente no licitador. Incorrecta determinación del valor estimado por falta de información. Resolución 100/2025, de 13 de marzo de 2025.** Nos encontramos ante un supuesto en que se recurren los pliegos por una empresa que no ha presentado oferta a la finalización del plazo concedido al efecto, por lo que procede analizar su legitimación. Este Tribunal tiene acordado como criterio interpretativo de la legitimación del recurrente no licitador el análisis del perjuicio que le causen al recurrente las cláusulas de los pliegos impugnadas, sin atender a la presentación o no de proposición. Se admite parcialmente el REMC, reconociendo legitimación para dos de los motivos de impugnación de los pliegos, no así para el tercero restante, referido a la valoración de los criterios de adjudicación, ya que la cláusula ni le impide presentar oferta, ni presentarla en condiciones de igualdad respecto al resto de licitadores. El Ayuntamiento ha considerado como valor estimado del contrato (1.836.000 euros) el canon que ha de satisfacer el adjudicatario, en lugar del establecido legalmente: “importe neto de la cifra de negocios” durante la ejecución del contrato, incluido sus prórrogas (art. 101.1.b) LCSP). este Tribunal puede comprender las dificultades que ha podido tener el órgano de contratación a la hora de recabar del actual prestador del servicio la documentación necesaria para determinar el importe neto de la cifra de negocios, en los términos expuestos anteriormente, para el cálculo del valor estimado del contrato, pero esta circunstancia no exime al órgano de contratación de cumplir las previsiones del artículo 101.1 b) de la LCSP; en consecuencia, el valor estimado del contrato no es ajustado a Derecho, por lo que procede la estimación de este motivo del recurso, que lleva aparejada la anulación de los pliegos.

- **Doctrina sobre la exclusión de licitadores por conductas colusorias que infringen el Derecho de la competencia. Resolución 105/2025, de 13 de marzo de 2025.** Los dos recursos acumulados se han interpuesto contra la resolución de exclusión de las ofertas de los recurrentes y declaración de desierta de la licitación por indicios de pactos colusorios entre los mismos. Tanto la Directiva como la LCSP califican de irregular o inaceptable la oferta que muestre indicios de colusión, siendo éste motivo de su exclusión. En cuanto a la calificación de una conducta como colusoria ha de estarse a lo establecido en el artículo 1 de la LDC. Tan solo es exigible la existencia de indicios suficientemente plausibles de un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente

paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, pero en modo alguno se exige la declaración de su existencia mediante una resolución administrativa firme de carácter sancionador o de otro tipo. Si bien como hemos dicho, la calificación de una conducta como colusoria no corresponde a los órganos de contratación, sino que es competencia propia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) o, en su caso, los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de competencia, las decisiones del órgano de contratación en el procedimiento de licitación son independientes de los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia que regula la LDC, de modo que, si bien las opiniones y valoraciones que puedan hacer aquellos órganos de defensa de la competencia a solicitud de los órganos de contratación son un elemento esencial a la hora de calificar las conductas, las decisiones del órgano de contratación son autónomas. Además esta autonomía entre el ejercicio de sus funciones por ambos órganos, el de contratación y el que ejerce la defensa de la competencia, supone que el órgano de contratación no puede sustituir y, muchos menos, asumir las competencias de persecución de prácticas colusorias, pues tal función no le compete, solo puede examinar si en el concreto procedimiento de licitación, y no en otro procedimiento de contratación distinto, se han conculcado o no la libre competencia, sin que tenga facultad para excluir a un licitador por conductas ajenas al procedimiento concreto de licitación. La identificación de indicios, que tiene un carácter preventivo en la defensa de la competencia, conlleva la necesidad de un pronunciamiento de la autoridad de competencia sobre “el carácter fundado o no de tales indicios”. De acuerdo con el 57.6 de la Directiva, pero también conforme a los artículos 105.a) y c) de la Constitución Española, y 53.1.e), 76, 77 y 82 de la LPACAP, los licitadores incurso en esos indicios tienen derecho a formular alegaciones y aportar pruebas para justificar la inexistencia de dichas prácticas. Los referidos indicios de conductas colusorias que se consideran fundados en el presente expediente de contratación son: la distribución de mercado operada mediante la subcontratación de una licitadora a otra y las coincidencias en diversos aspectos de las ofertas técnicas presentadas por los licitadores, entre los que destaca la coincidencia de las muestras presentadas y así como la fijación del precio del contrato.

- *No valoración de oferta técnica por no respetar los requisitos formales de extensión y formato.* **Resolución 112/2025, de 20 de marzo de 2025.** Desestima el recurso contra la adjudicación, pues la oferta incumplía lo dispuesto en pliego en relación a la presentación de la extensión y tipo de letra de la Memoria valorable mediante juicio de valor. Dilucida si la decisión de no valorar parte de la documentación aportada por la recurrente en el criterio PMP, por no respetar las exigencias del tamaño de letra requerida, resulta ajustada a Derecho, no siendo cuestión controvertida entre las partes el incumplimiento del formato exigido, sino la consecuencia otorgada por el órgano de contratación a dicho incumplimiento. No se trata de una formalidad, pues afecta al principio de igualdad de trato entre licitadores. El PCAP no contempla la consecuencia que se deriva del incumplimiento de dichos requisitos, pues no señala que, en esos casos, la proposición será objeto de exclusión, ni podrá no ser objeto de valoración en su conjunto o en la parte que no cumpla el formato: por tanto, el Tribunal realiza un juicio de proporcionalidad respecto a la entidad del incumplimiento y la medida adoptada por el órgano de contratación. En este caso, aceptar la proposición de la recurrente, que no cumple el formato exigido, podría permitir la aportación de mayor información, otorgando a este licitador una ventaja contraria al principio de igualdad de trato, frente a aquellos licitadores que han presentado sus ofertas

respetando las reglas preestablecidas en los pliegos. El órgano de contratación, de entre las otras dos opciones posibles, que consisten en valorar el criterio al que se refiere el documento con 0 puntos, o no tener en cuenta en la valoración de este apartado la parte del documento que no cumple lo estipulado en pliego, se ha decantado en su elección por la opción que ocasiona un menor perjuicio al licitador.

- *Obligación de utilizar firma electrónica reconocida y válida en España.*
Resolución 124/2025, de 27 de marzo de 2025. Licitación electrónica. Licitación de empresas comunitarias. La firma digital necesaria para la presentación de la oferta ha tenido que ser validada por un operador admitido en España. El licitador presenta firma electrónica certificada por un operador que no está habilitado en España, pero sí en Italia. Queda totalmente demostrado que el pliego de condiciones recogía la necesidad de que las firmas de los documentos, en concreto y a lo que nos atenemos, la declaración responsable fuera firmado digitalmente con firma válida y autorizada por una empresa proveedora de este sistema y como tal autorizada en nuestro país, ofreciendo el enlace a la página web del Ministerio de Industria y Turismo. No subsana correctamente este defecto por lo que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación. La utilización por parte de la recurrente de una firma digital no válida en España por las empresas proveedoras autorizadas, no puede admitirse por la vinculación de los pliegos de condiciones a la licitación. Tampoco se puede admitir como argumento de contrario que la recurrente haya participado en otras licitaciones de entidades públicas españolas con la firma objeto de la controversia. Además, no puede admitirse una subsanación de lo subsanado ni una subsanación fuera de plazo.

8. COMENTARIOS DOCTRINALES

8.1. En torno a la legitimación de los titulares de swaps para recurrir las decisiones de la autoridad de control sobre las opas – *Tomás Navalpotro Ballesteros*¹.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Breve referencia a las funciones de la CNMV. 3. Las ofertas públicas de adquisición. 3.1. Las opas. 3.2. Papel de la CNMV en las opas. 4. Singularidad de los swaps en los mercados financieros. 5. Apuntes generales sobre la legitimación en el orden contencioso-administrativo. 6. La legitimación de los titulares de swaps para impugnar las opas. 6.1. La legitimación de los accionistas para impugnar resoluciones de la CNMV relacionadas con las ofertas públicas de adquisición. 6.2. La cuestión, desde la perspectiva civil de la legitimación para impugnar los acuerdos de la sociedad a cuyo capital resultan adscritas las acciones. 6.3. Posicionamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. 7. Reflexiones en torno a la doctrina fijada en sede casacional. 8. Algunos apuntes destinados a favorecer el encaje doctrinal del posicionamiento de la Sala Tercera.

1. Introducción.

La jurisprudencia coetánea del Tribunal Supremo nos ha legado dos sentencias de su Sala de lo Contencioso-Administrativo especialmente llamativas por la singularidad de su objeto, relacionadas ambas con el ámbito de intervención de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

Los mercados financieros sirven de albergue a operaciones o negocios jurídicos de carácter privado. Sin embargo, el poder público no puede situarse de espaldas a su funcionamiento, puesto que, en tal caso, se correría el riesgo de que las reglas del mercado fueran impuestas por los más poderosos en detrimento del interés de los pequeños inversores. Esto explica la atribución en nuestro derecho de relevantes funciones de regulación, supervisión y sanción a la CNMV con respecto al funcionamiento de los mercados de inversión.

Una de las figuras en las que se refleja especialmente el designio de tutela de los inversores está constituida por las ofertas públicas de adquisición (opas). Cuando alguien tiene interés en adquirir acciones de otra empresa que puedan determinar la adquisición de una posición dominante o de control sobre aquella, se ponen en marcha ciertos mecanismos legales que van desde la imposición de la obligación de presentar la opa hasta el deber de

¹ Letrado de la Comunidad de Madrid. En la actualidad ocupa el puesto de Letrado-Jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura e Interior. Asimismo, es profesor asociado de Derecho Administrativo en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

ofrecer un precio equitativo, pasando por la necesidad de obtener una autorización de la CNMV.

La referida autorización constituye un acto sometido al control de los jueces y tribunales integrantes de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por esa razón, su posible impugnación se sujeta al cumplimiento de los requisitos imperantes en dicho orden jurisdiccional, entre ellos el relativo a la necesaria legitimación activa de la parte recurrente. En el caso de las permutas financieras o *swaps*, se da la circunstancia de que, quienes las ostentan, ven afectados sus intereses económicos por la formulación de una opa, ya que el precio de adquisición ofertado condiciona el rendimiento de su operación. Siendo así que, con carácter general, la legitimación activa en el ámbito contencioso-administrativo viene marcada por la titularidad de un derecho o interés legítimo, y que este último, según se admite desde antaño, puede venir representado por un interés de tipo económico, sin embargo, el afán de proteger la posición de los accionistas de la sociedad afectada ha conducido a plantearse la legitimación activa de los titulares de *swaps* para impugnar una opa que afecta a una sociedad a cuya evolución en los mercados han condicionado sus intereses patrimoniales. Precisamente este asunto ha concitado la atención de la Sala Tercera en sendas sentencias de 3 de octubre de 2022 y de 7 de mayo de 2024, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación 2953/2021 (ECLI:ES:TS:2022:3520) y 3774/2022 (ECLI:ES:TS:2024:2234).

Este trabajo pretende realizar un acercamiento a la cuestión con pretensión de sencillez, esquivando la complejidad de las operaciones financieras subyacentes, y contribuir a dilucidar si las sentencias anteriormente referidas constituyen una excepción, o bien una simple delimitación, de la jurisprudencia consolidada sobre la legitimación activa para litigar en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. Breve referencia a las funciones de la CNMV.

Es sabido que, retranqueado el poder público de su otrora papel protagonista en la actividad económica, se torna imprescindible reservarle potestades de supervisión de los mercados, ejerciendo funciones de regulación, control y sancionadoras, habitualmente a través de ciertos organismos o agencias públicos que, respetando la necesaria libertad de empresa, sirvan de dique de contención a la inevitable tendencia de quien tiene una posición dominante en aquellos a imponer las condiciones que más le favorecen.

Desde ese prisma debemos interpretar las facultades de la CNMV, que es una de las patas sobre las que se asienta el sistema de supervisión de las actividades financieras que rige en nuestra nación (Cuenca Casas, 2022)². Se trata de un ente de derecho público al que la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión

² Cuenca Casas, 2022, nos recuerda que el sistema español de supervisión es funcional o por actividad. En él, los tres supervisores existentes, centrados respectivamente en la actividad bancaria (Banco de España y Banco Central Europeo), los mercados de valores o inversión (Comisión Nacional del Mercado de Valores) y el mercado asegurador (Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), no atienden a la hora de ejecutar sus competencias a la naturaleza de la entidad controlada, sino al tipo de actividad que realiza.

(LMVSI), siguiendo los pasos de la normativa precedente³, le atribuye la supervisión e inspección, así como el ejercicio de la potestad sancionadora de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en su tráfico (art. 18.1). Conviene destacar que dicha entidad no ocupa en el mercado una situación de estricta neutralidad, al tener que velar por su transparencia, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores (art. 18.2). Como habremos de ver, este último designio, la tutela de los inversores, se halla especialmente presente en la regulación de las opas.

Todo ello se condensa, en definitiva, en lo que se ha venido a definir como una capacidad de control continuado del cumplimiento de la normativa vigente por quienes desarrollan su actividad profesional en el campo de los mercados de valores (Rodríguez Pellitero, 2021)⁴.

Estas características han justificado que la jurisprudencia, en relación con la posible responsabilidad patrimonial del Estado por la inacción de las autoridades de control, haya conceptualizado la labor de inspección y sanción de la CNMV como un verdadero «servicio público», sirviéndose de una acepción amplia de este último concepto⁵.

Para concluir esta perspectiva introductoria sobre las funciones del organismo regulador, conviene poner de manifiesto que no se trata de una actividad en la que la CNMV actúe de forma aislada, ya que coopera estrechamente con las Autoridades Europeas de Supervisión en las tareas de proteger a los inversores, velar por la correcta formación de los precios y potenciar la transformación de los mercados de valores.

3. Las ofertas públicas de adquisición.

3.1. Las opas.

La CNMV explica con sencillez que una opa es una «operación por la que una o varias personas físicas o sociedades ofrecen a todos los accionistas de una compañía cotizada la compra de sus acciones, o de otros valores que permitan adquirirlas, a cambio de un precio». Este último -se añade- suele consistir en efectivo, pero también puede instrumentarse a través de la entrega de acciones o adoptar una modalidad mixta (dinero y acciones)⁶.

Las ofertas públicas de adquisición, reguladas en el capítulo V del título IV de la LMVSI (arts. 108 a 117), han de ser formuladas de forma imperativa por quienes estén en

³ Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, en su artículo 17. Dicho texto legal fue derogado por la LMVSI en los términos fijados en su disposición final decimoquinta.

⁴ Págs. 150 y 151.

⁵ STS de 27 de enero de 2009, RC 5921/2004 (ECLI:ES:TS:2009:121), asunto Gescartera.

⁶ <https://www.cnmv.es/Portal/Inversor/Opas.aspx>

condiciones de alcanzar el control de una sociedad cotizada, ya se produzca esta situación mediante la adquisición de acciones u otros valores que confieran directa o indirectamente el derecho a la suscripción o adquisición de acciones con derechos de voto en determinada sociedad, mediante pactos parasociales con otros titulares de valores o como consecuencia de los demás supuestos de naturaleza análoga que reglamentariamente se establezcan (art. 108 LMVSI). En estos casos, la protección y trato equitativo de los accionistas se asegura obligando a formular una oferta pública por la totalidad de las acciones u otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición, que irá dirigida a la generalidad de sus titulares y comportará el ofrecimiento de un precio equitativo por parte de quien alcance el control de una sociedad cotizada. La opa es, así, el instrumento que hay que utilizar para adquirir una participación significativa en una sociedad cotizada, so pena de la prohibición de ejercer derechos políticos en la sociedad (art. 112) y de la posibilidad de incurrir en una conducta infractora (art. 301).

Se ha resaltado que, a raíz de la transposición en España de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición (Directiva de Opas), se produjo una importante innovación en el sentido de que el sistema de opa *a priori* fue sustituido por el de opa *a posteriori*, en el que la obligación de formularla surge una vez superado determinado umbral de derechos de voto en el capital de la sociedad afectada, y que este sistema convive, a su vez, con el de la opa voluntaria, que permanece en nuestro derecho (Chamorro Domínguez, 2011).

Muy significativamente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 25 de noviembre de 2008, RC 1931/2006 (ECLI:ES:TS:2008:6569)⁷, destacó que el sistema de oferta pública de adquisición de acciones para el caso de toma o aumento de una participación significativa, «constituye un mecanismo para la adquisición y toma de control de sociedades cotizadas de carácter obligatorio, necesario e imperativo, y no opcional, que se impone *a priori* a quien pretenda adquirir, en un sólo acto o en actos sucesivos, un determinado volumen de acciones admitidas a negociación en la Bolsa de Valores, que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición, y de esta forma llegar a alcanzar una participación significativa en el capital de una sociedad». La finalidad de este engranaje, indicaba a continuación la resolución judicial, reside en «de asegurar el correcto funcionamiento del mercado de valores y garantizar el principio de igualdad de trato de los accionistas de la sociedad afectada, y que excluye, en consecuencia, la posibilidad de realizar un cambio del control de la sociedad cotizada mediante la prosecución de otros procedimientos alternativos». No cabe duda, en consecuencia, de la inspiración tuitiva de la figura.

Como ya se ha adelantado, junto a las ofertas públicas de adquisición obligatoria, la LMVSI reconoce una segunda modalidad de opas, que son las que se formulan con carácter voluntario. En este caso, su artículo 117 exige que las ofertas públicas de adquisición de acciones o de otros valores que confieran directa o indirectamente derechos de voto en una

⁷ Los términos en que se expresa la sentencia, aun referidos al esquema regulatorio del artículo 60 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción originaria anterior a su modificación por el artículo 8 de la Ley 6/2007, de 12 de abril, pueden considerarse esencialmente predicables de la configuración actual de las opas en nuestro derecho.

sociedad cotizada se dirijan a todos sus titulares, quedando sujetas a las mismas reglas de procedimiento que las ofertas obligatorias, si bien podrán realizarse, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente, por un número de valores inferior al total.

Las fuentes del ente regulador⁸, a las que acudimos de nuevo, resaltan este primer criterio de clasificación, de suma importancia práctica, entre opas obligatorias y voluntarias, destacando que la obligación de lanzar una opa surge cuando un accionista alcanza el control de la sociedad, cuando la sociedad acuerda la exclusión de negociación de sus acciones y cuando la sociedad realiza una reducción de capital mediante la compra de sus propias acciones para su posterior amortización. En particular, se viene a destacar que «Las opas obligatorias se deben presentar por el 100% de las acciones de la compañía a un precio equitativo y no pueden estar sujetas a condición alguna, salvo a la obtención si corresponde, de la autorización de las autoridades de defensa de la competencia; en cambio, las opas voluntarias no están sujetas a la obligación legal de formularse a un precio equitativo o al 100% de las acciones, en ellas además el oferente puede establecer condiciones como, por ejemplo, conseguir que acepten la oferta un número mínimo de acciones para hacer efectiva la misma». Otras perspectivas nos permiten distinguir entre opas por toma de control, competidoras, de exclusión o amistosas (por contraposición con las hostiles), pero, sin duda, el jurídico de la opa obligatoria resulta singularmente indicativo del diseño de protección de los accionistas que inspira nuestra legislación.

La escueta regulación de las opas en la LMVSI es objeto de desarrollo en el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (RDOPAS), que vino a completar la transposición al Derecho español de la Directiva de Opas. A dicha norma reglamentaria hacen referencia, al referirse al régimen jurídico de las opas, las sentencias del Tribunal Supremo que dan motivo al presente comentario.

Interesa igualmente dejar significado que las opas se caracterizan por la pluralidad de sujetos afectados por su presentación. Según se ha dicho (Vives Ruiz, 2006)⁹, dichos sujetos son el oferente, persona física o jurídica que pretende adquirir una participación significativa en determinada sociedad (art. 1.1 RDOPAS) y que actúa, a su vez, mediante representantes (arts. 15 y 25 RDOPAS); la sociedad cotizada cuyos valores son objeto de la oferta, y, finalmente, los aceptantes, titulares de los valores que, tras el análisis de la oferta, deciden, en su caso, acceder a ella. En el desarrollo de las opas intervendrán otros sujetos, como las sociedades rectoras de las bolsas de valores, principalmente con funciones de recopilación y centralización de la información relativa a la oferta, y la CNMV, que supervisa y vela constantemente por la legalidad del desarrollo de la opa, incluyendo facultades sancionadoras. A continuación, desarrollaremos algo más el papel de la autoridad supervisora en este singular procedimiento.

3.2. Papel de la CNMV en las opas.

⁸ <https://www.cnmv.es/Portal/Inversor/Opas.aspx>

⁹ Vives Ruiz, 2006, págs. 605-658 (en especial, págs. 661 a 664).

De lo anteriormente expuesto se puede deducir el carácter esencialmente *inter privados* de las opas, en cuanto suponen un negocio jurídico sustentado entre particulares. Sin embargo, y como también ha sido apuntado previamente, se trata de un proceso sometido a control público, ejercido a través de la CNMV.

Resulta importante tomar en consideración que la regulación actual de la figura en la legislación española es tributaria de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición¹⁰. Según nos explicó el legislador, la razón de ser de la norma comunitaria estriba en la protección de los intereses de los titulares de valores de sociedades cuando éstas sean objeto de una opa o de un cambio de control. Con esa finalidad, contempló la obligación de dar a los accionistas un trato equivalente entre sí; otorgarles tiempo e información suficientes para adoptar una decisión; el deber del órgano de administración de la sociedad afectada de actuar en defensa de los intereses de la sociedad en su conjunto; la obligación del oferente de anunciar su oferta una vez que se asegure de que puede hacer frente íntegramente a la contraprestación comprometida o el designio de que la sociedad afectada no vea obstaculizadas sus actividades durante más tiempo del razonable¹¹.

Si nos fijamos en la regulación contenida en el RDOPAS, nos percatamos de la diversidad de momentos en los que se prevé la intervención del ente regulador, que resulta, de este modo, continua a lo largo del procedimiento. Aun renunciando al ánimo de exhaustividad en la enumeración, una visión panorámica de las actuaciones previstas en el reglamento resulta altamente ilustrativa.

En primer lugar, tanto en la oferta obligatoria cuando se alcanza el control como en las tomas de control indirectas o sobrevenidas, es posible que, en ciertas condiciones, la CNMV dispense de la obligación de formular una opa (arts. 4.2, 7.2 y 7.5). En segundo lugar, en ciertos casos en los que no es obligatorio formular una opa, aunque se adquiera el control de la compañía, es la CNMV la que tiene que declarar la inexistencia de ese deber (art. 8.d y e). En tercer lugar, el ente supervisor tiene la facultad de modificar el precio de adquisición ofertado cuando estime que no resulta equitativo (art. 9.4). En cuarto lugar, cuando, de forma sobrevenida, una opa voluntaria devenga en obligatoria, adaptará los plazos para que el oferente pueda cumplir con las obligaciones derivadas del carácter obligatorio de la oferta y se garantice la debida protección de sus destinatarios (art. 13.6). En quinto lugar, cuando el oferente ofrezca una permuta, le corresponderá determinar la cotización media ponderada de los valores entregados en canje (art. 14.4). En sexto lugar, se debe acreditar ante ella la constitución de las garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones resultantes de la oferta y, cuando la contraprestación ofrecida consista en

¹⁰ Su trasposición al Derecho español, junto a la de la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE, determinó la aprobación de la Ley 6/2007, de 12 de abril, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores.

¹¹ Preámbulo de la Ley 6/2007, de 12 de abril, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores

valores a emitir por la sociedad oferente, podrá exigir garantías a los administradores si apreciara un insuficiente grado de seriedad en la formulación de la oferta (art. 15.1 y 4). En séptimo lugar, ya se trate de una opa obligatoria o de una opa por exclusión de negociación, reducción de capital mediante adquisición de acciones propias o de una opa voluntaria, se deberá presentar una solicitud de autorización ante la CNMV a la que sucederá, bien su admisión a trámite, bien su inadmisión (art. 17). En octavo lugar, le corresponde revisar y adoptar las decisiones oportunas sobre el folleto informativo (art. 18), incluidos los casos en los que la autorización de la operación corresponda a la autoridad competente de otro Estado (art. 19). En noveno lugar, le corresponde conceder o denegar la autorización sobre la opa (art. 20). En décimo lugar, puede acordar la ampliación del plazo de aceptación de las ofertas (art. 23.4 y 5). En undécimo lugar, le compete autorizar, en su caso, la modificación de las características de la oferta (art. 31.4). En duodécimo lugar, una vez abonada la contraprestación, autorizará el levantamiento de las garantías (art. 37.3). En decimotercer lugar, autorizará las ofertas competidoras (art. 41), en cuyo desarrollo también tiene un papel relevante (art. 45). En decimocuarto lugar, dirige el procedimiento de las compraventas forzosas (art. 48).

Todo lo anterior se condensa, como corolario, en lo señalado en el artículo 49 del RDOPAS, que somete a la multiplicidad de sujetos que se interrelacionan a través de las opas al régimen de supervisión, inspección y sanción previsto, en la actualidad, en la LMVSI.

De la función tuitiva de esta intervención del ente público da buena cuenta el artículo 65.4 de la misma LMVSI, que le permite dispensar la obligación de formular una oferta pública de adquisición precisamente en aquellos supuestos en los que mediante otro procedimiento equivalente se asegure la protección de los legítimos intereses de los titulares de acciones afectados por la exclusión, así como de los correspondientes a los titulares de las obligaciones convertibles y demás valores que den derecho a su suscripción¹². Es a esa protección a la que, por consiguiente, y en las diversas modalidades en que está prevista, responde su intervención en un proceso que, como se ha dicho, se produce entre privados.

Esa finalidad había sido destacada en ocasiones anteriores por el Tribunal Supremo. Muestra de ello es la Sentencia de 23 de mayo de 2005, RC 2414/2002 (ECLI:ES:TS:2005:3275), que, en relación con las competencias asignadas a la CNMV en materia de supervisión y ordenación del mercado de valores y, en especial, en las autorizaciones de ofertas públicas de adquisición y venta de valores y de exclusión de la negociación de un valor del mercado¹³, significó la necesidad de institucionalizar un procedimiento destinado a «salvaguardar eficientemente los intereses económicos y financieros afectados, así como en el principio de seguridad jurídica, de modo que se asegure la tutela de los legítimos intereses de los tenedores o titulares de valores, que autorice a que la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores conserve facultades de ordenación y

¹² Actualmente, y en virtud del añadido que contiene dicho artículo 65.4 en relación con el anterior artículo 82.4 del TRLMV, la CNMV también está facultada para dispensar de la obligación de formular una opa cuando el valor cotice en otro centro de negociación domiciliado en la Unión Europea.

¹³ Cuestiones reguladas, en aquel momento, por los artículos 60 y 61, y 34, respectivamente, de la 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

dirección del procedimiento». Al respecto, destacaba la especial posición de dicho ente de derecho público como Administración independiente, cuya actuación había de sustentarse en procedimientos que facilitaran «el ejercicio de sus poderes, funciones y competencias encomendadas conforme a criterios de racionalidad económica y seguridad jurídica, que permitan conjugar, con ponderación y equilibrio, los diferentes intereses públicos y privados concurrentes, con el objeto de garantizar la transparencia del mercado de valores, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores, y haciendo cumplir las normas de conducta de derecho necesarias que se imponen a todos los intervinientes en la actividad bursátil».

En concreto, los acuerdos de la CNMV que, en los casos que centrarán nuestra atención, originaron la controversia en torno a la presencia de un interés legítimo en la posición del titular de un fondo de inversión, establecían la exclusión de la cotización de las acciones en la Bolsa tras la realización de una opa de conformidad con lo previsto en el artículo 11.d) del RDOPAS (en la jerga especializada, procedimiento intermedio de exclusión o *soft delisting*), así como la autorización de la opa.

4. Singularidad de los swaps en los mercados financieros.

Los *swaps*¹⁴ son productos financieros complejos. Así lo indicaba la guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos de la CNMV, de 14 de octubre de 2010. En la actualidad, dicha característica ha sido recogida en la legislación (art. 208.3 LMSIV).

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha tomado en consideración en diversas ocasiones la complejidad de esta figura, relacionándola con la posible existencia de un vicio del consentimiento (error) a la hora de contratar. Su jurisprudencia debe ser enmarcada en el contexto de la utilización de estos productos financieros como instrumento para evadir la repercusión de las subidas de los tipos de interés en las cuotas hipotecarias (Juan Sanjosé, 2013). Así, en Sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014 (RC 879/2012, ECLI:ES:TS:2014:354), la Sala destacó «la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo... conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato». Y añadió que «[e]n un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el *swap* que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía». Con posterioridad, otras sentencias, como las de 12 de febrero (RC 2450/2012, ECLI:ES:TS:2016:361) y de 19 de diciembre de 2016 (RC 1999/2013, ECLI:ES:TS:2016:5674), entre otras muchas, siguieron esa misma línea,

¹⁴ Utilizaremos su denominación anglosajona con el propósito de adaptarnos a la jerga utilizada por el Tribunal Supremo en las sentencias objeto de comentario. No olvidamos, sin embargo, la conveniencia de utilizar la expresión «permuta financiera» (<https://www.fundeu.es/recomendacion/permuta-financiera-en-economia-alternativa-a-swap/>).

llegando a señalar que, «no cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir esta capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos».

En el caso concreto en que centraremos nuestra atención, podemos dar por buena la descripción del producto financiero proporcionada por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, citada por las propias sentencias dictadas en sede casacional (FJ3 de la STS de 3/10/22 y FJ 4 de la STS de 7/5/2024). En ellas se caracterizaba la permuta financiera como un «un contrato de intercambio de flujos de efectivo, en cuya virtud, la sociedad A se obliga a pagar un interés (fijo o variable) y la contraparte (una entidad de crédito propietaria de las acciones de la sociedad B) se compromete a entregar el dividendo recibido por su inversión en la sociedad B. Adicionalmente, en la fecha de ejercicio (vencimiento del contrato) las partes acuerdan intercambiar la diferencia entre el precio de ejercicio y el valor razonable de las acciones en ese momento (asumiendo la sociedad el riesgo de valor razonable de los títulos). Hasta un determinado ejercicio la liquidación se acuerda por diferencias (en efectivo) y a partir de esa fecha, previa novación del contrato, mediante la entrega física de las acciones».

Comprenderemos algo mejor el componente obligacional de la figura acudiendo a autorizada doctrina mercantilista, representada por Javier García de Enterría (2022). En ella se nos explica que los *equity swaps* son contratos cuya singularidad estriba en la vinculación del contenido de las prestaciones de las partes al valor de un activo subyacente (acciones, materias primas, tipos de interés de cambio, índices de valores...). Asimismo, les caracteriza el estar concertados a plazo, al hacer depender las recíprocas obligaciones de pago del riesgo de mercados de dicho activo durante un periodo de tiempo determinado.

Siguiendo al mismo autor, en esencia, los *swaps* pueden ser dos tipos: *over the counter*, cuando tienen un carácter singular e individualizado por negociarse y acordarse entre las partes, o negociados, si han sido negociados y contratados en mercados organizados, en cuyo caso, para garantizar su idoneidad como objeto de negociación en un mercado financiero, responden a un contenido uniforme. En nuestra nación, su negociación se produce en el marco del mercado regulado MEFF de Futuros, Opciones y otros instrumentos financieros derivados.

En relación con lo que más adelante diremos, conviene fijarse en algunas particularidades de los *swaps*, consistentes en la libertad configurativa de las partes (atipicidad), su variable contenido obligacional y la posible diversidad del riesgo asumido o su duración.

Los *swaps* no son, ni mucho menos, un instrumento financiero de utilización excepcional, tal y como destaca precisamente la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2022 en su fundamento jurídico cuarto. Normativamente, debe tomarse en consideración que, a tenor del artículo 2.1.d) de la LMVSI, son instrumentos financieros sujetos a dicho texto legal¹⁵. De hecho, resulta ilustrativo que las sentencias de la Audiencia

¹⁵ Anteriormente, a tenor del artículo 2.1 del TRLMV, se consideraban instrumentos financieros sujetos a dicha ley los comprendidos en su anexo, y este hace referencia a diferentes tipos de swap.

Nacional recurridas en casación que constituyen el origen de este trabajo, recogieran que los contratos de permuta financiera que dieron lugar a la controversia procesal habían sido comunicados a la CNMV.

5. Apuntes generales sobre la legitimación en el orden contencioso-administrativo.

Como es sabido, la normativa reguladora del recurso contencioso-administrativo no es ajena a la diferenciación entre capacidad para ser parte y capacidad procesal, *legitimatio ad procesum* y *legitimatio ad causam*, utilizada por la doctrina procesalista. La primera mide de una forma abstracta la aptitud para ser parte en un proceso y la segunda valora la habilidad para comparecer activamente en un litigio concreto. Para aludir a este segundo aspecto, tanto la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), como la jurisprudencia, utilizan el concepto de «legitimación», cuya ostentación constituye un «presupuesto inexcusable del proceso» (STS de 19/3/2019, RC 2784/2016, ECLI:ES:TS:2019:925).

A grandes rasgos, en dicho ámbito la legitimación activa consiste en la existencia de un determinado vínculo o relación entre el sujeto que recurre y la actuación administrativa que se pretende atacar, es decir, en «una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto» (STS de 23/12/2024, RC 5249/2021, ECLI:ES:TS:2024:6283, con cita de doctrina previa de la Sala). En dicho sentido, se ha afirmado que en lo contencioso-administrativo la legitimación activa es «cualificada», requiriendo la concurrencia de una determinada cualidad en un sujeto que, con los efectos de título legitimador, le habilite para actuar como parte demandante (STS de 18/7/2022, RC 3678/2020, ECLI:ES:TS:2022:3055).

En el modelo español, tributario del artículo 24 de la Constitución Española, en que la legitimación *ad causam* aparece vinculada a la ostentación de un derecho o interés legítimo, este es definido como «la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejerce la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta» (STS de 19/7/2024, Rec. 736/2023, ECLI:ES:TS:2024:4259, apelando a la doctrina del Tribunal Constitucional).

Sin perjuicio de algunas reglas especiales cuyo examen no viene al caso, la de carácter general, enunciada en el artículo 19.1.a) de la LJCA, vincula la legitimación a la ostentación de un derecho o interés legítimo por quien pretende ser parte en un recurso contencioso-administrativo. No cabiendo duda, con base en esa genérica regla, de que el titular de un derecho puede impugnar un acto de la Administración que le afecte, las mayores controversias que se vienen planteando en la práctica, y que han dado lugar a resoluciones de gran interés de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se relacionan con el posible reconocimiento de un interés legítimo en quien ha impugnado determinadas actuaciones administrativas.

Interesa igualmente llamar la atención sobre la necesidad, tantas veces reconocida igualmente en la jurisprudencia, de que el examen de la legitimación sea casuístico, de forma que se examine en cada recurso planteado ante la jurisdicción contencioso-administrativa si, atendidas las circunstancias concurrentes, aquella se da en el sujeto que acciona frente a la Administración¹⁶.

Solo excepcionalmente podrá reconocerse la capacidad procesal para impugnar determinada actuación al margen del reconocimiento de un interés legítimo o la ostentación de un derecho subjetivo por el sujeto correspondiente. Por ello, son incontables los pronunciamientos de la jurisprudencia que declaran que el mero interés por el cumplimiento de la legalidad, fuera de los supuestos en que las leyes habilitan el ejercicio de la acción pública, no constituye un título habilitante para impugnar un acto o resolución administrativa. En consecuencia, se ha dicho que «queda excluida la legitimación de la persona física o jurídica que pretenda recurrir actuando como mero defensor de la legalidad, sin justificar la existencia de relación o vinculación entre el objeto del proceso y su esfera de intereses» (STS de 11/4/2019, RC 645/2017, ECLI:ES:TS:2019:1177). En cambio, como acabamos de señalar, el simple interés por el cumplimiento de la legalidad, sin necesidad de la concurrencia de una singular relación entre el sujeto y el objeto del recurso, legitima su interposición en aquellos ámbitos en que las leyes sectoriales reconocen el ejercicio de la acción pública.

A la hora de valorar la existencia de legitimación, resulta fundamental tomar en consideración la proyección constitucional de este requisito. Y es que, apreciada la falta de legitimación, el juzgado o sala correspondiente del orden jurisdiccional contencioso-administrativo queda liberado de la obligación de resolver sobre el fondo del asunto, que constituye el núcleo de la tutela judicial efectiva, y, tratándose de la impugnación de un acto administrativo, se elude además el control de la actividad administrativa desde la perspectiva de su ajuste a la legalidad. Por ello, la decisión que en cada caso haya de tomarse deberá estar presidida por el principio *pro actione*, que exige interpretar con amplitud las normas procesales que condicionan el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa (entre otras muchas, STS de 13/12/2022, RC 2654/2021, ECLI:ES:TS:2022:4566).

Estas premisas, aunque de sobra conocidas, nos permitirán abordar con elementos de juicio suficientes los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo con respecto a la legitimación de los titulares de *swap* para impugnar los acuerdos de la CNMV relativos a una opa sobre las acciones de la sociedad a cuyos vaivenes habían vinculado sus cobros y pagos, y, por consiguiente, su riesgo.

¹⁶ A título de ejemplo, en la STS de 23 de octubre de 2023, Rec. 205/2021 (ECLI:ES:TS:2023:4564), en relación con la legitimación de determinados diputados autonómicos para impugnar un real decreto en el que se concedía un indulto, la Sala Tercera recordó que «el interés legítimo se delimita, así, caso a caso, en atención a la pretensión ejercitada, en función de si la anulación que se pretende de la actividad administrativa impugnada supone un concreto beneficio o la evitación de un singular perjuicio a quien ejerce la acción, esto es, una utilidad específica que va más allá del interés genérico de que las Administraciones públicas actúen conforme a derecho». En otras ocasiones, se ha afirmado apodóticamente: «como siempre que entra en juego la legitimación, hay que estar a las circunstancias concreta que concurren en cada caso» (STS de 7/11/2023, RC 922/2021, ECLI:ES:TS:2023:4735).

6. La legitimación de los titulares de swaps para impugnar las opas.

6.1. La legitimación de los accionistas para impugnar resoluciones de la CNMV relacionadas con las ofertas públicas de adquisición.

No era la primera vez en que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal se había enfrentado a recursos relacionados con resoluciones de la CNMV dictadas en el contexto de ofertas públicas de adquisición. No en vano, conforme al artículo 23 de la LMVSI (y, anteriormente, conforme al artículo 22 del TRLMV), son recurribles en vía contencioso-administrativa las disposiciones y resoluciones dictadas por dicha Administración independiente en el ejercicio de potestades administrativas¹⁷. Y en las sentencias dictadas hasta el momento, habían tenido que sustanciarse cuestiones relativas a la legitimación de la parte recurrente. Así, en la sentencia de 18 de abril de 2007 (RC 5494/2004, ECLI:ES:TS:2007:2661), la Sala Tercera se había enfrentado a la impugnación por un accionista de la autorización por el ente regulador de una oferta pública lanzada por el Banco de Santander con vistas a la adquisición de acciones representativas del 51,89% de Banesto. En aquella ocasión, el Alto Tribunal se encontró con una apreciación rigurosa de la Sala de instancia, que había interpretado que la legitimación para impugnar las resoluciones administrativas relacionadas con una opa recaía en la sociedad peticionaria, a la que se reputaba como el único sujeto cuya esfera jurídica podía resultar afectada por su presentación, relegando a la esfera societaria interna una posible reacción de los accionistas.

Pudiendo comprometer una interpretación tan estricta el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el necesario control de legalidad de las actuaciones administrativas, la sentencia dictada en casación, con un criterio más expansivo, determinó que, el hecho de que los accionistas de las sociedades cotizadas tengan a su disposición la formulación de las demandas civiles que consideren oportunas contra las decisiones de los órganos societarios no enerva la posibilidad de impugnar en vía jurisdiccional contencioso-administrativa las resoluciones de la CNMV «siempre que, por tener una relación directa con su situación en cuanto titulares de los derechos inherentes a sus acciones, consideren que les son perjudiciales y, además, acrediten *prima facie* que el contenido de aquellas decisiones les puede causar un perjuicio patrimonial» (FJ 3).

Sin perjuicio de que, en este caso concreto, el Tribunal Supremo terminara considerando, a la vista de la fundamentación del recurso contencioso-administrativo planteado por el accionista recurrente, que la impugnación no estaba basada en un interés patrimonial por parte de aquel¹⁸, la sentencia ponía de manifiesto no solo la posibilidad de

¹⁷ En concreto, señala el artículo 23 de la LSMVI: «Las disposiciones y resoluciones que dicte la CNMV en el ejercicio de las potestades administrativas que se le confieren en esta ley pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles en vía contencioso-administrativa».

¹⁸ En contra de la sentencia se formuló un voto particular, que consideraba que la pretensión del recurrente de obtener un precio en metálico por sus acciones en vez de una permuta, era, aun sin apoyo legal, suficiente para admitir su legitimación de cara a la impugnación de la opa.

que las resoluciones dictadas en el procedimiento de autorización de las opas pudieran ser objeto de revisión en sede contencioso-administrativa, sino también la aptitud potencial de los accionistas, no en representación de la sociedad, sino de sus propios intereses en cuanto tales, para impugnar dichas actuaciones.

En posterior sentencia de 25 de noviembre de 2008 (RC 1931/2006, ECLI:ES:TS:2008:6569) la misma Sala reprodujo ese mismo criterio con ocasión del recurso planteado por una asociación de accionistas de otra entidad mercantil, TERRA NETWORKS, contra la resolución de la CNMV por la que había autorizado una opa dirigida a la adquisición de la totalidad de su capital social.

6.2. La cuestión, desde la perspectiva civil de la legitimación para impugnar los acuerdos de la sociedad a cuyo capital resultan adscritas las acciones.

En los casos que suscitan nuestra atención, la controversia se planteaba en relación con un producto financiero determinado, de características muy específicas. Por ello, resulta ilustrativo tener en cuenta la perspectiva mercantil del asunto, que ha sido abordada con destacable claridad expositiva por Javier García de Enterría (2022). Este autor razona que, en el ámbito societario, la posición del inversor en un *equity swap* no es un título apto para fundamentar la concurrencia de un interés legítimo en orden a la impugnación de los acuerdos de una sociedad mercantil¹⁹.

A dichos efectos, sostiene que el accionista es el único legitimado para ejercer los derechos que se derivan de tal condición. Así lo deduce del artículo 116.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), en relación con el artículo 16.1 del TRLMV (vigente en el momento de la publicación del trabajo). En el supuesto que era objeto de su análisis, además, correspondería al accionista el derecho de impugnación en función de la envergadura de su participación en la empresa, superior al 1% del capital social, a tenor de lo dispuesto en el artículo 206.1 del TRLSC. Por el contrario, en cuanto al titular del producto financiero derivado, considera que debía primar su consideración de tercero ajeno a las relaciones societarias, al haber adquirido extrasocietariamente una exposición económica sobre las acciones, que no se debe confundir con el estatus propio de un accionista.

Como apoyo a su posición, aducía importantes consideraciones de índole práctica. Así, razonaba que, de admitirse la posibilidad de que el inversor impugnara por sí mismo los acuerdos sociales se produciría un perturbador desdoblamiento de la legitimación con previsibles consecuencias *absurdas e inconsistentes*. Lanzaba las siguientes preguntas al aire: ¿Qué hacer si discreparan en cuanto a la validez de los acuerdos impugnados? ¿Podrían ejercitar sendas acciones de impugnación por causas distintas? ¿Cabría llegar al extremo de

¹⁹ Más en particular, se refiere a un caso en el que se pretendía impugnar los acuerdos de una junta de accionistas sobre la renuncia a posibles acciones de responsabilidad contra consejeros que habían dimitido, el otorgamiento de garantías por la sociedad en el contexto de una operación de refinanciación de la deuda del grupo al que pertenecía y la autorización y dispensa de autocontratación y conflicto de interés en favor de los administradores para la suscripción de contratos relativos a la refinanciación.

que el inversor se alzara frente a decisiones de la compañía que hubieran contado con el voto favorable del accionista? Todavía más, ¿sería posible que interpusieran acciones contradictorias entre sí?

Desde un punto de vista cuantitativo, García de Enterría también advierte del peligro que supondría ampliar ilimitadamente la legitimación para impugnar los acuerdos sociales extramuros de la participación en el capital social. Admitir la tesis contraria -sustenta- podría conducir a permitir la reclamación de quien tomara el valor de las acciones como un simple referente, sin sustento en una titularidad real de la otra parte del contrato derivado, situación que se puede dar en las conocidas como cestas de valores, en los futuros, opciones...

Asimismo, argumentaba la posibilidad de que el inversor ejercitara acciones incluso en contra de los intereses del accionista, puesto que el negocio suscrito entre ambos podía suponer que a uno le interesara que el precio de las acciones subiera, y al otro que bajara.

6.3. Posicionamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

En el caso analizado por las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2022 y de 7 de mayo de 2024, tampoco topamos con un accionista, sino ante una sociedad gestora de fondos de inversión extranjeros que se revolvía frente a la autorización de la opa por parte de la CNMV, así como frente a la decisión del regulador de excluir de negociación las acciones de Telepizza. Más en detalle, dicha sociedad tenía contratados tres *equity swaps* con entidades de crédito, que eran quienes ostentaban la propiedad de las acciones. La singularidad de estos productos financieros residía en que se hallaban vinculados a las acciones que eran objeto de la opa. Esa interrelación venía dada, tal y como puso de manifiesto el Alto Tribunal (FJ 3 de la STS de 2022), por el hecho de que el contenido de las prestaciones de las partes, tanto en lo referido a las entregas periódicas como al valor de liquidación final, se vinculaba a la evolución del activo subyacente (importe de los dividendos y el valor de la acción en el momento de la liquidación del *swap*) o, como se dice en otro lugar, la suerte de las partes (el montante de sus prestaciones) quedaba al albur de la evolución de un valor de referencia (FJ 6).

La cuestión de interés casacional a la que se debía dar respuesta en ambos casos residía en determinar si los titulares de los *swaps* están legitimados para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa los respectivos acuerdos de la CNMV relacionados con la opa, cuando dichos activos estén vinculados a las acciones objeto de la operación²⁰.

A la hora de resolver la cuestión, la Sala de casación, sin negar la concurrencia de un interés de tipo económico en la sociedad mercantil recurrente, tomó en consideración dos razones principales, ambas de indudable peso, que se hacían constar en el fundamento de derecho sexto.

²⁰ Así venía identificado tanto en los autos de la Sección Primera de la Sala Tercera de 10 de noviembre de 2021, RC 2953/2021, (ECLI:ES:TS:2021:14646A) y de 2 de septiembre de 2022, RC 3774/2022 (ECLI:ES:TS:2022:12535A).

En primer lugar, la Sala Tercera tuvo en cuenta que la mercantil recurrente no era propietaria de las acciones y ni tan siquiera alegaba el haber pactado con sus propietarios un derecho a su adquisición: «no fue nunca titular de acciones de Telepizza, ni pretendía serlo, pues el contrato de swap no le daba acceso a la titularidad de las acciones en ninguna circunstancia», enfatiza la resolución judicial (FJ 3).

En segundo lugar, argumentan las sentencias que concitan nuestra atención que el interés económico de la recurrente en relación con la evolución del valor subyacente (las acciones de Telepizza), que era reconocible por su condición de titular de los *equity swaps* y afectaba al resultado de su inversión, no derivaba de la relación jurídica entablada entre los tres elementos subjetivos intervinientes en la opa (la entidad que la formulaba, los accionistas a los que se dirigía y la CNMV), sino de un acuerdo privado, que era el contrato de permuta financiera suscrito por la entidad titular del producto derivado con tres entidades bancarias.

De estos dos motivos, las sentencias dictadas en sede casacional extrajeron la conclusión de que el carácter exógeno a la opa del interés económico de la parte recurrente impedía reconocer su legitimación activa «para impugnar una oferta pública de adquisición a la que no ha sido llamado, porque no le corresponde, por más que el resultado de dicha OPA pueda incidir en la inversión de la recurrente».

Finalmente, el comentado fundamento jurídico sexto apuntaba a una serie de efectos contraproducentes que hubiera implicado el haber fijado la doctrina contraria, es decir, un eventual reconocimiento de la legitimación activa de los titulares de los *swaps* para impugnar la opa: se desdoblaba el número de sujetos legitimados para recurrir, «propiciando posicionamientos contrapuestos, pues los accionistas y los titulares de swaps pueden tener intereses distintos y aun contrarios». En particular, reseñaba la posibilidad de que se produjera un falseamiento de la eventual relación de sintonía o de controversia entre los sujetos intervinientes en la opa, «pudiendo darse el caso de que una oferta pública adquisición aceptada por todos los accionistas, sus destinatarios naturales, fuera en cambio impugnada en vía judicial -y eventualmente anulada- por alguien a quien la OPA no va dirigida». Asimismo, llamaba la atención sobre el carácter multiplicador de las posibles disfunciones que se produciría en el caso de que el valor subyacente del *swap* no fuera un concreto título valor (supuesto que se planteaba ante la Sala), sino un grupo o conjunto de valores o un determinado índice bursátil: en tal caso, el reconocimiento de la legitimación activa del titular del contrato de permuta financiera le permitiría impugnar en vía judicial toda clase de incidencias o vicisitudes referidas a cualquiera de los valores integrantes del grupo o índice tomado como referencia.

En definitiva, en términos económicos o de inversión, se puede afirmar que, a raíz de estas dos sentencias del Tribunal Supremo, los contratos de permuta financiera, a la incertidumbre económica propia de dicho negocio por su ligazón al devenir de otros productos de inversión, unen la de quedar a resultas de posibles operaciones societarias que desemboquen en ofertas públicas de adquisición, al carecer el inversor no accionista de la posibilidad de impugnar los acuerdos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

7. Reflexiones en torno a la doctrina fijada en sede casacional.

No cabe duda sobre la consistencia de la fundamentación jurídica contenida en las sentencias que concitan nuestro interés. Sin embargo, ello no evita realizar una serie de reflexiones que permitan su precisa ubicación en la doctrina sustentada con carácter general por el Tribunal Supremo con respecto a la legitimación activa de quien pretende impugnar una actuación administrativa, cuyas líneas generales han sido recordadas en un epígrafe previo de este trabajo.

Así, hemos referido anteriormente que la legitimación en el ámbito contencioso-administrativo viene dada no solo por el disfrute de un derecho vinculado al objeto del recurso, sino también por la ostentación de un interés legítimo. Son incontables las sentencias que, al definir este último concepto, admiten la posibilidad de que venga representado por un interés de tipo económico; de hecho, es un lugar común apelar a ello cuando se define el interés legítimo.

En alguna ocasión anterior, la negativa a reconocer legitimación activa a quienes ostentan un interés económico, recogida en ciertas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional relativas a la impugnación por los titulares de especialidades farmacéuticas de resoluciones de autorización de la comercialización de preparados genéricos dictadas por la Agencia Española del Medicamento, recibió alguna crítica firme en el ámbito doctrinal (Medina Alcoz, 2019). Sin perjuicio de las diferencias que puedan existir entre estos supuestos y los que suscitan nuestro interés, resulta conveniente señalar los hitos fundamentales de aquella doctrina judicial. Con respecto a esta cuestión, la SAN de 26/12/2012 (RA 54/2012, ECLI:ES:AN:2012:5426) estableció que «los únicos intereses que se pueden presentar son de índole económica y comercial, mientras que las resoluciones administrativas impugnadas vienen referidas a procedimientos de autorización de comercialización de medicamentos por parte de la Agencia que evalúan la idoneidad sanitaria del medicamento sobre la base de información técnica y administrativa recogida en el expediente de registro, de modo que los perjuicios aducidos tienen efecto jurídico privado ajeno a este orden jurisdiccional contencioso administrativo, que vendrán derivados en su caso y momento de la comercialización de los medicamentos genéricos, y que en la actualidad en criterio de esta Sala, confirmado por el Tribunal Supremo, tales efectos quedan postergados hasta la efectiva comercialización de los nuevos fármacos». En relación con este mismo objeto, la SAN de 10 de junio de 2009 (RA 168/2009, ECLI:ES:AN:2009:3012) concluyó que «el daño que el ejercicio de la potestad autorizatoria pudiese irrogar al titular de la especialidad de referencia -más allá del simple interés por la legalidad- ha de venir dado por los efectos jurídico-privados que se deriven de la autorización y comercialización de la especialidad genérica, lo que es cuestión ajena al pleito planteado».

En los supuestos examinados por el Alto Tribunal en las dos sentencias que nos interesan, ese interés económico se vinculaba al carácter derivado del instrumento financiero (su valor se condiciona o deriva del de otra actividad o parámetro financiero) y no era meramente hipotético, sino real, ya que la permuta financiera produce relaciones obligatorias diferenciadas de otros contratos (Juan Sanjosé, 2013). Más allá de su consideración teórica

como un contrato aleatorio o conmutativo²¹, parece innegable el componente de aleatoriedad que define a la figura, en cuanto no se conoce la retribución que cada parte ha de abonar y, en el contexto de una actividad financiera, su marchamo especulativo resulta difícilmente cuestionable.

Esa afección económica puede tildarse, además, de relevante, por cuanto que, en el supuesto examinado en la STS de 3 de octubre de 2022, al plantearse la opa de exclusión, la sociedad de inversión recurrente, a través de diversos contratos de permuta financiera, ligaba su suerte a un paquete accionarial del 11,822% de Telepizza. No en vano, el Tribunal Supremo admite que «el precio de las acciones de Telepizza tenía un impacto en los instrumentos financieros que examinamos, en el sentido de que el inversor apostaba en función de la evolución del valor del subyacente» (FJ 3), así como dicho valor de referencia «iba a incidir en el resultado de su inversión» (FJ 6).

De ahí que, en nuestra opinión, uno de los aspectos fundamentales a los que debía dar respuesta el Tribunal Supremo en las sentencias que son objeto de comentario residía en cómo, reconocida la existencia de un interés económico en la sociedad recurrente, su concurrencia no determinaba el reconocimiento de un título de legitimación activa en su favor, cuando, según reiterados pronunciamientos previos del Alto Tribunal, lo uno conduce a lo otro.

Para explicar esta particularidad, como ya hemos visto, la Sala apeló al origen de ese interés económico, que no derivaba de la relación jurídica entablada entre los tres sujetos intervinientes en la opa (entidad que la formula, accionistas a los que se dirige la oferta de compra y la CNMV), sino de un acuerdo privado ajeno a aquella (el contrato de permuta financiera concertado entre la sociedad recurrente y tres entidades bancarias)²², lo cual, a los ojos de la sentencia de 3 de octubre de 2022, lo convierte en exógeno a la opa.

De esta forma, nos encontramos con una matización en la jurisprudencia de la Sala Tercera sobre la legitimación activa, en virtud del cual, el interés económico necesario para reconocerla habría de tener origen precisamente en la actuación administrativa impugnada y no en un negocio distinto al cual, por voluntad de las partes ajena a su contenido, se ligue dicho interés.

Ciertamente, la sentencia sale al paso de la posible interferencia de la actuación de terceros ajenos a dicho negocio jurídico en la suerte administrativa de la opa. Sin embargo, no puede sino ser destacada la singularidad que ello supone en el ámbito contencioso-administrativo, en el que, normalmente, el enfoque a la hora de valorar la legitimación activa se sitúa en los posibles efectos de la actuación administrativa sobre la situación de quien recurre. En este caso, aun no siendo una parte de la opa la sociedad inversora, según el entendimiento de cuáles son los polos subjetivos de dicha figura que hemos reflejado en el epígrafe 3.1, lo cierto, y así lo reconocen las sentencias objeto de comentario, es que las decisiones de la CNMV afectaban a sus intereses patrimoniales.

²¹ Las líneas doctrinales al respecto están esbozadas en Juan Sanjosé (2013), págs. 14 a 17.

²² UBS, Deutsche Bank y Société Générale.

A primera vista, podemos afirmar que, el ser ajeno a un contrato que forma parte del objeto de la controversia no es una circunstancia que, en todo caso, resulte impeditiva del reconocimiento de legitimación a una persona o entidad. El ejemplo más claro se relaciona con la materia de la contratación del sector público. Así, cuando una persona que ha tomado parte en una licitación impugna la modificación del contrato adjudicado a un tercero (que es la parte del contrato junto a la entidad contratante) por considerar que, por la entidad de dicha alteración de los términos inicialmente pactados, se debería haber procedido a una nueva licitación, el Tribunal Central de Recursos Contractuales, aplicando los criterios jurisprudenciales consolidados en torno al concepto de interés legítimo, le reconoce legitimación para impugnarla (Resolución del TACRC 436/2022, de 7 de abril de 2022)²³.

Tampoco parece constituir un argumento indiscutible el consistente en que, el reconocer la legitimación de una determinada persona o entidad para impugnar cierto acto (en este caso, los accionistas afectados directamente por la opa), impida de por sí atribuirle a otras personas. Así la STS de 31 de enero de 2022, RC 2420/2019 (ECLI:ES:TS:2022:360), reconoce la legitimación tanto de una madre como de un padre para impugnar las resoluciones administrativas que establecen el tipo de educación que han recibir sus hijos con discapacidad mediante su adscripción a un centro de educación especial, así como la determinación del centro concreto al que debían asistir. En este caso, la discrepancia entre ambos progenitores no fue considerada un óbice a su respectiva legitimación para recurrir, «pues tal circunstancia no altera el régimen jurídico sobre la legitimación en el orden contencioso-administrativo» (FJ 4).

En las sentencias que concitan nuestra atención, el Alto Tribunal, sin embargo, alude en su fundamentación a los efectos contraproducentes que produciría la duplicación de la legitimación para recurrir las decisiones administrativas adoptadas en torno a la opa, al señalar que, «[s]i se reconociera al titular de los swaps legitimación para impugnar la OPA dirigida a los accionistas de Telepizza se estaría desdoblado el número de sujetos legitimados para recurrir, propiciando posicionamientos contrapuestos, pues los accionistas y los titulares de swaps pueden tener intereses distintos y aun contrarios» (FJ 6). Se ha de entender, no obstante, que no es esa sola posible contraposición de intereses la que motiva en última instancia la negación de la legitimación *ad causam* de estos últimos, puesto que, como se acaba de decir, es una situación admitida en otras ocasiones, sino la de que una posible impugnación por esos terceros no destinatarios de la opa termine alterando, a través de su interferencia, el funcionamiento normal de esta figura. La sentencia va más allá y, anticipándose a situaciones que en el futuro se puedan dar, se plantea incluso lo que pasaría si el valor subyacente del *swap* fuera, no un título valor concreto, como ocurría en el supuesto examinado (acciones de Telepizza), sino un grupo o conjunto de valores o un determinado

²³ En concreto, razona el órgano administrativo de resolución de recursos especiales en materia de contratación: «La entidad recurrente participó en la licitación del contrato objeto de este procedimiento, por lo que de resultar estimada su pretensión, si se acordase por este Tribunal la anulación de la modificación, debiendo el órgano de contratación proceder a iniciar una nueva licitación, en tal caso, la recurrente podría participar en dicha licitación y resultar adjudicataria del nuevo contrato que se adjudicase. Si bien el beneficio que obtendría el recurrente es de carácter hipotético, siendo el acto recurrido la modificación del contrato ya adjudicado, debe entenderse la legitimación en sentido amplio, ya que de otro modo, únicamente podría reconocerse legitimación a las partes del contrato, lo que frustraría el fin con el que ha sido concebido este recurso especial».

índice bursátil y, señala que, en ese hipotético supuesto, un eventual reconocimiento de legitimación activa a los titulares del *swap* les permitiría «impugnar en vía judicial toda clase de incidencias o vicisitudes referidas a cualquiera de los valores integrantes del grupo o índice tomado como referencia, por la sola razón de que pudiera resultar afectada su inversión, confiriendo así al titular del *swap* una suerte de legitimación universal, lo que de ninguna manera resulta aceptable» (FJ 6). La indiscutible sagacidad de este último argumento no impide que, en nuestra opinión, deba tenerse por secundario, toda vez que el antes comentado carácter casuístico de la legitimación activa según tan consolidada jurisprudencia, impone considerar como *ratio decidendi* exclusivamente a la fundamentación específicamente referida a las circunstancias concurrentes en la parte que había entablado el recurso contencioso-administrativo del que traía origen el recurso de casación.

También contiene la sentencia algunas referencias al riesgo asumido por los recurrentes al concertar los *swaps*, al hacerlos depender de la evolución de un determinado valor, en este caso de las acciones de Telepizza, con la incertidumbre y el consiguiente riesgo que ello comporta, destacando lo mucho que tiene este producto derivado de envite o apuesta. No obstante, igualmente cabe entender que se trata de apreciaciones que no resultaban determinantes de la negación de la legitimación activa del recurrente, afectando más bien a la relación obligacional entre las partes suscriptoras del *swap*. En dicho sentido, el carácter de apuesta es también consustancial a quien ha adquirido un décimo de un billete de lotería y no por ello se ha dejado de reconocer por el Tribunal Supremo la legitimación necesaria en quienes han reclamado judicialmente el cobro de los premios²⁴.

El Alto Tribunal, por otra parte, aunque, echando mano de la jurisprudencia anterior, recoge en sus sentencias una mención a la falta de reconocimiento en nuestro derecho de un título general de legitimación consistente en el mero interés en el cumplimiento de la legalidad al margen de los sectores en los que está prevista la acción popular, no incide en esta idea al resolver la cuestión controvertida.

Y es que, a nuestro juicio, aunque la falta de reconocimiento de esa legitimación generalizada y abstracta en nuestro derecho no pudiera coadyuvar en el caso concreto a reconocer a la sociedad mercantil recurrente la posibilidad de impugnar las decisiones adoptadas por la CNMV en torno a la opa, tampoco resultaba equiparable su situación con la de una persona que, en términos coloquiales, *pasaba por allí* y no encontraba otro ánimo en su accionar que el de colaborar en la observancia del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones públicas, situación propia de quien, sin ostentar un interés legítimo, ejerce la acción pública. Al titular del contrato de permuta financiera cuyas resultas aparecen vinculadas al devenir de las acciones de una determinada compañía le produce una afección la determinación de su precio en la opa, por más que ese interés pueda no ser considerado como suficientemente cualificado para amparar la interposición de un recurso frente a las decisiones de la CNMV. El solo hecho de que, en las sentencias que son objeto de comentario, se le haya reconocido un interés económico relacionado con la opa, aunque

²⁴ En dicho sentido, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal relativa al cobro de participaciones perdidas o deterioradas. Ejemplo de ella es la STS de 20 de abril de 2001, RC 3425/1994, ECLI:ES:TS:2001:3249.

surgido directamente de un negocio privado subyacente, cualifica su posición frente a la de otra persona o entidad completamente ajena a la operación.

No olvidemos, por otra parte, que, tal y como hemos advertido anteriormente, la legitimación activa compromete la materialización del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, reclamando una interpretación de los casos dudosos que esté en línea con el principio *pro actione*. A título meramente ejemplificativo, en la jurisprudencia moderna podemos encontrar manifestaciones de este designio en las sentencias de la Sala Tercera que admiten la legitimación de las empresas integrantes de una unión temporal constituida para concurrir a la adjudicación de un contrato administrativo para impugnar individualmente la incautación de garantías definitivas o la adjudicación del contrato (STS de 7/11/2023, RC 922/2021, ECLI:ES:TS:2023:4735), así como la de una empresa para participar en el procedimiento administrativo de solicitud de una marca de garantía iniciado por otra entidad (STS de 5/2/2018, RC 3770/2015, ECLI:ES:TS:2018:253)²⁵. Es por ello por lo que podría resultar conveniente que, desde el punto de vista doctrinal, se profundice sobre el posible encaje de la doctrina sentada por la Sala, cometido que afrontamos a continuación.

8. Algunos apuntes destinados a favorecer el encaje doctrinal del posicionamiento de la Sala Tercera.

Aun con cierto riesgo, puede establecerse la presunción de que ciertas características del contrato en que tuvo origen la disputa procesal pueden resultar algo chocantes para la mentalidad de un administrativista. Reparemos en dos aspectos.

El primero reside en la falta de regulación. No se trata solo de que la permuta financiera sea un contrato atípico, sino de que su alcance y contenido quedan a expensas de los acuerdos que libremente estipulen las partes. Es difícil que se dé una situación equiparable en el ámbito administrativo, que disciplina la actuación de la Administración mediante moldes regulatorios habitualmente estrictos.

²⁵ La lectura de la fundamentación de esta última sentencia pone de manifiesto la interpretación favorable al acceso a la jurisdicción de la Sala Tercera: «Tal beneficio no pierde fuerza, al mero objeto de su personación en el procedimiento administrativo, por el hecho de que su plasmación se vaya a producir en el futuro, una vez que el procedimiento instado por Aidico tuviera un final favorable y que la recurrente solicitase y obtuviese dicho distintivo para sus productos ya certificados por Aidico. Pero eso es precisamente el interés y beneficio que la recurrente espera obtener de la obtención del distintivo de calidad por parte de la entidad certificadora, la posibilidad de que dicha entidad pueda no sólo certificar sus productos, como ya lo hace, sino que pueda obtener para ellos el referido distintivo. Así pues, entendemos que dicho interés, ciertamente proyectado a una situación futura pero razonable y no especulativa, es suficiente como para considerarlo comprendido en el apartado 1.c) del artículo 31 de la Ley reguladora del procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), que considera interesados en el procedimiento administrativo a “aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”. Así pues consideramos bastante para justificar su personación la expectativa de beneficiarse del distintivo de calidad solicitado por la entidad certificadora y el mayor prestigio de ésta al obtener el reconocimiento oficial de dicho distintivo, que resultaría aplicable, en su caso, a los productos de la recurrente certificados por la empresa titular del distintivo de calidad».

En segundo término, llama la atención, no tanto la inexistencia de transparencia, pues esta ha de procurarse en general en los mercados financieros, sino la situación de desconocimiento sobre numerosos factores del negocio jurídico. En un tiempo en que la transparencia está asentada en su condición de principio aplicable al régimen jurídico de las Administraciones públicas, aquella falta de información puede suponer también un elemento chocante para la mentalidad del jurista habituado al contacto con el Derecho Administrativo.

Estas premisas, unidas a las razones, de mayor peso, relacionadas con la indeseable interferencia que la impugnación de las decisiones de la autoridad de control en relación con la opa produciría sobre la situación jurídica de sus destinatarios, pueden constituir una explicación al hecho de que el Tribunal Supremo haya negado la legitimación de quien ostenta un *interés económico* que puede verse afectado por determinada actuación administrativa. Si el *interés* es, según la primera acepción del Diccionario de la RAE, el provecho, utilidad o ganancia que nos reporta algo, resulta difícil conciliar que quien ostente uno de carácter económico (perteneciente a la «economía», que es el «conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad o un individuo») no pueda resultar beneficiado a resultas del recurso o, cuando menos, procurar a través del mismo la evitación de una desventaja, que es la idea que fundamenta, según se ha dicho con anterioridad, la existencia de legitimación.

Luego, sin perjuicio de los consistentes motivos aducidos como *ratio decidendi* por la Excm. Sala, aparte de las razones de oportunidad que han señalado las sentencias objeto de comentario, quizás no esté de más buscar un sustento técnico añadido al posicionamiento que contienen.

Avanzando en dicho propósito, se puede considerar especialmente atendible una línea que podría permitir delimitar por qué a personas o entidades a las que la estimación de un recurso podría producir cierta interferencia en sus intereses patrimoniales, no se les concede legitimación para realizar determinada impugnación. Al respecto, Gómez Díaz (2014) ha defendido la necesidad de volver al concepto de interés directo como título ordinario de legitimación en lo contencioso-administrativo, al modo de lo previsto en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 en su artículo 28.1.a), siendo un aspecto a determinar en función de las circunstancias del caso, la que pueda recaer en quien solo ostenta un interés indirecto en orden a la impugnación de un acto administrativo que solo le afecta de forma incidental²⁶. Sin necesidad de realizar un posicionamiento de carácter general sobre la cuestión apuntada por la referida autora, conviene destacar que, precisamente las dos sentencias del Tribunal Supremo que concitan nuestro interés, han ofrecido razones suficientes por las que, en este caso concreto, un interés indirecto no resultara atendible como título de legitimación para la formulación de la acción procesal.

Se puede añadir que una fundamentación de este tipo no constituiría una decisión aislada en la jurisprudencia reciente, que, en ciertas ocasiones, ha tendido a acotar la legitimación activa en consideración a la ajenidad de una determinada persona o entidad con respecto a la relación jurídica controvertida. Así, por ejemplo, en la sentencia de 25 de

²⁶ Págs. 187 y ss.

febrero de 2021, RC 3563/2019 (ECLI:ES:TS:2021:738), con doctrina concomitante con otras resoluciones previas de la misma Sala Tercera, se rechaza la existencia de interés legítimo para recurrir al «operador que no habiendo sido adjudicatario ni licitador del contrato/concesión, formula su pretensión fundamentada en el incumplimiento de la ejecución del mismo, puesto que aunque pueda argumentarse un interés legítimo actual y cierto y un perjuicio económico cuantificable producto de la integración tarifaria, el competidor sigue siendo un tercero en la relación entre administración y concesionario adjudicatario». En opinión de Padrós Reig (2021), posicionado en sentido crítico con esta línea jurisprudencial, en ella se tiende a equiparar el concepto de interés legítimo con el de derecho subjetivo.

También suscitó en su momento críticas doctrinales la exigencia de inmediatez entre la producción del acto y la anulación, en relación con la jurisprudencia que exigió, en orden a reconocer la existencia de un interés directo como título de legitimación procesal en el ámbito contencioso-administrativo, que el beneficio se produjera inmediatamente, a continuación del momento de la anulación del acto, y no de forma previsible en un momento posterior (Ortega Álvarez, 1977). Ese carácter inmediato, quizás, pudiera ser otro elemento a rescatar como argumento *a fortiori* a los sentados por el Tribunal Supremo en las dos sentencias que nos ocupan.

Otra posibilidad para encontrar un encaje doctrinal más preciso de las sentencias que dan motivo a este trabajo en la jurisprudencia previa de la Sala Tercera, hubiera podido consistir en la apelación a un presupuesto al que dicho órgano judicial suele hacer referencia cuando explica la noción de interés legítimo: la necesidad de que el interés de que se trate sea cualificado. Precisamente, había dejado señalado Javier García de Enterría (2022) que no reunía tal condición la posible impugnación de acuerdos sociales por el titular de un derivado, al no incidir sobre su posición en la compañía.

Otra perspectiva posible de la interpretación seguida por la Sala se podía haber relacionado con el ejercicio abusivo de la acción procesal, es decir, del recurso contencioso-administrativo. Retomando a dicho efecto el paralelismo con la situación mercantil, Javier García de Enterría (2022) señala que, en casos como el planteado, se debe restringir la legitimación impugnatoria de los actos de la sociedad a la que se refieren los títulos objeto del envite con el objeto de evitar un uso abusivo y con fines poco confesables de la acción procesal²⁷.

Ciertamente, en el ámbito del Derecho Administrativo no resulta extraña la argumentación relativa al posible ejercicio abusivo de una acción procesal. Es precisamente esta inquietud la que ha determinado un importante ataque a la legitimación cuasi incondicionada que implica la acción pública, en el que ha destacado el maestro Tomás Ramón Fernández (2004)²⁸. La propia jurisprudencia ha incorporado este condicionante, y

²⁷ Señala, además, que esta inquietud ha fundamentado la modificación de la legislación mercantil para negar legitimación impugnatoria a quienes ostenten un porcentaje ínfimo en el capital social.

²⁸ Pág. 260.

la legislación también ha acogido formas dulcificadas de la acción pública²⁹. La propia exigencia de que el interés que fundamente la interposición de un recurso sea *legítimo* parece evocar la necesidad de que se ajuste a un componente ético imprescindible. No cabe olvidar, al respecto, que toda atribución está afectada en su ejercicio por el límite de no constituir un abuso de derecho (art. 7.2 del Código Civil).

Finalmente, se podría haber considerado otro posible matiz: la diferenciación entre derechos e intereses y simples expectativas. Me parece que esta podría ser una línea a profundizar en posteriores ocasiones en los que se planteen situaciones equiparables: ¿cabe que una simple expectativa a que se produzcan determinados hechos en la vida de una sociedad, a que esta se administre de aquella u otra manera o incluso a que la CNMV ejerza sus funciones en determinado sentido ante cierta situación, auspicie una intromisión en los actos que le afectan por parte de un tercero? La limitación de este trabajo no permite más que dejar apuntada esta distinción.

No cabe obviar, finalmente, algunas dudas que se mantienen habida cuenta del limitado objeto de las dos sentencias que nos han ocupado, centradas en fijar el interés objeto casacional que venía fijado por la Sección de admisión del Alto Tribunal. Una de ellas reside en el interrogante sobre lo que hubiera pasado si la sociedad recurrente, aun no siendo propietaria de las acciones, hubiera pactado con las entidades de crédito que sí lo eran un derecho a su adquisición. La doctrina fijada en interés casacional, en línea con los límites marcados por el Auto de 10 de noviembre de 2011, se limita a negar la legitimación del titular de un *swap* cuando este se liquida en efectivo y no da acceso a la titularidad de las acciones. Ello no permite por sí mismo afirmar que, en caso contrario, es decir, cuando sí concurra la posibilidad de adquirirlas, la respuesta de la Sala hubiera sido necesariamente favorable a admitir la legitimación de los titulares de las permutas financieras, pero sí obliga a poner de manifiesto que la doctrina fijada por el Tribunal Supremo no milita en contra de los intereses de quienes ostenten productos financieros caracterizados por la condición de permitir el acceso a la titularidad de las acciones. El propio carácter de los *swaps* OT como instrumentos jurídicos en que predomina la voluntad compositiva de las partes permite admitir la posibilidad de situaciones variopintas en cuanto a la forma en que esté previsto dicho acceso.

La perspectiva subjetiva parece ser, por otra parte, más variopinta de lo que la cuestión planteada al Tribunal Supremo permite atisbar. Aun no siendo parte en las opas, no cabe desconocer la posible existencia de otras figuras que vaguen en torno a ella. Es el caso del avalista de la entidad que presenta la opa o de la propia sociedad afectada, que, en las ofertas competidoras, puede haber pactado el cobro de una comisión con el primer oferente para el caso de que su oferta no prospere (pacto *break-up fee*).³⁰

Es de esperar que, de plantearse esas u otras cuestiones, el habitual magisterio del Alto Tribunal nos vuelva a servir de iluminación.

²⁹ Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en sus artículos 22 y 23.

³⁰ CHAMORRO DOMÍNGUEZ (2011), págs. 99 y ss.

Bibliografía

AGUILAR GARCÍA, MANUEL, 2021, «La evolución del mercado de derivados OTC desde la óptica de la transparencia», en URÍA FERNÁNDEZ, FRANCISCO, Coord., «*La regulación del mercado de valores y de las Instituciones de Inversión Colectiva*», La Ley.

CHAMORRO DOMÍNGUEZ, MARÍA CONCEPCIÓN, 2011, «Las ofertas públicas de adquisición competidoras», Revista de Derecho del Mercado de Valores, Monografía n.º 8.

CUENA CASAS, MATILDE, 2022, «Supervisión de conducta y protección del usuario de servicios financieros en el nuevo entorno tecnológico. Propuestas de mejora», Diario La Ley n.º 9999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, 2022, «Sobre la legitimación del titular de un derivado sobre acciones para la impugnación de acuerdos sociales», Revista de Derecho de Sociedades n.º 64.

GÓMEZ DÍAZ, ANA BELÉN, 2014, «*La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*», Iustel.

JUAN SANJOSE, RAFAEL JUAN, 2013, «Los contratos de permuta financiera (swaps)», Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, n.º 46, págs. 5 a 39.

MEDINA ALCOZ, LUIS, 2019, «El derecho a la acción en el contencioso-administrativo español», P. A. Persona e amministrazione, 2020.

ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, 1977, «*La inmediatez del interés directo en la legitimación contencioso-administrativa*», Revista de Administración Pública, n.º 82.

PADRÓS REIG, CARLOS, 2021, «La legitimación procesal del empresario competidor en el proceso contencioso-administrativo impugnatorio de contrataciones públicas», Revista General de Derecho Administrativo, n.º 58.

RAMOS MUÑOZ, DAVID; CERRATO GARCÍA, ELIA, y BOSQUE ARGACHAL, CARLOS, 2022, «*Responsabilidad de los supervisores financieros y las autoridades de resolución en España*», REDA n.º 221, págs. 109 a 154.

RODRÍGUEZ PELLITERO, JAVIER, 2021, «La Comisión Nacional del Mercado de Valores», en URÍA FERNÁNDEZ, FRANCISCO, Coord., «*La regulación del mercado de valores y de las Instituciones de Inversión Colectiva*», La Ley.

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, 2004, «*Manual de Derecho Urbanístico*», El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 17.^a Ed.

VIVES RUIZ, FERNANDO, 2006, «Ofertas públicas de adquisición de valores: elementos, procedimiento y desarrollo; ofertas competidoras», en «*La sociedad cotizada*», VIVES RUIZ, FERNANDO, y PÉREZ ARDA CRIADO, JAVIER, Marcial Pons.

8.2. Novedades prácticas relevantes en el proceso civil principal o sustantivo derivadas de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia: en especial, el requisito de procedibilidad consistente en acudir a un medio de solución extrajudicial de controversias siendo parte una Administración Pública – Diego García Paz¹.

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia ha introducido importantes modificaciones en el texto de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Las reformas operadas tienen por objeto agilizar y sintetizar la tramitación de los procedimientos, eliminando o reduciendo trámites que se consideran innecesarios atendiendo al tipo de pretensión ejercitada y en la búsqueda de una más rápida respuesta judicial.

Así, el artículo 22 de la Ley Orgánica dispone un conjunto de reformas en el marco del procedimiento civil principal o sustantivo, siendo las más relevantes las siguientes:

Sobre la disposición de la acción procesal, se especifica en el artículo en el artículo 19.1 LEC que los actos de disposición de la acción procesal por parte de los litigantes una vez señalado el día para la deliberación, votación y fallo del recurso de casación.

En materia de satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto, se contempla normativamente una cuestión práctica relevante, en materia de costas procesales, evitando la celebración de vista exclusivamente con el referido objeto, modificando el artículo 22.2 LEC en el sentido siguiente:

“En el caso de que el interés legítimo que se alegara se circunscribiera a la satisfacción de las costas causadas, el letrado de la Administración de Justicia dará cuenta al tribunal, que acordará mediante auto, previa audiencia de la otra parte, la terminación del proceso, pudiendo condenar al pago de las costas conforme a los criterios establecidos en el artículo 395 de esta Ley. Contra este auto cabrá interponer recurso de apelación”.

Se añade un supuesto de inhibición ex lege en materia de violencia de género, para la remisión del conocimiento del asunto a la Sección especializada, en tanto el procedimiento no se encuentre en fase de vista, conforme al artículo 49.1 bis, de tal modo que:

“Cuando un juzgado, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los

¹ Letrado de la Comunidad de Madrid. Actualmente ocupa el puesto de Letrado-Jefe del Servicio Jurídico de Civil y Penal de la Subdirección General de lo Contencioso de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

requisitos previstos en el apartado 7 del artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al juez de violencia sobre la mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado materialmente la vista o comparecencia del procedimiento civil contencioso o de jurisdicción voluntaria.”

La agilización mediante la emisión de resoluciones orales por el Letrado de la Administración de Justicia o por el Tribunal es uno de los elementos clave de la reforma, siendo así que, conforme al artículo 210 LEC, salvo que la ley permita diferir el pronunciamiento, las resoluciones distintas de sentencia que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el Tribunal o el letrado o letrada de la Administración de Justicia se pronunciarán oralmente en el mismo acto, documentándose este con expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones. Asimismo, se expresará si la resolución es o no firme, indicando, en este caso, los recursos que procedan, órgano ante el cual deben interponerse y plazo para ello.

Se podrán también dictar sentencias orales, salvo en los procedimientos en los que no intervenga abogado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.2 LEC, **en el ámbito del juicio verbal**, haciéndose expresión de las pretensiones de las partes, las pruebas propuestas y practicadas y, en su caso, de los hechos probados a resultas de las mismas, haciendo constar las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso. La sentencia se dictará al concluir el mismo acto de la vista en presencia de las partes, sin perjuicio de su ulterior redacción. Se expresará si la sentencia es o no firme, indicando, en este caso, los recursos que procedan, órgano ante el cual deben interponerse y plazo para ello. Pronunciada oralmente una sentencia, si todas las personas que fueren parte en el proceso estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresaren su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la sentencia debidamente redactada. Las partes tendrán un plazo de cinco días desde la celebración de la vista para presentar un escrito manifestando su interés en recurrirla, con expresión de los pronunciamientos objeto del mismo. El plazo para interponer el recurso de apelación comenzará a contar desde el día siguiente al que se notificase a la parte la sentencia por escrito con expresión del fallo y con motivación sucinta.

En materia de costas procesales, es relevante que, en el artículo 245 LEC, sobre impugnación de la tasación y solicitud de exoneración o moderación, se contempla, en su apartado 5, que la parte condenada al pago de las costas podrá solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta.

El concepto jurídico de abuso del servicio público de la Justicia, esencialmente vinculado con el cumplimiento del requisito de acudir a medios de resolución extrajudicial de controversias tiene un especial calado en la reforma normativa, siendo así que se prevé la

imposición de multas en el supuesto de no acudir, cuando sea preceptivo, a los referidos mecanismos, disponiendo el artículo 247, apartados 3 y 4 LEC que si el tribunal apreciase el referido abuso, podrá imponer en pieza separada una multa a las partes incumplidoras, y también si se advierte que dicho abuso es consecuencia de la actuación del profesional que actúa en representación y defensa de las partes, será posible comunicar esta circunstancia al colegio correspondiente a los efectos de una posible sanción disciplinaria.

Muy especialmente la reforma introduce el **requisito de procedibilidad**, ya apuntado, del **necesario recurso previo a un medio de resolución extrajudicial de la controversia** para, en el caso de no prosperar, adjuntar con el escrito procesal de demanda o contestación constancia documental de haberse tramitado e intentado, de modo que la no aportación del mismo implica la inadmisión del escrito. Así, el artículo 264. 4 LEC dispone:

“El documento que acredite haberse intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial cuando la ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad, o declaración responsable de la parte de la imposibilidad de llevar a cabo la actividad negociadora previa a la vía judicial por desconocer el domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerido.”

La ley orgánica especifica una serie de procedimientos civiles en los que no se requiere, por excepción, la cumplimentación del requisito de acudir con carácter previo a estos mecanismos de negociación y exclusión de la controversia, disponiendo el artículo 5 del Capítulo I del Título II:

“2. Se exigirá actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad en todos los procesos declarativos del libro II y en los procesos especiales del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con excepción de los que tengan por objeto las siguientes materias:

- a) la tutela judicial civil de derechos fundamentales;*
- b) la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil;*
- c) la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad;*
- d) la filiación, paternidad y maternidad;*
- e) la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute;*
- f) la pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande;*
- g) el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional;*

h) el juicio cambiario.

3. No será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para la interposición de una demanda ejecutiva, la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda, la solicitud de diligencias preliminares ni para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria (...)”

No obstante, si una de las partes en el procedimiento civil es una entidad pública, **la reforma establece una suerte de moratoria por plazo de dos años desde la entrada en vigor de la norma (esto es, hasta el mes de abril de 2027) para que las demandas interpuestas por una administración pública o que se dirijan contra ella cumplan este requisito, por lo que, hasta que no se verifique dicho plazo, no será necesario acudir a la vía del mecanismo de resolución extrajudicial en un litigio civil contra la administración pública.**

Así se infiere de la exposición de motivos de la ley orgánica, en la que se contempla lo siguiente:

*“Así, el título II contiene un capítulo dedicado a la regulación de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, que comienza con unas disposiciones generales relativas a su concepto y caracterización y al ámbito de aplicación de los mismos, constituido por los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, **quedando excluidas, por lo que al ámbito de aplicación de esta ley se refiere,** las materias concursal y laboral, en cuya normativa reguladora ya se prevén instrumentos en los que se materializan soluciones pactadas acomodadas a la naturaleza y peculiaridades de aquellas materias; el proceso penal, en el que no rige el principio dispositivo, sin perjuicio del derecho de las víctimas a acceder a servicios de justicia restaurativa con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito cuando se cumplan los requisitos establecidos legalmente; **y los asuntos de cualquier naturaleza en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público, y ello a la espera de la futura regulación de estos mismos medios adecuados de solución de controversias en el ámbito administrativo y en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que requiere de un instrumento legislativo propio y diferenciado.** En efecto, el interés general que subyace en la intervención de todas las entidades del sector público, así como el carácter público de la financiación que soporta su funcionamiento, la sumisión al estricto principio de legalidad por exigencia del artículo 103 de la Constitución y la autotutela declarativa y ejecutiva de los actos administrativos determina la imposibilidad de que los medios adecuados de solución de controversias reciban un tratamiento legislativo asimilable al que se contiene en esta ley para los asuntos civiles y mercantiles.”*

El artículo 3 del Capítulo I del Título II de la ley dispone:

*“Quedan excluidos, en todo caso, de lo dispuesto en este título las materias laboral, penal y concursal, **así como los asuntos de cualquier naturaleza, con***

independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público.”

Y la disposición final 31ª establece:

“Medios de solución de controversias cuando la Administración sea parte.

El Gobierno debe elaborar y presentar a las Cortes Generales, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente ley, un proyecto de ley que atienda, en el ámbito administrativo, a los medios de solución de controversias cuando una de las partes es la Administración. Esta iniciativa reconocerá las experiencias en mediación que, en los conflictos en que una de las partes es la Administración, se han desarrollado y se están desarrollando en las administraciones que cuentan con competencias en materia de Justicia.”

Por lo tanto, de la interpretación sistemática de la ley se sigue que exclusión en el orden civil del requisito de procedibilidad consistente en acudir a los mecanismos de resolución extrajudicial de controversias siendo parte procesal la administración pública no es definitiva, sino que se difiere en un periodo de dos años a partir del día 3 de abril de 2024, quedando supeditado el requisito y a la espera de que en el referido plazo entre en vigor una regulación específica, a través de ley estatal, de los medios de resolución extrajudicial de controversias en los casos específicos en los que la administración sea parte.

La cuantificación de pretensiones que sean económicamente inestimables, a los efectos de la tasación de las costas a las que haya sido condenada una de las partes, es fijada por la reforma en 24.000 euros, a tales efectos, conforme al artículo 393 LEC.

La formalidad en la interposición de la demanda implica, conforme al artículo 399, apartados 1 y 3 LEC, que en la misma se consigne por el demandante un número de teléfono, dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico, de disponer de ellos, a los meros efectos de contacto por el Tribunal, y la imprescindible justificación documental de haberse acudido a un medio de solución extrajudicial de la controversia, de tal modo que la inexistencia de dicha justificación implicará la inadmisión de la demanda, lo que ocurrirá asimismo si no se han cursado los requerimientos, reclamaciones o consignaciones que previamente exija la ley, conforme al artículo 403.2 LEC.

El señalamiento para la celebración de la audiencia previa al juicio habrá de tener lugar en el tercer día desde contestada la demanda y la fecha dispuesta para ello en el plazo de veinte días, ex artículo 414.1 LEC, y **el plazo para celebrar en juicio** será en un mes desde la conclusión de la audiencia, conforme al artículo 429.2 LEC.

Finalmente, en el ámbito del procedimiento civil principal, la reforma añade un **nuevo plazo específico de proposición de pruebas y de alegaciones, por escrito, a las excepciones procesales** que la parte demandada haya podido apreciar en el escrito de contestación a la demanda, disponiendo el artículo 438 LEC:

“Contestada la demanda y, en su caso, la reconvención o el crédito compensable, o transcurridos los plazos correspondientes, el letrado o la letrada de la Administración de Justicia dictará diligencia de ordenación acordando dar traslado del escrito de contestación a la parte demandante y concediendo a ambas partes el plazo común de cinco días a fin de que propongan la prueba que quieran practicar, debiendo, igualmente, indicar las personas que, por no poder presentar ellas mismas, han de ser citadas por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia a la vista para que declaren en calidad de parte, testigos o peritos, a cuyo fin facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación. En el mismo plazo de cinco días podrán las partes pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el artículo 381. En el supuesto que alguna de las partes hubiera anunciado la presentación de una prueba pericial conforme al artículo 337.1, dicho plazo de cinco días empezará a contar desde que se tenga por aportado el referido dictamen o haya transcurrido el plazo para su presentación.

Dentro del mismo plazo de cinco días la parte actora podrá realizar las alegaciones que tenga por conveniente con respecto a las excepciones procesales planteadas por el demandado en su escrito de contestación que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.”

8.3. Delimitación de la doctrina *self cleaning* en las prohibiciones de contratación pública – *Fernando Luque Regueiro*¹.

Es sabido que el artículo 72.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público² (LCSP) prevé que, constante la tramitación de un determinado procedimiento de contratación, puedan levantarse determinadas prohibiciones de contratación que pesan sobre los licitadores. La literalidad del precepto lo constriñe a aquellas prohibiciones que exigen su previa declaración, por lo que deberían entenderse excluidas de esa misma posibilidad rehabilitadora a las prohibiciones de contratar de apreciación directa por los órganos de contratación.

Quedarían, por tanto, al margen de una eventual sanación -por remisión del artículo 72.1 de la LCSP-, las prohibiciones de contratar referidas a la insolvencia o concurso del licitador (art.71.1.c); las debidas al incumplimiento de obligaciones tributarias o de seguridad social, o por mor del incumplimiento de las obligaciones impuestas sectorialmente en materia de discapacidad o de la tenencia e inscripción del plan de igualdad (art.71.1.d); las derivadas de sanciones administrativas firmes en materia de subvenciones o tributaria (art.71.1.f); las implícitas a los distintos regímenes de incompatibilidades (art.71.1.g y h). También quedarían excluidos otros supuestos de prohibiciones de apreciación directa por los órganos de contratación -por indicación del artículo 72.2 de la LCSP-, y en concreto, los derivados de sentencias o resoluciones administrativas que se hubieran pronunciado expresamente sobre su alcance y duración.

Estos límites sanatorios no emanan de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero (la Directiva, en adelante), cuyo artículo 57.6³ permite en términos más amplios la eventual

¹ Letrado de la Comunidad de Madrid. Actualmente ocupa el puesto de Letrado-Jefe de la Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional, Asuntos Constitucionales y Estudios de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

² El artículo 72.5 de la LCSP así dispone: “cuando conforme a lo señalado en este artículo, sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de esta se determinarán siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca.

No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a)”.

³ “Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

superación de la prohibición de contratar. La Resolución 26/2023, de 27 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, nos aclara que el artículo 57 de la Directiva regula en sus apartados 1 y 2 las causas de exclusión obligatorias (condena por sentencia firme e incumplimiento de obligaciones en lo referente al pago de impuestos y cotizaciones a la seguridad social) y en su apartado 4 otras causas que no son obligatorias para los Estados miembros⁴. Para todas ellas el artículo 57.6 de la Directiva prevé la posibilidad de que un operador económico pueda presentar pruebas de la suficiencia de las medidas correctoras o *self cleaning*, demostrando su fiabilidad en orden a evitar la exclusión.

No existiendo una correlación entre la Directiva y la LCSP, por cuanto su artículo 72.5, en los términos vistos, circunscribe esta posibilidad de *self cleaning* a las prohibiciones de contratar que exigen una declaración previa, sólo sería dable su extensión a las demás, si la Directiva en este punto tuviera eficacia directa, y precisamente es esto lo que ha declarado expresamente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de enero de 2021, (asunto C-387/19), al considerar que se dan los requisitos exigibles para dotar al precepto de dicha eficacia directa. Se estima que el artículo 57.6 de la Directiva establece una disposición de manera suficientemente precisa e incondicional, de suerte que “*establece una protección mínima a favor del operador económico, independientemente del margen de apreciación que se deja a los Estados miembros para determinar los requisitos de procedimiento de dicha disposición*”, vertiendo “*los elementos fundamentales del régimen de medidas correctoras y del derecho conferido al operador económico, indicando los elementos mínimos que deben probarse y los criterios de evaluación que deben respetarse*”, lo que le hace acreedor de su eficacia directa.

En consecuencia, a partir de este pronunciamiento rige la doctrina *self cleaning* en el marco de la LCSP, tanto para las causas de prohibición con declaración previa como para las de directa apreciación por los órganos de contratación. Sin embargo, cabe vislumbrar una cierta renuencia en su aplicación por parte de los órganos de contratación, lo que ha

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas. Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión. Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva”.

⁴ Estas causas son las referidas al incumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral; la quiebra o insolvencia; la falta profesional grave que pone en entredicho su integridad; el falseamiento de la competencia; el conflicto de intereses; la participación previa en la preparación del procedimiento de contratación; deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior; falsedad grave al proporcionar la información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión o el cumplimiento de los criterios de selección; o, en fin, la influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación.

propiciado numerosa litigiosidad ante los distintos tribunales administrativos de contratación, especialmente intensa en lo que hace a la causa referida a la tenencia e inscripción del plan de igualdad.

En este punto debe remedarse el Acuerdo del Pleno del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 5 de abril de 2022, sobre la aplicación de las prohibiciones de contratar, y en concreto, sobre la aplicación temporal de éstas a la vista del artículo 140.4 de la LCSP, según el cual las circunstancias relativas a la ausencia de prohibiciones de contratar deben concurrir en la fecha final de la presentación de ofertas y subsistir en el momento de la perfección del contrato. Dicho Acuerdo concluye, con base en la interpretación literal y sistemática que propone, que la ausencia de prohibiciones debe existir en los dos momentos procedimentales indicados, comprendiendo también el periodo temporal que media entre ambos⁵. Por tanto, los licitadores no han de encontrarse incursos en prohibición de contratar desde la fecha del fin del plazo de presentación de ofertas hasta el tiempo de celebrarse el contrato⁶.

Dicho Acuerdo también se hace eco de la doctrina *self cleaning* como consecuencia del comentado efecto directo de la Directiva, señalando que dicha doctrina es aplicable a todas las prohibiciones de contratar, con la consecuencia de que, si las pruebas aportadas se consideran suficientes, el licitador no ha de quedar excluido. En particular, nos recuerda que, con relación a la causa consistente en el incumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social, ésta no se aplicará si el licitador cumple sus obligaciones de pago o celebra un acuerdo vinculante con vistas a los pagos correspondientes, incluidos, en su caso, intereses y multa. Pero esa posibilidad de *self cleaning* se somete a los parámetros temporales antes delimitados.

Por su parte, la Resolución 101/2025, de 23 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁷, precisa que la posibilidad de *self cleaning* puede ejercerse por el operador económico, tanto a iniciativa propia como a instancia del poder adjudicador⁸, y tanto en el momento de la presentación de la oferta como en una fase

⁵ Dicho Acuerdo se adopta como reacción a la Sentencia 2970/2020, de 28 de septiembre (rec.8006/2018), que reconducía la cuestión exclusivamente al momento de presentación de ofertas, con el argumento de que es la solución “*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*” (F.D.8).

⁶ En este sentido, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, que, en su Resolución 49/2024, de 26 de febrero, con cita a su vez la Resolución 150/2023, de 13 de junio, como precedente, considera absolutamente insubsanable la causa de prohibición de contratar existente en la fecha final del plazo de presentación de ofertas.

⁷ Con acopio de sus previos planteamientos expuestos en las Resoluciones 419/2024, de 20 de marzo; 629/2024, de 16 de mayo; y 1601/2024, de 12 de noviembre.

⁸ La Resolución 288/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 21 de julio, insiste en la obligación que pesa sobre el órgano de contratación de dar la oportunidad al licitador de acreditar que no está incurso en prohibición de contratar, en el caso del cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social: “*cuando en el ejercicio de la habilitación del licitador, la mesa accede a la aplicación informática de Tesorería en fecha 29 de abril de 2022, tiene deudas con la Seguridad Social, cuya referencia consta en la certificación de 4 de mayo. La certificación acredita exclusivamente la situación del interesado en el momento de expedir la certificación (el 29 de abril), no en el momento pretérito de la licitación, siendo*

posterior del procedimiento. Cuando media el requerimiento del órgano de contratación, deberán aportarse las pruebas de fiabilidad en el plazo concedido al efecto.

También resulta de interés el Acuerdo del Pleno del mismo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 26 de septiembre de 2024, referido específicamente a la aplicación de la prohibición para contratar relativa al plan de igualdad⁹, en el que se concluye que quedarán sujetos a esta prohibición las empresas de cincuenta o más trabajadores que no cumplan con la obligación de contar con un plan de igualdad inscrito en el Registro Laboral correspondiente, pero se añade, como excepción, que no se encontrarán incurso en la prohibición cuando hayan solicitado su inscripción en el registro laboral correspondiente, y no hayan recibido notificación de decisión alguna, transcurridos tres meses desde la solicitud¹⁰. Finalmente se confirma que, a efectos de la acreditación de no estar incurso en esta prohibición de contratar, se aplicará la doctrina del *self cleaning*, con remisión a lo expuesto en el precitado Acuerdo de 5 de abril de 2022.

Por su parte, el Acuerdo 10/2024, de 9 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid, sobre el deber de inscripción de los planes de igualdad, bajo la influencia de la doctrina antes glosada, modifica los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares, con expresión de la forma de acreditación de dicha obligación, previendo, bien la consulta en los registros laborales por el órgano de contratación, bien a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el documento que demuestre en qué fecha presentó la solicitud de inscripción, acompañado de un certificado del citado registro acreditativo de tales extremos o, en defecto de este último, de la solicitud de tal certificado en la que figure su fecha de presentación en el mismo. Con dicha documentación se podrá comprobar el transcurso del plazo de tres meses sin resolución (silencio positivo); cuestión ésta que se ha clarificado por el posterior Informe 1/2025, de 11 de febrero¹¹, que interpreta el referido Acuerdo 10/2024.

a estos efectos, y por lo que respecta al cumplimiento de las prohibiciones para contratar de los artículos 71 y 140.4 de la LCSP completamente. ineficiente, no demostrando si está al corriente en fecha de licitación ni de perfección del contrato. En cambio, de requerir la documentación al propio licitador, él mismo se habría puesto al corriente, como hizo en 4 de mayo de 2022, pudiendo acreditar, además, que también estaba al corriente de pago en plazo de licitación. La actuación de la mesa fue precipitada, no dando la oportunidad al licitador de acreditar estar al corriente de pago de sus obligaciones con la Seguridad Social”.

⁹ Emitido con ocasión de la modificación introducida en el artículo 71.1.d) de la LCSP por la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombre, en el que se introduce expresamente que dicho Plan de Igualdad ha de inscribirse en el Registro Laboral correspondiente.

¹⁰ Esta interpretación se funda en la Sentencia nº 543/2024, de 11 de abril, de la Sala de lo Social, Pleno, del Tribunal Supremo, que aplica en este caso el silencio administrativo positivo, con la consecuencia de la imposible denegación tardía de la inscripción.

¹¹ Se vierten dos conclusiones: “1.- Aunque en todo caso la mesa o el órgano de contratación pueden consultar por medios electrónicos la efectiva inscripción del plan de igualdad de la empresa en el correspondiente registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad, de la autoridad laboral competente, si el licitador se opone a que realicen dicha consulta a efectos de incorporar la acreditación al expediente de contratación, será él mismo quien habrá de aportar el certificado de inscripción en ese registro, cuando se le requiera. 2.- Cuando el licitador haya declarado que ha presentado la solicitud de inscripción de su plan de igualdad en el correspondiente registro laboral junto con la documentación preceptiva para ello y que han transcurrido tres meses sin haber recibido notificación de decisión alguna sobre la misma, se le

Es importante reseñar que el principio de proporcionalidad debe presidir la evaluación por el órgano de contratación de las pruebas aportadas por el licitador para acreditar su fiabilidad. Así nos lo recuerda la Resolución 6/2024, de 18 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, con cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/8), alusiva a dicho principio de proporcionalidad, después consagrado en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24¹², de modo que los actos de los poder adjudicatarios no han de rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, sin que las desventajas ocasionadas sean desproporcionadas con el respeto a aquellos objetivos. También se invoca la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2023 (asunto C-66/22), en el que se reafirma lo señalado, al indicar que *“esta apreciación debe efectuarse la luz del principio de proporcionalidad y teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes para comprobar si está justificada la aplicación del motivo de exclusión”*.

podrá requerir para que lo acredite mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho y, si dicho registro emite un certificado de silencio administrativo positivo basándose en el artículo 24.4 de la LPAC, ese certificado también es un medio válido si acredita que ha transcurrido el indicado plazo”.

¹² “Los poderes adjudicatarios tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada”.