

BOLETÍN 6

Juezas y Jueces
para la Democracia

ACCESO A LA CARRERA JUDICIAL

Contencioso Administrativo y Social

SEPTIEMBRE 2022

JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA
POR LA CATEGORIA DE MAGISTRADOS/AS

BOLETÍN

Comisión Contencioso Administrativo

SEPTIEMBRE 2022

**CONSEJO DE
REDACCIÓN**
Diego Gutierrez
Alonso
Mariano López
Molina
Julia Sauri Martín

COORDINACIÓN
Fátima Mateos
Hernández

**DISEÑO Y
MAQUETACIÓN**
Teresa Compairé

IMÁGENES
Pixabay
Freepick

EDITA
Juezas y
Jueces para la
Democracia

ISSN 2951-9330

SUMARIO

01

COMENTARIO A LA STSJ
DE CATALUÑA, (SALA
DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 5ª)
NÚM. 969/2022
DE 21 MARZO, QUE DECLARA
LA NULIDAD DE LA ORDENANZA
RELATIVA A LA RESTRICCIÓN
DE LA CIRCULACIÓN DE
DETERMINADOS VEHÍCULOS EN
LA CIUDAD DE BARCELONA.

MIGUEL ÁNGEL CAMPOS SÁNCHEZ
Doctor en Derecho Administrativo
y abogado colegiado en el ICA
Almería.

02

DIFICULTADES DEL
CONSENTIMIENTO INFORMADO
ANTE LA DOBLE CUALIDAD DE
LA PERSONA TRABAJADORA.

ARACELI CRESPO PASCUAL
Letrada de la Administración de
Justicia.

03

ABONO DE PRESTACIONES SIN
COBERTURA CONTRACTUAL EN EL
ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS: ENTRE LA NULIDAD, LA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
Y EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.
Reflexiones a propósito del Dictamen
del Consejo de Estado 706/2021, de 27
de enero de 2022.

NICOLÁS MUELA REGLI
Letrado de la Administración Sanitaria
de la Junta de Andalucía.

04

SENTENCIA DE LA SALA TERCERA
DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE
MARZO DE 2022 (REC. 6695/2020).

IRENE TRUYOLS CANTALLOPS
Juez sustituta adscrita al TSJ
de Baleares

05

COMENTARIO SOBRE LAS
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL
SUPREMO DE 9 DE FEBRERO (REC.
Nº 4769/2020) Y 27 DE ABRIL DE 2022
(REC. 4793/2020)

IGNACIO FERRERAS
Abogado Habilitado en la Abogacía
del Estado en Álava

01

COMENTARIO A LA STSJ DE CATALUÑA,
(SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO,
SECCIÓN 5ª) NÚM. 969/2022 DE 21
MARZO, QUE DECLARA LA NULIDAD DE LA
ORDENANZA RELATIVA A LA **RESTRICCIÓN
DE LA CIRCULACIÓN DE DETERMINADOS
VEHÍCULOS EN LA CIUDAD DE BARCELONA**

Miguel Ángel CAMPOS SÁNCHEZ
Doctor en Derecho Administrativo y
abogado colegiado en el ICA Almería

sumario

- I. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.
- II. INTERÉS POR LA CUESTIÓN.
- III. NECESIDAD DE RECORDAR LO OBVIO.
- IV. EXPEDIENTE FORMAL VS. EXPEDIENTE MATERIAL.
- V. INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD. CONTROL Y CAUTELAS.
- VI. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA

I. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN

El acto administrativo impugnado es el Acuerdo del Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 20 de diciembre de 2019, que aprueba la Ordenanza relativa a la restricción de la circulación de determinados vehículos en la ciudad de Barcelona con el objetivo de preservar y mejorar la calidad del aire

Dado lo prolijo de los motivos impugnatorios -y dada la extensión de la propia Sentencia-, el Tribunal acierta al realizar un resumen en el F.J. TERCERO de los motivos que son sometidos a su examen:

- 1) **Competencia municipal y Derechos afectados por la Ordenanza;**
- 2) **Ámbito del control judicial y aspectos formales de la tramitación de la Ordenanza;**
- 3) **Restricciones establecidas por la Ordenanza impugnada: alcance objetivo, subjetivo y temporal;**
- 4) **Ámbito de aplicación: delimitación territorial de la Z.B.E. [zona de bajas emisiones];**
- 5) **Impacto presupuestario, económico y social de la Ordenanza.**

II. INTERÉS POR LA CUESTIÓN

Excede las pretensiones de este trabajo el análisis de cada motivo, si bien nos centraremos en una de las cuestiones que ha merecido mayor reproche por parte de la Sala y que también forma parte del *corpus* decisorio en los votos particulares concurrentes de la Sra. Navarro de Zuloaga y el Sr. Paricio Rallo. Nos referimos a la insuficiencia del informe acerca del impacto presupuestario, económico y social, toda vez que en la práctica forense se advierte un creciente desapego respecto del recto cumplimiento de este requisito en la aprobación de ordenanzas.

Es de reseñar que este informe económico-financiero-social es tanto más endeble –en la práctica forense, repetimos- cuanto más elevados son las pretensiones de protección ambiental; de otra forma: puede decirse sin temor al envanecimiento que el alto valor a proteger con las denominadas ordenanzas ambientales hace demasiadas veces decaer el celo municipal en lo que a las consecuencias económicas de su implantación se refiere; valga la enésima referencia a que tampoco en derecho local el fin justifica los medios, ni su casi ausencia, como ha sucedido en el presente caso.

III. NECESIDAD DE RECORDAR LO OBVIO

Que el procedimiento administrativo -entendido en sentido amplio- es pieza angular de cualquier sistema de democrático de Derecho Público, es cuestión que no responde sólo a criterios formales, sino que el procedimiento administrativo, desde una perspectiva psicologista es el conjunto de actos conformadores de la voluntad de la administración, ya sea para la emisión de un acto o una disposición general. En el ámbito doctrinal, GONZÁLEZ PÉREZ define el expediente administrativo como «el conjunto de escritos que reflejan el desenvolvimiento de las distintas actividades que tienen lugar a lo largo del procedimiento»; en parecidos términos se expresan las S.S.T.S. de 23 de junio de 1965 y 23 de marzo de 1966, para las que el expediente administrativo es «el conjunto de actuaciones originales que han conducido a la emisión de un acto»; por su parte, SAINZ DE ROBLES lo considera como «la plasmación documental del procedimiento que ha servido de antecedente al acto objeto de las pretensiones del proceso»; sin embargo, la definición más gráfica, plástica y significativa es la que propone GONZÁLEZ NAVARRO, para quien «el expediente administrativo es la materialización del procedimiento, el procedimiento hecho papel».

El expediente posee una finalidad multívoca en el proceso administrativo. La doctrina y la jurisprudencia han puesto tradicionalmente el énfasis en dos propósitos diferentes, relativos, el primero, a las partes, puesto que gracias al expediente los derechos de defensa de éstas quedan más protegidos; y el segundo, al órgano jurisdiccional, pues coadyuva en el cumplimiento de sus deberes de control de la legalidad de la actuación administrativa impugnada, de los presupuestos procesales y de los emplazamientos realizados por la Administración demandada, así como al resolver distintos problemas probatorios por las partes planteados.

Pues bien, tras el análisis del informe económico, financiero y social, concluye la Sala que «en el expediente no se realiza un análisis suficiente



de las alternativas, ni de las consecuencias económicas, sociales y sobre el mercado y competencia que producen las medidas, ni se evalúan suficientemente los costes y beneficios que implica el proyecto de disposición para sus destinatarios, así como las cargas administrativas que supone la promulgación de la Ordenanza». Dicho informe, como pone de manifiesto el voto particular concurrente de la Sra. Navarro de Zuloaga, «es muy breve», pues consta únicamente a los folios 39 a 41 del E.A.; esto es, dos folios que, como afirma la Sala, «no cumplen la función de asegurar que los encargados de tramitar y aprobar la Ordenanza tengan la información necesaria que les permita estimar qué impacto tendrá en los ciudadanos y qué medios serán necesarios para su aplicación, sin que recoja una motivación suficiente de la necesidad y de la oportunidad de la norma proyectada, ni una valoración de las distintas alternativas existentes, ni un análisis de las consecuencias económicas y jurídicas que se derivarán de su aplicación...» (F.J. SÉPTIMO).

IV. EXPEDIENTE FORMAL VS. EXPEDIENTE MATERIAL

Como acertadamente recuerda la sala, «la existencia de ciertos márgenes discrecionales que acompañan al ejercicio de la potestad reglamentaria no impide el control judicial efectivo sobre los fundamentos en que se asienta la disposición reglamentaria correspondiente, los cuales deben exteriorizarse en el procedimiento de elaboración. No se trata de un control meramente formal, sino que debe constatar que el cumplimiento de los trámites ha sido real, efectivo y no meramente aparente, de forma que no se trata en modo alguno de que el juez sustituya la ponderación administrativa, sino que garantice que la misma se ha producido efectivamente.

En el caso, existen vicios sustanciales en la elaboración de la norma como queda expresado. En este sentido, la jurisprudencia viene expresando que debe realizarse un control efectivo sobre la suficiencia de la documentación del expediente, de modo que la omisión de trámites sustanciales o el cumplimiento defectuoso de los mismos de forma trascendente para el cumplimiento de su finalidad, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte (SSTS 29 de febrero de 2012, Recurso núm. 234/2010), 12 de diciembre de 2016, Recurso núm. 903/2014), 15 de marzo de 2019, Recurso núm. 618/17y 29 de junio de 2020 (Recurso núm. 113/2019), entre otras muchas).

V. INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD. CONTROL Y CAUTELAS

Si bien nos congratulamos de la Sentencia comentada, no se puede soslayar la cautela con que se maneja otro de los votos particulares concurrentes. Así, en el parecer de la Sala – de forma explícita, a veces, otras no- se deja entrever el Principio General del Derecho que todo lo atraviesa: la proporcionalidad como vehículo para aplicar el de Prohibición de Interdicción de la Arbitrariedad. Y es que, como se ha escrito (CANCIO FERNÁNDEZ), «al principio de proporcionalidad se le ha identificado en los últimos años como el arco de bóveda del «nuevo constitucionalismo», definidor del grado de madurez de un Tribunal Constitucional. El juicio de proporcionalidad tiene como objetivo esencial la resolución de conflictos entre derechos, intereses o valores concurrentes, pero

efectuándolo, y aquí reside su valor añadido, sin necesidad de establecer jerarquías en abstracto de los elementos en concurrencia y, por ende, sin la necesidad de prejuzgar su grado de legitimidad.

Y entendiendo que en la presente resolución se aplica de forma correcta por la Sala, es de resaltar la cautela advertida en el voto particular del Sr. Paricio Rallo, pues pocas veces como en esta resolución puede vislumbrarse la tenuidad de la línea que separa la legítima voluntad política de la aplicación justa –también legítima– del Derecho: «[e]l principio de proporcionalidad no es neutro, responde a una determinada escala de valores. El juicio de proporcionalidad se lleva a cabo en una atmosfera de muy escasa densidad jurídica, en la que el tribunal actúa en una función de naturaleza arbitral, y lo hace en con base en una concreta valoración de razonabilidad de las medidas objeto de enjuiciamiento, concepto éste que no tiene naturaleza absoluta y unívoca, ni queda exento de un componente significativo de subjetividad».

“Una atalaya magnífica desde la que atisbar cuestiones tan cruciales como los límites entre arbitrariedad y discrecionalidad, Justicia y Política y, en definitiva, Democracia y Derecho”

VI. CONCLUSIÓN

En definitiva, una de esas Sentencias que destaca tanto más por lo que enseña que por lo que decide; una atalaya magnífica desde la que atisbar cuestiones tan cruciales como los límites entre arbitrariedad y discrecionalidad, Justicia y Política y, en definitiva, Democracia y Derecho. Un Sentencia que sirve para reflexionar, simplemente y en lo que al jurista atañe, sobre el signo de los tiempos.

BIBLIOGRAFÍA

- ▶ CANCIO FERNÁNDEZ. Límites constitucionales en la aplicación del principio de proporcionalidad. Revista Aranzadi Doctrinal. 11/2016.
- ▶ EL DERECHO-LEFEBVRE. Bases de Datos.
- ▶ PAREJO ALFONSO, L. (director). Lecciones de Derecho Administrativo. Orden Económico y Sectores de Referencia. Tirant Lo Blanch. 2015.
- ▶ PAREJO ALFONSO, L. (director). Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General. 2021.
- ▶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (director). Los principios jurídicos del derecho administrativo. La Ley. 2010.
- ▶ V.V.A.A. Lecciones Fundamentales de Derecho Administrativo. Aranzadi. 2018.
- ▶ V.V.A.A. Memento Administraciones Locales. Lefebvre. 2022.



02

DIFICULTADES DEL
CONSENTIMIENTO
INFORMADO ANTE
**LA DOBLE CUALIDAD
DE LA PERSONA
TRABAJADORA**



Araceli
CRESPO PASCUAL
Letrada de la
Administración
de Justicia

sumario

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES.
- III. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS.
- IV. IDENTIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS RECURRIDAS Y REFERENCIADAS.
- V. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS.
- VI. PLANTEAMIENTO JURÍDICO.
- VII. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS.
- VIII. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La reciente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo número 194/2022, de 8 de marzo de 2022, examina si una entidad bancaria puede obtener información de uno de sus empleados para acreditar un incumplimiento de sus obligaciones laborales a través del acceso a la cuenta bancaria personal de esa trabajadora.

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

La actora F. provista de DNI nº NUM000 desempeña su actividad laboral por cuenta ajena, mediante contrato indefinido y jornada completa, dentro del ámbito y organización de la empresa Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA).

La demandada es un grupo financiero global fundado en 1857 y con una posición de liderazgo en el mercado español.

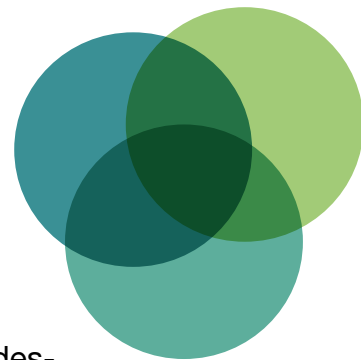
IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS

Con fecha 7 de marzo de 2017 la empresa notifica a la trabajadora un pliego de cargos detallando las irregularidades detectadas durante el periodo enero 2014 a febrero 2017, junto con una medida disciplinaria de suspensión cautelar de empleo. Tras una primera fase de alegaciones y pliegos de descargo, con fecha 29 de marzo de 2017, la empresa comunica a la trabajadora su decisión de proceder a su despido disciplinario, al subsumir su conducta en una falta muy grave de apropiación indebida, transgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza e infracción de la normativa interna de la empresa¹. La trabajadora firmó su notificación como no conforme.

Durante el periodo en el que la empresa imputa irregularidades a la trabajadora, ésta ostentaba la categoría de Gestora Comercial Mixta y prestaba su actividad en la oficina de E000000, si bien a raíz de la prejubilación de la empleada encargada de caja, la actora asumió las funciones del puesto de caja y de dos autoservicios (cajeros automáticos). Ella era la única que desempeñaba esas funciones. En marzo de 2016 fue trasladada forzadamente a la oficina de la localidad de C000000, en la que tan solo prestaban servicios la actora y la directora de la sucursal.

¹ La normativa interna del BBVA (número 80.00.127) prohíbe a sus empleados realizar directamente en las aplicaciones propias del banco cualquier tipo de operativa en su propio nombre, y contratar productos y servicios comercializados a través de la Red de BBVA, en nombre propio o de terceras personas vinculadas.

Los hechos imputados a la trabajadora fueron tres: apropiación indebida de efectivo de caja y cajeros automáticos; incumplimiento de la normativa interna por uso inadecuado de los aplicativos del Banco, materializado en auto-operativa en cuentas propias; y retrocesión de comisiones sin autorización.



Advertidas estas faltas, el banco inició una auditoría interna que descartó el error informático y el error humano, y que alcanzó a investigar las cuentas de las que era titular su trabajadora, examinando sus ingresos (origen e importes) y sus gastos (destino e importes). No hay imágenes de las cámaras de seguridad que acrediten la responsabilidad de Doña F. en los faltantes de efectivo, si bien, la actora era la encargada de hacer la recarga de efectivo en los cajeros automáticos de las oficinas donde prestaba su actividad laboral.

La trabajadora presentó papeleta de conciliación en materia de despido e impugnó el mismo judicialmente postulando su improcedencia.

IV IDENTIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS RECURRIDAS Y REFERENCIADAS

La demanda de la trabajadora fue inicialmente estimada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Figueras, que dictó sentencia en fecha 12 de febrero de 2018, en la que declaraba la improcedencia del despido, al considerar no acreditada la apropiación indebida y estimar no poder otorgar eficacia probatoria a la auditoría interna, por haberse practicado con vulneración de los Derechos Fundamentales de la trabajadora a su intimidad y a la protección de sus datos. Vía recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 20 de septiembre de 2018, desestimó la demanda de la trabajadora y estimó la procedencia del despido disciplinario, al entender acreditados los incumplimientos (conscientes y reiterados) imputados a la trabajadora de la normativa interna del Banco, si bien, confirma que la auditoría de la empresa carecía de todo amparo legal resultando contraria a la Ley Orgánica de Protección de Datos.

El BBVA recurrió en casación para unificación de doctrina, planteando como sentencia referencial la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (con sede en Sevilla) de 5 de mayo de 2016 (Rec.1497/2015).

Esta sentencia confirmaba la sentencia dictada en la instancia y la procedencia del despido llevado a cabo por la entidad CaixaBank S.A.

En este caso, se trataba de un trabajador de esa entidad bancaria al que imputaban una operativa irregular a raíz de la queja de un cliente. La cuestión planteada en suplicación consistió en resolver si las pruebas aportadas por el banco empleador habían sido obtenidas vulnerando el derecho a la intimidad de los clientes, puesto que no se les pidió permiso para recoger sus identidades, saldos bancarios y movimientos de cuentas, y tampoco el trabajador había dado su consentimiento al tratamiento de sus datos personales.

La Sala de Suplicación vino a afirmar que la investigación interna había sido realizada sobre operaciones y cuentas que, pese a ser de titularidad de los clientes, la entidad administraba, asumiendo su obligación de custodia y gestión de las mismas, siendo parte fundamental del contrato de apertura de las mismas, y por tanto no siendo preciso el consentimiento a tenor de lo previsto en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

Finalizaba la Sala afirmando que la empleadora utilizó correctamente su poder de dirección, en términos del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo apreció efectivamente contradicción entre ambas sentencias.

V CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS

Se plantea en primer lugar una cuestión procesal, que consiste en determinar si el BBVA ostenta legitimación para recurrir la Sentencia, porque la misma vino a satisfacer sus pretensiones, siendo así que no existe gravamen que fundamente su recurso.

En segundo lugar, se plantea una cuestión de fondo, relativa a la posible infracción cometida en la Sentencia objeto de recurso de casación para unificación de doctrina, del artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, en relación con los artículos 18.1 y 18.4 de la Constitución Española y con el artículo 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

VI PLANTEAMIENTO JURÍDICO

Respecto de la primera de las cuestiones jurídicas objeto del recurso, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo remite a un supuesto idéntico al planteado², afirmando que la teoría del “gravamen” había enlazado con la teoría del “*interés*” (directo o indirecto en el pronunciamiento)³. Por ello, lo relevante para afirmar que una parte tiene legitimación para recurrir no es si ha resultado vencedora/vencida en el pleito, sino si tiene un interés legítimo.

La segunda de las cuestiones planteadas se centra en determinar si la sentencia recurrida ha infringido los artículos 6.2 Ley Orgánica de Protección de Datos⁴ y 20.3 del

2 Véase la Sentencia de la Sala de lo Social de 8 de febrero de 2018 (Rcud. 1121/2015).

3 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 26/10/2006, rcud. 3485/2005 y de 19/07/2012, rcud.2454/2011, entre otras. Asimismo, esta teoría ha sido positivizada en el artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en iguales términos se recoge en el Preámbulo de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

4 A tenor del citado artículo cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del

Estatuto de los Trabajadores⁵, en relación con los artículos 18.1 y 18.2 de la Constitución y con el artículo 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁶.

La Sentencia recurrida afirma que la entidad bancaria vulneró el derecho a la intimidad de la trabajadora al haber utilizado en el informe de su investigación datos de la cuenta corriente personal de ésta, sin obtener el correspondiente consentimiento.

Sostiene la recurrente que el acceso a los datos bancarios personales de la trabajadora no fueron constitutivos de vulneración de su derecho a la intimidad ni de su derecho a la protección de datos, porque la propia empleadora era parte del contrato bancario, teniendo en esa condición total acceso a los mismos (sin necesidad de consentimiento de la otra parte) y que su actuación tuvo como finalidad comprobar los incumplimientos contractuales de la trabajadora en virtud de su poder de dirección y control del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, estando por tanto amparada en el contenido del artículo 6 de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

VII RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS

Con respecto a la primera de las cuestiones planteadas, concluye la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que la empresa tiene efectivo interés en el pronunciamiento que resulte de este recurso de casación, por cuanto se han cuestionado sus poderes empresariales de control y, en mayor medida, porque su actuación ha sido calificada por el Tribunal Superior de Justicia como vulneradora de los derechos fundamentales de la trabajadora a la intimidad y a la protección de datos.

Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas, el Tribunal Supremo afirma que entre las partes existen dos tipos de relaciones contractuales: una derivada de su contrato laboral, por la que la trabajadora es empleada por cuenta ajena de la empresa, y la otra, de un contrato “de cuenta corriente”, por el que la trabajadora es cliente de esa misma empresa.

Según el contrato bancario, la trabajadora a título personal depositaba fondos en la entidad bancaria y ésta se comprometía a realizar cuantas operaciones fueran inherentes

afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas.

- 5 Artículo relativo a las facultades de dirección y organización empresarial según el cual el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad
- 6 Artículo relativo a la inadmisibilidad de las pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas.

al servicio de caja. Afirma la Sala que la entidad bancaria era concedora de las operaciones que se llevaban a cabo en la cuenta corriente de la trabajadora, en su condición de parte contractual, pero solo con el fin de utilizar esos datos para dar cumplimiento a las necesidades que derivasen de las obligaciones y derechos inherentes a esa relación mercantil. Resulta absurdo pretender que, por el hecho de que exista simultáneamente una relación laboral, no pueda la entidad bancaria acceder a los datos que como parte del contrato mercantil dispone de su cliente.

El problema se centra, por tanto, en determinar qué uso le puede dar la entidad bancaria a esos datos obtenidos de esa relación mercantil con la trabajadora.

Pues bien, para resolver ese problema, el Tribunal Supremo parte de dos hechos ciertos como son: que los datos de la cuenta corriente de la trabajadora son datos de naturaleza personal, y por tanto su protección está garantizada por el artículo 18.4 de la Constitución Española⁷; y que la trabajadora no ha autorizado a la entidad bancaria un uso de esos datos fuera del ámbito de su relación mercantil con la empresa.

En relación a este artículo 18.4 de la Constitución Española, el Tribunal Supremo acude en su Sentencia a la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a su titular *un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y sobre su destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derechos del afectado*.⁸ Y en base a ello, el Supremo declara que efectivamente los datos personales de la cuenta corriente de la trabajadora fueron utilizados sin su consentimiento, sin su autorización y sin su información previa sobre el destino de los mismos, y en todo caso, para un uso distinto al propio de ese contrato mercantil.

Por otro lado, afirma el Tribunal Supremo que tampoco puede la empresa pretender sostener su actuación en base a los poderes que le otorga el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto en la ejecución de los mismos la empresa ha vulnerado los derechos fundamentales de su empleada a la intimidad y a la protección de sus datos⁹. Concluye el Supremo, que la empresa se ha valido de su posición privilegiada, como cotitular del contrato mercantil que le une a su empleada, para obtener una serie de datos personales de ésta, y después utilizarlos, sin su consentimiento, en el ámbito de su rela-

7 Artículo consagrado por nuestro Tribunal Constitucional, desde su Sentencia 254/1993 de 20 de julio, como un derecho autónomo del derecho a la intimidad.

8 En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma que *se vulnera el derecho a la intimidad personal, cuando la actuación sobre su ámbito propio y reservado no sea acorde con la ley y no sea consentida, o cuando, aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida* (SSTCo 57/1994, 292/2000 y 29/2013, entre otras).

9 Véase en este sentido que la dignidad humana como valor básico de convivencia y fundamento del orden constitucional está contemplado en el artículo 10 de la Constitución Española y en el artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según la cual *“La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”*. A tenor de ambos artículos se recoge el respeto a la dignidad humana de la que emanan la vida, la igualdad, la libertad, la justicia, la seguridad y la solidaridad, todos ellos valores básicos inherentes al ser humano, y fundamentos del orden constitucional.



ción laboral. Por todo lo cual, ratifica el pronunciamiento de que la prueba así obtenida es ilícita, y confirma la Sentencia objeto de recurso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

VIII CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo aborda en esta Sentencia dos cuestiones fundamentales, la primera relativa al acceso al recurso a la parte favorecida por el fallo de la resolución, que guarda íntima relación con el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de nuestra Constitución, y la segunda, relativa a la posible vulneración del derecho a la intimidad y a la protección de datos de una trabajadora, con la que su empleadora tiene una doble vinculación contractual.

Respecto de la primera de las cuestiones, es bien sabido que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un único derecho fundamental, sino que se compone de una pluralidad de derechos fundamentales a disposición de los “justiciables”, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido delimitando qué otros derechos fundamentales se integran en él y hasta dónde alcanza el contenido de cada uno de ellos. Precisamente, entre éstos destaca el derecho a los recursos previstos legalmente. Ahora bien, como es sabido, no se reconoce un derecho constitucional a que las leyes procesales prevean recursos, sino a que los órganos jurisdiccionales permitan el acceso a los recursos recogidos en las leyes, interpretando conforme al “*principio pro actione*” los requisitos que se exigen para su admisión a trámite.

Respecto de la segunda cuestión, en puridad aborda el uso de los datos obtenidos por una empresa en el seno de una relación mercantil, para acreditar los incumplimientos laborales de una empleada, que es a su vez cliente del banco. En este sentido, efectivamente, una entidad bancaria está legitimada para hacer uso de los datos de sus clientes, para la gestión de sus fondos. Y una empresa está legitimada para efectuar el tratamiento de datos personales de sus empleados, no siendo necesario el consentimiento cuando los datos de carácter personal sean necesarios para la ejecución del contrato en el que el interesado es parte. Por lo tanto, el tratamiento se considera lícito para los fines legalmente previstos en cada uno de esos ámbitos. Sin embargo, lo que no permite el legislador, y así lo razona el Tribunal Supremo, es el tratamiento de los datos obtenidos por la entidad bancaria, a partir de su condición de gestor de cuentas, en el ámbito de la relación laboral que simultanea con su cliente. Es evidente que los fines de los datos obtenidos de la relación mercantil deben limitarse a esa misma relación, porque de lo contrario la empresa estaría abusando de una posición privilegiada, vulnerando el derecho a la intimidad y a la protección de los datos de su cliente, lo que precisamente sanciona el Tribunal Supremo en esta Sentencia al confirmar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

03

ABONO DE PRESTACIONES SIN COBERTURA CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ENTRE LA NULIDAD, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO 706/2021, DE 27 DE ENERO DE 2022

Nicolás MUELA REGLI

Letrado de la Administración
Sanitaria de la Junta de Andalucía

sumario

- I. INTRODUCCIÓN.**
- II. LA CLARIFICADORA POSTURA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SU DICTAMEN 706/2021: LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA CONTRACTUAL COMO VÍA PROCEDIMENTAL PARA RECLAMAR LAS PRESTACIONES SIN COBERTURA DE UN EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN.**
- III. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS A PROPÓSITO DEL DICTAMEN 706/2021.**
- IV. RESPONSABILIDADES PERSONALES, ADMINISTRATIVAS Y PENALES.**
- V. REFLEXIÓN FINAL: HACIA UN MECANISMO VERDADERAMENTE RESTITUTORIO DE LA LEGALIDAD CONTRACTUAL.**

I. INTRODUCCIÓN

La ejecución de prestaciones contractuales sin la cobertura de un procedimiento de licitación ajustado a los principios y a las prescripciones de la normativa de contratación pública es (desgraciadamente) una práctica más habitual de lo que sería deseable en el ámbito de las administraciones públicas territoriales. De hecho, ciñéndonos exclusivamente a los datos (ver en este sentido, el Informe de fiscalización de los expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito aprobados por las entidades locales en el ejercicio 2018), podríamos decir que dicha práctica no sólo no ha disminuido, sino que ha crecido considerablemente en los últimos años, especialmente en el ámbito de local.

El contexto de pandemia en el que nos vemos inmersos desde hace más de dos años y las necesidades acuciantes a las que han tenido que hacer frente los poderes públicos, singularmente en el ámbito sanitario, puede utilizarse como pretexto para continuar abusando de este tipo de prácticas claramente irregulares.

Las formas en las que se manifiestan estas “contrataciones irregulares” son múltiples, pero podemos destacar algunas, como: (i) la contratación verbal, es decir, facturas sin expediente contractual que las soporte, (ii) el fraccionamiento de prestaciones contractuales a través de la contratación menor, (iii) modificaciones contractuales no ajustadas a la ley y (iv) prórrogas contractuales ilegales (tácitas, forzosas, no previstas en el contrato o por encima de límite legal previsto).

El denominador común de todas estas situaciones es la infracción manifiesta del ordenamiento jurídico en la actividad contractual de la administración, con vulneración de los principios de igualdad, concurrencia, transparencia e integridad que debe presidir tal actividad.

No obstante, el fundamento jurídico en la respuesta de las administraciones o los órganos judiciales a las reclamaciones formuladas por las empresas que han llevado a cabo las prestaciones contractuales, no es siempre uniforme, pivotando entre principios y elementos jurídicos tales como la responsabilidad patrimonial, las consecuencias derivadas de nulidad contractual, el enriquecimiento injusto o incluso, acudiendo a figuras eminentemente presupuestarias, como el expediente de convalidación de gastos (sobre todo, en el ámbito local).

El Dictamen del Consejo de Estado 706/2021, de 27 de enero de 2022, al examinar un expediente de responsabilidad patrimonial en el que se debía determinar si indemnizar o no a una empresa por diversos servicios prestados y no abonados, “a la vista del elevado y persistente número de casos”, aprovecha para actualizar y clarificar su doctrina en esta materia, recogiendo una serie de criterios interpretativos de gran utilidad, especialmente “respecto de las vías procedimentales más adecuadas para resarcir o compensar a un contratista que realiza, a vista, ciencia y paciencia de la Administración contratante, una determinada prestación o servicio a favor de la misma con posterioridad a la extinción del contrato o al margen del objeto o contenido estricto del mismo”.

En las líneas que siguen, tratamos de desgranar dichos criterios y aportar algunas ideas que puedan servir para la reflexión y el debate.

II. LA CLARIFICADORA POSTURA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SU DICTAMEN 706/2021: LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA CONTRACTUAL COMO VÍA PROCEDIMENTAL PARA RECLAMAR LAS PRESTACIONES SIN COBERTURA DE UN EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

El Consejo analiza tres mecanismos procedimentales clásicos para canalizar las compensaciones económicas en estos casos: la revisión de oficio de actos nulos, la responsabilidad patrimonial y la acción de enriquecimiento injusto. Y descarta cada uno ellos, por las razones que exponemos seguidamente.

En primer lugar, el órgano consultivo se refiere a aquellos casos en los que, ante una prestación carente de cobertura contractual, “la Administración ha iniciado de oficio un procedimiento orientado a la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos o decisiones administrativas que dieron pie a la prestación del servicio sin cobertura contractual”. La pretensión revisora se fundamenta, al amparo del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 (al que se remite el artículo 39.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), en una supuesta “ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido” para dictar dichos actos. Declarada esa nulidad de pleno derecho, procede acordar el pago de esas prestaciones en concepto de restitución recíproca o de indemnización (artículo 42.1 de la Ley 9/2017 y artículo 106.4 de la Ley 39/2015).

Pues bien, según el órgano consultivo, “esta solución puede resultar de compleja articulación en los casos en que no hay rastro alguno de esos supuestos actos o decisiones



por las que se encarga al contratista continuar con la prestación o realizar la prestación extraordinaria. Solo en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera de contrato podría eventualmente acudir a la vía de la revisión de oficio, al poder identificarse fácilmente un acto administrativo irregular para que su nulidad sirva de base al pago. Fuera de tales casos, esta primera vía exige un intenso esfuerzo de argumentación para acomodar el supuesto a un instituto -el de la revisión de oficio- que está diseñado para acoger, con mayor naturalidad, otros supuestos. En consecuencia, la aplicación de esta primera posibilidad debe hacerse con toda cautela y evitando distorsionar sus perfiles propios y característicos”.

En segundo término, el Dictamen valora y descarta también la figura de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por el funcionamiento de los servicios de ella dependientes, consagrada en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Y dicho descarte viene determinado, básicamente, porque la responsabilidad patrimonial es una vía de resarcimiento que opera cuando no existen otros mecanismos de compensación específicos, cuya aplicación debe entenderse preferente (entre otros, dictámenes de los expedientes números 1.796/2007, de 29 de noviembre, y 456/2012, de 10 de mayo).

Finalmente, se excluye la posibilidad de encauzar procedimentalmente estas reclamaciones con la figura del enriquecimiento injusto, a pesar de la postura jurisprudencial mayoritariamente favorable a la utilización de acciones de esta naturaleza ejercitadas por contratistas que se encuentran en situaciones como las aquí examinadas (véase, por ejemplo, STS de 23 de noviembre de 2012, recurso número 4143/2009).

El órgano consultivo entiende que el enriquecimiento injusto “no es en sí mismo una vía procedimental por la que canalizar el pago, de oficio, de esas cantidades debidas por la Administración, sino una acción propia y singular del derecho administrativo, y distinta también de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración (STS de 12 de diciembre de 2012), que requeriría su previo ejercicio por el interesado”. Además, la responsabilidad extracontractual por enriquecimiento injusto “debe considerarse, por tanto, como una suerte de última ratio, una vía residual llamada únicamente a cubrir aquellos supuestos que no tengan otra vía específica prevista en el ordenamiento jurídico”.

En tales circunstancias, frente a las vías anteriormente analizadas, resulta mucho menos forzado, a juicio del órgano consultivo, que

el pago de los servicios o trabajos adicionales realizados por el contratista “a vista, ciencia y paciencia” de la Administración contratante, se ponga en referencia con el previo contrato que ligó a las partes, desembocando en una responsabilidad de naturaleza contractual.

Esta conceptualización tiene una consecuencia además importante respecto al importe que debe abonarse al contratista: si partimos de la existencia de una relación contractual, la retribución de las prestaciones debería atender, como regla general, al precio convenido en el contrato, pero con la importante salvedad, apuntada por el Consejo de Estado, de que la conducta de la empresa contratista puede llegar a ser determinante para reducir esa compensación (por ejemplo, excluyendo beneficio industrial esperado o previsible).

III. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS A PROPÓSITO DEL DICTAMEN 706/2021

Como ya he señalado anteriormente, creo que el Dictamen analizado tiene un valor clarificador indudable, ya que sintetiza con gran nitidez el estado de la cuestión respecto a este tipo de reclamaciones y aporta, además, conclusiones y pautas de actuación a futuro. No obstante, creo que es posible aportar algunas ideas adicionales, incluso en clave crítica.

De entrada, creo que debemos tener siempre claro que en cualquier análisis sobre esta materia, no cabe plantear soluciones apriorísticas, pues, aunque exista un denominador común, como es la ejecución de prestaciones contractuales sin el soporte procedimental legamente previsto, la casuística ante la que nos podemos encontrar es muy amplia, no sólo por la variedad de escenarios jurídicos posibles (prórrogas, modificados, etc.), sino por el papel desempeñado por los actores implicados en este tipo de prácticas irregulares (administración y contratista). Esta concurrencia de factores determina la imposibilidad, a mi juicio, de establecer criterios de actuación plenamente generalizables.

Ahora bien, sí existe un punto de partida claro en cualquier análisis: la ejecución de prestaciones sin la cobertura contractual necesaria es una situación patológica y endémica de nuestras administraciones y como tal, debe ser abordada. Y ello, pasa, a mi juicio, por tener presente tres claros presupuestos:

- La expresa reprobación de cualquier actuación irregular en el oportuno procedimiento administrativo que se tramite.
- La interpretación restrictiva de los mecanismos jurídicos que tiendan a obviar estas irregularidades o, al menos, a diluir sus efectos.
- La depuración de las eventuales responsabilidades de los sujetos implicados en la actuación irregular.

Sentado lo anterior, coincido con el Dictamen del Consejo de Estado en descartar, como regla general, la vía, muy extendida durante años, de la responsabilidad patrimonial, por

su carácter de última ratio, y por considerar que nos encontramos ante un título de imputación de la responsabilidad distinto, por ejemplo, al del enriquecimiento injusto.

Esta es la postura también de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al señalar que “la acción de enriquecimiento injusto se considera como fuente de obligaciones, conectada con la figura de los cuasicontratos y diferenciada de la acción de responsabilidad por daños, y que precisamente por ser distinta y autónoma de la acción de responsabilidad patrimonial, su ejercicio no está sometido al plazo prescriptivo de un año” (STS 12 de diciembre de 2012).

Además, esta distinción no es baladí, pues, de aceptar la vía de la responsabilidad patrimonial, habría de seguir la tramitación administrativa prevista para esta figura en la Ley 39/2015 y se aplicaría el plazo de prescripción de un año para presentar la correspondiente reclamación, frente al plazo de cuatro o cinco **años que suele aplicarse en las acciones de enriquecimiento injusto (según se aplique el artículo 1964 del Código Civil o la normativa presupuestaria)**.

La distinción también es relevante en cuanto a la cuantificación de la indemnización, ya que, en materia de responsabilidad patrimonial, rige el principio de reparación integral del daño, frente a la obligación de restitución aplicable al enriquecimiento injusto, en la que el beneficio obtenido como enriquecido funciona normalmente como límite necesario.

« de aceptar la vía de la responsabilidad patrimonial, habría de seguir la tramitación administrativa prevista para esta figura en la Ley 39/2015 y se aplicaría el plazo de prescripción de un año para presentar la correspondiente reclamación, frente al plazo de cuatro o cinco años que suele aplicarse en las acciones de enriquecimiento injusto (según se aplique el artículo 1964 del Código Civil o la normativa presupuestaria) »

Ahora bien, el carácter casuístico que apuntábamos antes hace que, si bien descartemos la vía procedimental de la responsabilidad patrimonial, no podamos excluir, en muchos casos, la apreciación de los requisitos sustantivos de dicha institución, recogidos en el artículo 32 y siguientes de la Ley 40/2015, cuando se utilicen otras vías procedimentales, concretamente la declaración de nulidad de la actuación contractual.

Así, la STS número 858/2021, de 16 de junio, al analizar las consecuencias de la nulidad de un contrato, nos recuerda que el artículo 106.4 de la Ley 39/2015 contempla la posibilidad de que en la misma resolución en que la se declare la nulidad de la actuación administrativa, pueda reconocerse a los interesados las indemnizaciones que correspondan, pero siempre que concurren los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, entre ellos, la antijuridicidad del daño; es decir, que no exista el deber jurídico de soportar el daño ocasionado por el acto nulo.

Precisamente, al analizarse la concurrencia del requisito de la antijuridicidad, la Sala entiende que: “quien ha colaborado en la causa de la nulidad del acto, del contrato en este caso, con actos decisivos, no puede considerarse que sufra un daño que no debía soportar, porque comportaría un enriquecimiento injusto pretender que el daño sea soportado solo por la Administración, cuando en la nulidad, en la causación del perjuicio, ha intervenido el mismo perjudicado”.

Es decir, en un escenario de declaración de la nulidad contractual, si la contratista es partícipe de la misma, la Administración puede llegar a negarse el abono de los trabajos prestados, por la “concurrencia de culpas” en la actuación administrativa y ello, por la vía del análisis del requisito de la antijuridicidad del daño.

De lo anterior, se desprende dos ideas claras:

1. Con carácter general, no debe acudir a la vía procedimental de la responsabilidad patrimonial, pero, a menudo, sí aplicaremos su régimen sustantivo.
2. El mecanismo procedimental *ad hoc* previsto en nuestro ordenamiento jurídico para canalizar los supuestos en los que la Administración recibe una prestación sin el soporte del procedimiento de contratación es la declaración de nulidad y determinación de sus efectos, con el que se consigue el doble de efecto de (i) expulsar del ordenamiento jurídico la actuación irregular y, (ii) al mismo tiempo, como parte de los efectos de la declaración de nulidad, el pago de las prestaciones realizadas en concepto de restitución recíproca o de indemnización (artículo 42.1 de la Ley 9/2017 y artículo 106.4 de la Ley 39/2015).

Siendo cierto lo anterior, también lo es que, como apunta el Dictamen del Consejo de Estado, no siempre es fácil apreciar la concurrencia de causas de nulidad o anulabilidad y que, además, en muchas ocasiones, cuesta identificar las actuaciones revisables, cuando se concretan, por ejemplo, a través de órdenes verbales. La aplicación de los mecanismos de revisión de oficio plantea, pues, dificultades de materialización y operatividad en la práctica.

Para aquellos supuestos en los que la apreciación de la nulidad de la actuación contractual no sea una tan tarea sencilla, la compensación económica por los trabajos realizados debe buscar otros fundamentos jurídicos como el tradicional principio de interdicción del enriquecimiento injusto de las administraciones. Ciertamente, esta acción carece de un marco procedimental específico en la legislación administrativa, pero su ejercicio y régimen jurídico se encuentra bien definidos en una doctrina jurisprudencial sólida y consolidada y que sustenta en la vigencia de tal principio como fuente autónoma de obligaciones (artículo 1089 del Código Civil). Eso sí, su aplicación debe llevarse

« no siempre es fácil apreciar la concurrencia de causas de nulidad o anulabilidad y que, además, en muchas ocasiones, cuesta identificar las actuaciones revisables, cuando se concretan, por ejemplo, a través de órdenes verbales. »

a cabo con carácter restrictivo, como último mecanismo o resorte de nuestro ordenamiento jurídico, con el único fin de no causar un daño indebido a los empresarios que han ejecutado trabajos a favor de las administraciones.

En este escenario, también cabría sostener que la vía procedimental para evitar ese enriquecimiento injusto sea la compensación contractual, como sostiene el Dictamen analizado.

Y en este punto es donde manifiesto cierta discrepancia con el Consejo de Estado, pues parece confundir o, al menos, no distinguir adecuadamente, el título jurídico que determina la compensación económica (enriquecimiento injusto) con la vía procedimental seguida para ello (compensación contractual), al establecer una cierta incompatibilidad entre ambas figuras, que quien suscribe no observa. De hecho, este es el camino que han seguido normalmente nuestros órganos judiciales al resolver este tipo de reclamaciones.

No obstante, la acción de enriquecimiento injusto presenta un carácter ciertamente limitado, ya que no permite depurar situaciones jurídicas, ni responsabilidades personales.

IV. RESPONSABILIDADES PERSONALES, ADMINISTRATIVAS Y PENALES

Nos encontramos ante una dimensión del problema analizado que no siempre se tiene suficientemente presente, pero que reviste una indudable importancia: una actuación administrativa irregular, puede (y en muchos casos, debe) generar responsabilidades personales en el plano administrativo o incluso penal.

En primer lugar, cabe pensar en la responsabilidad del personal al servicio de la administración implicado en la actuación administrativa irregular.

Así, el artículo 95 del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, determina como infracción muy grave: “la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”.

En segundo lugar, dado que cualquier actuación contractual sin procedimiento legal que lo soporte comporta, en última instancia, disposición de gasto público, podemos encontrarnos también ante supuestos de responsabilidad contable en los términos descritos en los artículos 38 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (“el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados”).



También en el plano administrativo, debemos atender a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que establece un régimen sancionador para altos cargos y directivos, contemplando infracciones en materias de gestión económica-presupuestaria, tales como “compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos...” (artículo 28, letra c).

Por último, no podemos olvidar la responsabilidad penal, lo que nos sitúa ante diversos tipos delictivos en función de las causas y circunstancias concurrentes en cada caso (prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación, etc.), cuyo análisis pormenorizado excede del alcance y finalidad de este escrito.

V. REFLEXIÓN FINAL: HACIA UN MECANISMO VERDADERAMENTE RESTITUTORIO DE LA LEGALIDAD CONTRACTUAL

La heterogeneidad de escenarios jurídicos y de respuestas a los mismos, pone de manifiesto que ninguna de las instituciones jurídicas y de los procedimientos administrativos asociados a las mismas, garantizan la plena tutela del interés público en los supuestos de prestaciones realizadas sin la cobertura contractual exigida por nuestro ordenamiento jurídico.

Como hemos visto, la nulidad contractual no es siempre una vía articulable, mientras que la acción de enriquecimiento injusto carece de una regulación específica y es, a menudo, un mecanismo demasiado laxo, que no permite abordar estas situaciones en toda su complejidad.

Con la regulación actual de la materia y dado el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa, ni siquiera los órganos judiciales tienen la capacidad de abordar en su integridad este tipo de irregularidades.

Por ello, creemos que es necesario dar un paso más y articular soluciones efectivas para este tipo de situaciones, lo que pasa, a mi juicio, por regular para estos casos un verdadero expediente de restitución, en el que se declare la ilegalidad de la actuación, se cuantifique la compensación abonar al contratista y lo que no es menos importante, se determinen, en su caso, las responsabilidades administrativas de las autoridades y personal implicados, así como de las propias empresas contratista.

En definitiva, es necesario tomar conciencia plena de que nos encontramos ante una situación patológica, que, como tal, no puede ser normalizada, y que debe combatirse mediante la implantación de mecanismos y procedimientos efectivos que restituyan las situaciones jurídicas alteradas y depuren las responsabilidades correspondientes.

04

SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MARZO DE 2022 (REC. 6695/2020)

Irene TRUYOLS CANTALLOPS

Juez Sustituta adscrita al TSJ de Baleares

sumario

- I. **CRITERIO JURISPRUDENCIAL FIJADO.**
- II. **CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO DE 3 DE MARZO DE 2022 CON LA STS DE SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MARZO DE 2022 (REC. 6695/2020), ANALIZADA.**
- III. **REFLEXIONES.**

I. CRITERIO JURISPRUDENCIAL FIJADO

La aplicación de la doctrina fijada en la STS SALA 3ª, Sección 5ª núm. 337 de 16 de marzo de 2022, ponente Ilmo. Sr. Herrero Pina, resuelve la controversia suscitada entre la posibilidad de sustituir el acuerdo de expulsión por la sanción económica, cuando sólo concurre la mera estancia irregular del art. 53.1.a de la LO 4/2000 de 11 de enero, modificada por LO 14/03, de 20 de noviembre.

La importancia de dicha STS de 16 de marzo de 2022 radica en ser el primer pronunciamiento tras la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 3 de marzo de 2022. Realmente se mantiene el criterio anteriormente fijado por las sentencias de 17 de marzo y 27 de junio de 2021 a las que se refiere y ratifica en su fundamento de derecho segundo in fine, llegando a la misma conclusión, la situación de estancia irregular, en cualquier caso, determina la expulsión, sin dejar margen de aplicación a la sanción de multa. Ahora bien, para que se acuerde la expulsión, deberá razonarse de forma individualizada, como no puede ser de otra manera, valorándose las circunstancias agravantes que justifiquen la proporcionalidad de la medida de expulsión acordada. Dice la Sentencia:

" la situación de estancia irregular determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa "

"Y como corolario de todo lo anterior se llega a la síntesis final que se expresó en nuestra sentencia en estos términos:

"Por todo ello y respondiendo a la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de admisión del recurso, en relación con el alcance de la sentencia del TJUE 2020/807, ha de entenderse:

Primero, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa.

Segundo, que la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria.

Tercero, que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación.

TERCERO.- *En consecuencia, esta misma es la respuesta que ha de darse a la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de admisión, de manera que las razones expuestas en que se sustenta la interpretación de las normas en relación con las sentencias del TJUE en que se fundamenta la respuesta a la cuestión de interés casacional que se acaba de reproducir, vienen concluir que la única sanción viable para el caso de estancia irregular es la expulsión; por lo mismo, las sentencias de 17 de marzo y 27 de junio de 2021 no suponen la vuelta a la jurisprudencia clásica de este Tribunal Supremo en el sentido de considerar preferente la multa y secundaria la expulsión en atención al principio de proporcionalidad, en razón de la concurrencia de circunstancias agravantes. Otra cuestión es que, la expulsión como única respuesta a la situación de estancia irregular, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exija, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada y que, como tales circunstancias de agravación puedan considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo.”*

Dicho criterio jurisprudencial se reproduce y ratifica en las siguientes STS Sala 3ª, nº 423/2022, de 6 de abril (RC 3529/2021), STS Sala 3ª núm. 528/2022 , de 4 de mayo (RC 3881/2021) y la núm. 546/2022 de fecha 9 de mayo (RC 2968/2021) , por lo que es más que evidente cuál es el reciente criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo; no cabe por mera estancia irregular prevista en el art. 53.1.a la imposición de una sanción económica sino que tan sólo será posible acordar la orden de expulsión y siempre y cuando existan datos negativos que hagan merecedor de tal medida.

En cuanto a los datos negativos que justifiquen que más allá de la mera estancia irregular se acuerde la expulsión, son los hasta ahora aplicados por la jurisprudencia y en concreto el propio Tribunal Supremo, en la Sentencia de 17 de marzo de 2021, acoge como pauta de interpretación la ofrecida por la Instrucción 11/2020 de 23 de octubre de 2020, del Ministerio del Interior, que se considera como circunstancias «que puedan motivar dicha» propuesta de expulsión, al amparo de lo establecido en el artículo 57.1º.a) de la LOEX, , a título meramente ejemplificativos,” *haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito o que al mismo le consten antecedentes penales.*

Que el extranjero invoque una falsa nacionalidad. La existencia de una prohibición de entrada anterior. Carencia de domicilio y documentación. El incumplimiento de una salida obligatoria. Imposibilidad de comprobar cómo y cuándo entró en territorio español determinada por la indocumentación del extranjero, o la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje.», sin perjuicio que incluso concurriendo dichas circunstancias agravantes proceda no acordar la expulsión por concurrir los supuestos previsto en el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE, es decir deberá tenerse en cuenta el interés superior del menor, la vida familiar o el estado de salud del extranjero.

Para el supuesto de no concurrir ninguna circunstancia negativa o agravante más allá que la mera estancia irregular, entiende el Tribunal Supremo que lo procedente es revocar la orden de expulsión sin que sea posible la sustitución por una sanción económica.

II. CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO DE 3 DE MARZO DE 2022 CON LA STS DE SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MARZO DE 2022 (REC. 6695/2020), ANALIZADA

Ya se ha dicho que, la importancia de dicha STS de 16 de marzo de 2022 radica en ser el primer pronunciamiento tras la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 3 de marzo de 2022. No obstante, y a nivel particular no puedo dejar de manifestar la sorpresa de dicho pronunciamiento, toda vez que, en mi humilde opinión, se aleja de lo acordado por el TJE en la Sentencia de 3 de marzo de 2022.

De la Sentencia del TJE no entiendo que se desprenda que ante una mera estancia irregular sin concurrir datos negativos no pueda imponerse la sanción de multa. De hecho, en diversos apartados de la Sentencia se deja, en mi opinión, margen para la aplicación de la multa. Véase en concreto los apartados 46, 48, 49, 60 y 64. EL TJUE deja claro en todos ellos que la imposición de una multa por estancia irregular debe conllevar necesariamente la obligación de salida voluntaria, por tanto, si parte de la premisa que si es posible la sanción de multa por mera estancia irregular.

Se indica literalmente:

46. *En el presente asunto, como se desprende del auto de remisión, la imposición de una multa a un nacional de un tercer país que se encuentra en situación irregular conlleva la obligación de que este abandone el territorio nacional en el plazo fijado salvo que, antes de que este transcurra, una autoridad nacional regularice su situación. La autoridad nacional competente solo estará obligada a adoptar una orden de expulsión cuando, transcurrido el referido plazo, el nacional de un tercer país no haya regularizado su situación ni haya abandonado voluntariamente el territorio (...)*

48. *A este respecto, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la imposición de una pena pecuniaria no puede, por sí misma, obstaculizar el procedimiento de retorno establecido en la Directiva 2008/115, pues tal pena no impide que se adopte y se ejecute una decisión de*

"Véase en concreto los apartados 46, 48, 49, 60 y 64. EL TJUE deja claro en todos ellos que la imposición de una multa por estancia irregular debe conllevar necesariamente la obligación de salida voluntaria por tanto, si parte de la premisa que si es posible la sanción de multa por mera estancia irregular"

retorno con pleno cumplimiento de los requisitos contemplados en los artículos 6 y 8 de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de diciembre de 2012, Sagor, C430/11, EU:C:2012:777, apartado 36) (...)

49. En el presente asunto, de la normativa nacional aplicable resulta que la multa impuesta a un nacional de un tercer país al que se declara en situación irregular lleva necesariamente aparejada la obligación de abandonar el territorio nacional en el plazo fijado (...)

60. Así pues, en un procedimiento de retorno que comienza con la imposición de una multa que lleva aparejada una obligación de retorno y que prosigue, en caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta obligación en el plazo fijado al efecto, con la expulsión de este, será preciso que el plazo no pueda entrañar demoras que priven a la Directiva 2008/115 de su efecto útil (...)

Por último, relevante e ilustrativo el apartado 64, a modo de conclusión indica: “Habida cuenta de todas las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, leídos en relación con los artículos 6, apartado 4, y 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión, siempre que dicho plazo se fije de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 7, apartados 1 y 2, de esta Directiva.

III. REFLEXIONES

Entiendo que el propio TJUE ha interpretado la norma nacional en el sentido que, de no concurrir circunstancias agravantes se impone la sanción de multa que conlleva la obligación de abandonar el territorio nacional y para el supuesto que no haya regularizado su situación en un segundo momento se ordena la expulsión. Si esta es la interpretación, que a mi entender, efectúa la STJUE de 3 de marzo de 2022, no cabe más que deducir que el Tribunal Supremo en sus recientes sentencias posterior a la STJUE se aleja de lo interpretado por éste, sin comprender como llega a deducir de la STJUE y de los artículos 53.1^a y 57.1 de la Ley 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social que en ningún caso cabe la imposición de multa por mera estancia irregular sin concurrencia de agravante alguna.

A mi entender la regulación de extranjería es clara cuando en el artículo 53 califica como infracción grave la estancia irregular en territorio español y el artículo 57 prevé para dicha conducta que podrá aplicarse en lugar de sanción, la expulsión en atención al principio de proporcionalidad. Si se prevé dicha alternativa será porque se contempla la sanción de multa.

05

COMENTARIO SOBRE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE FEBRERO (REC. N^o 4769/2020) Y 27 DE ABRIL DE 2022 (REC. 4793/2020)

Ignacio FERRERAS
Abogado Habilitado en la
Abogacía del Estado en Álava

sumario

- I. INTRODUCCIÓN
- II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 541/2022,
DE 9 DE FEBRERO (REC. N^o 4769/2020)
- III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 498/2022,
DE 27 DE ABRIL DE 2022 (REC. 4793/2020)
- IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo ha dictado recientemente las Sentencias número 541/2022, de 9 de febrero de 2022 (rec. 4769/2020) y número 498/2022, de 27 de abril de 2022 (rec. 4793/2020), que fijan criterio interpretativo en relación con la determinación de la norma de valoración a utilizar para un rendimiento de capital mobiliario en especie, si la prevista en el artículo 43 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en lo sucesivo LIRPF), o lo dispuesto para la valoración de las operaciones vinculadas en el artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en lo sucesivo LIS), por remisión del artículo 41 de la LIRPF.

Hasta la fecha los Tribunales habían venido acogiendo las tesis de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en lo sucesivo AEAT) aplicando a los supuestos en los que la sociedad mercantil asume gastos particulares del socio mayoritario, obteniendo éste el uso gratuito de inmuebles y vehículos, la naturaleza de retribución de capital mobiliario, según lo dispuesto en el artículo 25.1 de la LIRPF. Es decir, resultaría de aplicación lo a tal efecto dispuesto en los artículos 42 y 43 del LIRPF, que regulan con carácter general y de forma específica las retribuciones en especie y su valoración, sin que resulte acertado acudir a la valoración de las operaciones vinculadas del artículo 41 del mismo texto legal, por no darse los presupuestos fácticos para ello ni encontrarnos ante operaciones entre personas o entidades vinculadas.

Así, por tanto, la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda (tal como dispone el artículo 42 LIRPF), deberá practicarse, como rentas en especie, según lo establecido en el art. 43 LIRPF (Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de septiembre de 2021 - Rec. núm. 831/2020; Sentencia del TSJ de Madrid de 14 de febrero de 2019 - Rec. núm. 655/2017; Sentencia del TSJ de Cataluña de 14/11/2019 - Rec. núm. 804/2019).

"la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, deberá practicarse, como rentas en especie"

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 541/2022, DE 9 DE FEBRERO (REC. N° 4769/2020)

El Tribunal Supremo ha dictado Sentencia 541/2022, de 9 de febrero de 2022 en el Recurso de casación nº 4769/2020 contra la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana dictada el 21 de julio de 2020, Rec. 2262/2018. La misma establece en el FD cuarto como contenido interpretativo: *"En las circunstancias del presente caso, los rendimientos del capital mobiliario en especie del artículo 25.1.d) LIRPF, cuya percepción responda a la existencia de una operación vinculada, deben valorarse de acuerdo con la normativa del impuesto de sociedades, a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 LIRPF."*

El acto original objeto del recurso es una liquidación por el IRPF, ejercicios 2010 y 2011. El origen de la regularización se encuentra en que una sociedad íntegramente participada por el recurrente y otra persona física, con un 50% cada uno, asumió en los ejercicios citados una serie de gastos y consumos personales y privados (*de embarcación, vehículos, inmuebles y otros*), no relacionados con la actividad empresarial, que el demandante no incluyó en sus declaraciones de IRPF como rentas en especie.

La Inspección calificó estas rentas como rendimientos del capital mobiliario derivados de la condición de socio que fueron satisfechos como rentas en especie, y valorados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la LIRPF, que establece que las rentas en especie se valoraran por su valor normal de mercado. El TSJ de la Comunidad Valenciana estima las pretensiones del demandante considerando que debe aplicarse el artículo 41 de la LIRPF (operaciones vinculadas).

La Sentencia del Tribunal Supremo toma como punto de partida que la controversia se centra exclusivamente en la valoración de la utilización privativa de los bienes de la sociedad por parte del socio. Señala que, en un **ámbito tan casuístico**, resulta complejo establecer una doctrina general en torno a la eventual preferencia del artículo 41 o del artículo 43 de la LIRPF. Se trata de dos reglas especiales de valoración y, como tales, aparecen indisolublemente relacionadas con el trasfondo fáctico y de motivos de cada supuesto particular, de manera que, los contribuyentes o la AEAT habrán de atender a las circunstancias, justificación o, en definitiva, motivación y contexto en el que se ha percibido dicha renta en especie.

La Sentencia sintetiza los argumentos que le llevan a concluir que el recurso de casación no puede prosperar, destacando los siguientes:

1. La STS asume que se encuentra ante operaciones vinculadas:

“No podemos sustituir la apreciación de los jueces de instancia en torno a sí existió o no operación vinculada pues, al margen de que implícitamente parece aceptarse por la Administración, se trata, en definitiva, de una cuestión fáctica cuyo análisis está vedado en el ámbito casacional a tenor del artículo 87 bis LRJCA.”



"La orientación del asunto hubiera sido otra muy distinta a la de la aplicación alternativa de una u otra norma, en el caso de que, desde el primer momento, se hubiera cuestionado la existencia de una operación vinculada pues, en esa tesitura, se dispararía la aplicación del artículo 41 LIRPF"

La Sentencia repetidamente indica que el sentido de su resolución se ve constreñido por esa premisa establecida por el Tribunal de Instancia.

En este sentido señala en el párrafo noveno, punto 4, Fundamento de Derecho Tercero:

“Por tanto, la orientación del asunto hubiera sido otra muy distinta a la de la aplicación alternativa de una u otra norma, en el caso de que, desde el primer momento, se hubiera cuestionado la existencia de una operación vinculada pues, en esa tesitura, se disiparía la aplicación del artículo 41 LIRPF. Obviamente, todo ello hubiera exigido un análisis del concepto o noción de lo que es una operación vinculada, más en particular, si para apreciar la misma resulta o no suficiente el simple marco perimetral de la vinculación entre las partes o, por el contrario, si se requiere algo más, es decir, una vinculación objetiva u operacional añadida a esa relación subjetiva (...).”

Parece que la Sentencia plantea que la normativa relativa a operaciones vinculadas y la consiguiente aplicación del art. 41 LIRPF precisa de dos requisitos cumulativos:

- a. Un requisito subjetivo, la propia existencia de vinculación entre las partes tal como se define en la LIS; y
- b. Un requisito objetivo, que estaría relacionado con el tipo de operación realizada.

2. El Tribunal Supremo entiende que hay operación vinculada o no la hay, sin que, de acuerdo con las circunstancias específicas del caso analizado, pueda aventurarse una dualidad entre operaciones vinculadas “con contrato, acuerdo o pacto entre las partes” y operaciones vinculadas sin tales elementos;

3. La concreta calificación jurídica de la renta es la de rendimientos del capital mobiliario en especie, que no son objeto de una “especialidad” valorativa en el artículo 43 LIRPF, que si establece unas reglas especiales de valoración con relación a los “rendimientos del trabajo en especie” y a las “ganancias patrimoniales en especie”; y

4. Más allá de que en el caso de la Sentencia se intentara deducir una serie de gastos en el Impuesto sobre Sociedades y, por otra parte, ocultar la percepción de rendimientos en sede del IRPF, la regularización tributaria se enmarca, sin lugar a dudas, en la propia relación de vinculación existente entre la sociedad y sus dos socios y, pese a la diferencia que introduce la resolución del TEAR en vía económico-administrativa (*entre cesión de uso de los inmuebles y la cesión de uso de los otros bienes*) dicha distinción queda diluida en la sentencia impugnada por cuanto aprecia la existencia de operación vinculada, presuponiendo, en cierto modo, la concurrencia de voluntades entre dicha persona jurídica y las dos personas físicas.

" dicha distinción queda diluida en la sentencia impugnada por cuanto aprecia la existencia de operación vinculada, presuponiendo, en cierto modo, la concurrencia de voluntades entre dicha persona jurídica y las dos personas físicas"

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 498/2022, DE 27 DE ABRIL DE 2022 (REC. 4793/2020)

En el procedimiento que dio lugar a la STS 498/2022, de 27 de abril, el recurso de casación se dirige contra la STSJ de Andalucía, de 20 de febrero 2020, sede Málaga (rec. 835/2018).

El caso afecta a una liquidación por IRPF, ejercicio 2012. La sociedad puso a disposición del recurrente, socio de la entidad, diversos vehículos de los que es titular. El TSJ califica dicha puesta a disposición como rendimientos de capital mobiliario en especie, considerando procedente su valoración como rendimiento del trabajo en especie, conforme al artículo 43 de la Ley 35/2006, al entender que el parámetro es válido pues el objeto del rendimiento valorado es el mismo, con independencia de la naturalización de la ventaja económica como rendimiento del trabajo o como rendimiento del capital mobiliario.

En el recurso de casación se plantea una problemática similar a la resuelto en la STS de 9 de febrero, y la Sentencia toma el mismo punto de partida, señalando que *“la premisa de la que debemos partir es la de que resulta evidente que, para aplicar el artículo 41 de la LIRPF, debe existir una operación vinculada.”* El Tribunal Supremo se remite a su Sentencia de 9 de febrero, que reproduce parcialmente y traslada la doctrina de la misma al caso de dicho recurso de casación, realizando las siguientes consideraciones:

- 1** La Sentencia impugnada no se refiere a la disponibilidad de uso del vehículo de la sociedad a favor del socio como “operación vinculada”. Sin embargo, sí que lo hace a propósito de la imputación de intereses por razón de un préstamo gratuito concedido por el socio a la sociedad sobre la base de que estamos en el ámbito de las operaciones vinculadas;
- 2** El Abogado del Estado afirma que no hay duda de que, en el caso de rendimientos en especie satisfechos por una sociedad a sus socios o partícipes, se trata de partes vinculadas, remitiéndose a lo que mantenía en el recurso desestimado por la STS de 9 de febrero;
- 3** Hay operación vinculada o no la hay, sin que sea posible aventurar una dualidad entre operaciones vinculadas “con contrato, acuerdo o pacto entre las partes” y operaciones vinculadas sin tales elementos; y
- 4** El artículo 43 de la LIRPF establece en su apartado primero que las rentas en especie se valorarán por su valor normal de mercado, sin perjuicio de introducir una serie de “especialidades” en la valoración de los rendimientos del trabajo en especie y de las ganancias patrimoniales en especie, entre las que no se encuentran los rendimientos de capital mobiliario en especie, calificación esta última que tienen los rendimientos analizados en el presente caso.

El contenido interpretativo de la Sentencia es: *“A los efectos del presente recurso, la cesión de uso o puesta a disposición de los vehículos automóviles de los que es titular una*

sociedad a favor de sus socios debe tributar como rendimiento de capital mobiliario en el IRPF de los cesionarios y, en la medida que constituyan una operación vinculada, resultan aplicables para su valoración las reglas establecidas en el artículo 41 LIRPF.”

Por lo tanto, en ambas Sentencias, el Tribunal Supremo parte de la consideración de que si se califica la operación de “operación vinculada” se aplican para su valoración las reglas establecidas en el artículo 41 de la LIRPF.

No obstante, no se pronuncia sobre cuáles son las condiciones para calificar una operación como de operación vinculada, que parece ser una cuestión que ha de analizarse caso por caso.

IV. CONCLUSIONES

- Como puede apreciarse ambas Sentencias analizan cómo deben valorarse determinados rendimientos de capital mobiliario (en lo sucesivo RCM) percibidos en especie.
- En ellas nuestro Alto Tribunal se pronuncia sobre si, en caso de cesión de bienes a los socios que se califican como RCM en especie, se aplica la regla de valoración prevista en el art. 43 LIRPF para retribuciones del trabajo en especie o la norma de operaciones vinculadas (art. 41 LIRPF).
- Ambas Sentencias se refieren a supuestos de utilización por el o los socios de una entidad, de bienes titularidad de esta última, con frecuencia vehículos, embarcaciones o viviendas.
- El criterio seguido por el Tribunal Supremo viene a fijar que si la operación se califica de operación vinculada es preciso aplicar el artículo 41 de la LIRPF, que remite al 18 de la LIS, pero sólo a afectos de cuantificar el rendimiento en especie percibido por el socio.
- En consecuencia, según nuestro Alto Tribunal, la operación está bien calificada como RCM (no debe realizarse el ajuste primario y bilateral y el ajuste secundario ni seguirse el procedimiento de operaciones vinculadas) pero se ha de cuantificar la utilidad percibida por el socio según los métodos establecidos para dichas operaciones vinculadas
- Tal y como se puede comprobar, la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo viene a modificar la naturaleza de los rendimientos y, en consecuencia, su tributación, toda vez que entiende aplicable el artículo 41 LIRPF como operaciones vinculadas que nos remiten al artículo 18 LIS y los criterios en él recogidos en cuanto a la valoración de los bienes o por la propia sociedad, frente al criterio de la AEAT y las Sentencias apuntadas en la introducción, que optaban por la aplicación de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 LIRPF con la valoración de los rendimientos a precio de mercado con sometimiento a las prescripciones recogidas en el citado art. 43 LIRPF.