

Dictamen núm. 128/2018, relativo al proyecto de decreto por el cual se regula el régimen jurídico de las garantías y de los depósitos custodiados por la Depositaria de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears*

I. ANTECEDENTES

1. El día 5 de septiembre de 2017, el Director General del Tesoro, Política Financiera y Patrimonio redacta un informe justificativo de la consulta previa sobre la elaboración de un proyecto de decreto por el que se regule el régimen jurídico de las garantías y de los depósitos custodiados por la Depositaria de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Propone la aprobación de una nueva norma cuya finalidad sea establecer una regulación uniformadora de las garantías que se pueden depositar y modernizar el Servicio de Depositaria para poder gestionar las garantías de una manera más eficaz y de acuerdo con la realidad actual, superando la regulación vigente que data del año 1989.

2. El día 7 de septiembre de 2017, la Consejera de Hacienda y Administraciones Públicas ordena a la Secretaria General que realice la consulta pública previa a la elaboración de la norma por un plazo de 15 días, lo que se llevó a cabo mediante la publicación, el día 11 de septiembre de 2017, en la página de Participación Ciudadana de la CAIB, habiéndose registrado 33 visitas, sin que se presentara sugerencia alguna.

3. El día 6 de octubre de 2017, el Director General del Tesoro, Política Financiera y Patrimonio emite un informe justificativo sobre la necesidad de tramitar un nuevo decreto cuyo objeto consista en regular el régimen jurídico de las garantías y de los depósitos custodiados por la Depositaria de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

4. El día 15 de noviembre de 2017, la Consejera de Hacienda y Administraciones Públicas acuerda el inicio del procedimiento para la elaboración de un decreto sobre la materia y designa a la Secretaría General como órgano responsable de su tramitación.

5. El día 22 de noviembre de 2017, la Secretaria General suscribe la Memoria de análisis de impacto normativo de la propuesta de borrador de decreto por el cual se regula el régimen jurídico de las garantías y de los depósitos custodiados por la Depositaria de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Justifica la oportunidad de la regulación propuesta en términos semejantes a los expuestos por el Director General del Tesoro, Política Financiera y Patrimonio en su informe de 5 de septiembre de 2017. Explica que la nueva regulación respeta la normativa estatal general y básica a que se refiere la disposición final primera de la Ley

* Ponencia del Hble. Sr. D. José Argüelles Pintos, consejero.

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 de 2014. Añade que quedan fuera del objeto del proyecto de decreto las garantías depositadas ante la Agencia Tributaria de las Illes Balears que se rigen por su normativa específica, que es la vigente en materia tributaria, de tal forma que el nuevo decreto únicamente se aplicará con carácter supletorio en ese ámbito.

La MAIN expone el contenido del decreto, el marco normativo, las disposiciones afectadas y la tabla de vigencias.

Incorpora la MAIN el estudio de cargas administrativas identificando las cargas que para los ciudadanos resultarán de la aplicación del nuevo decreto y realiza su valoración económica. Concluye indicando que realmente no se crean cargas nuevas y que incluso se facilita el cumplimiento de las mismas mediante la aprobación de modelos de presentación de documentos y datos.

Añade que la nueva norma carece de impacto económico y presupuestario y justifica que no afecta a la unidad de mercado.

Explica también que la nueva regulación da cumplimiento a los principios establecidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Concluye la MAIN afirmando que la norma proyectada no produce impacto sobre la infancia y la adolescencia, la familia ni discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género.

6. El día 22 de noviembre de 2017, la Secretaria General remite el proyecto de decreto a Directora de la Abogacía, al Interventor general, y a los Secretarios Generales de todas las Consejerías con la finalidad de que emitan informe. También fue enviado el proyecto de decreto con esa finalidad al Secretario General del Servicio de Salud de las Illes Balears.

7. El día 23 de noviembre de 2017, la citada Secretaria General concedió el trámite de audiencia a las entidades que constan en el expediente.

8. En el BOIB núm. 145, de 28 de noviembre de 2017, se publicó el trámite de información pública del proyecto de decreto por plazo de 15 días.

9. Presentaron alegaciones la Asociación Española de la Banca (AEB) e ISBA, Sociedad de Garantía Recíproca.

10. El día 31 de enero de 2018, la Jefe de Servicio de Depositaria, con el visto bueno del Director General del Tesoro, Política Financiera y Patrimonio, emitió informe de valoración de las alegaciones presentadas, proponiendo su desestimación, con

excepción de una alegación de carácter formal cuya finalidad consistía en adecuar la redacción del proyecto de decreto a la nueva regulación de la normativa de contratos del sector público (Ley 9/2017).

11. Con fecha 23 de enero de 2018, Instituto Balear de la Mujer emitió informe sugiriendo la revisión del lenguaje, proponiendo que se evite, en la medida en que sea posible, el uso del masculino como genérico, especialmente cuando se refiere a personas físicas.

12. El día 9 de mayo de 2018, la Secretaria General de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, previa la elaboración de un informe sobre la materia, interesó de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears la emisión de un informe sobre la modificación del artículo 5 del texto consolidado del Decreto sobre contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, aprobado por Decreto 14/2016, de 11 de marzo, incorporada al proyecto de decreto por el cual se regula el régimen jurídico de las garantías y de los depósitos custodiados por la Depositaria de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

13. El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por acuerdo de fecha 7 de junio de 2018, aprobó el informe 3/2018 en el que formuló diversas observaciones al proyecto de decreto, no sólo sobre la modificación del artículo 5 del texto consolidado del Decreto sobre contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, aprobado por Decreto 14/2016, sino también sobre el texto del borrador de decreto.

14. Las observaciones formuladas en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa fueron incorporadas al proyecto de decreto. Por este motivo, la Secretaria General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública decidió realizar de nuevo el trámite de audiencia e información pública (BOIB núm. 106, de 28 de agosto de 2018, con rectificación de errores, BOIB núm. 107, de 30 de agosto de 2018).

Formularon observaciones el Interventor General de la CAIB, la Asociación Española de Banca (AEB), Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA), CESGAR, Sociedad de Garantía Recíproca e ISBA, Sociedad de Garantía Recíproca.

15. El día 18 de octubre de 2018, la Jefa del Servicio de Depositaria, con el visto bueno del Director General del Tesoro, Política Financiera y Patrimonio, emitió informe sobre las alegaciones presentadas, justificando el motivo de su admisión o desestimación.

16. El día 31 de octubre de 2018, la Secretaria General de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas suscribe una nueva Memoria de análisis de impacto normativo, que tiene como finalidades completar la anterior de 22 de noviembre de

2017, indicando por ejemplo que el proyecto de decreto se ha incorporado al Plan Anual Normativo de 2018, y adaptarla a la regulación definitiva propuesta en el proyecto de decreto, con una exposición de los trámites cumplimentados en el procedimiento de elaboración de la norma. También justifica la innecesariedad de solicitar dictamen al Consejo Económico y Social, dado que la materia regulada queda fuera del ámbito normativo objeto de su dictamen preceptivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 10/2000, de 30 de noviembre.

17. El mismo día 31 de octubre de 2018, el Servicio Jurídico de la Consejería emite informe favorable a la aprobación de la norma.

18. Constan incorporadas al expediente las versiones definitivas del proyecto de decreto en lengua catalana y castellana, mediante certificación de la Secretaria General de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas.

19. El día 8 de noviembre de 2018, la Presidenta de las Illes Balears, solicitó dictamen al Consejo Consultivo a propuesta de la Consejera de Hacienda y Administraciones Públicas. Su solicitud tuvo entrada en nuestra sede el día 13 de noviembre.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera

Carácter del dictamen

La Presidenta de las Illes Balears se encuentra legitimada para solicitar el presente dictamen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.a de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears y corresponde al Consejo Consultivo su emisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 18.7 de la ley anterior.

En efecto, ninguna duda ofrece para este Órgano de consulta el carácter preceptivo del dictamen tal como resulta del precepto legal anterior. Se trata de un proyecto de disposición reglamentaria que tiene por objeto regular el régimen jurídico de las garantías y de los depósitos custodiados por la Depositaria de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que tiene eficacia «*ad extra*», al afectar a terceros ajenos a la Administración, en concreto, a todas aquellas personas físicas o jurídicas que tienen la obligación, en diferentes procedimientos administrativos, de aportar garantías o constituir un depósito ante la administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y a los garantes.

Segunda

Análisis del procedimiento

Por lo que respecta al procedimiento de elaboración de este proyecto de decreto, del expediente resulta que, al haberse iniciado mediante resolución de la Consejera de Hacienda y Administraciones Públicas de 15 de noviembre de 2017, es decir, con posterioridad a la entrada en vigor de la LPAC, sus trámites le resultan, consecuentemente, de aplicación —según reiterada doctrina del Consejo Consultivo recogida en los dictámenes 19/2017 y 45/2017, entre otros— y, más en concreto, los trámites de consulta previa y planificación normativa (previstos en los artículos 132 y 133.1 de la referida ley) que aquí constan debidamente cumplidos por la Consejería.

Por otro lado, aparecen suficientemente justificados también, tanto en el preámbulo del proyecto como en la memoria de análisis de impacto normativo, la adecuación de la iniciativa normativa a los principios de buena regulación del artículo 129 de la LPAC. De los antecedentes de este Dictamen se desprende también el cumplimiento del trámite de audiencia y de participación pública en los términos previstos en el artículo 133.2 de la LPAC, mediante la participación en el procedimiento de las asociaciones y entidades afectadas por el proyecto normativo y la publicación del trámite de información pública en el *BOIB* (ambos por dos veces).

Llegados a este punto debemos observar aquí que, tal como advirtió este Órgano de consulta en sus anteriores dictámenes 19/2017 y 40/2018, y tal como ha avalado el Tribunal Constitucional a través de su reciente Sentencia de 24 de mayo de 2018 (que resuelve el recurso de inconstitucionalidad nº 3628-2016 promovido por el Gobierno de Cataluña contra algunos preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), el Título VI (arts. 127 a 133), relativo a la iniciativa legislativa y a la potestad reglamentaria, no halla cobertura en los números 13 y 14 del art. 149.1 CE. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el apartado segundo de la disposición final primera de la Ley, por reconducir aquellas previsiones a esos títulos competenciales. A través de esta sentencia, el TC declara parcialmente la inconstitucionalidad de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, porque considera, en general, que el legislador estatal ordinario carece de competencia para distribuir poderes normativos entre instituciones autonómicas y para asignar o limitar la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas. Así se pronuncia en su fallo el TC:

1º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad de las previsiones siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: el párrafo segundo del art. 6.4; los incisos “o Consejo de Gobierno respectivo” y “o de las consejerías de Gobierno” del párrafo tercero del art. 129.4 y el apartado 2 de la disposición final primera.

2º Declarar que los arts. 129 (salvo el apartado 4, párrafos segundo y tercero), 130, 132 y 133 de la Ley 39/2015 son contrarios al orden constitucional de competencias en los términos del fundamento jurídico 7 b) de esta Sentencia.

3º Declarar que el art. 132 y el art. 133, salvo el inciso de su apartado 1 “Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública” y el primer párrafo de su apartado 4, ambos de

la Ley 39/2015, son contrarios al orden constitucional de competencias en los términos del fundamento jurídico 7 c) de esta Sentencia.

4º Declarar que la disposición adicional segunda, párrafo segundo, de la Ley 39/2015 no es inconstitucional interpretada en los términos del fundamento jurídico 11 f) de esta Sentencia. 62

Por tanto, a la luz de lo dispuesto en la STC, cuyos efectos se producen a partir de su publicación el 22 de junio del año en curso en BOE (número 151), y a los efectos que aquí interesa, habrá que tener en cuenta que en el futuro ya no resultará exigible a las CCAA la publicación de sus iniciativas normativas en el Plan Anual Normativo previsto en el artículo 132 de la LPAC, puesto que este precepto se declara inconstitucional y, con respecto al trámite de consulta previa, regulado en el artículo 133, éste trámite seguirá siendo exigible a las CCAA, si bien no en los mismos términos que dispone el precepto legal anterior (que sólo se aplicará al Estado). Asimismo, se podrá prescindir de dicho trámite en los términos de lo dispuesto en el primer párrafo de su apartado 4ª, que se mantiene por el alto tribunal.

Continuando con el análisis del procedimiento, del expediente se desprende que la Consejería ha cumplido también con la tramitación prevista en los artículos 42 y siguientes de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears así como con los otros trámites previstos en otras normas: informe de impacto de género, justificación de ausencia de impacto del proyecto sobre la familia, menores y adolescencia, y sobre la identidad de género y libertad sexual; justificación de ausencia del informe del Consejo Económico y Social e innecesariedad del trámite de audiencia que exige el artículo 14 de la LEGUM para aquellos proyectos normativos que afecten de forma relevante a la unidad de mercado.

Por otra parte, también se han cumplido los trámites específicos por razón de la materia, en concreto, la participación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1º del artículo 2.a) del Decreto por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, aprobado por Decreto 3/2016, de 29 de enero, que prevé que corresponde a la Junta Consultiva emitir informe, con carácter preceptivo, en los procedimientos de elaboración de proyectos normativos en materia de contratación administrativa.

No consta de manera diferenciada en el expediente el informe de la Secretaría General si bien debe entenderse cumplido el trámite con la suscripción por ese órgano de la segunda MAIN. También está incorporado el informe del Servicio Jurídico de la Consejería.

Además, la Memoria de Análisis de Impacto Normativo recoge las cargas administrativas derivadas de la aprobación de la norma y su coste económico.

Para finalizar con el análisis del procedimiento de elaboración de la norma, que como decimos, entendemos conforme a derecho, únicamente recordaremos la observación de carácter no esencial formulada en nuestro Dictamen 106/2018 consistente en que la Consejería impulsora de esta norma no ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En efecto, no consta en el expediente que una vez solicitado el dictamen a este órgano de consulta se haya procedido a la publicación en el portal web del Govern balear del proyecto normativo, memorias, informes y toda la documentación de relevancia jurídica que componen el expediente de elaboración de la norma. Por consiguiente la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas deberá tener en cuenta esta obligación legal en los futuros procedimientos de elaboración de proyectos normativos que impulse.

Tercera

Marco normativo y competencial

El marco normativo en el que se inserta la materia objeto del proyecto de decreto que se examina está formado esencialmente por:

— El artículo 30, apartados 28 y 36, de nuestro Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, que dispone:

La Comunidad Autónoma tiene la competencia exclusiva en las siguientes materias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución:

[...]

28. Ordenación de la hacienda de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establece este Estatuto.

[...]

36. Procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia.

— El artículo 87 de la Ley 14/2014, de 29 de diciembre, de Finanzas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, sobre «*Funciones de la Tesorería General*», letra g), en la redacción dada por la Ley 18/2016, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2017:

Son funciones de la Tesorería General, que ejerce la dirección general competente en materia de tesorería, las siguientes:

g) Registrar y custodiar las garantías depositadas.

— El Decreto 156/1989, de 14 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de constitución y devolución de fianzas ante la Tesorería General de la CAIB, que se deroga.

— El Decreto 14/2016, de 11 de marzo, por el que se aprueba el texto consolidado del Decreto sobre contratación de la comunidad Autónoma de las Illes Balears, cuyo artículo 5 se modifica.

— La Orden del Consejero de Economía y Hacienda, de 25 de enero de 1990, por la que se regula la constitución y la devolución de fianzas depositadas en la Tesorería General de la CAIB, que también se deroga.

— La Orden del Consejero de Economía y Hacienda por la que se regula el procedimiento de gestión de aplazamientos y fraccionamientos de deudas a favor de la CAIB, de 15 de marzo de 1994.

Examinado el marco normativo regulatorio y competencial de la materia no existe duda de que la Comunidad Autónoma tiene competencia para aprobar la norma objeto de dictamen.

Además, la competencia para aprobar la norma, que adoptará la forma de decreto, corresponde al Gobierno de la Comunidad Autónoma (Artículo 58.2 del Estatuto de Autonomía y 39.1 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears).

Cuarta

Contenido

Por lo que se refiere a la estructura del proyecto, éste consta de un preámbulo, un capítulo preliminar y tres capítulos, siete disposiciones adicionales, una disposición derogatoria, tres disposiciones finales y 7 Anexos, con el siguiente contenido:

Capítulo preliminar: Disposiciones generales.

Capítulo I: Registro de las garantías y de los depósitos.

Capítulo II: Devolución y cancelación de las garantías y de los depósitos.

Capítulo III: Ejecución de las garantías.

Disposición adicional primera: Regulación de las garantías y de los depósitos en las disposiciones reglamentarias autonómicas.

Disposición adicional segunda: Los depósitos y garantías vigentes constituidos antes de la entrada en vigor de este Decreto a favor de los entes del sector público que tengan la consideración de administración pública a efectos de la Ley 9/2017.

Disposición adicional tercera: Los depósitos y garantías registrados antes a favor de los entes del sector público instrumental que no tienen la consideración de administración pública a efectos de la Ley 9/2017.

Disposición adicional cuarta: Garantías no incluidas en el ámbito de aplicación de este Decreto.

Disposición adicional quinta: Disolución, declaración de concurso o revocación de la autorización administrativa para operar en España de entidades avalistas o aseguradoras con garantías depositadas.

Disposición adicional sexta: Pactos, cláusulas y condiciones contrarios a este Decreto.

Disposición adicional séptima: Aprobación de los modelos.

Disposición derogatoria única: Normas que se derogan.

Disposición final primera: Modificación del texto consolidado del Decreto sobre contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, aprobado por el Decreto 14/2016, de 11 de marzo.

Disposición final segunda: Habilitación normativa.

Disposición final tercera: Entrada en vigor.

Anexo 1: Modelo de garantías y de depósitos en efectivo.

Anexo 2: Modelo de declaración responsable de identificación de los valores pignorados.

Anexo 3: Modelo de aval prestado por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca.

Anexo 4: Modelo de aval solidario futura UTE prestado por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca.

Anexo 5: Modelo de certificado de seguro de caución.

Anexo 6: Modelo de certificado de seguro de caución futura UTE.

Anexo 7: Modelo de aval personal.

Quinta

Observaciones

Este Consejo Consultivo considera, una vez ha analizado el contenido del Decreto proyectado, que debe formular las siguientes observaciones:

Primera. Artículo 2.1.b).3º

El artículo 2 del proyecto de decreto establece su ámbito de aplicación. Entre los depósitos a los que resulta aplicable el decreto se encuentran (apartado 1.b).3º) los depósitos que haya constituido «la Agencia Tributaria de las Illes Balears correspondientes a los sobrantes de las subastas, de acuerdo con el artículo 104.6.e del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio». La remisión al artículo 104.6.e debe ser sustituida por el artículo 104.bis.i) del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, que se ha visto modificado por el Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, en vigor desde el día 1 de enero de 2018.

La misma referencia debe ser modificada en el artículo 16.2.c)

Esta observación tiene carácter sustancial.

Segunda. Artículo 6.4

Este precepto dispone:

La Depositaria comprobará que las garantías y los depósitos aportados para custodiarlos cumplen los requisitos de este Decreto y, en el caso de que se observen deficiencias, se informará de ello al depositante y se le denegará el registro. Adicionalmente, cuando lo solicite la persona interesada, la Depositaria emitirá una diligencia en la que se haga constar los motivos de la inadmisión.

En los informes de valoración de las alegaciones presentadas en el procedimiento de elaboración del proyecto de decreto se desestimó una alegación que interesaba que, en caso de que se observaran deficiencias en las garantías y los depósitos, se concediera el plazo de subsanación de una solicitud de 10 días previsto en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Los motivos por los que se desestimó esa alegación fueron dos:

— El primero, consistente en que la aportación de las garantías y los depósitos son actos que forman parte de un procedimiento sustantivo que establecerá los plazos en que los interesados tendrán que cumplimentar los trámites, por lo que si se concede un plazo para subsanar la aportación y obtener el registro de las garantías y de los depósitos se estará distorsionando el procedimiento principal.

— El segundo, porque los interesados tendrán a su disposición los modelos para constituir las garantías por lo que se facilita el cumplimiento formal de la obligación, que es lo que examinará la Depositaria.

Este Consejo Consultivo se muestra conforme con este criterio; sin embargo, no está de acuerdo con la regulación efectuada cuando dice: «*Adicionalmente, cuando lo solicite la persona interesada, la Depositaria emitirá diligencia en la que se haga constar los motivos de la inadmisión*». La denegación del registro o inadmisión de la garantía es un acto administrativo, que debe ser motivado, conforme al artículo 35.1.a) de la LPAC. Además, es un acto trámite, porque forma parte de un procedimiento sustantivo o principal, cualificado porque determina la imposibilidad de continuar el procedimiento. Por este motivo, ese acto de inadmisión es susceptible de recurso, conforme a lo previsto en el artículo 112.1 de la LPAC.

En consecuencia, debe incorporarse en el artículo 6.4 del decreto la previsión de que la notificación del acto que acuerde la denegación del registro de la garantía o del depósito incorporará la mención expresa del recurso que proceda contra la misma.

Esta observación tiene carácter esencial.

Tercera. Artículo 9.4.c)

El artículo 9 regula la constitución de garantías en valores de deuda pública.

En su apartado 4.c) exige que cuando el depositante sea una persona jurídica, debe aportar los poderes de quien la represente legalmente que debe ser quien firma la declaración responsable. En este caso, el decreto exige que se aporte una «*copia del documento nacional de identidad o de la tarjeta de identificación de extranjeros en vigor*», requisito que no es necesario cumplir cuando la persona interesada autoriza previamente a la Depositaria para comprobar esos datos mediante el sistema de verificación de datos de identidad. El precepto no contiene referencia alguna al supuesto en que el depositante sea una persona física. Debe incorporarse esa regulación, con un carácter semejante, excepto la referencia al poder de representación.

Esta observación no tiene carácter sustancial.

Cuarta. Artículo 13.2 y 3

Este artículo se refiere a la constitución de las garantías mediante retención en el precio.

En su apartado 2 dice:

Para registrar las garantías mediante retención en el precio, el órgano de contratación comunicará a la Depositaria que el adjudicatario ha optado por esta forma de garantía y, si se trata de un ente del sector público, transferirá a la Administración de la Comunidad Autónoma el importe de la retención en el precio.

Entiende el Consejo Consultivo que la referencia «*a la Administración de la Comunidad Autónoma*» debe sustituirse por el órgano que debe recibir la transferencia, incluso aunque lo sea la Depositaria, por un motivo de seguridad jurídica, aunque el destinatario de la norma sea un ente del sector público.

Esta observación no tiene carácter sustancial.

En cuanto al apartado 3 de este precepto, ninguna objeción suscita su redacción en la versión en lengua catalana del proyecto de decreto:

Una vegada registrada la garantia, la Dipositaria ha de trametre directament l'exemplar per a l'administració pública i l'exemplar per a la persona interessada del resguard acreditatiu a l'òrgan de contractació que sol·licita registrar-la.

Sin embargo la redacción en versión castellana de este apartado 3 del artículo 13 del proyecto de decreto es confusa y debe ajustarse a la prevista en la versión catalana. La redacción dice así:

Una vez registrada la garantía, la Depositaria remitirá directamente el ejemplar para el órgano gestor y el ejemplar para la administración pública del resguardo acreditativo al órgano de contratación que solicitó su registro.

Esta observación tiene carácter sustancial.

Quinta. Artículo 19.1

El apartado 1 del artículo 19 en la versión en lengua castellana del proyecto de decreto está redactado en lengua catalana, por lo que debe subsanarse este error material.

Esta observación tiene carácter sustancial.

Sexta. Artículo 21.2. párrafo segundo

El artículo 21 regula el «*Reembolso del coste de las garantías y de los depósitos*». En su apartado 2 párrafo segundo establece:

No se reembolsará el coste de las garantías si la resolución administrativa o judicial declara improcedente el acto a raíz de la aportación, por parte del recurrente y en sede de recurso, de nuevas alegaciones, pruebas o documentos no aportados en el procedimiento administrativo que dio lugar al acto declarado improcedente posteriormente.

El principio que preside el derecho al reembolso de las garantías es el de la asunción, por la Administración, del coste de las garantías aportadas por el obligado al pago de una deuda de derecho público para suspender su ejecución que, como consecuencia de una sentencia o resolución administrativa firme, es declarada improcedente. Así nació su regulación en materia tributaria en la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes y se desarrolló en el Real Decreto 136/2000, de 4 de febrero. Actualmente esa regulación se contiene en el artículo 33 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, desarrollado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general en materia de revisión en vía administrativa. Su finalidad consistía en el establecimiento de un procedimiento sencillo y claro a través del cual el obligado al pago de la deuda, que era declarada ilegal en vía

de recurso, era resarcido de los gastos en que había incurrido para obtener su suspensión. Se reguló con la finalidad de evitar que el obligado al pago tuviera que acudir al procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas para reclamar ese derecho y, todo ello, sin perjuicio de la posibilidad que le confiere el ordenamiento jurídico para reclamar otros costes o conceptos distintos por esa vía. Por ello, el reembolso del coste de las garantías se constituye como un procedimiento especial que responde al principio de responsabilidad objetiva: la improcedencia del acto impugnado declarado en vía de recurso administrativo o judicial confiere el derecho a esa indemnización. Por este motivo, no se exige por el legislador para que sea procedente la obligación de indemnizar la concurrencia de los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, especialmente una relación de causalidad adecuada, sin intervención de elementos alteradores del nexo causal. Además, a diferencia del principio vigente en materia de responsabilidad patrimonial consistente en que *«la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización»* (artículo 32.1 párrafo segundo de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) es precisamente la improcedencia de acto recurrido y suspendido la que origina el derecho al reembolso de las garantías.

Siendo ello así, resulta contrario a la esencia del procedimiento (sin previsión semejante en la normativa tributaria) la pretendida exclusión de la obligación de indemnizar el coste de las garantías basada en una supuesta ruptura del nexo causal cuando la improcedencia del acto surja de *«nuevas alegaciones, pruebas o documentos no aportados en el procedimiento administrativo que dio lugar al acto declarado improcedente posteriormente»*, porque esa previsión olvida que el acto era ilegal y que el derecho de defensa (artículo 24.1 C.E.) permite articular en la vía de recurso, especialmente judicial, cualquier alegación o aportar cualquier prueba aunque no se hubiera hecho valer en el procedimiento administrativo. Además, la regulación efectuada resulta contraria a la seguridad jurídica (artículo 9.3 C.E.) porque introduce un examen del procedimiento administrativo en el que se dictó el acto impugnado y su comparación especialmente con el procedimiento judicial que no se encuentra al alcance del órgano gestor.

En consecuencia, el Consejo Consultivo considera que debe suprimirse el párrafo segundo del artículo 21.2 del proyecto de decreto.

Esta observación tiene carácter esencial.

Séptima. Disposición adicional sexta

Esta disposición adicional se refiere a *«Pactos, cláusulas y condiciones contrarios a este Decreto»* En la misma se dice:

De acuerdo con los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil, los pactos, cláusulas y las condiciones que acuerden los contratantes y que sean contrarios a este Decreto se considerarán nulos de pleno derecho.

La nulidad de pleno de derecho de los actos y contratos contrarios a las normas administrativas ha sido admitida en los últimos años por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de forma matizada y parcial cuando la vulneración de la norma imperativa es clara y manifiesta, siempre que además, en esa norma, no se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Ejemplo de esa jurisprudencia y su evolución la encontramos en la sentencia nº 878/2008, de 10 de octubre de 2008, recurso de casación nº 5707/2000, que dijo:

Para resolver la cuestión así planteada resulta imprescindible examinar la jurisprudencia de esta Sala sobre la relación entre normas administrativas, imperativas o prohibitivas y consecuencias civiles de su infracción.

Que la materia en general no está exenta de dificultades lo demuestra la propia evolución de la jurisprudencia de esta Sala sobre algunas cuestiones concretas en las que inevitablemente se planteaba esa relación entre normas administrativas y consecuencias civiles. Así, en punto a la compraventa de viviendas de protección oficial por precio superior al autorizado, la jurisprudencia que hasta el año 1992 mantenía que el comprador sólo estaba obligado a pagar el precio máximo o tasado dio paso a la que le obligaba a pagar el precio pactado, sin perjuicio de comunicarse a la Administración la infracción del vendedor por si procedía sancionarle (SSTS 3-9 y 14-10-92 hasta 6-11-00, 16-7-01 y otras posteriores).

Esa jurisprudencia favorable a la plenitud de efectos civiles de los contratos entre particulares aunque sus cláusulas infringieran alguna norma administrativa se correspondía, además, con la que en general sostenía que "la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas" (STS 26-4-95, con cita de otras muchas, y STS 22-7-97).

Sin embargo la jurisprudencia más reciente de esta Sala no permite seguir manteniendo la irrelevancia civil de la infracción de normas administrativas.

Así, la sentencia de 31 de octubre de 2007 (rec. 3948/00) casó la sentencia recurrida y en su lugar desestimó la demanda porque se fundaba en un contrato que infringía la Ley de Cooperativas Andaluzas en cuanto a los porcentajes máximos de elaboración de productos no procedentes de los propios cooperativistas. Como quiera que la sentencia recurrida había rechazado la ineficacia civil de dicho contrato porque la superación de aquellos porcentajes ya aparecía prevista en la citada ley como falta grave sancionada incluso con la descalificación de la cooperativa, sanción administrativa que excluiría la nulidad civil del contrato o de parte del mismo, esta Sala resumía su jurisprudencia más reciente al respecto del siguiente modo: "Por lo que atañe a la jurisprudencia de esta Sala, la sentencia de 25 de septiembre de 2006 (recurso nº 4815/99), citando las de 18 de junio de 2002 y 27 de febrero de 2004, declara en relación con el art. 6.3 CC, de un lado, que "el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente

contrario a la Ley, la moral o el orden público"; de otro, con cita de la STS 24-4-96, que "cuando la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez"; y también, que a la nulidad no es obstáculo el que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto. La sentencia de 30 de noviembre de 2006 (recurso nº 5670/00), citando las de 31-5-05, 2-4-02 y 26-7-00, declara que la ilicitud administrativa puede comportar la nulidad civil del contrato que incurra en la misma. Y la muy reciente sentencia de 27 de septiembre último (recurso nº 3712/00) ratifica la doctrina general de la de 25 de septiembre de 2006 aunque en el caso no declara nula la cesión de aprovechamiento de una emisora de radio privada sin autorización por tener ésta un carácter reglado y no constar que la adquirente no reuniera los requisitos legales a que se vinculaba tal autorización."

Más adelante, al justificar por qué la aplicación de dicha jurisprudencia al caso entonces examinado debía comportar la ineficacia civil del contrato, la misma sentencia razonaba lo siguiente: "La consideración legal de la superación del 40% como falta grave capaz de justificar la descalificación de la entidad como sociedad cooperativa (art. 94.1.b de la ley reguladora), lejos de excluir la nulidad civil del contrato en cuestión, la corrobora: de un lado, porque ofrece un argumento más para considerar que tal contrato vulneraba el orden público, ya que mientras en el art. 104.1.a) de la misma ley se exige para la descalificación la comisión de infracciones graves y reiteradas de normas imperativas o prohibitivas de la propia ley, en cambio la vulneración que se cometía mediante el contrato de forfait ya constituía por sí sola causa de descalificación; de otro, porque la descalificación implicaba la disolución de la cooperativa (art. 104.4 de la ley reguladora), lo que redundaba en la gravedad de la infracción; y finalmente, porque la ley de que se trata establecía la descalificación de la cooperativa como sanción administrativa, pero nada disponía sobre la eficacia o ineficacia de los contratos mediante los cuales se vulneraba la prohibición de superar el porcentaje máximo, de suerte que tampoco cabe sostener que dicha ley estableciera para el contrato litigioso un efecto distinto de la nulidad de pleno derecho o, dicho de otra forma, que la descalificación de la cooperativa excluyera la posibilidad de declarar civilmente nulo el contrato mediante el cual se vulneró la prohibición."

Además, cabe señalar que la sentencia de 23 de noviembre de 2006 (rec. 5402/99), no citada en la antedicha, ni siquiera se planteó que la naturaleza fiscal o tributaria de una norma imperativa pudiera ser obstáculo a la nulidad civil de una prenda sobre títulos de deuda pública especial, y por ello estimó el motivo del recurso fundado en infracción del art. 1857 del Código Civil en relación con los arts. 1863 y 1864 de mismo Cuerpo legal y con el Real Decreto 505/87, la Orden Ministerial de 19 de mayo de 1987 y la Ley 18/1991, de 6 de junio, considerando muy explícitamente esta Sala lo dispuesto en el art. 6.3 del Código Civil.

OCTAVO.- De todo lo razonado hasta ahora se desprende, en primer lugar, que la jurisprudencia actual de esta Sala no permite seguir manteniendo, con carácter general, que la sanción administrativa excluya la nulidad civil de un acto o contrato contrario a una norma administrativa imperativa o prohibitiva; y en segundo lugar, que la estimación o desestimación del motivo que se está examinando, en cuanto plantea la incidencia que la prohibición de préstamos a los jugadores pueda tener en la exigibilidad de las deudas de juego contraídas por los mismos, pasa necesariamente por analizar el sentido y alcance de tal prohibición. Aquella primera conclusión no puede desligarse, a su vez, de considerar que una interpretación del art. 6.3 del Código Civil que llevara hasta sus últimas consecuencias lógicas la

exclusión de la nulidad civil por la sanción administrativa conduciría al absurdo de mantener la eficacia civil de los negocios jurídicos constitutivos de delito por prever el ordenamiento jurídico para el caso de contravención un efecto tan enérgico como la pena misma, y ello comportaría de hecho dejar sin efecto el régimen del propio Código Civil sobre la ilicitud del objeto o de la causa de los contratos (arts. 1271 párrafo tercero, 1275 y 1305).

La complejidad de la cuestión planteada se manifiesta ante los pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo acerca de las consecuencias de pactos o acuerdos entre particulares que vulneran normas de carácter administrativo. Así y por citar otro ejemplo, la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo ha entendido (sentencia de Pleno nº 323/2015 de 30 de junio de 2015, rec. casación nº 2780/2013) que el incumplimiento de las normas imperativas de transparencia e información contenidas en la legislación de mercado de valores por parte de las entidades de crédito no tiene como consecuencia la nulidad del contrato bancario pero puede determinar la nulidad por error de vicio del consentimiento.

Explicado el marco jurisprudencial en el que se encuentra la cuestión, este Consejo Consultivo considera que debe suprimirse o modificarse la disposición adicional sexta del proyecto de decreto por los siguientes motivos:

1. La regulación tiene un carácter genérico que impide determinar cuál de los preceptos del decreto constituye norma imperativa, cuya transgresión implica la nulidad del pacto entre particulares. Tampoco la memoria realiza mención alguna que permita colegir la verdadera finalidad que se persigue con la citada nulidad indiscriminada.

2. La redacción del precepto es confusa, dado que no dice que *«los pactos, cláusulas y las condiciones que acuerden los contratantes y que sean contrarios a este Decreto son nulos de pleno derecho»*, sino *«que se considerarán»*. No debemos olvidar que la declaración de nulidad del pacto entre particulares es competencia de la jurisdicción civil y no de la contencioso-administrativa, que únicamente podrá efectuar ese pronunciamiento a efectos prejudiciales.

La finalidad de esta disposición adicional parece ser más que la declaración de nulidad de esos pactos, que se consideran ilegales, que no puedan afectar a la administración a la hora de ejecutar las garantías. Pues bien, ese efecto deriva directamente del Código Civil, cuyo artículo 1257 dice que *«los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos;[...]*». Por tanto, aunque nos encontramos ante un contrato de fianza en el que los elementos personales son el deudor, el acreedor y el fiador, la relación jurídica existente entre acreedor y fiador no se podrá ver afectada por los pactos suscritos entre deudor y fiador más allá del contenido del contrato de fianza, contenido que, en este caso viene determinado por las normas administrativas sobre las garantías y las previstas en el proyecto de decreto, reflejadas en los modelos de garantía. Entiende el Consejo Consultivo que el decreto preserva los derechos de la CAIB sin necesidad de incorporar una disposición con el contenido de la disposición adicional

sexta o, alternativamente, la disposición adicional debería indicar que dichos pactos entre las partes no son oponibles a la Administración.

En caso de que el Consejo de Gobierno opte por la supresión de la disposición, la disposición adicional séptima pasará a ser sexta.

Esta observación tiene carácter sustancial.

III. CONCLUSIONES

1ª. La Presidenta de las Illes Balears está legitimada para solicitar el presente dictamen y el Consejo Consultivo es competente para emitirlo con carácter preceptivo.

2ª. El procedimiento seguido para la elaboración del proyecto de decreto es el legalmente establecido, sin perjuicio de la observación de carácter no sustancial prevista en la consideración jurídica segunda.

3ª. El Gobierno de las Illes Balears tiene competencia para la aprobación de la norma proyectada.

4ª. Las observaciones contenidas en la consideración jurídica quinta calificadas como de carácter sustancial deben ser tenidas en cuenta a los efectos de la utilización de la fórmula prevista en el art. 4º, apartado 3, de la Ley Balear de 16 de junio de 2010 («de acuerdo con el Consejo Consultivo»). Las observaciones de carácter no sustancial contenidas en la consideración jurídica quinta, si fueren admitidas, mejorarán la redacción del decreto.

Palma, 19 de diciembre de 2018