

Artículos

Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales

Contracts for joint provision of local public services

FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS 5-18

La disolución y liquidación de los consorcios administrativos

Dissolution and liquidation of administrative consortia

FEDERICO A. CASTILLO BLANCO 19-44

Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública

Measures to prevent corruption and increase transparency in public procurement

J. M. GIMENO FELIU 45-67

Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja

Urban plans and housing plans: the strange couple

MARCOS VAQUER CABALLERÍA 68-85

El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos

The anti-corruption system in Italy. Features, trends and opened problems

ENRICO CARLONI 86-102

Estudios breves

Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados

Liberalization of local public services and modalities of local action in the liberalized sectors

JOAQUÍN TORNOS MAS 103-114

Enfoque de la autonomía local en los sistemas alemán y británico de financiación municipal

Approach to local autonomy in the German and British systems of municipal financing

FRANCISCO JAVIER DURÁN GARCÍA 115-125

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

La subasta de medicamentos en Andalucía. Cuestiones controvertidas y perspectivas de futuro

The auction of medicines in Andalucía. Controversial issues and future prospects

ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ 126-142



reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **7**
Nueva época
mayo, **2017**



ISSN: 1989-8975
DOI: 10.24965/reala
www.inap.es
<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA>

Director del INAP: Manuel Arenilla Sáez
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
(Universidad Rey Juan Carlos)

Director de la Revista: José María Baño León
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad Complutense de Madrid)

Coordinación:
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

Redacción y administración:
Atocha, 106, 28012 Madrid
Tel.: 91 273 91 62
correo electrónico: reala@inap.es

Edita: Instituto Nacional de Administración Pública

ISSN: 1989-8975
NIPO: 174-17-020-1
Depósito legal: M-1.582-1958

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

Director: José María Baño León, Universidad Complutense de Madrid (España)
Secretaría: Lucía Alarcón Sotomayor, Universidad de Córdoba (España).

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Rebollo Puig, Universidad de Córdoba (España). José Carlos Vieira de Andrade, Universidad de Coímbra (Portugal). Gianluca Gardini, Universidad de Ferrara (Italia). Diego Zegarra Valdivia, Pontificia Universidad Católica de Perú (Perú). Concepción Barrero Rodríguez, Universidad de Sevilla (España). Alejandro Huergo Lora, Universidad de Oviedo (España). Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (España). Belén Noguera de la Muela, Universidad de Valladolid (España). Silvia Díez Sastre, Universidad Autónoma de Madrid (España).

CONSEJO CIENTÍFICO

Germán Fernández Farreres, Universidad Complutense de Madrid (España). Francisco López Menudo, Universidad de Sevilla (España). Eloy García López, Universidad Complutense de Madrid (España). Eloísa Carbonell Porras, Universidad de Jaén (España). Mariano López Benítez, Universidad de Córdoba (España). Marco Dugato, Universidad de Bolonia (Italia). Martin Burgi, Ludwig-Maximilians-Universität München (Alemania). Silvia del Saz Cordero, UNED (España). Marcos Vaquer Caballería, Universidad Carlos III de Madrid (España). Alessandra Pioggia, Universidad de Perugia (Italia). Francesco Bilancia, Universidad de Chieti-Pescara (Italia). Edorta Cobreros Mendazona, Universidad del País Vasco (España). Eduardo Cordero Quinzacara, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Francisco Villar Rojas, Universidad de La Laguna (España). Hans Christian Röhl, Universidad de Konstanz (Alemania). José María Rodríguez de Santiago, Universidad Autónoma de Madrid (España). Joan Manuel Trayter Jiménez, Universidad de Gerona (España). Mercedes Fuertes López, Universidad de León (España). José María Gimeno Feliú, Universidad de Zaragoza (España). Luis Míguez Macho, Universidad de Santiago de Compostela (España). Eva Desdentado Daroca, Universidad de Alcalá (España). José Luis Blasco Díaz, Universidad Jaume I de Castellón (España). Estanislao Arana García, Universidad de Granada (España). Gabriel Domenech Pascual, Universidad de Valencia (España). Julián Valero Torrijos, Universidad de Murcia (España). Raúl Letelier Wartenberg, Universidad de Chile (Chile). Juan José Díez Sánchez, Universidad de Alicante (España). Giuseppe Piperata, Universidad de Venecia (Italia). Fabio Medina Osorio, Universidad Rio Grande del Sur (Brasil). Héctor Santaella Quintero, Universidad de Externado (Colombia).

La Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (**REALA**), publicada desde el año 1985 por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), es la sucesora de la revista Estudios de la Vida Local (REVL), publicación iniciada por el Instituto de Estudios de Administración Local en 1942. Está dirigida a un público formado por académicos, investigadores, expertos y en general a todos aquellos profesionales interesados por los ámbitos del Gobierno y de la Administración local y autonómica. Tiene carácter multidisciplinar, especialmente en aquellas ciencias sociales que contribuyen a la comprensión del objeto de la revista: derecho, ciencia de la administración, ciencia política, gestión pública, sociología y economía. **REALA** es una publicación de periodicidad semestral (mayo-noviembre) editada en formato digital que asume los criterios de exigencia aplicados en aquellas revistas que gozan de máximo reconocimiento internacional, empezando por la selección (mediante el protocolo del Open Journal System para la evaluación anónima por pares) de trabajos originales y conformes a las directrices para autores. En la evaluación participan revisores externos nacionales e internacionales ajenos al Consejo de Redacción y al INAP.



REALA se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

Sumario / Table of contents

Artículos

Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales <i>Contracts for joint provision of local public services</i>	
FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS	5
La disolución y liquidación de los consorcios administrativos <i>Dissolution and liquidation of administrative consortia</i>	
FEDERICO A. CASTILLO BLANCO	19
Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública <i>Measures to prevent corruption and increase transparency in public procurement</i>	
J. M. GIMENO FELIU	45
Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja <i>Urban plans and housing plans: the strange couple</i>	
MARCOS VAQUER CABALLERÍA	68
El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos <i>The anti-corruption system in Italy. Features, trends and opened problems</i>	
ENRICO CARLONI	86

Estudios breves

Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados <i>Liberalization of local public services and modalities of local action in the liberalized sectors</i>	
JOAQUÍN TORNOS MAS	103
Enfoque de la autonomía local en los sistemas alemán y británico de financiación municipal <i>Approach to local autonomy in the German and British systems of municipal financing</i>	
FRANCISCO JAVIER DURÁN GARCÍA	115

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

La subasta de medicamentos en Andalucía. Cuestiones controvertidas y perspectivas de futuro <i>The auction of medicines in Andalucía. Controversial issues and future prospects</i>	
ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ	126

Autores	143
----------------------	-----



Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales

Contracts for joint provision of local public services

Francisco José Villar Rojas
Universidad de La Laguna
fvillar@ull.es

RESUMEN

El presente trabajo estudia la forma en que una Entidad Local pueda prestar un servicio público de su competencia de forma conjunta o cooperativa con otras administraciones públicas. En concreto, se analiza el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE, sobre los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos. Se estudian su fundamento y las condiciones que deben cumplirse para su válida utilización, en tanto que se trata de una excepción a la normativa sobre contratos públicos. La conclusión es que el Derecho Europeo admite y regula una forma tradicional de gestionar servicios públicos locales.

PALABRAS CLAVE

Contratos públicos, servicios públicos, gestión conjunta, cooperación administrativa, derecho europeo.

ABSTRACT

This paper studies the way a Local authority can provide a public service of its competence jointly or cooperatively with other public authorities. Specifically, article 12.4 of Directive 2014/24 /EU, on «contracts for the joint provision of public services», is analyzed. Its basis and the conditions that must be fulfilled for its valid use are studied, as it is an exception to the rules on public works contracts. The conclusion is that European law supports and regulates a traditional way of managing local public services.

KEYWORDS

Public contracts, public services, joint provision, administrative cooperation, european law.

SUMARIO

1. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL MODO DE GESTIÓN EN EL DERECHO EUROPEO; EN PARTICULAR POR COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVA. 2. LA COOPERACIÓN HORIZONTAL COMO MEDIO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. 2.1. EL ARTÍCULO 12.4 DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE. 2.2. LA NATURALEZA DE LOS ACUERDOS DE PRESTACIÓN CONJUNTA: UN CONTRATO, EXCLUIDO. 2.3. LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LOS CONTRATOS DE GESTIÓN CONJUNTA DE SERVICIOS PÚBLICOS. a) Misión de servicio público común. b) Cooperación guiada exclusivamente por el interés público. c) Actividad de mercado auxiliar o marginal. 2.4. ¿OTROS CONDICIONANTES? a) Participación privada. b) Ejecución de actividades por medios propios personificados. c) Aportaciones financieras. d) Servicios y contribución de usuarios. 2.5. UN CONDICIONANTE NEGATIVO: QUE NO SE LIMITE A UNA TAREA A CAMBIO DE UN PRECIO. 3. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA: LA CALIFICACIÓN COMO «CONVENIO» Y SUS CONSECUENCIAS. 4. LA NORMALIZACIÓN DE UNA FORMA CLÁSICA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.

1. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL MODO DE GESTIÓN EN EL DERECHO EUROPEO; EN PARTICULAR POR COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVA

¿Puede una Entidad Local prestar un servicio público en colaboración con otras Administraciones o entidades públicas, en particular aquellos en los que la prestación conjunta o cooperativa resulta más eficiente por generar economías de escala, por conseguir mayor calidad de los servicios o por tratarse de servicios en red –como puedan ser el abastecimiento domiciliario de agua potable, la recogida de residuos urbanos, el transporte regular de viajeros o los servicios sociales–¹?

El tenor literal de la legislación de régimen local nada dice. El artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), se refiere a la gestión directa con medios propios o personificados, y a la gestión indirecta, con medios ajenos o por contrato. No obstante, sin perjuicio de las llamadas a la colaboración entre Administraciones en el ejercicio de sus respectivas competencias (artículo 57 LBRL y artículo 140 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP), cabe pensar que la gestión de servicios públicos mediante cooperación con otras administraciones públicas esté prohibida o, cuando menos, tenga carácter excepcional. La prohibición de convenios de colaboración entre Administraciones que por su naturaleza tengan la consideración de contratos administrativos, como el de gestión de servicios públicos, vendría a reforzar este entendimiento (artículo 4.1.c, *sensu contrario*, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por R. D.-Leg. 3/2011, de 14 de noviembre –TRLCSP–²).

Lo cierto, sin embargo, es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene dicho lo siguiente sobre la cooperación entre Administraciones públicas en la prestación de servicios públicos:

- a) Que nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios.
- b) Que esta posibilidad de recurrir a sus propios medios para llevar a cabo sus funciones de servicio público puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas.
- c) Que el Derecho Comunitario no impone a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente.
- d) Y que esta colaboración interadministrativa no cuestiona el objetivo de la normativa sobre contratación pública de asegurar la libre circulación de servicios y la libre competencia, siempre que se cumplan tres condiciones: que esa colaboración responda a consideraciones y exigencias propias del interés general, que los contratos sean celebrados por entidades públicas sin la participación de empresas privadas y que no se favorezca a ningún operador privado frente a sus competidores³.

Es claro, por tanto, que el derecho europeo, admite la cooperación como vía para garantizar la realización de una misión de servicio público –como puede ser, a título de ejemplo, el tratamiento y la eliminación

¹ Agradezco los comentarios que, sobre una versión preliminar de este trabajo, hizo el profesor Francisco Hernández González. En todo caso, quien suscribe es el único responsable del texto y de sus conclusiones.

² La exclusión de los convenios de colaboración entre entidades públicas, que recogía el artículo 3.1.c del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, fue declarada contraria a la normativa europea de contratación pública por STJUE de 12 de enero de 2005, C-84/03 (cdo. 33 a 40). Pero es obligado recordar que esa resolución judicial lo que invalidó fue la exclusión, a priori y con carácter general, de las relaciones entre las Administraciones públicas, sus organismos autónomos y, en general, las entidades de Derecho Público no mercantiles, que acordaba aquél precepto: «*sea cual sea la naturaleza de estas relaciones*» (cdo. 40); y no cualesquiera convenios de colaboración, que serán o no admisibles en función de cuál sea su naturaleza.

³ En este sentido, admitiendo que se trata de contratos de cooperación, se pronuncian la STJUE de 13 de noviembre de 2008, C-324/07 (cdo. 48 y 49), sobre el encargo por un Municipio de la gestión de la red local de teledistribución a una sociedad cooperativa integrada, exclusivamente, por otras entidades locales, a cuyo capital se incorpora; y la STJUE, de 9 de junio de 2009, C-480/06 (cdo. 45 y 47), en relación con el contrato suscrito por 4 entidades locales con la ciudad de Hamburgo para que ésta se encargara, a cambio de una contraprestación, del servicio de valoración de los residuos urbanos de aquellas, reservando para ello una parte de la capacidad de una nueva instalación de la que era propietaria. Por otra parte, reiteran esos criterios, pero concluyen rechazando que pueda considerarse cooperación, la STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/2011 (cdo. 34 y 35), sobre un acuerdo de cooperación entre una Administración y una Universidad, para la realización por ésta de determinadas tareas científicas y de investigación –que el Tribunal considera servicios de ingeniería y arquitectura, sin especial carácter científico–; y la STJUE de 13 de junio de 2013, C-386/11 (cdo. 36-38), sobre un acuerdo entre dos entidades públicas, en virtud del cual una de ellas asume la competencia de limpieza de inmuebles administrativos y docentes de la otra. Da cuenta detallada de la jurisprudencia referida a la cooperación horizontal: GALLEGO CÓRCOLES (2015).

de residuos urbanos generados por cuatro entidades locales, a que se refiere la STJUE de 9 de junio de 2009, citada⁴.

En concreto, atendiendo a los términos de la legislación de régimen local, esa doctrina supone la libertad de gestión directa con medios propios, la indiferencia entre la gestión directa y la gestión indirecta o por contrato de las tareas públicas (lo que contrasta con las preferencias por la gestión directa administrativa y la gestión indirecta del artículo 85 de la LBRL⁵), y la gestión en colaboración con otras Administraciones públicas, ya sea de forma institucionalizada (empresas públicas mixtas, consorcios o asociaciones de administraciones), ya sea de forma convencional (mediante acuerdo o convenio)⁶.

Esto último, la admisión expresa de que las tareas de interés público puedan ser realizadas en colaboración con otras autoridades públicas, justifica el interrogante planteado, y, de modo particular, la determinación de sus presupuestos, las tareas susceptibles de esta modalidad y los límites que deban ser respetados. Pero, lo relevante, es que el derecho europeo derivado, recogiendo lo declarado por el Tribunal de Justicia, admite que una Administración atienda los servicios de su competencia mediante la colaboración con otras entidades públicas, sin que ello suponga «per se» quiebra o fraude a la normativa sobre contratos públicos ni tampoco de las reglas sobre libre competencia.

2. LA COOPERACIÓN HORIZONTAL COMO MEDIO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

2.1. El artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE

La Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, da explicación y forma jurídica básica a la gestión de asuntos públicos mediante cooperación entre Administraciones públicas. La motivación se resume en el considerando 33 de su exposición de motivos:

«Los poderes adjudicadores han de poder optar por prestar de manera conjunta sus servicios públicos mediante cooperación sin verse obligados a adoptar una forma jurídica particular. Dicha cooperación puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como las tareas obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regionales o los servicios conferidos a organismos específicos de Derecho público. Los servicios prestados por los distintos poderes participantes no han de ser necesariamente idénticos; también pueden ser complementarios.

Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores.

Con el fin de cumplir esas condiciones, la cooperación debe estar basada en un concepto cooperador. Mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público»⁷.

⁴ El régimen de la cooperación horizontal con anterioridad a la Directiva 2014/24/UE: BERNAL BLAY (2011); la primera aproximación a la misma, GIMENO FELIU (2014): 76-79.

⁵ Un análisis del artículo 85.2 LBRL, tras la reforma efectuada por la Ley 27/2013, en VILLAR ROJAS (2016). En general, sobre los modos de gestión de los servicios locales, últimamente LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO (2017).

⁶ Sobre el régimen jurídico de los convenios entre administraciones públicas, categoría en la que debe situarse y explicarse la colaboración para la prestación conjunta de servicios que centra este trabajo, es obligado remitirse a la obra fundamental de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997).

⁷ En términos análogos se expresa el considerando 47 de la Directiva 2014/23/UE, sobre adjudicación de contratos de concesión. Sobre esta directiva, por todos, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2015).

El criterio es diáfano: las Administraciones públicas, actuando como poderes adjudicadores, pueden prestar conjuntamente los servicios públicos de los que son responsables y pueden hacerlo sin que exista forma jurídica alguna predeterminada a la que deban ajustarse. En todo caso, el contrato es una de las modalidades que pueden emplear. La clave es que la finalidad, la causa o la razón de acudir a esta modalidad de gestión respondan a consideraciones de interés público y que la finalidad sea cooperar, sin que la aportación de cada una de las participantes deba ser equivalente a las restantes, ni siquiera todas tengan que asumir las obligaciones principales. Lo esencial es que las partes asuman compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público, sean esos compromisos más o menos relevantes. El considerando transcrito le pone nombre: «*contrato para la prestación conjunta de servicios públicos*».

Teniendo en cuenta esa explicación, la regulación básica de los contratos para la gestión conjunta de servicios públicos se contiene en el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24 en los términos siguientes⁸:

«4. *Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:*

- a) *que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;*
- b) *que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y*
- c) *que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación»⁹.*

Este es el texto aprobado¹⁰. La propuesta elaborada por la Comisión Europea se ajustaba más a la doctrina del Tribunal de Justicia, en particular en cuanto a requisitos y condicionantes (derechos y deberes mutuos, prohibición de transferencias financieras y limitación estricta al ámbito público). Pero la redacción final no recogió todas esas exigencias¹¹. De este modo, el contenido de ese precepto constituye el entramado normativo de la prestación de servicios públicos por colaboración interadministrativa, que se considera «contrato público» y que, para quedar excluido de la legislación de contratación, debe cumplir con tres condicionantes, no menos, pero tampoco más.

2.2. La naturaleza de los acuerdos de prestación conjunta: un contrato, excluido

De acuerdo con la regulación transcrita lo primero es que el acuerdo, el pacto o el convenio que se suscriba merezca la calificación de «contrato», esto es, adquisición de obras, suministros o servicios por parte de uno o varios poderes adjudicadores (artículo 1.2 Directiva 2014/24); y, más en concreto, de «contrato público», por tanto, debe ser un contrato oneroso, celebrado por escrito entre uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios

⁸ El artículo 12 de la Directiva 2014/24 se ocupa de regular los «contratos públicos entre entidades del sector público», englobando tanto la cooperación vertical –contratación «in house»– (apartados 1 a 3), como la cooperación horizontal –contratos entre poderes adjudicadores– (apartado 4).

⁹ Los mismos términos se reproducen en el artículo 17 de la Directiva 2014/23/UE.

¹⁰ Para un análisis detallado y preciso de este precepto y de su conformación: SANTIAGO IGLESIAS (2015) y VILALTA REIXACH (2016).

¹¹ El artículo 11.4 del proyecto de Directiva preveía lo siguiente: «*Un acuerdo celebrado entre dos o más poderes adjudicadores no se considerará un contrato público a efectos de lo dispuesto en el artículo 2, punto 6, de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes: (a) que el acuerdo establezca una cooperación genuina entre los poderes adjudicadores participantes para el desempeño conjunto de sus tareas de servicio público e implique derechos y obligaciones mutuos de las partes; (b) que el acuerdo se rija únicamente por consideraciones de interés público; (c) que los poderes adjudicadores participantes no realicen en el mercado libre más del 10 %, en términos de volumen de negocios, de las actividades pertinentes en el contexto del acuerdo; (d) que el acuerdo no implique transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, excepto los correspondientes al reembolso de los costes reales de las obras, los servicios o los suministros; (e) que no exista participación privada en ninguno de los poderes adjudicadores participantes*». Durante la tramitación de la disposición, se suprimió la referencia a derechos y obligaciones (apartado a), se incrementó el porcentaje de actividad de mercado hasta el 20%, esto es, 80% de actividad no de mercado (apartado c) y se suprimieron las letras (d) y (e) y, con ello, los condicionantes que establecían (sobre prohibición de transferencias financieras y participación privada en poderes adjudicadores).

(artículo 1.3 Directiva 2014/24). Si falta alguno de estos requisitos, el acuerdo entre entidades públicas no será contrato y, en consecuencia, quedará extramuros de la normativa sobre contratación pública.

En cuanto a los «sujetos», la singularidad es que todas las partes deben ser «poderes adjudicadores», actuando en esa condición, sin que sea admisible la aplicación de este régimen cuando intervenga un operador económico que no tenga aquella condición, ni aunque sea una entidad pública¹². No caben, por tanto, convenios entre dos o más poderes adjudicadores con participación de uno o varios operadores económicos. En cambio, debe advertirse, la redacción del precepto parece que admite la aplicación de este régimen a poderes adjudicadores con naturaleza jurídico-privada, así como a entidades mixtas. Se volverá sobre esto más adelante. Con todo, la actividad objeto de acuerdo debe ser pública y no mercantil, en la medida que la norma sólo admite con carácter auxiliar o residual el que esa actividad se realice en condiciones de mercado (máximo 20% del total de la actividad desplegada objeto de cooperación).

En relación con el «objeto», si las prestaciones que asumen las partes no se corresponden con las propias de los contratos de obras, suministros o servicios, el acuerdo o convenio no merecerá aquél calificativo. Este sería el caso de que la colaboración suponga la ejecución de tareas administrativas, tales como la tramitación e impulso de un procedimiento administrativo de selección de personal (no ya de la actividad material, sino con efectos jurídicos). En todo caso, es obligado resaltar que, dado el concepto amplio de servicios que emplea la legislación de contratos, es difícil encontrar actividades técnicas o materiales que queden fuera de la misma.

El otro requisito es el «carácter oneroso» del acuerdo o convenio. Se trata de una exigencia controvertida, pero, a los limitados efectos de este trabajo, baste con recordar los criterios esenciales afirmados por la jurisprudencia:

- a) El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación.
- b) Esa prestación debe conllevar un beneficio económico para el poder adjudicador, de ordinario representado por la obra, el producto suministrado o el servicio recibido.
- c) El beneficio económico no precisa que la prestación recibida revista la forma de adquisición de un objeto material o físico –también puede ser jurídico, como un título que asegure la disponibilidad de unos bienes, o su uso y cesión futura–.
- d) Por otra parte, el carácter oneroso no implica «ánimo de lucro» en las partes, que pueden ser entidades sin fines mercantiles, siendo irrelevante que no tengan ánimo de lucro, que carezcan de estructura empresarial, como que no estén de modo continuado en el mercado. Ninguno de esos factores excluye la onerosidad.
- e) Asimismo, el carácter oneroso tampoco tiene que comportar ventaja económica para el contratista u operador económico, de modo que esa condición no desaparece cuando la contrapartida se limita exclusivamente a compensar o reembolsar los gastos soportados por el operador en la ejecución de la prestación¹³.

En suma, la onerosidad supone el equilibrio económico entre las prestaciones de las partes, con la particularidad, porque se trata de evitar el fraude, de que la doctrina apuntada insiste en que el poder adjudicador obtenga ventaja o beneficio económico, directo o indirecto, del negocio jurídico. De este modo, si el convenio entre las entidades públicas no es oneroso, no será contrato, y, por ende, resultará ajeno a la normativa de contratación pública.

La consecuencia de cuanto queda dicho es que los acuerdos, pactos y convenios entre entidades del sector público que interesan son aquellos que reúnen la condición de contrato público, por tanto, negocios jurídicos suscritos entre poderes adjudicadores, por escrito, y onerosos. Siendo así, lo relevante es que la exclusión no resulta de la condición pública de las partes, tampoco del objeto de las prestaciones, ni siquiera de si el acuerdo es o no oneroso; por el contrario, la no sujeción a la normativa de contratos

¹² Se dice actuando como poderes adjudicadores porque, es jurisprudencia reiterada, que las entidades públicas pueden ser también operadores económicos, en la medida que estén habilitados para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso, y, por ello, participar en licitaciones de otros poderes adjudicadores (por todas, STJUE de 6 de octubre de 2015, C-203/14).

¹³ Los criterios generales se recogen de modo preciso en la STJUE de 25 de marzo de 2010, C-451/08 (cdo. 48 a 54); los matices sobre el mantenimiento del carácter oneroso en la STJUE de 19 de diciembre de 2007 (cdo.29), la STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/11 (cdo. 26 a 29) y la STJUE de 11 de diciembre de 2014, C-113/13 (cdo. 62).

públicos viene determinada por la concurrencia de tres condiciones relacionadas, en esencia, con la finalidad pública y cooperativa, que justifique ese contrato interadministrativo. Así que la gestión conjunta de servicios públicos entre varias Administraciones mediante contrato es perfectamente admisible, y ello aunque parte de su contenido incluya prestaciones propias de una obra, servicio o suministro y que el mismo prevea transferencias financieras entre ellas para compensar los gastos incurridos. Si se cumplen aquellas condiciones, nada impide que esta clase de acuerdos responda, en parte, a la estructura propia de un contrato público¹⁴.

2.3. Las condiciones determinantes de los contratos de prestación conjunta de servicios públicos

a) Misión de servicio público común

La primera condición es que el contrato –acuerdo– que articule la cooperación entre los poderes adjudicadores debe tener como finalidad garantizar: «una misión de servicio público común a las mismas» (STJUE de 9 de junio de 2009, cdo. 37, citada)¹⁵. Lo decisivo es la voluntad de colaborar en el funcionamiento conjunto o coordinado de un asunto público; el tipo de tarea que cada una de ellas asuma como parte de esa colaboración resulta secundario.

El elemento determinante es que la cooperación sirva para asegurar que los servicios públicos se organicen y funcionen de forma tal que sea viable la consecución de un objetivo de interés común. La colaboración en el funcionamiento del servicio público es la clave, más allá de las prestaciones y compensaciones que puedan establecerse –los derechos y obligaciones mutuas de que hablaba el proyecto de Directiva–. Es esencial, por ello, identificar la misión de servicio público en la que todos confluyen. El Tribunal de Justicia ha reconocido esa calificación a la eliminación de residuos, como también a la gestión de redes y servicios de teledistribución locales¹⁶. Pero sin duda hay muchas más. En un Estado descentralizado, la concurrencia de objetivos puede considerarse una característica esencial del mismo: la distribución de competencias y tareas públicas entre los distintos niveles administrativos da cuenta de esa realidad. Es el caso de las competencias en materia de recogida, traslado, tratamiento y valorización de residuos, de la concurrencia entre los distintos transportes públicos regulares de viajeros, o de la estructura de red del suministro de agua, desde su producción en alta, pasando por su transporte, hasta el abastecimiento domiciliario de agua potable; por mencionar clásicos servicios públicos en los que la intervención local es patente.

Siendo ese el aspecto nuclear –la existencia de objetivos comunes–, lo que sea servicio público debe ser entendido en sentido amplio, identificado con actividad administrativa, tal y como resulta de la exposición de motivos que quedó transcrita. No otra cosa cabe concluir de la referencia a «servicios y responsabilidades que hayan sido asignados a los poderes», pero también «que estos hayan asumido», «tareas obligatorias y facultativas» de las entidades públicas. Lo mismo cabe concluir de la limitación de «actividades» de mercado, concepto ese mucho más amplio que el de servicio público. Ciertamente que de algunos pronunciamientos previos del Tribunal de Justicia cabía extraer la necesidad de que esos servicios fueran de competencia de las administraciones concurrentes, incluso que fueran esenciales u obligatorios¹⁷. Pero el criterio del legislador europeo es más amplio, referido a cualesquiera tareas, obligatorias o voluntarias, que ejerza o pueda ejercer el poder adjudicador. Lo relevante es que esas tareas se realicen en ejercicio de competencias o de actividades de las que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, las Administraciones concurrentes son responsables, sean obligatorias o sean facultativas. En el caso de la Administración local, este entendimiento da cobertura a las competencias propias, a las competencias delegadas, por supuesto a los servicios obligatorios, y, además, a las llamadas competencias distintas de las propias y delegadas (artículos 25, 26, 27 y 7.4 LBRL).

¹⁴ Destacó esta condición de contrato público de los convenios de colaboración entre Administraciones: VILALTA REIXACH (2016): 96-97.

¹⁵ El concepto «misión de servicio público» es propio del Derecho Europeo; en particular, el encargo mediante un acto del poder público de una tarea de esa clase legitima la imposición de obligaciones de servicio público, como también la financiación pública para el cumplimiento de las mismas sin que se considere ayuda de Estado. Por todos, GONZÁLEZ SANFIEL (2010): 123-135.

¹⁶ SSTJUE de 13 de noviembre de 2008 y de 9 de junio de 2009, citadas.

¹⁷ Es el caso de la STJUE de 18 de diciembre de 2007, C-532/03, que admitió la exclusión de un convenio de servicios de transporte de urgencia en ambulancia de la normativa de contratación pública, rechazando que la colaboración financiera de otra entidad determinara la condición de contrato, en tanto el organismo correspondiente actuaba «en ejercicio de sus propias competencias, directamente, deducidas de la Ley» (cdo. 37).

En coherencia con lo anterior, la misión de servicio público común comporta el desempeño por cada una de las Administraciones involucradas de las tareas, funciones o prestaciones que les corresponden en relación con aquél objetivo común; y ello con independencia de que su contribución sea mayor o menor en comparación con la de las otras, de igual modo que de los medios jurídicos, económicos o técnicos que aporten. Lo fundamental es que todas y cada una de ellas tengan responsabilidades relacionadas con el servicio de que se trate y contribuyan, de uno u otro modo, a su funcionamiento cooperativo. Es preciso, por ello, identificar la misión compartida y, de modo particular, el título habilitante de la intervención de cada poder adjudicador en relación con un servicio, tarea o actividad pública sustantiva, con independencia de la mayor o menor relevancia en el conjunto.

En relación con esta fórmula cabe preguntarse si, cuando se habla de cooperación en el funcionamiento de servicios públicos, es indispensable que esas actividades estén ya operativas, prestando servicios a Administraciones y/o usuarios; o si, por el contrario, si también es viable para la puesta en marcha o el establecimiento de los servicios. Pues bien, es razonable considerar que, siendo la cooperación interadministrativa un medio ordinario de gestión de asuntos públicos, su empleo es admisible tanto para el establecimiento, como para el funcionamiento, de los servicios públicos de que se trate. Entenderlo de otro modo implicaría una restricción sobre el alcance de este mecanismo sin que concurren razones que lo explicaran.

En suma, el contrato de prestación conjunta de servicios públicos requiere la concreción de la misión de servicio público común perseguida por los poderes adjudicadores que lo suscriben, lo cual implica que cada uno de ellos tenga competencia o responsabilidad en relación con todo o parte de esa actividad pública. En el caso de los servicios locales obligatorios (art. 26 LBRL), esa misión se encuentra en las correspondientes normas reguladoras; en cualquiera de ellas se establece como objetivo que esa clase de servicios funcione como un sistema coherente, con independencia del reparto de competencias y tareas entre distintas Administraciones.

b) Cooperación guiada exclusivamente por el interés público

El segundo condicionante de esta clase de contratos es que su razón de ser sea la consecución del interés público. Dado que ese interés es la guía obligada de la actuación de cualquier poder adjudicador, sea genérico para las Administraciones territoriales, sea específico para los organismos públicos, es claro que el sentido de esta exigencia debe establecerse en relación con la razón propia de los contratos que sí se sujetan a la Directiva. Tanto más cuando se considera que la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, principios de marcado carácter económico, son hoy principios rectores de la actividad de todas las Administraciones Públicas (artículo 135 CE); y, de modo particular, que la elección de la forma de gestión más eficiente es un interés público primario e indiscutible (artículo 85 LBRL).

Como quedó anotado, la causa de los contratos públicos se encuentra en su onerosidad, esto es, el equilibrio entre el beneficio económico que obtiene el poder adjudicador y la contrapartida que corresponde al operador económico, que da cuenta de los distintos intereses de los contratantes, que deben ser de igual valor. Pero, como queda dicho, la consecución de este resultado es, en sí mismo, de interés público; y, por ello, el carácter oneroso es admisible. Por ello el interés público que legitime o justifique la cooperación interadministrativa debe ser otro distinto y diferenciado. Es preciso encontrar la causa de esta forma de gestión de servicios¹⁸.

Se ha afirmado, a tenor de algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia y del proyecto de Directiva, que esa causa o finalidad de interés público obliga a llevar esta clase de contratos hacia las actividades «fuera de mercado», o, dicho de otro modo, que su objetivo no pueden ser tareas o funciones que tengan carácter mercantil¹⁹. Sin embargo, la referencia expresa de la Directiva hacia la consecución de servicios públicos –que, de ordinario, tendrán carácter económico, y no siempre se prestarán en régimen de monopolio–, la admisión de transferencias financieras entre las Administraciones involucradas –por más que deba ser entendido en términos compensatorios, no de beneficio económico de una frente a otra–, la previsión de que no todos los poderes adjudicadores asuman las obligaciones contractuales principales –pueden asumir una parte secundaria–, así como que no todos deben realizar iguales servicios, pueden limitarse a tareas complementarias y auxiliares, obliga a admitir que las actividades susceptibles de colaboración son cualesquiera

¹⁸ Sobre la distinta causa de los contratos/convenios de colaboración excluidos frente a la causa remuneratoria exclusiva de los contratos públicos, ampliamente, PASCUAL GARCÍA (2016), SANTIAGO IGLESIAS (2015), VILALTA REXACH (2016).

¹⁹ En este sentido, antes de la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, se manifestó BERNAL BLAY (2011): 369-372.

de la competencia o responsabilidad de las entidades públicas que cooperen, incluyendo las prestaciones propias de obras y de servicios públicos, por emplear un concepto amplio de la actividad administrativa. Ahora bien, aun con esa amplitud, lo singular es que todas esas tareas se combinen por razones como la viabilidad –incluso financiera– de los servicios, la calidad y regularidad de las prestaciones, la innovación o la mejora ambiental, la asistencia entre Administraciones, o cualesquiera otras finalidades públicas, más allá del intercambio de prestaciones entre ellas que pueda tener lugar.

Lo que legitima los contratos de prestación conjunta de servicios públicos es que su contenido venga justificado por razones de interés público, más allá del mero equilibrio prestacional propio de los contratos públicos. Lo relevante es la voluntad de cooperar en asuntos de los que son responsables y en los que se da una confluencia, en más o en menos, hacia fines comunes. Un entendimiento más restrictivo, que sólo admitiera la colaboración en actividades fuera de mercado («no económicas»), en el sentido que quedó apuntado, iría en contra de la premisa de partida de esta figura: que el Derecho Europeo acepta sin discusión que las autoridades públicas pueden prestar los servicios de su responsabilidad con sus propios medios y, además, también pueden hacerlo mediante colaboración con otras entidades públicas. Lo que queda excluido de esta modalidad convencional es que una Administración comercialice o ponga en el mercado bienes y servicios, actuando como un operador económico más, aunque ello sea a favor de otra entidad pública²⁰. En otro caso, la concurrencia de un fin público concreto, en tanto que interés público, debe considerarse causa suficiente para la colaboración conjunta en la gestión.

c) *Actividad de mercado auxiliar o marginal*

El tercer requisito determinante de la validez de los contratos de gestión conjunta de servicios es que ninguno de los suscribientes –poderes adjudicadores– realice en el mercado abierto más del 20% de las actividades objeto de cooperación. Esta regla favorece la utilización de esta clase de contratos por las Administraciones públicas, evitando rigideces (el proyecto de directiva lo situaba en el 10%). Ahora bien, la adecuada aplicación de esta exigencia requiere abordar dos cuestiones: lo que deba entenderse como «actividad objeto de cooperación» y el modo de calcular o medir ese porcentaje.

En cuanto a la actividad objeto de cooperación, su significado puede determinarse, cuando menos, de dos maneras: en sentido estricto, aquella sobre la que se establece la colaboración (por ejemplo, la recogida de residuos urbanos, distinta del tratamiento, o el transporte público regular de viajeros distinto del transporte discrecional), o bien en sentido amplio (eliminación de residuos, transporte de viajeros...). El primer criterio puede convertir en inútil esta exigencia: si se trata de la recogida de residuos, el servicio municipal incluirá todas las prestaciones propias de este servicio público, de modo que esta exigencia sería muy secundaria (que se ofrecieran servicios de limpieza de fincas privadas o algo semejante). El otro criterio, el amplio, sí que ofrece un margen razonable de aplicación: es posible que un Ayuntamiento se ocupe del transporte urbano regular de viajeros, pero que, además, preste, siquiera de forma subsidiaria, algunos servicios discrecionales. En este caso adquiere sentido la regla del 20%: la actividad objeto de la cooperación es el transporte, lo que engloba el transporte regular y el discrecional.

La aplicación práctica dirá, pero, dado que se trata de una excepción a la normativa de contratación, cuando menos inicialmente, lo razonable es utilizar un criterio amplio, que permita ponderar adecuadamente que, del conjunto de actividades relacionadas, las públicas son las mayoritarias, siendo residual las actividades de mercado.

En relación con el cálculo de la regla del 20%, los parámetros son los mismos que los utilizados para admitir la cooperación vertical, esto es, la contratación con medios propios personificados (artículo 12.5 Directiva). El criterio ordinario es considerar el volumen de negocio total de cada poder adjudicador relacionado con la actividad de que se trata. Pero no es el único criterio. También cabe «otro indicador alternativo apropiado», como los gastos soportados por la entidad pública en relación con los contratos de obras, suministros o servicios suscritos. Lo destacable es que la Directiva no impone una forma de calcular, sino que, recordando la empleada por el Tribunal de Justicia, admite que se utilice cualquier otra que pueda dar cuenta real de esa actividad de mercado y de no mercado.

²⁰ La STJUE de 13 de junio de 2013, citada, rechaza un convenio entre dos entidades territoriales por el que una encargaba a otra la limpieza de algunos de sus locales (edificios administrativos, colegios...), porque, en rigor, su contenido era el propio de un contrato de servicios, en tanto no se reconoce cooperación alguna, sino mera prestación de una a favor de la otra, y, además, la entidad que asumía la tarea de limpieza tenía facultades para contratar su ejecución con operadores privados.

2.4. ¿Otros condicionantes?

a) Participación privada

¿Es posible que esta clase de contratos públicos excluidos sean suscritos por poderes adjudicadores en los que participen personas privadas (básicamente, empresas mixtas y consorcios)?

En el caso de la cooperación vertical –medios propios–, esta posibilidad está prohibida. Es criterio asentado en la doctrina europea sobre contratos que la consecución del interés público decae cuando interviene un sujeto privado, porque, de una u otra forma, aquel interés resultaría contaminado por los intereses mercantiles propios de ese operador.

Sin embargo, en la cooperación horizontal es razonable pensar que el legislador lo admite en la medida que el proyecto de Directiva lo excluía –en línea con el criterio del Tribunal de Justicia que quedó anotado más atrás–, pero, en la tramitación, este condicionante fue suprimido. Es más, de forma directa, la exposición de motivos de la Directiva 2014/23/UE de concesiones, declara su admisión: «*También debe aclararse que los poderes o entidades adjudicadores tales como los organismos de Derecho Público que pueden tener una participación de capital privado deben estar en condiciones de hacer uso de la excepción por cooperación horizontal*» (cdo. 46). En consecuencia, la clave es que se trate y actúe como poder o entidad adjudicadores; cumplida esa condición, la participación de capital privado en el mismo es irrelevante (esto da cabida a los consorcios, las sociedades y las fundaciones públicas).

Por otra parte, lo que, en cualquier caso, queda prohibido es que el contrato de prestación conjunta suponga un beneficio para un operador privado que lo ponga en ventaja respecto de sus competidores. Este criterio es coherente con el interés público específico, no meramente patrimonial, que debe perseguir esta clase de cooperación, así como con la neutralidad respecto de la libre competencia que debe respetar esta modalidad de gestión de asuntos de competencia pública. La consecuencia es que no cabe que los poderes adjudicadores encomienden las tareas comprometidas a sujetos privado, obviamente, al margen de la normativa de contratos públicos.

b) Ejecución de actividades por medios propios personificados

¿Es viable que para el cumplimiento de sus compromisos, uno o varios de los poderes adjudicadores utilicen medios propios personificados, de modo que, por la vía de la cooperación horizontal, un poder adjudicador pueda, siquiera de forma mediata, encomendar a una entidad instrumental sobre la que no ejerce control, el desempeño de tareas o servicios que le competen?

Nada se opone a esta fórmula. Es viable en la medida que el fundamento de esta clase de contratos es que las autoridades públicas deben tener la capacidad de gestionar conjuntamente sus servicios sin que sea exigible una forma jurídica determinada, y, por tanto, nada impide que, en cuanto a las obligaciones que les correspondan, cada una de las Administraciones cumplan los compromisos que hayan asumido empleando los medios propios de los que dispongan –lo mismo que los medios directos–. Lo que está prohibido es que, en virtud de esta clase de contratos, una entidad privada resulte privilegiada frente a sus competidores.

Por otra parte, es preciso advertir que esta fórmula no es un supuesto de «cooperación vertical», ni directa, ni indirecta, ni conjunta, en la medida que no todos los poderes adjudicadores que colaboran ejercen un «control análogo» sobre el ente instrumental que colabora. No es preciso, por tanto, que se cumplimenten los requisitos específicos de esa forma de cooperación (básicamente, los recogidos en el artículo 12.1 a 3 de la Directiva 2014/24/UE)²¹.

El paradigma de esta fórmula es el régimen de colaboración de TRAGSA con las entidades locales, que se realiza mediante un convenio de éstas con la Administración General del Estado, que, a su vez, encarga a esa empresa, en tanto que medio propio y servicio técnico, la ejecución de lo pactado²².

²¹ Como es conocido, la «cooperación vertical» se refiere a los contratos celebrados por una entidad pública con una persona jurídicamente distinta de aquella cuando, al mismo tiempo, dicha entidad ejerza sobre la mencionada persona un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, además, la mayor parte de la actividad del sujeto controlado se realice en ejercicio de tareas encomendadas por la entidad o las entidades que la controlan (entre otras, STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, cdo. 32, y STJUE de 13 de junio de 2013, C-386/11, cdo. 34; regulado por el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE). Sobre esta cuestión, entre una amplia bibliografía, las aportaciones de PERNÁS GARCÍA (2008), PASCUAL GARCÍA (2010), VILALTA REIXACH (2014), MORILLO-VELARDE PÉREZ (2015) y GALLEGU CÓRCOLES (2017).

²² La «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), cuyo régimen jurídico se encuentra regulado en la D. A. 25.^a TRLCSP, es una sociedad de titularidad pública, cuyo capital social pertenece íntegramente a la Administración estatal y a

c) Aportaciones financieras

Otra cuestión a considerar se refiere a si es posible que las partes realicen transferencias financieras entre ellas y, en su caso, en qué concepto.

La exposición de motivos de la Directiva se refiere expresamente a las aportaciones financieras de las partes, de modo que esta clase de contrato incluye –o puede incluir– contribución de esa clase. Ahora bien, en cuanto a su función en el contrato, si es o no contraprestación, lo importante es que, en razón del criterio de interés general que debe guiar la cooperación, esas aportaciones pueden o no corresponderse con el valor de los servicios realizados por los otros poderes adjudicadores, por tanto, pueden ser inferiores al coste, aunque también pueden ser equivalentes. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha admitido que las aportaciones o las transferencias financieras puedan constituir la compensación o el reembolso de los gastos generados por las tareas asumidas.

El límite de esas aportaciones se encuentra en que esas contribuciones incluyan o incorporen, de algún modo, un margen de beneficio industrial –como si de un contratista o un concesionario se tratara–, porque, en este caso, cabría poner en duda la finalidad de interés público y la justificación del contrato en la consecución de objetivos comunes, y no meramente económicos. Con todo, en la hipótesis de que las transferencias tuvieran ese carácter, antes de descalificar el contrato, sería preciso el análisis del conjunto de sus cláusulas, de los compromisos y de los deberes asumidos por las partes, para poder establecer si, pese a todo, la condición de cooperación se mantiene y explica esa situación. Y es que la prohibición de transferencias financieras estaba en el proyecto de Directiva, pero fue suprimida.

d) Servicios y contribución de usuarios

¿Es válido que los convenios de prestación conjunta sirvan para prestar servicios a terceros y, de modo particular, que legitimen el cobro a los beneficiarios de los mismos, o, por el contrario, únicamente pueden amparar la prestación entre las Administraciones?

Se ha dicho que estas vías son contrarias a la finalidad de cooperación. Lo cierto, sin embargo, es que ninguna de esas fórmulas impide la gestión conjunta del servicio público²³. No es uno de los condicionantes legales, ni tampoco lo es en sentido material. El que los usuarios contribuyan a la financiación del servicio no es un factor impeditivo de la cooperación interadministrativa para la consecución de objetivos comunes en relación con el funcionamiento de servicios públicos. Es el caso, a título de ejemplo, de la gestión conjunta de la recogida de residuos urbanos, su tratamiento y su valorización, que es viable, sin perjuicio de que los usuarios contribuyan, vía tasas o tarifas, al pago de todo o parte del coste de los servicios, incluyendo, aportaciones para ampliaciones o mejoras de los servicios.

Es más, si la prestación conjunta es una modalidad de gestión de actividades públicas equivalente a la realizada con medios propios y a la gestión indirecta, es obligado admitir que, cuando se opta por ella, se puedan prestar servicios a los ciudadanos, de igual modo que exigirles el pago de prestaciones económicas –tarifas, tasas– por recibirlos, como en aquellas otras.

las Comunidades Autónomas que voluntariamente deseen participar. Ello permite concebir tanto a TRAGSA como a sus filiales como medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando por tanto obligadas a realizar, con carácter exclusivo, todos los trabajos que éstos les encomienden, en las materias que constituyen sus objetos sociales. Sin embargo, no es esa la situación de los municipios, que no están representadas en el capital de TRAGSA. En este caso, la normativa prevé que esas entidades suscriban un convenio de colaboración con el Ministerio de Medio Ambiente o con la Comunidad Autónoma, en su caso, quien asume la obligación de realizar total o parcialmente la actividad de que se trate, a través de su encargo a TRAGSA o a cualquiera de sus filiales. Esta medida está recogida en el artículo 2 del Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se establece el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales; que diferencia: a) de una parte, Cabildos, Consejos Insulares y Diputaciones Forales, que participan de la naturaleza de «instituciones de una Comunidad Autónoma», por lo tanto pueden realizar encargos directos a TRAGSA por su condición de entidades «de la Comunidad Autónoma» (apartado 2.º); y, de otra, el resto de entidades locales, que cuenta con la posibilidad de suscribir el correspondiente convenio de colaboración con la Administración General del Estado o las comunidades autónomas, especificando el interés público común que justifique la suscripción del convenio, las actuaciones a desarrollar y la aportación de cada una de las partes. Será la Administración estatal o la Comunidad Autónoma quien comunique a TRAGSA y a sus filiales la suscripción de estos convenios y le encomiende las actuaciones necesarias para la ejecución de lo dispuesto en los mismos, en su condición de medios propios instrumentales (apartado 4.º). Este régimen se mantiene, en términos análogos, en el proyecto de ley de contratos del sector público (DA 25.ª). En general, sobre el régimen jurídico de esta empresa pública: AMOEDO SOUTO (2004).

²³ En contra se ha dicho que, de admitirse esta posibilidad, se derivaría la atención de la persecución de los objetivos de interés público que es la finalidad que justifica el convenio interadministrativo (BERNAL BLAY, 2015, 372).

2.5. Un condicionante negativo: que no se limite a una tarea a cambio de un precio

Como es recurrente en el Derecho Europeo, tanto más cuando se trata de admitir una excepción a una norma que persigue los objetivos de la libre circulación de servicios y la apertura de los mercados de obras, suministros y servicios a la competencia, el entendimiento y la aplicación de los requisitos legales debe realizarse con vocación de asegurar la máxima eficacia de la norma y, por tanto, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en cada convenio en particular.

Es irrelevante, por ello, la denominación, también lo es la mera apelación a lo dispuesto en la Directiva, si, del análisis de lo acordado, de sus cláusulas y de los compromisos asumidos por las partes, lo que resulta es que, en realidad, tras ese contrato o convenio para la gestión conjunta de servicios, lo que existe es un contrato público sin más, en el que una Administración provee a otra de obras, suministros o servicios, actuando como un operador económico. Es imprescindible que la ejecución de lo acordado por las Administraciones públicas vaya más allá de una tarea a cambio de una remuneración. Este intercambio puede producirse, pero el mismo debe traer causa de una relación de cooperación dirigida a la realización de una misión de servicio público común, y así debe resultar del conjunto de las cláusulas pactadas.

3. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA: LA CALIFICACIÓN COMO «CONVENIO» Y SUS CONSECUENCIAS

Tradicionalmente, la legislación española de contratos califica los acuerdos de cooperación entre Administraciones de: «convenios de colaboración», declarando, además, cuando concurren determinadas condiciones, su condición de negocio jurídico excluido de esa regulación²⁴. El texto del proyecto de ley de contratos del sector público para la trasposición de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE²⁵, mantiene la denominación de «convenio» y reproduce la regulación comunitaria de los contratos de prestación conjunta de servicios públicos (artículos 6.1 y 31.b del citado proyecto). En concreto, el proyecto de ley dice lo siguiente:

«Artículo 6. Convenios y encomiendas de gestión.

1. **Quedan excluidos** del ámbito de la presente Ley **los convenios** que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, **siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.**

La exclusión requerirá, en la medida en que las entidades participantes en el convenio tengan el carácter de poderes adjudicadores, que el convenio desarrolle una cooperación entre aquellas con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común; que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público; y que las citadas entidades realicen en el mercado abierto menos del 20 por ciento de las actividades objeto de la colaboración. Para determinar el porcentaje de actividades, se aplicarán las reglas contenidas en la letra b) del apartado 2 del artículo 32.

A efectos del cumplimiento del requisito establecido en el párrafo anterior sobre la realización en el mercado abierto de menos del 20 por ciento de las actividades objeto de la colaboración, las entidades pertenecientes al Sector Público participantes en el convenio, en la medida en que tengan el carácter de poderes adjudicadores, efectuarán una declaración responsable que formará parte de la documentación del convenio a suscribir».

²⁴ En este sentido, el artículo 3.1.c Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 (tanto en su redacción original de 2000, como en la modificada por el R. D.-Ley 5/2005 en cumplimiento de la STJUE de 13 de enero de 2005, C-84/03), como el artículo 4.1.c del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

²⁵ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, 2-1, de 2 de diciembre de 2016.

Los convenios entre Administraciones públicas –ya sin el adjetivo «de colaboración»– quedan excluidos del ámbito de esa norma cuando: «su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales». El anteproyecto de ley se refería a: «su contenido y causa», pero la alusión a la «causa» fue eliminada en atención a los reparos expresados por el Consejo de Estado²⁶. En consecuencia, de acuerdo con el tenor literal del precepto, esos convenios se excluyen cuando su contenido se corresponde con el propio de un contrato administrativo o un contrato público. La cuestión es: ¿qué significa «contenido»? ¿Es igual al objeto o prestaciones del contrato? De ser así, cualquier convenio interadministrativo, como los contratos de prestación conjunta de servicios, quedarían sujetos a la legislación de contratación pública porque, como queda explicado, nada impide que puedan incluir prestaciones propias de un contrato público. Es preciso otro entendimiento para evitar el absurdo de que los contratos de gestión conjunta deban ser objeto de licitación pública en contra de su naturaleza de instrumento de cooperación entre Administraciones.

El debate no es nuevo. Ya se planteó con la exclusión formulada por el Texto Refundido de las Administraciones Públicas de 2000: «siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato...» (artículo 3.1.c) y, luego, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, recogido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011: «salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a la presente Ley» (artículo 4.1.c). Así que los criterios sucesivamente utilizados por el legislador español son: por su objeto, por su naturaleza y por su contenido. Salvo la alusión a «su naturaleza», esas expresiones, interpretadas en su sentido literal, llevan a la situación planteada: cualquier convenio de colaboración o cooperación que contenga prestaciones propias de un contrato público queda sujeto a la legislación de contratación pública, en contra de lo que prevé la Directiva 2014/24/UE. Ciertamente que este entendimiento restringe enormemente la posibilidad de que, mediante la apelación a la condición de convenio, se eluda la normativa sobre contratos²⁷, pero no lo es menos que la prevención de ese riesgo priva a las Administraciones públicas de una herramienta para la atención de los intereses públicos que tienen encomendados, que admite el ordenamiento europeo. ¿Qué hacer entonces?

Es jurisprudencia reiterada que el criterio de interpretación de las normas sobre contratación pública es el propio Derecho Europeo, de modo que el sentido y el alcance de la exclusión de los convenios entre Administraciones públicas debe acomodarse a los principios y las reglas de ese ordenamiento. Siendo así, esa exclusión debe formularse en atención a la causa de los convenios, a la concurrencia o no de los requisitos establecidos por la Directiva –que el párrafo segundo del artículo 6.1 del proyecto de ley reproduce–, sin que, por simple que pueda resultar, sea razonable apelar al contenido o al objeto de esos convenios, cuando los mismos pueden incorporar la adquisición de obras, la entrega de suministros o la prestación de servicios, encontrándose la diferencia en la finalidad de cooperar para la consecución de una misión de servicio público común, sin que la contribución de cada parte deba ser equivalente a las restantes²⁸.

Establecido que los contratos de gestión conjunta de servicios públicos quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contratos públicos se suscita otro interrogante: ¿qué régimen jurídico les es de aplicación? Es posible contestar que la reguladora de los convenios, esto es, los artículos 47 a 53 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público²⁹. Pero lo cierto es que esa Ley se opone a esa respuesta, en cuanto dispone que: «Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público» (artículo 47.1, tercer párrafo). ¿Qué norma aplicar entonces?

Como se repite en la legislación de contratos, los contratos y negocios excluidos se rigen por sus normas especiales, aplicándose los principios de la Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse (artículo 4 del proyecto de ley, que reitera lo dicho en el artículo 3.2 del TRLCAP 2000 y en el artículo 4.2 del TRLCSP 2011). En consecuencia, los contratos de prestación conjunta de servicios públicos se rigen por las leyes especiales que les sean de aplicación, lo cual, de ordinario, llevará hacia las leyes sectoriales, aquellas en las que se encuentran los objetivos y los fines comunes que justifican la cooperación. Es el caso, en cuanto a los servicios tomados como ejemplo, de la legislación de residuos, de transportes o de suministro de agua.

²⁶ Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo, del Consejo de Estado (en particular, págs. 59-64).

²⁷ Este entendimiento restrictivo, por todos, GIMENO FELIU (2000): 46-52.

²⁸ En este sentido, las precisas explicaciones formuladas por SANTIAGO IGLESIAS (2015): 24-31; también, PASCUAL GARCÍA (2016): 167-170; y VILALTA REIXACH (2016): 103-111.

²⁹ Sobre la regulación de los convenios en la Ley 40/2015, por todos, GONSÁLBEZ PEQUEÑO (2016), PASCUAL GARCÍA (2016) y, TOSCANO GIL (2017).

¿Y la normativa sobre convenios? Como queda transcrito, literalmente, la regulación de los convenios resulta inaplicable. No obstante, es posible reinterpretar el alcance de esa exclusión de acuerdo con el criterio en que se sustenta el derecho europeo de modo que, aun teniendo prestaciones de contratos, esos convenios y acuerdos se regulen por esa normativa. Por otra parte, sobre todo en aquellos casos en que no exista legislación sectorial, también cabe acudir a las previsiones de la Ley de régimen jurídico del sector público por analogía, en la medida que el legislador español opta por calificar esta clase de contratos de cooperación como convenios. Ahora bien, en uno y otro caso, la aplicación de las normas reguladoras de los convenios debe realizarse sin menoscabo de las singularidades propias de cada uno de esos contratos/convenios, a las que deben acomodarse las previsiones legales³⁰.

4. LA NORMALIZACIÓN DE UNA FORMA CLÁSICA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

La Directiva 2014/24/UE lo que aporta –mejor, lo que aclara– es la viabilidad de que los servicios públicos puedan ser prestados de forma conjunta entre varias administraciones y organismos públicos mediante contrato; acuerdo interadministrativo que, cumplidos los condicionantes impuestos por el artículo 12.4 de la misma, queda excluido de las previsiones de esa disposición comunitaria. Como queda explicado, la exclusión no viene determinada por el contenido prestacional de esos acuerdos, que, de ordinario, incorporarán las propias de los contratos de obras, suministros y servicios, sino por la voluntad de cooperar en la consecución de objetivos comunes, guiados por criterios de interés público. En este sentido, la correcta transposición de esta previsión requiere atender, única y exclusivamente, a esos condicionantes, y no al objeto o al contenido³¹.

Por otra parte, con esta regulación se afirma el principio de libertad de elección del modo de gestión, e, igualmente, queda de manifiesto la inexistencia de preferencia de una forma de gestión –en particular, la indirecta– frente a las otras –las modalidades directas–. Pero, lo más importante, es que se da carta de naturaleza, en rigor se normaliza a través de su regulación expresa, a una forma tradicional de prestación de servicios, como es la colaboración o cooperación entre varias autoridades, administraciones u organismos públicos. En fin, la respuesta a la pregunta que quedó planteada al iniciar estas líneas es afirmativa: sí que se puede prestar un servicio público local en colaboración con otras Administraciones públicas mediante un contrato de gestión conjunta de servicios públicos, excluido de la normativa sobre contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA

- AMOEDO SOUTO, Carlos (2004): *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Barcelona, Atelier, 258 págs.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2011): “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la perspectiva del Derecho de los contratos públicos”, en GIMENO FELIU, José María, *La organización local. Nuevos modelos*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, págs. 361-376.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco (2015): “La nueva Directiva de Concesiones. Un largo viaje con final esperado”, en *Las nuevas Directivas de Contratación Pública, Actas X Congreso Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 169-237.
- GALLEGO CÁRCOLES, Isabel (2015): “¿Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Práctica Contratación Administrativa*, núm. 135, págs. 1-6.
- (2017): “Los encargos a medios y servicios técnicos en la LRJSP”, *Revista Práctica Contratación Administrativa*, núm. 147, págs. 18-26.
- GIMENO FELIU, José María (2010): “El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 22, págs. 43-82.
- (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 237 págs.

³⁰ Otra alternativa para aplicar esa regulación sería entender que, tratándose de una nueva modalidad de convenio, amparada por norma posterior especial, los convenios de prestación conjunta de servicios públicos se sujetan a esa normativa general, en defecto de régimen jurídico propio, sin que la exclusión de aquellos que tienen prestaciones propias de contratos les afecte.

³¹ En este sentido, la correspondencia del artículo 6.1 del proyecto de ley de contratos del sector público con lo dispuesto por el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE pasa por eliminar la expresión: «siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

- GONSALBEZ PEQUEÑO, Humberto (2016): “Los convenios administrativos”, en LÓPEZ MENUDO, Francisco (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y en el régimen jurídico del sector público*, Universidad de Sevilla, págs. 265-305.
- GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés (2010): *Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*, Madrid, Iustel, 263 págs.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía (2017): “Formas de gestión de los servicios públicos locales”, en VELASCO CABALLERO, Francisco (dir): *Tratado de derecho económico local*, Madrid, Marcial Pons, págs. 105-152.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (2016): “Los contratos internos o contratos in house providing. La utilización de medios propios por la Administración para la realización de sus obras, servicios y suministros”, en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco, *El impacto de la crisis en la contratación pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 55-72.
- PASCUAL GARCÍA, José (2010): *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 228 págs.
- (2016): “La regulación de los convenios administrativos en la ley de régimen jurídico del sector público”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 18, núm. 54, págs. 157-186.
- PERNÁS GARCÍA, Juan José (2008): *Las operaciones in house y el Derecho Comunitario de contratos públicos*, Madrid, Iustel, 195 págs.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M.^a (1997): *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, Marcial Pons, 434 págs.
- SANTIAGO IGLESIAS, Diana (2015): “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector públicos: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de Contratación al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 37 págs.
- TOSCANO GIL, Francisco (2017): “La nueva regulación de los convenios administrativos en la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45, 49 págs.
- VILALTA REIXACH, Marc (2014): *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 448 págs.
- (2016): “Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 15. DOI: 10.18601/21452946.n15.06.
- VILLAR ROJAS, Francisco (2016): “Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios públicos locales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, págs. 96-106.



La disolución y liquidación de los consorcios administrativos¹

Dissolution and liquidation of administrative consortia

Federico A. Castillo Blanco
Universidad de Granada
fblanco@ugr.es

RESUMEN

El presente estudio analiza las principales novedades introducidas en el régimen jurídico de los consorcios administrativos por las sucesivas reformas acontecidas desde 2013 y que se han plasmado en una regulación básica de éstos que, entre otros temas relevantes, aborda la extinción de los mismos combinando la legislación administrativa y privada. Se analiza la problemática que dicho régimen de extinción plantea poniendo de manifiesto las eventuales soluciones que se pueden adoptar respecto de dicho proceso.

PALABRAS CLAVE

Consortios, naturaleza, régimen jurídico, resolución, liquidación, responsabilidades, activos, pasivos, deudas.

ABSTRACT

The present study analyzes the main news introduced in the legal regime of the administrative consortia by the successive reforms that have taken place since 2013 and which have been reflected in a basic regulation of these that, among other relevant issues, addresses the extinction of these by combining administrative legislation and private. We analyze the problems that the extinguishment regime poses by showing the possible solutions that can be adopted with respect to them.

KEYWORDS

Consortia, nature, legal regime, resolution, liquidation, liabilities, passive, debts.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LOS CONSORCIOS PÚBLICOS TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS ACONTECIDAS. II. LA DISOLUCIÓN DE LOS CONSORCIOS: ¿EVENTUAL RECONDUCCIÓN AL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN? 1. LOS PROBLEMAS DE SUCESIÓN DE NORMAS EN EL TIEMPO: ¿RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD DE LOS PRECEPTOS DE LA LRJSP? 2. REQUISITOS JURÍDICO-PROCEDIMENTALES PARA LA ADOPCIÓN DE LOS ACUERDOS DE DISOLUCIÓN. 3. EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE DISOLUCIÓN DE LOS CONSORCIOS. 4. LA NORMATIVA SUPLETORIA: CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA SOCIEDAD CIVIL, CAUSAS DE EXTINCIÓN Y SU APLICACIÓN A LOS CONSORCIOS PÚBLICOS. 5. ¿CABE LA DISOLUCIÓN JUDICIAL O LO PROCEDENTE ES EL EJERCICIO DEL DERECHO DE

¹ El presente estudio se realiza en el marco de los trabajos que se desarrollan en Proyecto I+D del Ministerio de Economía y Competitividad "Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el Estado de Bienestar" (DER 2013-48416-C2-1-R).

SEPARACIÓN? III. EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE LOS CONSORCIOS EN LA LRJSP, EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA Y EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA. 1. LAS OPERACIONES PREVIAS A LOS ACTOS DE LIQUIDACIÓN: DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS A SEGUIR EN ESTA. 2. LA FIGURA DEL LIQUIDADOR EN LOS CONSORCIOS. 3. LAS RESPONSABILIDADES EN QUE INCURREN LOS LIQUIDADORES. 4. LAS OPERACIONES JURÍDICAS Y MATERIALES DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONSORCIO. 5. ACTIVO Y PASIVO SOBREVENIDO Y RESPONSABILIDAD FRENTE A DEUDAS FUTURAS. IV. LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVOS COMO PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE LOS CONSORCIOS EXISTENTES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LOS CONSORCIOS PÚBLICOS TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS ACONTECIDAS

En lo esencial, y a los efectos que aquí importan, los Consorcios puede ser definidos como organizaciones de cooperación interadministrativa, dotadas de personalidad jurídica, que varias Administraciones públicas de distinto nivel, junto en su caso a organizaciones privadas, pueden constituir con la finalidad de gestionar intereses públicos comunes en el ejercicio de sus respectivas competencias.

En cualquier caso, los Consorcios encontraron, a lo largo de estas décadas, sus manifestaciones más típicas en la gestión común de competencias concurrentes de los entes consorciados, fundamentalmente en materia de servicios públicos (abastecimiento de aguas) o en materias específicas de interés común no atribuidas en concreto a ninguna de las mismas (prestación de servicios culturales por ejemplo). Bien es cierto que su utilización no siempre ha respondido a fines propios y se ha realizado una utilización intensiva de la figura a veces sin clara justificación y, lo que no es un tema menor, con cierta confusión respecto de otras manifestaciones del asociacionismo administrativo como las mancomunidades. Los problemas de nuestra planta local, por su minifundismo, no son ajenos a esta idea, pero no creo que deba confundirse esta cuestión con la razón de ser del consorcio y su inserción en nuestro ordenamiento como un instrumento de cooperación. Los problemas de nuestra planta municipal, y las definitivas soluciones que hayan de darse al espacio supramunicipal, están relacionados con la patología de éste, pero no son la razón de ser del Consorcio y por ello el planteamiento de su regulación, desde este punto de vista como recientemente se ha realizado, no hará sino confundir la óptica desde la que la cuestión ha de ser enfocada.

Su utilización, por lo demás, fue notoriamente más intensiva en el nivel local lo que llevó a la doctrina a calificarlo, en un primer momento, como ente local lo que, desde mi punto de vista y así lo puse de manifiesto en uno de mis primeros trabajos², no podía ser mantenido tras la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL) que excluyó a estos de la enumeración de entes locales situándolo, más certeramente, como una entidad derivada del principio de cooperación en el artículo 57 de la LRBRL³. En la actualidad, además, en el caso de las entidades locales es un instrumento de cooperación subsidiario de otras fórmulas de cooperación interadministrativa⁴.

² CASTILLO BLANCO, F. A. (1991): 397 y ss.

³ En efecto, el debate sobre si el Consorcio es o no un ente local y sobre la capacidad del legislador autonómico para crear entidades locales no necesarias o dispositivas es algo ya sabido por conocido. De esta forma, entienden que el artículo 3.2 de la LRBRL es un listado abierto ALONSO MÁS, (2005): págs. 185-187; MARTÍN MATEO, (1987): pág. 22; MORILLO-VELARDE (2005): pág. 631; SÁNCHEZ BLANCO, (2006): pág. 87. Muy destacadas en este aspecto son las reflexiones de TOSCANO GIL (2011): pág. 45 para quien la configuración del consorcio local como entidad local por el legislador autonómico es posible ya que «si en la práctica los estatutos reguladores de los consorcios locales suelen configurarlos como entes de Derecho público que gestionan intereses predominantemente locales, entes participados e integrados mayoritariamente por Administraciones Públicas locales, y sujetos fundamentalmente al Derecho local, ningún problema debería haber en dar el siguiente paso, el de definirlos como entes locales en la normativa autonómica».

No es esta mi posición, sin perjuicio de las competencias autonómicas en materia de régimen local (STC 31/2010). Así lo he expuesto en trabajos ya citados más atrás. Tampoco es la de REBOLLO PUIG (1997): pág. 209. La nueva regulación establecida, en un primer momento en la Disposición adicional vigésima de la LRSAL, y la LRJSP recientemente dictada avala más, aun si cabe, esta postura y es que, a la vista de la misma, resulta muy complicado mantener la condición de ente local del Consorcio cuando el régimen jurídico puede variar sustancialmente según el criterio de adscripción del mismo. Lo que indica que estamos frente a un ente instrumental de carácter asociativo que será local o no, o mejor dicho al que le será de aplicación o no la legislación local, dependiendo de su adscripción a una u otra Administración.

⁴ La STC de 3 de marzo de 2016 considera que dicha característica es plenamente constitucional. De esta forma, razona la Sentencia que: «La preferencia asignada a la fórmula convencional en detrimento de la consorcial (apartado 3) puede discutirse políticamente, pero constituye una directriz directamente encaminada a desarrollar una política de contención de personificaciones públicas que se sitúa dentro de los amplios márgenes de configuración legislativa que abre la Constitución y amparan los apartados 14 y 18 del art. 149.1 CE. Lo mismo cabe decir de la previsión de que los consorcios constituidos no podrán demandar más recursos de los inicialmente previstos (apartado 3)».

De otro lado, y en relación a su naturaleza⁵, el Consorcio administrativo puede caracterizarse como una Corporación de naturaleza mixta⁶, instrumental y asociativa, de Derecho público que se distingue de otros instrumentos de cooperación administrativa por la presencia de tres elementos esenciales, a saber: una composición de distinto nivel interadministrativa, la existencia de una finalidad específica y común a las entidades que la conforman y la necesaria existencia de personalidad jurídica que se plasma en una organización del mismo con órganos unipersonales y colegiados. Esta cuestión, sin embargo, no ha sido pacífica y el debate sobre su naturaleza no es nuevo y sobre el mismo se ha escrito suficiente aunque me temo que vamos a tener que seguir insistiendo en ella dada la nueva regulación contenida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP) y su decantación por su carácter instrumental en detrimento del asociativo⁷.

Lo cierto es que, a pesar de la importante función a desarrollar por los Consorcios derivada de este esencial principio constitucional de cooperación informador de nuestro marco constitucional, éstos han debido desarrollar sus funciones en medio de un notable vacío normativo respecto de los mismos que ha provocado que, tanto en el procedimiento para su constitución, como en los aspectos relativos a la gestión ordinaria de sus actividades (particularmente en el ámbito del control presupuestario y de la gestión del personal)⁸, hayan surgido numerosos conflictos derivados, fundamentalmente, de la indeterminación de la naturaleza jurídica de esta figura y de la imprecisión de sus propios Estatutos⁹.

⁵ Cuestión a la que nunca ha sido ajena nuestra doctrina. Puede verse, a este respecto, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (1974) y MARTÍN MATEO, R. (1971): 9 y ss. CASTILLO BLANCO, F. A. (1991): 397 y ss. Más recientemente cabe citar los trabajos de MARTÍN MATEO (1987) y MARTÍN MATEO (1992): 8 y ss.; LÓPEZ MENUDO, F. (1995); CASTILLO BLANCO, F. A. (2001): 95 y ss.; NIETO GARRIDO, E. (1997); BARRERO DOMÍNGUEZ, C. (2002): 81 y ss. y REBOLLO PUIG, M. (1997). Más recientemente TOSCANO GIL, F. (2011).

⁶ Explica muy bien dicha naturaleza, que podríamos calificar de mixta, TOSCANO GIL (2015), cuando expone que «Un consorcio administrativo es una Administración Pública instrumental de base asociativa. Como Administración Pública es un ente dotado de personalidad jurídico-pública, que ejerce potestades administrativas y se rige por el Derecho Administrativo. En tanto entidad instrumental de base asociativa, el consorcio se caracteriza por depender de un ente matriz, en realidad una pluralidad de entes matrices, en la medida en que lo integran, asociándose para ello, diversas Administraciones Públicas, e incluso, en su caso, entidades privadas sin ánimo de lucro en identidad de fines con las Administraciones con las que se asocian. De lo que resulta que esta base asociativa puede calificarse de heterogénea, en cuanto las Administraciones que lo componen no tienen que ser necesariamente del mismo tipo¹⁰, además de admitir en su seno, como se acaba de decir, entidades que no son Administraciones Públicas. A su vez, la naturaleza asociativa del consorcio implica su voluntariedad, siendo así que las entidades que lo integran lo hacen voluntariamente, no porque se les imponga desde un nivel de gobierno superior.

Esta base asociativa lo diferencia de otras entidades instrumentales públicas, como los organismos autónomos, mientras que la heterogeneidad en su composición lo distingue de otras fórmulas asociativas de naturaleza jurídico-pública, como la mancomunidad de municipios¹¹, siendo dicha personalidad jurídico-pública lo que lo separa de otras formas de gestión compartida, como las sociedades mercantiles participadas por diversas Administraciones Públicas, que ni pueden ejercer potestades públicas ni se rigen por el Derecho Administrativo».

⁷ Es unánime la crítica a dicha previsión y, por todos, cabe citar aquí a, entre otros, a TOSCANO, NIETO GARRIDO y quien escribe estas líneas. Véase, respecto de dicha consideración, CASTILLO BLANCO, F. (2014). Más recientemente puede verse, asimismo, el trabajo del mismo autor “La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en los instrumentos de cooperación del Estado Autonómico: especial referencia a los consorcios públicos”, *Diario de Derecho Municipal*, IUSTEL, Edición de 10/03/2017.

En este sentido, se había mantenido que el artículo 110.4 TRRL que recordemos que prevé que los «órganos de decisión» del consorcio «estarán integrados por representantes de todas las Entidades consorciadas, en la proporción que se fije en los Estatutos respectivos» podría conciliarse con esta previsión, pero su derogación expresa en la LRJSP veta dicha consideración.

Si cierto era, inclusive con anterioridad a las últimas reformas, su naturaleza instrumental antes de que esta Ley con su regulación lo estableciera tan clara y decisivamente, no lo es menos que también es un ente asociativo del que forman parte varias Administraciones públicas y que, en el adecuado equilibrio, entre esas dos características radicaré el éxito de la figura dada su vocación y finalidad. Ciertamente puede haber conflicto con alguna normativa autonómica, como ha puesto de relieve algún autor, pero en mi opinión el problema va más allá y es que el interés en la participación de otras entidades inclusive del mismo nivel, distinta a la de adscripción, será muy reducido cuando no inexistente si su papel resulta excesivamente reducido. Se trata de intereses comunes a resolver, por una institución común, que ha de responder a dichas características. Me temo que, sin embargo, dicho aspecto no se ha cuidado excesivamente. A título de ejemplo, y en el caso de los Consorcios adscritos entes locales, la determinación por parte de la entidad local a la que ha resultado adscrito el Consorcio del número de miembros del órgano de gobierno del Consorcio con independencia de la voluntad del resto de los miembros del Consorcio lo que parece absolutamente carente de sentido común en una Administración que, ciertamente es instrumental –siempre lo ha sido–, pero no de una Administración en exclusiva sino de varias. (¿?)

⁸ Como es conocido no será hasta la aprobación de la LRJPAC sino cuando se reconozca, por primera vez en el ámbito estatal, y al margen de la legislación de régimen local, la figura del consorcio interadministrativo.

Inicialmente en su artículo 7, y, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en su artículo 6.5, la LRJPAC reconoció a los consorcios como una manifestación del principio de colaboración interadministrativa con lo que su naturaleza como ente local se ponía definitivamente en entredicho.

⁹ FERREIRA FERNÁNDEZ (2009), cita como un ejemplo de esta incertidumbre y confusión en el caso gallego dos resoluciones jurisdiccionales en el mismo Juzgado (JCA n.º 2 de Santiago de Compostela), con dos pronunciamientos absolutamente contradictorios

En el ámbito local, además y como característica singular de éstos, podían formar parte de los consorcios entidades privadas sin ánimo de lucro que persiguiesen fines públicos concurrentes con los de las Administraciones públicas. Hasta ahora sin ánimo de lucro, bien es cierto que este último aserto ha sido objeto recientemente de modificación y, a partir de la entrada las últimas reformas normativas, el artículo 118 LRJSP prescribe, con carácter básico, que los mismos pueden estar conformados también por entidades privadas tengan o no ánimo de lucro.

Tras la regulación ofrecida por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local aprobada a finales de 2013 (en adelante LRSAL), que ha incidido singularmente en el régimen jurídico de los Consorcios públicos, especialmente en aquellos adscritos a un ente local, la regulación de carácter básico que ofrecen los mismos es, y sin perjuicio de que compartamos o no determinadas soluciones, mucho más acabada. Regulación que ha sido completada con las novedades aportadas en la materia objeto de estudio en este trabajo que, a este respecto, ofreció la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (en adelante LRSP) y por la definitiva regulación que ha ofrecido la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP) que, sin embargo, y en lo que se refiere al espacio local no procede a derogar múltiples preceptos introducidos en la LRBRL en la reforma acontecida en 2013 que son aplicables en exclusiva a los consorcios locales y que habían sido dictados, más bajo una óptica casi estrictamente presupuestaria, que con una visión de largo alcance respecto de la misión de estas entidades públicas¹⁰.

Sin embargo, y al menos desde mi punto de vista y sigo insistiendo en ello, la figura consorcial exigiría una regulación acabada de carácter básico aplicable a todo tipo de consorcios que estableciera los elementos claves de la figura en cuanto a su constitución, organización, funcionamiento y extinción, sin perjuicio de las competencias autonómicas para su desarrollo y sin necesidad de esas singularidades establecidas en la legislación básica de régimen local que, como se ha expuesto, tan solo encuentran alguna explicación en el momento de crisis económica en que fueron dictadas.

En concreto, y respecto del régimen jurídico aplicable a los Consorcios, cabe referirnos, en primer término, al carácter de la normativa contenida en la LRJSP. Y es que dicha normativa, en cuanto régimen jurídico básico, es de aplicación a todas las Administraciones Públicas y está dictada de conformidad con tres títulos constitucionales muy concretos que explican, por su invocación, el alcance y objetivos de la regulación efectuada (DF 14), a saber: los arts. 149.1.18 relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, el apartado 13 de ese mismo artículo referido a la coordinación de la planificación general de la actividad económica y el apartado 14 relativo a la Hacienda Pública general. No resulta sorprendente los títulos utilizados, dada la regulación efectuada, y atendiendo al momento en que la misma se dicta. Otra cosa será que sea acertado si miramos la problemática con una cierta perspectiva más allá de la situación económico-financiera que aún vivimos¹¹.

Hemos aludido a que la regulación es básica, pero, ciertamente, no toda la regulación tiene ese carácter (DF 14): no la tiene, a título de ejemplo, el artículo 123.2 que se circunscribe tan solo al Estado cuando va a proceder a la creación de un Consorcio; tampoco la tiene la DA 4.^a (plazo adaptación Sector Público Estatal),

sobre la naturaleza jurídica del Consorcio Gallego de Servicios de Igualdad y Bienestar. Nótese que es el mismo órgano jurisdiccional, el que en dos sentencias coincidentes en el tiempo (7 de mayo y 30 de julio de 2007), y ante supuestos de hecho idénticos, concluye, en uno y otro proceso, respectivamente, en la naturaleza jurídica autonómica y local del referido ente consorcial.

¹⁰ De similar opinión es NIETO GARRIDO, E., (2016): págs. 2.115-2.116 quien, con acierto, señala además que la institución del consorcio administrativo ha sufrido en los últimos tres años una revolución en cuanto a las normas que lo regulan que han supuesto un cambio de paradigma sin precedentes.

¹¹ Los prejuicios del legislador los ha puesto de relieve, en referencia a la LRSAL, TOSCANO GIL (2015), que expone que «las medidas adoptadas por la LRSAL son especialmente gravosas para el consorcio, por razón de las importantes limitaciones que establece para la constitución y mantenimiento de los mismos, reduciendo en gran medida la flexibilidad que ha sido seña de identidad de esta figura. Cuando se presenta políticamente el proyecto de reforma, y se anuncia el propósito de reducir el número de consorcios existentes, se hace denunciando su elevado número, y acusando su mal funcionamiento. Lo primero será cierto, no lo negamos, pero es cuestionable que sea un problema en sí mismo, puesto que la elevada utilización de una herramienta jurídica no es en principio una prueba de su fracaso, sino más bien de su éxito. Otra cosa es que su elevado uso se tache de ineficiente, o de insostenible, en atención a los fines que se persiguen. Y entonces ya, sí, hablemos de lo segundo, consorcios que funcionan mal. Pero no partiendo de un prejuicio acerca de su funcionamiento, que bien puede evidenciar el desconocimiento y la ignorancia acerca de esta figura, y carecer de fundamento empírico alguno, o de una valoración detenida y meditada sobre lo que de bueno y lo que de malo tiene el consorcio. Esta premisa, claro está, obliga a discriminar a la hora de adoptar estas medidas, desde esta perspectiva, la de la sostenibilidad financiera y la eficiencia, que es la que finalmente adopta la Ley, algo más cuidadosa en su redacción final que en los primeros borradores normativos, en los que el consorcio parecía haberse convertido, junto con las mancomunidades y las entidades locales menores, en uno de los enemigos a batir».

ni la DT 2 (transitoria relativa a dicha adaptación), ni el ap.2 DF 17 (adaptación normativa consorcios creados por ley Cortes Generales).

Pero, además, y para completar dicha visión sobre la normativa aplicable, a la regulación establecida en los arts. 118-127, hay que añadir la establecida, también con carácter básico, en los arts. 81-83 que se aplican a todo el Sector Público Institucional, la DA 8.^a (plazo inscripción Inventario), la DA 10.^a (aportaciones a los Consorcios) y el ap.1 DF 17.^a (adaptación de normativa estatal y autonómica a la regulación establecida).

Todo ello conduce a que hagamos referencia a las fuentes de su régimen jurídico. Pues bien, el artículo 119 deja claramente establecido el orden de prelación de las fuentes relativo a su régimen jurídico (apartados 1 y 2) estableciendo el carácter supletorio de las normas contenidas en la legislación de régimen local. En conclusión, y a la vista de dicho precepto, el régimen de las fuentes será el siguiente según la norma:

- a) Lo dispuesto en la LRJSP, la normativa autonómica de desarrollo general o de régimen local, y, por último, lo dispuesto en sus Estatutos (art. 119.1)¹².
- b) Supletoriedad del Código Civil (sociedad civil) para separación, disolución, liquidación y extinción (artículo 119.2), salvo la liquidación que se regirá por lo dispuesto en el art. 97 LRJSP y RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Es relevante destacar, a la vista de lo dispuesto, la declaración de supletoriedad de la normas previstas en la legislación local (artículo 119.3)¹³. Más específicamente las que se contienen en la LBRL (art. 26, 57, DA 9.^a y 12.^a) y en la LRSAL (DA 13.^a y 14.^a). A mi juicio, ya he hecho referencia a ello, no es lo más acertado.

En suma, y sin perjuicio del desarrollo que más adelante realizaremos específicamente respecto de su disolución y liquidación, los Consorcios se regirán, con carácter general y respetando lo establecido legalmente con carácter básico por las normas referidas¹⁴, por sus propios Estatutos, los cuales determinarán sus fines, así como su régimen orgánico, funcional y financiero.

II. LA DISOLUCIÓN DE LOS CONSORCIOS: ¿EVENTUAL RECONDUCCIÓN AL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN?

1. Los problemas de sucesión de normas en el tiempo: ¿retroactividad o irretroactividad de los preceptos de la LRJSP?

Parece conveniente, y antes de analizar el régimen jurídico vigente, que nos preguntemos por la normativa aplicable a la disolución y liquidación de los Consorcios Públicos dado que en un breve plazo de tiempo dos normas, al menos, han venido a regular ésta.

Cabe señalar, en primer término, que desde mi punto de vista la fecha del acuerdo de disolución va a marcar las normas de aplicación al procedimiento que serán las vigentes en el momento en que se adoptase el mismo pues este, aunque no haya producido la extinción de la personalidad jurídica, ha producido plenamente sus efectos propios conduciendo a dicho organismo a cesar en sus relaciones entre los miembros y con terceros y quedar sin actividad alguna, sin perjuicio de la formalización de las operaciones de liquidación¹⁵.

¹² NIETO GARRIDO, E. (2016), "El nuevo marco jurídico del sector público. a propósito de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público", *El Derecho* (edición 9-XII-2016) estima, sin embargo, que la disposición derogatoria única del proyecto de ley que deroga los art.87 LBRL y 110 TRRL ha dado carpetazo a la tradicional concepción del consorcio administrativo como ente de constitución voluntaria regido por unos estatutos que eran la ley del consorcio. No es mi opinión que, sin perjuicio de admitir como no puede ser de otra forma, esa derogación no creo que su significado se traduzca necesariamente en una conclusión tan absoluta. De hecho estimo que éstos son una ventana de oportunidad para paliar algunos desaciertos de la normativa dictada.

¹³ Dicha solución es calificada por GARCÍA RUBIO, (2015), como algo inaudito y novedoso generando unas normas básicas de diferente prelación en rango legal.

¹⁴ De ineludible cita resulta en este punto, por el excelente análisis que realiza, el reciente trabajo de BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2016).

¹⁵ La adopción del acuerdo de disolución por el órgano competente del consorcio motiva su pase de situación «con actividad» a la de «sin actividad», por aplicación de la reglas de la Instrucción de Contabilidad, tanto autonómicas como es el caso de Andalucía (Tercera parte. Cuentas Anuales), como local (regla 4) que determinan que en los casos de disolución las cuentas anuales se refieran al período que va desde el 1 de enero hasta la fecha de disolución. En estos supuestos, por tanto, y adoptado el acuerdo de disolución las cuentas anuales solo deberán ser rendidas respecto del período referido.

Pues bien, en una primera conclusión, las previsiones contenidas en la LRJSP, regirán a partir del 2 de octubre de 2016 (y lo mismo podría decirse respecto de la normas sobre disolución y liquidación previstas en la norma de 2014 a partir de 18 de marzo de 2015), y, con ello, serán plenamente aplicables a los procedimientos de disolución y liquidación de los Consorcios que no hayan iniciado los mismos (sea cuales sean las previsiones estatutarias establecidas inclusive en supuestos de no adaptación estatutaria pues dichas normas serán aplicables ex lege).

Pero la situación pudiera ser más compleja ya que, como ha acontecido en algunos supuestos, dichos procedimientos de extinción se han iniciado en muchos casos, o con anterioridad a dichas normas o en el interregno de las mismas, por lo que se plantea cual sea la norma de aplicación. A estos efectos, y siguiendo el criterio de que el acuerdo de disolución resulta esencial a estos efectos, a nuestro juicio se pueden distinguir varias situaciones:

A) No adopción de acuerdo de disolución a la fecha de entrada en vigor de la LRJSP (igual conclusión habría que llegar con relación a la entrada en vigor de la Ley 15/2014)

En mi opinión se regirán plenamente por lo dispuesto en la LRJSP, y el resto de normativa aplicable incluidos los Estatutos, tanto en lo que se refiere a la disolución como a la liquidación.

B) Adopción del acuerdo de disolución pero no publicación del mismo

En estos supuestos, aunque discutible jurídicamente dado que se trata de un ejercicio de ponderación de bienes jurídicos en relación muy específicamente con la seguridad jurídica¹⁶, podría seguirse el criterio establecido en el artículo 2.3 Cc. y publicado éste que la liquidación se rigiese por los criterios de la legislación en vigor a la fecha de la adopción del acuerdo de disolución del Consorcio.

Avalarían dicha conclusión las propias normas reguladoras vigentes¹⁷:

Pero ¿qué sucede en aquellos Consorcios que no han declarado dicha situación? ¿Basta la inactividad de éstos para entender que, desde el momento que se produce, no existirían dichas obligaciones?

Desde mi punto de vista no es posible acoger dicha tesis. Ya se aplique la normativa civil (si se entendiera que ha concluido su objeto) o mercantil (que contempla específicamente la inactividad de los órganos sociales) es precisa la constatación de la causa de disolución por el órgano máximo rector del Consorcio. En estos supuestos, en principio, y salvo datos adicionales, sería preciso, por tanto, entender prorrogados los presupuestos, liquidar los ejercicios presupuestarios y rendir las pertinentes cuentas generales.

En el ámbito mercantil se discute la eficacia declarativa o constitutiva de dicho acuerdo lo que incidiría, de forma decisiva, sobre esta cuestión. Hemos de poner de manifiesto que, tras la promulgación del régimen vigente en materia de sociedades de capital, resulta mayoritariamente aceptado doctrinalmente que la disolución se produce a partir del acuerdo social o de la sentencia. Lo expuesto no resulta contradictorio porque se reconozca que la aparición de la causa de disolución suponga el inicio del procedimiento disolutorio, siendo aquí donde reside su trascendencia. Las discrepancias se centran fundamentalmente a la hora de precisar cuál es el contenido del acuerdo o de la decisión judicial. Para los partidarios de la eficacia declarativa la junta general o el juez se limitan a emitir una declaración de ciencia. Por su lado, predicar la eficacia constitutiva implica dotar a la disolución de una estructura compleja: junto al motivo disolutorio ha de concurrir un acuerdo social o una sentencia judicial.

A nuestro juicio, y en el caso de los Consorcios, el acuerdo del máximo órgano rector tendría eficacia constitutiva. En efecto, la idea central que subyace en los procedimientos de disolución en que acontece una causa para ello es que la sociedad (en nuestro caso el Consorcio respectivo), una vez acaecida la causa, ha de decidir sobre su continuidad. La sociedad no puede continuar ejerciendo su actividad en las condiciones concurrentes, pues así lo ha prescrito el legislador (causas obligatorias) o lo acordaron los socios (causas estatutarias). Por esta razón, se inicia el procedimiento disolutorio cuya pieza principal es la convocatoria del máximo órgano rector del Consorcio donde los miembros de éste deben decidir sobre el futuro de la entidad. Y es, a partir de ese momento, donde se aplicaría lo ya visto con anterioridad y previsto en las normas contables.

Y dicha conclusión se ve avalada por la regulación que, del ejercicio de derecho de separación, al que más adelante aludiremos, realizan tanto la LRSP como la LRJSP que expresamente establecen:

La efectiva separación del consorcio se producirá una vez determinada la cuota de separación, en el supuesto en que ésta resulte positiva, o una vez se haya pagado la deuda, si la cuota es negativa.

Luego, y por tanto y en nuestra opinión, es preciso el acuerdo del máximo órgano del Consorcio y no basta la mera declaración de voluntad de la Administración a la que está adscrito éste (artículo 13.2 y 126.2 respectivamente).

¹⁶ A título de ejemplo podemos ver como, en ocasiones, se considera de aplicación la nueva norma en ese ejercicio de ponderación. De esta forma, y a propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo en materia concursal, la que se dicta en fecha 4 de septiembre de 2014, este no dudará en establecer:

«Examinadas las alegaciones de las partes en relación con los arts. 2.3 CC, 9.3 CE y Disposiciones transitorias del CC (?), el criterio de la Sala es el de aplicación íntegra de la normativa de la nueva Ley Concursal».

¹⁷ Es preciso hacer referencia a que, en el caso andaluz, la LAULA, por expresa remisión de su artículo 82 al artículo 77 que versa sobre la disolución de mancomunidades, condiciona a la publicación de ésta la extinción de la mancomunidad y es, por tanto, condición ineludible para que desaparezca de la esfera jurídica quedando, mientras tanto, en la situación de «sin actividad», criterio

- Por un lado, el propio artículo 14 de la LRSP y el artículo 127 LRJSP que establecen que la disolución del consorcio produce su liquidación y extinción. Es decir, estas segundas fases no son sino efectos del acuerdo de disolución que es el determinante para la finalización de la vida jurídica del Consorcio que queda en situación de «sin actividad» hasta que finalicen dichas operaciones materiales.
- Por otro, el artículo 371 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital reitera que la disolución de la sociedad abre el período de liquidación. De esta forma, aunque conserve personalidad jurídica, la sociedad –en nuestro caso el Consorcio– no puede adoptar acuerdo alguno salvo la de aprobación de la liquidación consistente en un conjunto de operaciones materiales y jurídicas derivadas de los criterios establecidos en la disolución.

Por último, y en esa misma línea, los Estatutos de los Consorcios suelen recoger fórmulas que hacen de la fecha del acuerdo de disolución la determinante para dirimir la legislación de aplicación pues normalmente en éste se contempla la forma en que haya de procederse para la liquidación del Consorcio y, en este supuesto solo de forma supletoria, regirán las reglas establecidas en la legislación societaria que, sin embargo, pueden inspirar dicho acuerdo.

C) *Adopción del acuerdo de disolución y publicación del mismo*

En este último supuesto habría que inclinarse por la normativa vigente en la fecha del acuerdo de disolución ya que la liquidación (que no consiste sino en operaciones materiales y jurídicas derivadas del acuerdo de disolución), como hemos explicitado, se produce por la disolución: en este sentido, por la normativa anterior a 2014 cuando aún habiéndose producido en dicho ejercicio –o en ejercicios anteriores– se haya producido con anterioridad al 18 de marzo de 2015 (fecha de entrada en vigor de la LRSP con el periodo transitorio de seis meses previsto en la norma), por la LRSP a partir de la entrada en vigor de esta norma y del plazo transitorio de seis meses previsto en la norma para la adaptación estatutaria y hasta 2 de octubre de 2016 que entrará en vigor la LRJSP y, por tanto, sería de plena aplicación en estos supuestos.

2. Requisitos jurídico-procedimentales para la adopción de los acuerdos de disolución

Ha de destacarse el papel esencial que juegan en esta materia los Estatutos del Consorcio. De esta forma, los Estatutos de los consorcios han de determinar la Administración pública de adscripción, las entidades que vayan a integrarlo, su régimen orgánico, funcional y financiero de conformidad al régimen jurídico de la administración matriz.

La no adaptación de los Estatutos a las previsiones legales, por otro lado, tampoco merma, como se ha explicado doctrinalmente¹⁸, que sea de aplicación exlege la normativa de la Administración a la que esté adscrito por disposición de la Ley el Consorcio.

distinto a aquellos supuestos a los que sea de aplicación la LRJSP que, en su artículo 97.4, condiciona la extinción a la formalización de la liquidación y no al acuerdo de disolución. Pero dichas previsiones no necesariamente han de motivar un cambio de opinión. En un caso porque es de aplicación a los Consorcios locales y, en el otro, porque una cosa es que la extinción se produzca con la formalización de la extinción y otra, muy distinta, es que legislación haya de ser de aplicación a la liquidación.

¹⁸ Vid. CASTILLO BLANCO, F. (2014). En efecto la pregunta a resolver es ¿Es necesaria la adaptación estatutaria? Puede decirse que sí hay algunos mandatos de desarrollo normativo en el sector público estatal cuando el consorcio está adscrito a este, pero no se aclara que acontece en el sector autonómico y local que, aún quedando diferido a la adaptación normativa que se haga en el ámbito autonómico, no hace inaplicable a la norma estatal.

El caso, sin embargo, que se plantea es ¿Qué acontece si los Estatutos del Consorcio no han sido adaptados antes de la entrada en vigor de dichas normas?

En realidad, los Consorcios se rigen por sus propios Estatutos hasta el momento en que estos no se adapten a las previsiones establecidas según lo dispuesto en las normas transitorias ya citadas. Para evitar demoras injustificadas, se previó en la LRSAL una disposición transitoria sexta que establecía un plazo máximo de un año para esa adaptación (31 de diciembre de 2014; fecha a partir de la cual se aplicarían, en su defecto, íntegramente las previsiones de la Ley). A esa regla transitoria se le añadía otra más: cuando esa adaptación requiriera un cambio de régimen jurídico del personal, en el régimen presupuestario, contable o de control, este nuevo régimen sería de aplicación a partir del 1 de enero del año siguiente.

En este sentido, el régimen de las fuentes, a estos efectos, viene definido según expusimos por la siguiente jerarquía producida ex lege la adscripción de dichos Consorcios a la Administración que corresponda según los criterios establecidos para ello¹⁹:

- a) 1.º La legislación básica estatal (LRJSP), 2.ª normativa autonómica de desarrollo²⁰, y 3.ª Estatutos (art. 119.1).
- b) Supletoriedad del CC (sociedad civil) para separación, disolución, liquidación y extinción, salvo liquidación: art. 97 LRJSP y RD Legislativo 1/2010.
- c) Supletoriedad para los consorcios locales de la LRBRL (art. 57, DA 9.ª y 12.ª) y Ley 27/2013 (DA 13.ª y 14.ª)²¹:

La regla era clara y su sentido también: las adaptaciones estatutarias se habían de producir antes de un año desde la entrada en vigor de la ley, sus efectos aplicativos sobre el personal, régimen presupuestario, contable o de control (por razones obvias de ajuste al ciclo presupuestario), a partir del 1 de enero de 2015. A esa adaptación estatutaria, en algunos casos compleja desde el punto de vista material y procedimental, se le debería haber sumado las previsiones establecidas en la Ley de racionalización del sector público y de medidas de reforma administrativa sobre todo si, como acontece, no presenta una problemática especial y aclaraba el régimen jurídico de éstos en los casos de disolución y liquidación de los mismos.

De lo que no hay duda es que dicho plazo es de carácter preceptivo.. ¿Pero que sucede si se incumplen? Pues bien, y aunque pueda resultar paradójico, no se establece sanción ni consecuencia alguna para el incumplimiento de dicho plazo y, en consecuencia, debemos considerar dicho plazo como una irregularidad que no produce efecto alguno de invalidez. Por tanto el plazo, aunque preceptivo, no es de carácter esencial y, por tanto, su incumplimiento no tendrá consecuencia más allá de la inseguridad jurídica que produce la aplicación de la legislación vigente con unos Estatutos que han quedado modificados ex lege, pero no adaptados a ésta, verbigracia: se adapten o no los Estatutos el Consorcio quedará adscrito a la Administración pública que corresponda, los miembros del mismo podrán ejercitar su derecho de salida en las condiciones legalmente establecidas, etc. y les será de aplicación la legislación de la Administración Pública a la que quede adscrito y, por tanto, las previsiones establecidas en la legislación de aplicación.

Con anterioridad a dichas fechas (1 de enero y 18 de marzo de 2015) será de plena aplicación la normativa vigente en ese momento respecto del derecho de separación, disolución y liquidación de los Consorcios públicos que, por ejemplo en el caso de Andalucía, y en el caso de los Consorcios sujetos a la legislación local, será la legislación local representada en este punto muy específicamente por la Ley de Autonomía Local de Andalucía y lo dispuesto en esta en lo que se refiere al ejercicio de estos derechos en el caso de los Consorcios y Mancomunidades a cuyo régimen se remite.

¹⁹ Teniendo en cuenta la naturaleza de ente de derecho público del consorcio interadministrativo, su sometimiento al derecho público es un requisito que permanece inalterable, sea cual fuere su naturaleza jurídica. No así su sujeción a la legislación local, autonómica o estatal.

En consecuencia, el régimen derivado de la normativa administrativa general resulta íntegramente aplicable a la totalidad de consorcios interadministrativos; así, el régimen jurídico, procedimiento administrativo, normativa básica reguladora del empleo público, contratación administrativa, el patrimonio de las respectivas Administraciones Públicas, la formación de los presupuestos, etc.

La normativa administrativa que determina el régimen jurídico del consorcio dependerá de la Administración de adscripción, resultando según los casos la aplicación de la legislación de régimen local, de la legislación autonómica o de la legislación estatal. La legislación aplicable regula el régimen jurídico primario, encomendando a los estatutos del consorcio la regulación de sus «particularidades» es decir, su régimen orgánico y funcional, dentro de los límites establecidos por la normativa estatal, autonómica o local que le sea de aplicación. Quiere decirse que las posibles lagunas que se produzcan en sus estatutos serán salvadas, según los casos, por la LRJPAC (Ley 39/2015 a partir de 2 de octubre), por la legislación de régimen local general –LRBRL, TRRL y LAULA–, o por la legislación de cada Comunidad Autónoma aplicable.

La ley encomienda la regulación a los Estatutos de las «particularidades» de su régimen jurídico por lo que no se les otorga la facultad de crear un régimen propio para los consorcios distinto al de la administración al que se adscribe ya que sólo se le autoriza a introducir particularidades en dicho régimen pero no excepciones al régimen general. Aún así los Estatutos del consorcio conforman la norma básica del mismo por lo que cada consorcio será diferente encontrándonos tanto tipo de consorcios como estatutos existan.

Sin embargo, el alcance de la adscripción de un consorcio al ente público dominante según los criterios establecidos por la legislación básica, por su composición heterogénea, no puede tener la misma intensidad que el resto de entes instrumentales respecto de la administración matriz (Agencias u Organismos Autónomos). Es por ello que, en estos concretos aspectos, los Estatutos del consorcio jugarán un papel fundamental a la hora de determinar las particularidades que, respecto de la normativa marco de general aplicación en el ámbito del sector público autonómico, presentarán los consorcios en los aspectos organizativos, funcionales y financieros.

²⁰ En el caso de Andalucía, a título de ejemplo, la legislación de la Administración autonómica vendría definida por los artículos 88 y ss de la LAJA o por la LAULA en el caso de que se tratase de Consorcios Locales a partir de marzo de 2015.

²¹ No obstante es de señalar en este punto el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, que establece lo siguiente:

La Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía ha adoptado el siguiente acuerdo:

- 1º. De conformidad con las negociaciones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en cumplimiento del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 4 de diciembre de 2014, para el estudio y propuesta de solución de las discrepancias competenciales manifestadas en relación con la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, ambas partes las consideran parcialmente solventadas en base al siguiente compromiso:

En cuanto a la legislación básica estatal vendría establecida por los artículos 15 a 18 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (a partir de 2 de octubre de 2016).

Si bien, y como también se ha de apuntar, las «particularidades» en este punto vienen definidas estatutariamente siempre que no sean contrarias a las normas antes citadas. Dichas «particularidades», y su remisión a las mismas, se refuerzan según lo previsto en la propia legislación básica estatal y autonómica. De esta forma, la norma básica estatal prevé en el artículo 15.2 de la LPAC de 2015 que: «*Los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquellos compuestos por representaciones de distintas Administraciones Públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento*».

Pues bien, y a la vista de dichas normas, los requisitos para la convocatoria y celebración de la sesión que, en su caso, acuerde la disolución del Consorcio deberá tener en cuenta lo previsto en las normas específicas previstas en los Estatutos que fijan las «particularidades» en este punto del Consorcio y que, lógicamente, no pueden ir en contra de lo previsto en la normativa estatal o autonómica, y, en lo no previsto específicamente en los artículos reproducidos, si será de aplicación la legislación básica estatal (dependiendo de cuando se adopte el Acuerdo) y la legislación autonómica para integrar las dudas interpretativas que puedan surgir.

Puede suceder que, por diversas circunstancias, no sea posible adoptar dichos acuerdos –muy específicamente carencia de quórum o falta de unanimidad– en estos supuestos, como se explicará más adelante, lo procedente será acudir a ejercer el derecho de separación por parte de aquella Administración que no desee permanecer en el mismo.

3. El procedimiento ordinario de disolución de los consorcios

Es preciso señalar que la extinción de un Consorcio no es un acontecimiento instantáneo, sino el resultado de un complejo proceso en el que se pone de manifiesto el doble aspecto obligacional e institucional de estas entidades, es decir, no sólo ha de resolverse el contrato social –en nuestro caso normalmente un Convenio– establecido entre los miembros del Consorcio con ocasión de su nacimiento, sino también se ha de eliminar la persona jurídica nacida de aquel contrato. Por consiguiente, la extinción sólo se alcanza tras varias fases tendentes a la resolución de los vínculos existentes entre el Consorcio y los miembros integrantes de éste, por un lado, y los que mantiene el Consorcio con terceros, de otro. Este largo proceso comienza con el acaecimiento de la causa de disolución y finaliza con la pérdida de la personalidad jurídica²².

De esta forma, son esenciales los siguientes pasos:

A) **Concurrencia de causa para disolver el Consorcio o resolución por Acuerdo unánime del Consejo Rector**

El inicio del proceso extintivo del Consorcio hemos de situarlo pues en la concurrencia de alguna de las causas de disolución que, o bien han sido previstas por el legislador, o bien fueron introducidas por los miembros de éste a través de los Estatutos. Los motivos disolutorios obedecen a principios configuradores diversos y operan de diferente manera como ahora comprobaremos.

Por una parte, el artículo 127.1 de la LRJSP –con anterioridad idéntica previsión venía establecida en la LRSP– establece que la disolución del consorcio produce su liquidación y extinción. En todo caso será causa de disolución que los fines para los que fue creado el consorcio hayan sido cumplidos.

Ambas partes coinciden en considerar que el artículo 15.3 de la Ley 15/2014 ha de interpretarse en el marco general del ordenamiento jurídico, de manera que en la determinación del sistema de fuentes de los consorcios habrán de tenerse en cuenta las competencias que ha asumido la Comunidad Autónoma en materia de consorcios y que forman parte del bloque de constitucionalidad. Se entiende por tanto que el Código Civil y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital serían de aplicación supletoria respecto de las normas que así se dicten por la Comunidad Autónoma.

Y que se ha plasmado en la actual redacción del artículo 119 LRJSP que establece dicha preferencia normativa.

²² Como indica TOSCANO GIL, F. (2017), pág. 2.696 la disolución, liquidación y extinción son, pues, términos distintos, con significados distintos.

A esta primera causa enunciada por la LRJSP, los Estatutos de los Consorcios suelen añadir otras, a saber y a la vista de distintos Estatutos, se pueden señalar algunas: *Por la transformación del Consorcio en otra Entidad, mediante acuerdo del Consejo Rector, con el quórum de las dos terceras partes, ratificado por los dos tercios de las entidades consorciales; por acuerdo unánime de todos los entes territoriales consorciados, etc.*

Cabe señalar, por tanto y en principio, que no basta la voluntad unilateral de ninguna de las entidades que conforman el Consorcio para que se produzca la misma. Es preciso, dada la naturaleza también asociativa del Consorcio, que dicha voluntad sea ratificada por los miembros de éste (lo que se ve refrendado por el artículo 127.2 LRJSP).

Ahora bien, a estas causas establecidas en la Ley y en los Estatutos habrán de adicionarse, y si entendemos de aplicación la legislación societaria a la disolución de los Consorcios públicos, las establecidas legalmente en la norma civil además de la específicamente prevista en la LRJSP. Aunque, en este último supuesto, por un lado es preciso poner de relieve que algunas de las mismas difícilmente serán de aplicación dada la distinta naturaleza de la entidad consorcial respecto de una sociedad.

En cualquier caso, y será lo más común, la extinción de estas entidades se suele realizar mediante los respectivos acuerdos en la entidad consorciada y, a este respecto, es conveniente señalar que esta causa de disolución es una manifestación del carácter soberano del máximo órgano de la entidad consorciada. El acuerdo de los miembros como causa de disolución obedece a la base asociativa de carácter voluntario que tiene todo Consorcio: si el acuerdo de los socios da vida a la sociedad (*associatio*), una decisión social en sentido opuesto (*dissociatio*) es también causa de disolución como ha puesto de relieve la mayoría de la doctrina en el Derecho privado con referencia a la sociedad civil.

En conclusión, y como suelen detallar los Estatutos de los Consorcios, la voluntad social puede determinar, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito, la disolución del Consorcio. Ahora bien, la trascendencia de la decisión social conmina al legislador a someter este acuerdo a un régimen agravado, mientras que para los demás motivos disolutorios, cuando se requiera un acuerdo, será normalmente suficiente alcanzar unas mayorías, sin que necesariamente se requiera la unanimidad, en este supuesto será exigible la misma.

B) Procedimiento para la disolución tras la entrada en vigor de las normas básicas estatales para aquellos Consorcios que no hubiesen adoptado dicho acuerdo

En estos supuestos, y para llegar a este punto, será preciso abordar los siguientes trámites:

a) Acuerdo unánime de los miembros del Consorcio (artículo 127.5 de la LRJSP y 49 de los Estatutos) que, en atención a su composición, requerirá de forma previa:

- Acuerdo del correspondiente órgano de gobierno, estatal o autonómico, cuando el Estado o la Comunidad autónoma participasen en este²³.
- Acuerdo del Pleno de los Ayuntamientos, y en su caso de la Diputación Provincial, integrantes del Consorcio por mayoría absoluta (artículo 47.2 g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local) con, en su caso, la tramitación procedimental previa que se requiera en éstas más los informes preceptivos establecidos legalmente en estos supuestos²⁴.

b) El máximo órgano de gobierno del consorcio al adoptar el acuerdo de disolución nombrará un liquidador –no ya una comisión liquidadora como se solía establecer con anterioridad a 2014– que será un órgano o entidad –persona jurídica, por tanto–, vinculada o dependiente, de la Administración Pública a la que el consorcio esté adscrito lo que conlleva, ulteriormente, que este órgano o entidad designe a un empleado público, a mi juicio un funcionario público dadas las tareas que ha de abordar, para que efectúe las operaciones materiales que conlleva la liquidación.

²³ Con carácter general la legislación autonómica suele establecer un Informe de la Consejería de Hacienda correspondiente. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la Junta de Andalucía donde el artículo 50 LAJA lo establece con carácter preceptivo.

²⁴ No sería preciso, en su caso, el de los órganos representativos de las organizaciones empresariales y sindicales con la mayoría requerida en sus Estatutos cuando no sean estrictamente entes consorciados sin perjuicio de que, como resulta en cierto modo frecuente, formen parte de su Consejo Rector.

- c) Publicación del Acuerdo de disolución (artículo 97.1 LRJSP) que no produce en forma automática la extinción ya que esta solo se produce cuando queda formalizada la liquidación (artículo 97.4).

La adopción del acuerdo de disolución de éste, con los requisitos expuestos, abre el período de liquidación, durante el cual el Consorcio mantiene su personalidad jurídica, pero que acarrea efectos sobre la propia entidad, sobre los miembros del Consorcio y sobre terceros²⁵.

4. La normativa supletoria: características generales de la sociedad civil, causas de extinción y su aplicación a los Consorcios públicos²⁶

Cabe señalar que, como ha puesto de relieve la doctrina civilista²⁷, la sociedad civil es el contrato por el que dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con el ánimo de partir entre sí las ganancias. Es, como ha puesto de relieve la doctrina, un contrato bilateral, o plurilateral, de gestión colectiva, consensual, oneroso y conmutativo²⁸. Esta sociedad goza de personalidad jurídica salvo que mantenga secretos sus pactos y que cada socio contrate con terceros en nombre propio resultando,

²⁵ La situación de «sin actividad» de un consorcio puede venir motivada porque haya iniciado su proceso de disolución y no lo haya finalizado; o bien, pudiera ocurrir que no haya iniciado su proceso de disolución, pero que, sin embargo, sus órganos de gobierno y de gestión no se reúnan para la adopción de acuerdos y, en consecuencia, hayan cesado en el ejercicio de sus funciones, y no hayan aprobado, por tanto, los preceptivos presupuestos anuales para su funcionamiento.

En el primero de los casos, la adopción del acuerdo de disolución por el órgano competente del consorcio motiva su pase de situación «con actividad» a la de «sin actividad», por aplicación de la reglas de la Instrucción de Contabilidad vigentes, tanto autonómica, por ejemplo en el caso andaluz, aprobada por Orden de 30 de marzo de 2015, por la que se aprueba el Plan General de Contabilidad Financiera de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Agencias Administrativas y de Régimen Especial (Tercera parte. Cuentas Anuales), como local aprobada por Orden HAP/1781/2013, de 20 de septiembre, por la que se aprueba la Instrucción del modelo normal de contabilidad local (regla 4), que determinan que en los casos de disolución las cuentas anuales se refieran al período que va desde el 1 de enero hasta la fecha de disolución.

Tras dicho acuerdo, la gestión del consorcio corre a cargo de la comisión liquidadora designada al efecto y que será la encargada de su liquidación o del liquidador si no se adoptó el acuerdo de disolución y se adopta éste tras la entrada en vigor de la LRJSP. Tal situación de sin actividad se prolonga en el tiempo hasta que se produce su extinción y desaparición de la vida jurídica, hecho que tiene lugar con la publicación del acuerdo de disolución o con la formalización de la liquidación en el supuesto de que dichos trámites se lleven a cabo una vez que entre en vigor la LRJSP.

Pues bien, en estos supuestos, y siempre que se haya adoptado el acuerdo de disolución, aún sin haberse publicado el mismo, es decir se hayan producido todos los efectos propios de dicho acuerdo –cesación de actividades y de relaciones entre sus miembros y terceros–, habrá de entenderse, aún cuando no se hayan producido la liquidación, que los mismos se sujetan a la normativa vigente en el momento de adopción del Acuerdo de disolución de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.3 Cc y los razonamientos anteriormente expuestos.

En el segundo de los supuestos, sin embargo, deberá acudir a lo previsto en la normativa societaria, civil o mercantil como veremos, aplicable desde marzo de 2015 según expresamente prevé la LRSP ya que la no celebración de reuniones ordinarias de sus órganos rectores y, consiguientemente, la no adopción de acuerdos y no realización de actividad alguna no tiene, por sí misma, eficacia constitutiva alguna para establecer dicha situación.

²⁶ En efecto, es oportuno plantearse, asimismo, en este punto si es de aplicación la legislación mercantil ya que, de forma expresa, el artículo 119 solo se refiere al régimen de liquidación para hacer aplicable lo previsto en la legislación societaria por lo que, en una interpretación estricta, en la disolución de un Consorcio sería aplicable tan solo lo dispuesto supletoriamente para la sociedad civil en el Código Civil.

Por el contrario también podría entenderse que disolución y liquidación son dos fases de un mismo procedimiento abocado a la extinción del Consorcio. El complejo de relaciones jurídicas con terceros de que es sujeto el Consorcio o la colectividad de los miembros debe extinguirse antes de la extinción del Consorcio, es decir, el Consorcio debe ordenar su pasivo (exigible) y su activo (realizable) para determinar su estado patrimonial. La voluntad de disolver el Consorcio o la verificación de una causa que automáticamente lleva aparejada la disolución de éste abre un período, previo a la extinción, que consiste precisamente en la liquidación. Durante este período, el Consorcio sigue gozando, en su caso, de personalidad jurídica y se trataría de un Consorcio «sin actividad». Esto supone la realización de los activos sociales con los que cubrir el pasivo del Consorcio. Si el activo es superior al pasivo, el resto se repartirá entre los socios; si es inferior, los socios serán responsables de la diferencia. Una vez liquidada el Consorcio y repartidas, en su caso, las ganancias y aportaciones, se extingue.

Y, consecuentemente con esta segunda tesis enunciada, a la disolución y liquidación le sería de aplicación la legislación societaria de carácter mercantil.

En nuestra opinión, sin embargo, y dados los estrictos términos de la norma básica estatal (idénticos en la de 2014 y 2015), será de aplicación la legislación que se aplica a las sociedades civiles para la disolución y la societaria mercantil para el régimen jurídico de la liquidación lo que resulta plenamente coherente con la regulación establecida.

²⁷ Como resulta de sentido común, y es obvio, se sigue y se expone lo argumentado por la doctrina civilista en la materia civil y mercantil que se analiza en el presente estudio y de la que se da cuenta en el apartado de bibliografía.

²⁸ TENA PIAZUELO, I. (2017), pág. 133. La misma se distingue plenamente de la sociedad mercantil o de la comunidad de bienes (págs. 160 y ss).

en opinión de la doctrina y la jurisprudencia, esta segunda opción sociedades irregulares (STS 14 de julio de 2006).

En cuanto a su regulación normativa esta viene establecida por las disposiciones generales que se prevén en los artículos 1.665 a 1.678 CC, las obligaciones de los socios entre sí en los artículos 1.679 a 1.696 CC; las obligaciones de los socios para con terceros en los artículos 1.697 a 1.699 CC, y la extinción en los artículos 1.700 a 1.708 CC.

Dicha sociedad puede estar constituida, con carácter general, en forma particular y universal. La sociedad particular tiene por objeto cosas determinadas, su uso o sus frutos, o una empresa señalada o el ejercicio de una profesión o arte. La sociedad universal, a su vez, puede ser de todos los bienes presentes o de todas las ganancias, y si en el contrato no se especifica la clase de sociedad universal, se entenderá que la constituida lo es de todas las ganancias. Bien es cierto que, como se ha puesto de manifiesto, estas últimas son un mero residuo histórico²⁹.

El hecho de que la sociedad civil, al menos la externa o dotada de personalidad jurídica, haya establecido vínculos con sus propios socios y terceros a lo largo de su existencia genera la necesidad de que su extinción no se pueda realizar en un solo acto sino que ha de desarrollarse a lo largo de un proceso dirigido precisamente a liquidar esos vínculos con terceros y a liquidar la misma entre sus socios. En ese sentido, a pesar de que los arts. 1.700 y siguientes del Código Civil simplemente se refieren a la extinción de la sociedad, lo más adecuado sobre todo desde un punto de vista lógico es poner de manifiesto la existencia de este proceso, que puede ser más o menos complejo o abreviado según la complejidad de la situación, y que se desarrolla en tres hitos básicos³⁰: la disolución, que vendría a ser la constatación de que la sociedad no puede seguir existiendo; la liquidación, proceso donde se procede a la desafectación del patrimonio social, satisfaciendo las deudas frente a terceros, reclamando sus créditos y liquidando a los socios su cuota de liquidación y, finalmente, la definitiva extinción de la sociedad, que sin mayores formalidades registrales se producirá cuando la sociedad haya efectiva y realmente satisfecho al último de sus acreedores.

En cuanto a las causas de disolución de la sociedad, si bien algunas operan de modo automático, según prevé el Código Civil, otras producen el mismo efecto por haberse así configurado en el contrato social; determinadas causas de extinción, legales o contractuales, requieren el reconocimiento unánime de su advenimiento por parte de todos los socios, o en su defecto declaración judicial al efecto.

De esta forma son causas de disolución de la sociedad: a) expiración del plazo, aunque cabe la prórroga; b) conclusión del negocio que constituye su objeto; c) pérdida de la cosa antes de su aportación a la sociedad; d) muerte o insolvencia de cualquiera de los socios, si bien cabe pacto de continuidad de la sociedad con el heredero del fallecido; e) voluntad de cualquiera de los socios, salvo que se haya constituido en forma mercantil o el término resulte de la naturaleza del negocio objeto de la sociedad³¹.

En estos supuestos, por tanto, la voluntad de un socio en el caso de que no se llegase a un acuerdo unánime en el procedimiento de disolución previsto estatutariamente produciría, en principio, la disolución de la sociedad. Y es que, efectivamente, la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los arts. 1.705 y 1.707 C. C., produciría la disolución. Pero si bien es cierto ello, no lo es menos que la efectividad de esta causa de disolución está en función del criterio temporal que rige a la sociedad según establece nuestro Código Civil.

En este último sentido, si ésta se constituyó por tiempo determinado, bien por disposición contractual bien por la naturaleza del negocio, ningún socio puede reclamar la disolución sino por justo motivo, como el incumplimiento por alguno de los socios de sus obligaciones, la inhabilitación para los negocios sociales, etc. La justicia del motivo alegado la determinan los tribunales (art. 1.707). En cambio, si no se ha pactado la sociedad por tiempo determinado o éste no resulta de la naturaleza del negocio objeto de la sociedad, cualquiera de los socios podrá solicitar la disolución de la misma siempre que lo haga de buena fe y en tiempo

²⁹ TENA PIAZUELO, I. (2017), pág. 146, que opina que resulta difícil justificar la existencia de sociedades de carácter universal por las consecuencias sumamente rigurosas que comportan.

³⁰ Estos tres momentos son los que identifica, con carácter general, la doctrina civilista. Puede verse, en este sentido, RONCALÉS SAMANES, J. (2017), "Extinción y liquidación de comunidades de bienes y sociedades civiles", en AAVV *Comunidades de Bienes y Sociedad Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 289. La propia jurisprudencia también lo ha manifestado así (STS 31 de mayo de 2006).

³¹ Como ha puesto de manifiesto MALDONADO RAMOS, J. (2014), "Código Civil Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias", *El Derecho*, Madrid, pág. 2.437 estas causas no tienen carácter taxativo y ha de incluirse el mutuo disenso de los socios como causa que determina el comienzo del período extintivo.

oportuno. La denuncia del contrato debe ponerse en conocimiento de los demás socios (art. 1.705), lo que no implica, sin embargo, que la recepción haya de ser consentida³².

De esta forma, cabe concluir que las circunstancias dependientes de la voluntad del socio se conciertan en su facultad de denuncia del contrato (arts. 1.700.1.4 y 1.704 a 1.707 CC). Esa facultad se reconoce como un derecho en el Código. Y es que esa visión del legislador del Código Civil le llevó a entender que sin uno de los socios la sociedad ya no podía seguir existiendo; de ahí que la denuncia, como el fallecimiento o cualquiera otra de las causas apuntadas, generase la extinción de la sociedad. Sin embargo, y he aquí el punto que se ha de subrayar, es que esa inicial conclusión resulta a todas luces excesiva y no debe haber reparo en que si las partes disponen otra cosa sea eso lo que deba valer. Así las cosas, lo más razonable será permitirle abandonar la aventura societaria –en nuestro caso el Consorcio– sin por ello perjudicar el interés de los socios y de la propia sociedad en seguir existiendo.

Dicho lo anterior, el sistema que de forma supletoria prevé el Código Civil se estructura, como ha puesto de relieve la doctrina, sobre dos ejes:

a) De un lado la denuncia ordinaria del art. 1.705 CC, que se configura como una declaración de voluntad unilateral ejercitable ad nutum en aquellos casos en que no se haya previsto expresa o implícitamente término de duración para la sociedad. Su justificación es la interdicción de las vinculaciones perpetuas, especialmente inaceptables en casos en los que conllevan una responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales. No obstante, en opinión de la doctrina civilista aun en defecto de pacto en contra, si el resto de socios manifiesta su deseo de continuar en la sociedad, esa denuncia debería reducirse a ser una denuncia parcial o ejercicio de un derecho de separación, so pena de considerar su ejercicio como abusivo.

En efecto, se razona por esta que si el interés del socio denunciante –en nuestro caso del miembro del Consorcio– se satisface del mismo modo mediante su mera separación que mediante la plena extinción del vínculo social, su pretensión en este último sentido se debería considerar como abusiva. De lo que se trata es pues de determinar ese último extremo: la indiferencia del socio acerca de la suerte de la sociedad. Por lo demás, la libertad de configuración contractual permite igualmente que se pacte la facultad de denuncia unilateral incluso en casos de duración determinada, si bien en ese supuesto la denuncia no tendrá otro valor que el de un derecho de separación. Lo que no es admisible de acuerdo con el fundamento del derecho es su exclusión o sujeción a justos motivos, ni siquiera aunque se permita la libre transmisión de la condición de socio, ya que como es patente, esa condición de socio no es en absoluto fungible y no supone por tanto una alternativa económica razonable al ejercicio del derecho de separación frente a la sociedad. Cosa distinta es la configuración convencional de las condiciones de validez de la renuncia a las que de inmediato se hará referencia: plazos de preaviso, periodo mínimo de vinculación a la sociedad, etc. si bien no se admitirán limitaciones contrarias al propio derecho que desnaturalicen su esencia libérrima, como periodos mínimos excesivos o la necesidad de justa causa.

Para que la renuncia surta efectos debe ser recepticia, ser hecha de buena fe y en tiempo oportuno de acuerdo con el art. 1.706 CC. Ninguna problemática surge respecto a la necesidad de que la denuncia sea conocida por el resto de socios. Tampoco plantea excesivos problemas la necesidad de que la denuncia no pueda tacharse de mala fe³³, como ejemplifica el art. 1.706 CC al indicar que lo es aquella de quien pretende apropiarse para sí sólo de un provecho que debería ser común, a lo que se suma aquella denuncia irrazonable o realizada con animus nocendi –disolución a toda costa a pesar de ofertas de adquisición o de resolución parcial–, contrarias a los actos propios, realizada en momentos cercanos a la constitución de la sociedad u otros similares. La consecuencia será que la denuncia no tendrá efecto y el resto de socios, ante esta infracción del deber de fidelidad del socio denunciante, podrán proceder a su exclusión de la sociedad a través de la resolución parcial del contrato (art. 1.706 I CC). La oportunidad en la denuncia se cifra por el Código Civil en la necesidad de evitar los daños derivados de la finalización brusca e inesperada de la sociedad (interés negativo), no tanto los daños de no poder materializar sus expectativas de beneficios (interés positivo). En ese sentido es común la previsión de un plazo de preaviso que conjure de forma cierta el problema de la denuncia intempestiva.

b) De otro lado se encuentra el supuesto de la denuncia extraordinaria del art. 1.707 CC, prevista para los menos frecuentes casos de sociedades a término o con plazos de duración determinados y que no parece que sea el caso común aplicable a los Consorcios que no suelen tener fijado sino un plazo indeterminado.

³² RONCALÉS SAMANES, J. (2017), pág. 299 con cita de la SAP Málaga, núm. 853/2001, de 15 de diciembre.

³³ En este sentido puede verse la STS 545/2001, de 4 de junio o la 184/2007, de 21 de febrero que detallan dichos conceptos de buena y mala fe por relación a esta denuncia.

Pues bien, a la vista de lo expuesto, y atendiendo a lo explicado sobre la denuncia como forma de disolución del Consorcio por las causas establecidas en la normativa civil, considero que, dada la base asociativa del Consorcio y en el caso de que no se produjera un mutuo acuerdo, la manifestación de voluntad realizada por uno de los socios podría considerarse una denuncia de su participación en el Consorcio y, congruentemente con ello, el ejercicio de su derecho de separación del mismo, aunque sujeto este último al acuerdo del Consejo Rector del Consorcio, ya que uno de los socios no puede imponer, en un ente de naturaleza asociativa no se olvide, su voluntad unilateral inclusive en el supuesto de que éste estuviese adscrito al mismo.

En este sentido, realizada dicha actuación son de plena aplicación las previsiones estatutarias previstas específicamente a este respecto³⁴.

Nada se indica sobre cuando dicha denuncia –ejercicio del derecho de separación– es efectiva. En este sentido, si con carácter general es efectiva la voluntad que se haya dirigido al resto de los miembros de una sociedad, realizada por escrito, con constancia de que se ha recibido y, de esta forma, según la doctrina y la mayor parte de la normativa general y sectorial, se estima que la voluntad se perfecciona por el hecho sólo de ser recibida por la otra parte según los medios aceptados en derecho, en los Consorcios públicos, ni en forma previa a la legislación de 2014 sobre ejercicio del derecho de separación ni con posterioridad a ésta, la renuncia podría ser considerada totalmente recepticia lo que no implica que pueda considerarse que abre el período de disolución, siempre que no exista acuerdo en contra para continuar del resto de los miembros, sin perjuicio de los acuerdos de liquidación que sea pertinente adoptar³⁵.

La conclusión que puede alcanzarse tras la legislación de 2014 es que la efectiva separación del consorcio se producirá una vez determinada la cuota de separación, en el supuesto en que ésta resulte positiva, o una vez se haya pagado la deuda, si la cuota es negativa y para ello será preciso realizar las operaciones de liquidación pertinentes que han de aprobarse por el órgano máximo rector del Consorcio.

Luego, y por tanto, es preciso el acuerdo del máximo órgano del Consorcio, con o sin mayoría cualificada por no exigirla ni la Ley (a salvo de lo que establezcan los Estatutos,) y no basta la mera declaración de voluntad del socio en aquellos supuestos en que sea de aplicación la nueva normativa acontecida para el ejercicio del derecho de separación en 2014 y 2015 (artículo 13.2 y 126.2 respectivamente) lo que se desprende del inciso «se acordará por el consorcio la forma y condiciones en que tendrá lugar el pago de la cuota de separación, en el supuesto en que esta resulte positiva, así como la forma y condiciones del pago de la deuda que corresponda a quien ejerce el derecho de separación si la cuota es negativa»³⁶.

³⁴ Los Estatutos de los Consorcios suelen contemplar previsiones en este sentido. En concreto, y a título de ejemplo, el artículo 48 de los Estatutos del Consorcio de Marchena (los denominados Consorcios UTEDLT) prevé específicamente los siguientes requisitos:

a) Preaviso de un año dirigido a la Presidencia del Consorcio.
b) Estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones y compromisos anteriores respecto del Consorcio y garantizar el cumplimiento de las obligaciones pendientes con el mismo.
c) La separación no podrá comportar perturbación, perjuicio o riesgo evidente para la realización inmediata de cualquiera de los servicios o actividades del Consorcio, ni perjuicio para los intereses públicos al mismo encomendados.

³⁵ En nada obstaculiza a esta conclusión el artículo 82 de la Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía que se remite, para la modificación de estatutos, adhesión, separación y disolución del consorcio, a lo previsto en dicha ley para las mancomunidades, sin perjuicio de las particularidades derivadas de la naturaleza de los distintos entes consorciados.

En este sentido, el artículo 76 regula la separación de municipios mancomunados en los siguientes términos:

«1. Ningún municipio podrá separarse de la mancomunidad si, habiendo transcurrido el período mínimo de permanencia, mantiene deudas con la misma. A tal efecto, con la solicitud de separación deberá proceder a la liquidación de las deudas que se mantengan, al abono de la parte del pasivo de la mancomunidad que, en ese momento, le sea proporcionalmente imputable, y al pago de los gastos que se deriven de la separación.
2. El órgano de representación municipal de la mancomunidad, cuando considere que algún municipio haya incumplido gravemente las obligaciones establecidas en las leyes o en los propios estatutos, y previa audiencia del mismo, podrá decidir su separación de la mancomunidad y la liquidación de las deudas pendientes, mediante acuerdo adoptado por el citado órgano por mayoría de dos tercios de sus componentes.
3. En los supuestos de separación en los que resulten deudas, obligaciones y gastos sin satisfacer de un municipio a favor de la mancomunidad, previo acuerdo adoptado por el órgano de representación municipal, la mancomunidad podrá solicitar a la Administración de la Junta de Andalucía la retención de las cantidades que correspondiese entregar a favor de aquel, por una cuantía igual al importe adeudado, así como su ingreso compensatorio en la hacienda de la mancomunidad.
4. Adoptado el acuerdo de separación de un municipio, la mancomunidad lo remitirá, junto con la modificación producida en los estatutos, al Boletín Oficial de la Junta de Andalucía para su publicación, y se comunicará a la consejería competente sobre régimen local.»

³⁶ Idéntica conclusión parece desprenderse, con carácter previo a la entrada en vigor de dicha normativa, en la normativa autonómica. A título de ejemplo, en la normativa andaluza, los artículos 82 y 76 de la LAULA imponen similar conclusión: carácter no recepticio de la denuncia, sin perjuicio de los efectos que esta pudiera tener para abrir el período de liquidación.

En cualquier caso, conviene advertir que la separación de un miembro no implica la disolución del Consorcio y podría ocurrir que el mismo, por acuerdo del resto de miembros, siguiera existiendo lo que en determinados supuestos, aquellos en que dicho miembro aporte la mayor parte de la financiación, sin embargo será inviable.

5. ¿Cabe la disolución judicial o lo procedente es el ejercicio del derecho de separación?

Cabe señalar, en primer término, que solo tiene sentido preguntarnos por este supuesto cuando no sea posible adoptar el acuerdo de disolución según prevén los Estatutos por acuerdo unánime de los miembros del Consorcio.

Veamos que prevé la legislación privada respecto de este supuesto.

En el caso de la legislación civil el artículo 1.707 establece que no puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que, ya sea por disposición del contrato, ya por la naturaleza del negocio, ha sido constituida por tiempo determinado, a no intervenir justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, u otro semejante, a juicio de los Tribunales³⁷.

Estas causas de disolución desencadenan un procedimiento cuyo objetivo es lograr una decisión social en donde o bien asuma la finalización del proyecto en común o bien efectúe las modificaciones pertinentes para continuar. En ningún caso la sociedad se disuelve automáticamente, siempre será necesario una decisión social o al menos una omisión. Así pues, este procedimiento implica el sometimiento de la sociedad durante la disolución al principio mayoritario al permitir que los socios puedan eludir la apertura de la liquidación mediante la remoción del motivo disolutorio (véase STS 30 de junio de 1997).

La otra idea que preside el procedimiento disolutorio es lo que podríamos denominar el sistema de doble constatación, como ha indicado la doctrina civilista, cuya intención es dotarle de mayor seguridad jurídica, pues permite conocer con exactitud cuando se abre la liquidación, cuestión importante ante la dificultad de constatar la existencia de determinadas causas disolutorias³⁸.

En fin, la primera parte del procedimiento disolutorio consiste en la apreciación de una realidad fáctica. Se trata aquí de precisar la existencia de una causa de disolución. Estamos en el terreno de los hechos, no de las voluntades. Pero el legislador, dada la trascendencia de la situación, no puede permitir que la decisión recaiga exclusivamente en los órganos de la sociedad. Para superar la inactividad, reticencia o incluso imposibilidad de la sociedad, la regulación vigente prevé como mecanismo subsidiario la posibilidad de declarar judicialmente la disolución³⁹.

³⁷ Por su parte, la legislación mercantil contempla para aquellos supuestos en que concurra una causa de disolución que, constatada en primera instancia la existencia de una causa de disolución, como itinerario lógico se produzca la convocatoria por parte de los administradores de una junta general donde se aborde la situación en el plazo de dos meses desde que se haya producido la causa de disolución. Si los administradores detectan la concurrencia del motivo disolutorio, están compelidos a resolver la situación, lo que comportará la adopción de decisiones sociales cuya competencia, como sabemos en la legislación mercantil, reside en la junta general. Ahora bien, también prevé que esta junta general sea solicitada por cualquier socio. La posición que ocupan los administradores en la sociedad implica que sean ellos en primer lugar los que aprecien la concurrencia de la causa de disolución. Sin embargo, para evitar la inhibición de los administradores, en especial cuando sea interesada, también se ha previsto que los socios puedan requerir a los administradores la convocatoria de la junta general.

³⁸ Efectivamente, el procedimiento disolutorio surge con el acaecimiento de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 262.1 de la Ley de Sociedades Anónimas o en el artículo 105.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. O contrario sensu, la ausencia de la causa supone la inexistencia del supuesto de hecho, por lo que no sería aplicable la consecuencia jurídica: el procedimiento de disolución. Por consiguiente, la constatación de su existencia adquiere una enorme importancia. Pero, además, el legislador es consciente de la dificultad que entraña en determinados supuestos el precisar si concurre el motivo disolutorio y desde qué momento aconteció. La tarea en ocasiones resultará sencilla (por ejemplo, se incluyó como causa de disolución estatutaria la muerte de un socio en nuestro caso la extinción), pero en otras ocasiones es terriblemente complicada (verbigracia, la imposibilidad de alcanzar el fin social).

Las posibilidades contempladas son diversas, pero en todas ellas siempre ha de concurrir una doble confirmación de la existencia de la causa. En primer lugar, son los administradores el órgano competente para determinar si se da o no un motivo disolutorio. Cuando la respuesta sea afirmativa, surge el deber de convocar una junta general donde se procederá posteriormente a establecer la existencia o no del motivo disolutorio. En caso de que la junta no aprecie esta circunstancia, aun concurriendo, los administradores son compelidos a buscar el refrendo del juez, quien disolverá la sociedad a través de una sentencia. Así mismo, cuando los administradores no convoken la preceptiva junta, cualquier socio puede suplir esa omisión y solicitar su convocatoria que habrán de atender los administradores o podrá ser realizada por el juez. Por último, el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada autorizan a cualquier interesado a pedir al juez la disolución de la sociedad. En definitiva, la disolución de la sociedad requiere una doble constatación de la existencia de la causa de disolución: administradores y junta general, socio y junta general, administradores y juez o interesado y juez. De este modo se dota de una mayor seguridad jurídica al sistema.

³⁹ Las normas que la regulan conceden una doble legitimación activa para interponer la acción de disolución societaria a administradores e interesado. Por un lado, los administradores como garantes del procedimiento disolutorio están obligados a solicitarla.

Tras la promulgación del régimen vigente en materia de sociedades de capital resulta mayoritariamente aceptado que la disolución se produce a partir del acuerdo social o de la sentencia y a idéntica conclusión puede llegarse con la legislación civil. Lo expuesto no resulta contradictorio porque se reconozca que la aparición de la causa de disolución suponga el inicio del procedimiento disolutorio, siendo aquí donde reside su trascendencia. Las discrepancias se centran fundamentalmente a la hora de precisar cuál es el contenido del acuerdo o de la decisión judicial. Para los partidarios de la eficacia declarativa la junta general o el juez se limitan a emitir una declaración de ciencia. Por su lado, predicar la eficacia constitutiva implica dotar a la disolución de una estructura compleja: junto al motivo disolutorio ha de concurrir un acuerdo social o una sentencia judicial.

Pues bien, y expuesto el régimen jurídico de aplicación de la decisión judicial en el ámbito privado, cabe preguntarnos si éste podría entenderse de aplicación supletoria a los Consorcios públicos. Y, desde mi punto de vista, no sería de aplicación. No se trata ya, tan solo, de que la legislación civil o mercantil están pensando en la jurisdicción civil o mercantil y no en la jurisdicción contencioso-administrativa que serían en su caso donde habría de acudir, sino que, junto a no contemplarse en la legislación administrativa dicha situación, el supuesto previsto para acudir en demanda de auxilio judicial para la constatación de la causa de disolución no se presenta en el ámbito público ya que, en caso de no acuerdo unánime de los miembros del Consorcio, la solución está en el ejercicio del derecho de separación que establece previsiones específicas respecto del ejercicio de este derecho por la Administración de adscripción⁴⁰.

En efecto, el artículo 126 de la LRJSP, referido a los efectos del ejercicio del derecho de separación de un consorcio, prevé que:

1. *El ejercicio del derecho de separación produce la disolución del consorcio salvo que el resto de sus miembros, de conformidad con lo previsto en sus estatutos, acuerden su continuidad y sigan permaneciendo en el consorcio, al menos, dos Administraciones, o entidades u organismos públicos vinculados o dependientes de más de una Administración.*
2. *Cuando el ejercicio del derecho de separación no conlleve la disolución del consorcio se aplicarán las siguientes reglas:*
 - a) *Se calculará la cuota de separación que corresponda a quien ejercite su derecho de separación, de acuerdo con la participación que le hubiera correspondido en el saldo resultante del patrimonio neto, de haber tenido lugar la liquidación, teniendo en cuenta el criterio de reparto dispuesto en los estatutos.*

A falta de previsión estatutaria, se considerará cuota de separación la que le hubiera correspondido en la liquidación. En defecto de determinación de la cuota de liquidación se tendrán en cuenta, tanto el porcentaje de las aportaciones al fondo patrimonial del consorcio que haya efectuado quien ejerce el derecho de separación, como la financiación concedida cada año. Si el miembro del consorcio que se separa no hubiere realizado aportaciones por no estar obligado a ello, el criterio de reparto será la participación en los ingresos que, en su caso, hubiera recibido durante el tiempo que ha pertenecido al consorcio.

Se acordará por el consorcio la forma y condiciones en que tendrá lugar el pago de la cuota de separación, en el supuesto en que esta resulte positiva, así como la forma y condiciones del pago de la deuda que corresponda a quien ejerce el derecho de separación si la cuota es negativa.

La efectiva separación del consorcio se producirá una vez determinada la cuota de separación, en el supuesto en que ésta resulte positiva, o una vez se haya pagado la deuda, si la cuota es negativa.

Se cierra así el sistema con la responsabilidad por no disolución: los administradores, cuando la sociedad no logró alcanzar el acuerdo disolutorio, deben proceder judicialmente o responderán de las deudas sociales. Por otro lado, se concede la facultad a cualquier interesado. A diferencia de los administradores, sobre los interesados no pesa un deber, sino gozan de un derecho.

⁴⁰ Y es que, como indica TOSCANO GIL, F. (2017), pág. 2.691 esta nueva regulación podría valorarse positivamente, en tanto la realidad haya evidenciado la dificultad de llevar a cabo la disolución de un consorcio, o la separación de uno de sus miembros, a falta de regulación específica.

- b) *Si el consorcio estuviera adscrito, de acuerdo con lo previsto en la Ley, a la Administración que ha ejercido el derecho de separación, tendrá que acordarse por el consorcio a quien se adscribe, de las restantes Administraciones o entidades u organismos públicos vinculados o dependientes de una Administración que permanecen en el consorcio, en aplicación de los criterios establecidos en la Ley.*

Por tanto, si ejercitado el derecho de separación no se adoptarán los acuerdos pertinentes por distintas circunstancias (muy específicamente la falta de quórum), dicha situación de inactividad habría de resolverse por los cauces generales del ordenamiento jurídico y, más específicamente, estudiando la viabilidad del ejercicio de una acción judicial al amparo del artículo 29 para conseguir hacer efectivo el derecho de separación.

III. EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE LOS CONSORCIOS EN LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO, EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA Y EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA

Es procedente aclarar que, conforme a lo hasta aquí expuesto, las previsiones estatutarias rigen en defecto de lo establecido en la LRJSP y la legislación autonómica⁴¹, por lo que a todos los requisitos del acuerdo de disolución debiera unirse, como documentación sustantiva del Acuerdo de disolución, la forma y metodología que se vaya a seguir en ésta que puede ser o no la prevista en el RD Legislativo 1/2010 que sólo regirá en forma supletoria. Lo que, además, se ve corroborado por el artículo 127.3 LRJSP al que seguidamente nos referiremos.

1. Las operaciones previas a los actos de liquidación: determinación de los criterios a seguir en esta

La liquidación del Consorcio, según hemos ya expuesto, persigue extinguir las relaciones jurídicas entabladas con los terceros (liquidación del patrimonio) y con los miembros (división del patrimonio) para propiciar la extinción de éste. Teniendo en cuenta que por liquidación se entiende tanto el procedimiento dirigido a lograr la extinción de este (conjunto de operaciones materiales y jurídicas) como la situación en que se encuentra el Consorcio desde que se ha producido su disolución hasta que sobreviene su extinción.

La LRJSP, en su artículo 127, solo establece respecto de este punto dos previsiones:

3. *El liquidador calculará la cuota de liquidación que corresponda a cada miembro del consorcio de conformidad con lo previsto en los estatutos. Si no estuviera previsto en los estatutos, se calculará la mencionada cuota de acuerdo con la participación que le corresponda en el saldo resultante del patrimonio neto tras la liquidación, teniendo en cuenta que el criterio de reparto será el dispuesto en los estatutos.*

A falta de previsión estatutaria, se tendrán en cuenta tanto el porcentaje de las aportaciones que haya efectuado cada miembro del consorcio al fondo patrimonial del mismo como la financiación concedida cada año. Si alguno de los miembros del consorcio no hubiere realizado aportaciones por no estar obligado a ello, el criterio de reparto será la participación en los ingresos que, en su caso, hubiera recibido durante el tiempo que ha pertenecido en el consorcio.

4. *Se acordará por el consorcio la forma y condiciones en que tendrá lugar el pago de la cuota de liquidación en el supuesto en que ésta resulte positiva.*

Lo cierto es que, asimismo, en algunos Estatutos se prevé reglas especiales a estos efectos, de tal forma que el acuerdo de disolución en estos supuestos previstos estatutariamente ha de contener también

⁴¹ Si se trata de liquidaciones a las que le sea de aplicación el régimen jurídico anterior a lo previsto en la legislación básica estatal según los criterios de los que se ha dado cuenta más atrás, será de plena aplicación lo dispuesto en los Estatutos y lo previsto en la legislación autonómica que hasta ese momento sería de aplicación. Así, de conformidad con lo previsto en el caso de Andalucía, en el artículo 82 de la LAULA, hay una remisión al régimen de disolución y liquidación de las Mancomunidades que remite, a su vez, en el artículo 77 a lo dispuesto en los Estatutos.

las pautas para realizar la liquidación por lo que son éstas y las establecidas en la LRJSP las que habrán de seguirse, y supletoriamente, las establecidas en el artículo 97 de la LRJSP y en el R. D. Legislativo 1/2010 (LSC) en defecto de las anteriores.

Por tanto, y a saber, la liquidación habrá de tener en cuenta:

- Los Estatutos, a los que remite expresamente la LRJSP, determinan que deberá establecerse en el proyecto presentado para la disolución del Consorcio la metodología y criterios a seguir para el cálculo de la cuota de liquidación de los miembros del Consorcio así como las disposiciones relativas a la reversión de bienes utilizados por el Consorcio.
- Los Estatutos suelen establecer, en los casos en que tienen previsiones al respecto, una regla principal, y es que el haber resultante de la liquidación se repartirá entre los miembros del mismo en proporción al importe de sus aportaciones para lo que es relevante lo dispuesto, a estos efectos, por el artículo 122.3 de la LRJSP. Las dudas que surjan sobre qué alcance ha de darse a la expresión «aportaciones», habrían de resolverse con arreglo a las pautas para el cálculo de la cuota de liquidación –que han de aprobarse con el acuerdo de disolución– y, en su defecto, serían de aplicación los criterios establecidos en el artículo 127.3 LRJSP y, en su caso, si fuera de aplicación dependiendo de la fecha en que se adopte el acuerdo de disolución de las establecidas en el artículo 14.3 de la LRSP⁴².
- Se exige acuerdo del Consorcio respecto de la forma y condiciones en que tendrá lugar el pago de la cuota de liquidación en el supuesto en que ésta resulte positiva (artículo 127.4 LRJSP y 14.4 Ley 15/2014) y la aprobación del balance de la liquidación (artículo 390 RD Legislativo 1/2010).
- En defecto de lo previsto en el artículo 127 LRJSP y los Estatutos serán de aplicación las previsiones establecidas en el artículo 97 LRJSP.
- En lo no previsto, y mucho me temo que no se llegará a ello, será aplicable el RD Legislativo 1/2010 (LSC).

En definitiva, la liquidación se somete a un régimen dispositivo –el que se establezca por los miembros del Consorcio atendiendo a lo establecido en el artículo 127.3– pero en caso de que sean insuficientes dichas previsiones será de aplicación el artículo 97 de la LRJSP y las previsiones del R. D. Legislativo 1/2010 (LSC) que recordemos aquí que, frente al Código de Comercio que impone asimismo un régimen dispositivo, establece un régimen imperativo⁴³. Si bien lo cierto, y previendo la norma que solo será de aplicación supletoriamente a lo previsto en el artículo 97 (que implica la cesión global de activos) tendrá una muy escasa y relativa aplicación. Y es que es preciso recordar aquí, por su importancia, que en defecto de la normativa específica relativa a los Consorcios, y lo dispuesto en los Estatutos antes de la normativa mercantil, se aplica lo establecido en el artículo 97 de la LRJSP relativa a la extinción de los organismos públicos estatales que

⁴² Es sumamente relevante, en este punto, lo dispuesto en el artículo 122.2 de la LRJSP que prevé que a efectos de determinar la financiación por parte de las Administraciones consorciadas, se tendrán en cuenta tanto los compromisos estatutarios o convencionales existentes como la financiación real, mediante el análisis de los desembolsos efectivos de todas las aportaciones realizadas.

⁴³ Frente al régimen eminentemente dispositivo de liquidación y división del haber social del Código de Comercio (art. 227), la legislación de sociedades de capital se caracteriza por una regulación autónoma y básicamente imperativa, en la que se trata de tutelar al máximo los intereses de acreedores y socios (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2003). Así se destaca en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de mayo de 2001:

(...) «Disuelta la sociedad se abre el periodo de liquidación salvo en los supuestos de sucesión a título universal en la totalidad de su patrimonio. La liquidación no es sino un procedimiento independiente, aunque derivado de la disolución, integrado por una serie de operaciones conducentes a extinguir sus relaciones jurídicas de la sociedad tanto con terceros como con sus propios socios para culminar con la extinción definitiva de la aquélla. Durante ese periodo la sociedad sobrevive, conservando su personalidad jurídica, pero sujeta a un status especial, por cuanto con la disolución se pone fin a su vida empresarial activa (...) para pasar a realizar las actuaciones tendentes tan sólo a lograr aquellos fines tal como resulta de la enumeración de facultades de los liquidadores (...).

A diferencia del régimen del Código de comercio sobre liquidación de sociedades en general de contenido eminentemente dispositivo, el establecido en la Ley de sociedades anónimas tiene carácter acusadamente imperativo. Y si bien la pervivencia de la sociedad durante el periodo de liquidación hace necesario mantener, a diferencia de lo que ocurre con los administradores, el funcionamiento de la junta general como órgano soberano de expresión de la voluntad social, sus competencias han de entenderse delimitadas por el fin a que la sociedad está abocada, de suerte que ni son omnímodas ni menos pueden contravenir normas de derecho necesario y así cabe deducirlo de la referencia que el artículo 271 de la Ley hace a que a la misma «darán cuenta los liquidadores de la marcha de la liquidación para que acuerden lo que convenga al interés común» y así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia (SSTS de 5 de mayo de 1965, 1 de marzo de 1983 y 31 de mayo de 1985).

prevé un régimen muy específico: la cesión e integración global de activos y pasivos a la Administración de adscripción con subrogación de esta en todas las relaciones jurídicas que tuviera el organismo público con sus acreedores⁴⁴.

2. La figura del liquidador en los Consorcios

El artículo 127 de la LRJSP dispone, en su apartado 2.º, lo siguiente⁴⁵:

El máximo órgano de gobierno del consorcio al adoptar el acuerdo de disolución nombrará un liquidador que será un órgano o entidad, vinculada o dependiente, de la Administración Pública a la que el consorcio esté adscrito.

La responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro de la entidad u órgano liquidador será directamente asumida por la entidad o la Administración Pública que lo designó, quien podrá exigir de oficio al empleado público la responsabilidad que, en su caso, corresponda cuando haya concurrido dolo, culpa o negligencia graves conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial.

Aunque ya se ha apuntado no es baladí reseñar que, a diferencia de lo que acontece en las sociedades mercantiles, el liquidador es aquí una persona jurídica (órgano o entidad) lo que condicionará su régimen jurídico por lo que el régimen de responsabilidad se refiere, sin perjuicio de la acción de regreso establecida en este precepto para el empleado público que desarrolle dichas funciones. Además, aunque nombrado por el Consejo Rector, lo será a propuesta de la Administración de adscripción –ya que se trata de un órgano o entidad de ésta– lo que ha de ser interpretado en el sentido de que la norma, de aplicación imperativa por su carácter básico, pretende obviar cualquier problema de los que acontecen en el proceso de liquidación de sociedades mercantiles con respecto de este aspecto⁴⁶.

⁴⁴ Prevé dicho artículo:

1. Publicado el acuerdo de disolución al que se refiere el artículo anterior, o transcurridos los plazos en él establecidos sin que éste haya sido publicado, se entenderá automáticamente iniciada la liquidación.
2. La liquidación tendrá lugar por la cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo del organismo público en la Administración General del Estado que le sucederá universalmente en todos sus derechos y obligaciones. El órgano o entidad designada como liquidador determinará, en cada caso, el órgano o entidad concreta, de la Administración General del Estado, donde se integrarán los elementos que forman parte del activo y del pasivo del organismo público liquidado.
La responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro de la entidad u órgano liquidador será directamente asumida por la entidad o la Administración General del Estado que lo designó. La Administración General del Estado podrá exigir de oficio al empleado público que designó a esos efectos la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en las Leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial.
3. La Administración General del Estado quedará subrogada automáticamente en todas las relaciones jurídicas que tuviera el organismo público con sus acreedores, tanto de carácter principal como accesorias, a la fecha de adopción del acuerdo de disolución o, en su defecto, a la fecha en que concurriera la causa de disolución, incluyendo los activos y pasivos sobrevenidos. Esta subrogación no alterará las condiciones financieras de las obligaciones asumidas ni podrá ser entendida como causa de resolución de las relaciones jurídicas.
4. Formalizada la liquidación del organismo público se producirá su extinción automática.

⁴⁵ En la regulación anterior a la LRJSP, cuando esta sea de aplicación, hay un cambio sustancial. En esta norma, desde su entrada en vigor, la figura del liquidador no es una persona jurídica. La norma parece apuntar a una persona física, bien que la doctrina científica ha admitido que este sea una persona jurídica en la esfera jurídico-mercantil en la medida que el principio que prevalece en el sistema de nombramientos es la primacía de la voluntad de los socios a través de cláusula estatutaria.

Al margen de dicha previsiones no se ofrece dato alguno adicional, salvo la remisión que la norma realiza a la normativa jurídico-mercantil por lo que esta, con la necesaria adaptación a la naturaleza jurídico-pública del Consorcio, será de aplicación.

Con similitud a lo dispuesto en la legislación mercantil, la LRSP, prevé que, en caso de no nombramiento de un liquidador, se haga cargo de estas operaciones el administrador del Consorcio y, con ello, estableciendo un sistema de conversión legal de designación de liquidadores que, a diferencia del régimen jurídico de la liquidación de la sociedad anónima, evita que se produzca, una vez disuelta la sociedad, la ausencia o vacío del órgano de liquidación con las consecuencias perjudiciales que ello podría entrañar.

Mayor problemática presentaría, al no ser de aplicación supletoria la legislación mercantil, los supuestos en que habiéndose abordado la disolución del Consorcio en fecha previa a la entrada en vigor de la LRSP se produjera cualquier clase de problemática en torno a la figura del liquidador o liquidadores. En estos supuestos habría que estar a lo dispuesto por el Consejo Rector del Consorcio de acuerdo con sus Estatutos.

⁴⁶ En idéntico sentido puede verse BARRERO RODRÍGUEZ (2016): 87. Esta misma autora se hace eco de las enmiendas presentadas a los artículos que se analizan.

De esta forma, y siendo liquidador un órgano o entidad, no ha lugar a la aplicación de las previsiones establecidas en el RD Legislativo 1/2010 (LSC) en caso de fallecimiento de éste a título de ejemplo y, en general, todo lo previsto en dicha norma habrá de ser interpretado y aplicado con este parámetro lo que redundará en que no cabrá la renuncia por parte del liquidador por recaer en un órgano o entidad de la Administración de adscripción.

De todas formas ello no excluye que pudieran ser de aplicación otras previsiones previstas en la legislación de sociedades como la prevista en los artículos 374, 375, 378, y de forma matizada, a tenor de la naturaleza de la figura consorcial, los artículos 379, 380 y 381,

Obviamente las personas jurídicas, ya se trate de órganos sin personalidad o entes con personalidad jurídica, desarrollan sus funciones a través de personas físicas, los empleados públicos, que deberán ser nombrados con arreglo a lo establecido en la legislación de empleo público mediante los mecanismos de atribución transitoria de funciones públicas. Aunque la Ley nada aclara estimamos, por motivos de seguridad jurídica, que debiera de ser un funcionario de carrera dadas las funciones que se le atribuyen y lo dispuesto respecto de este punto por el Estatuto Básico del Empleado Público.

Todo ello, sin perjuicio, de que en apoyo de dicha gestión se pueda proceder a acudir a ayuda o auxilio externo para las operaciones materiales de liquidación, mediante un contrato de servicios, y de acuerdo y con los requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas. Respecto de este punto sería conveniente precisar en los pliegos de condiciones o documento análogo el régimen de responsabilidad en que se podría incurrir por las operaciones materiales realizadas por los ejecutores del contrato.

3. La responsabilidades en que incurren los liquidadores

Ha de tenerse en cuenta, respecto de este punto, que los liquidadores pueden incurrir en responsabilidad si se demuestra haber actuado con fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo, habiendo causado perjuicio a los accionistas aquí miembros del Consorcio.

En el supuesto de que la legislación de aplicación sea la legislación mercantil (acuerdos de disolución adoptados entre la entrada en vigor de la LRSP y, hasta el 2 de octubre de 2016 con la entrada en vigor de la LRJSP,) habrá que estar a lo dispuesto en ésta.

En la regulación decimonónica de la responsabilidad civil de los liquidadores, la finalidad de la acción contemplada en los artículos 342 del Código de Comercio de 1829 y en el 231 del de 1885 era la reintegración del patrimonio social («haber social», «haber común») por los daños causados con dolo o negligencia grave, esto es, se recogía una acción social. En la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 se produce un cambio de la técnica legislativa instaurando en su artículo 169 una acción de naturaleza individual a favor de accionistas y terceros, esto es y como indica la doctrina, una acción de resarcimiento directo de los daños sufridos por aquéllos a causa de una actuación fraudulenta o gravemente negligente en el desempeño del cargo de liquidador⁴⁷. El texto de dicho precepto se recogió literalmente en el artículo 279 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero no se consideró un tratamiento equiparable con los administradores en relación a los criterios de imputación exigibles a un ordenado comerciante y representante leal.

Ciertamente, la exigencia de un grado de imputación cualificado («fraude o negligencia grave»), excluyendo la culpa leve, es incongruente con el deber de diligencia que ha de presidir su actuación y contrasta significativamente con el sistema instaurado para los administradores sociales, pero, con la salvedad de esta especialidad, resulta preciso para construir con el recurso a la analogía, un régimen de responsabilidad coherente la integración del artículo 279 de la Ley de Sociedades Anónimas con la disciplina legal o marco normativo general de la responsabilidad orgánica de los administradores sociales (arts. 133 y ss.).

En la actualidad, el artículo 397 del R. D. Legislativo 1/2010 (LSC) establece respecto de la exigencia de responsabilidad a los liquidadores tras la cancelación de la sociedad⁴⁸:

Los liquidadores serán responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo.

⁴⁷ GARRIGUES/URÍA, (1976): 914 y ss.

⁴⁸ Artículo 397 redactado por el número veinticinco del artículo primero de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (BOE, 2 agosto, con vigencia 2 de octubre de 2001).

Si bien, en el caso de los acuerdos de disolución adoptados con posterioridad a la LRJSP, y a diferencia del régimen anteriormente expuesto, hay que tener en cuenta que responde, con arreglo a los requisitos y supuestos establecidos para la responsabilidad patrimonial, la Administración a la que se haya adscrito el Consorcio que es quien designa al empleado público que se hace cargo de las responsabilidades de las operaciones liquidadoras, sin perjuicio de la acción de regreso que dicha norma prevé frente a éste⁴⁹.

4. Las operaciones jurídicas y materiales de la liquidación del Consorcio

Las operaciones de liquidación del patrimonio de un Consorcio, en los supuestos en que ya sea de aplicación la legislación de sociedades de forma supletoria (a partir de marzo de 2015), no difieren sustancialmente de las de una sociedad, con las especialidades propias ya vistas y las derivadas de su específica naturaleza de ente público⁵⁰. En cualquier caso, y con anterioridad a dicha fecha, tampoco difieren sustancialmente respetando lo establecido en los Estatutos.

El liquidador asumirá las funciones a que se refieren los artículos 383 y siguientes de la Ley de sociedades de capital. Estos preceptos no sólo contienen normas sobre la posición jurídica de los liquidadores, sino también reglas para la liquidación y división del haber social⁵¹.

De un lado, se establece que los liquidadores llevarán la contabilidad, libros, documentación y correspondencia de la sociedad (art. 386 LSC), velarán por la conservación de su patrimonio (art. 375 LSC), realizarán las operaciones pendientes y podrán llevar a cabo las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad (art. 384 LSC; v., por el contrario, art. 228 CCom) y podrán concertar transacciones y arbitrajes, ostentando la representación de la sociedad para el cumplimiento de los fines liquidatorios (art. 379 LSC). En relación con el poder de representación de los liquidadores, salvo disposición contraria de los estatutos, corresponderá a cada liquidador individualmente, extendiéndose a todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad.

De otro lado, la especificidad de sus funciones radica en la realización de las operaciones de liquidación. Así, les corresponde:

- a) Formular el inventario y balance de la sociedad, con referencia al día en que se hubiera disuelto (art. 383 LSC), lo que marca la transición entre el período de explotación y el de liquidación.
- b) Enajenar los bienes sociales de acuerdo con la legislación de patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía o en su caso establecer la reversión de los mismos (Estatutos, art. 387 LSC y 122.5 LRJSP). El Tribunal Supremo ha declarado en diversas sentencias que la finalidad esencial de las operaciones liquidadoras es obtener dinero (SSTS de 5 de febrero y 15 de julio de 2003)⁵².
- c) Percibir los créditos sociales y pagar las deudas sociales.

Estas operaciones constituyen las operaciones típicas de liquidación del activo: pagar a los acreedores, que no es sino realizar la liquidación del pasivo y pagar a los miembros del Consorcio, es decir, llevar a cabo la división del patrimonio, pudiendo consignar el importe de los créditos y asegurando el pago de los no vencidos.

Los liquidadores deben, además, hacer llegar periódicamente a conocimiento de los miembros y de los acreedores el estado de la liquidación.

Las funciones de los liquidadores son, pues, como las de los administradores, funciones de simple administración y de representación, si bien dirigidas a la extinción de las relaciones jurídicas con los terceros y con los socios⁵³.

⁴⁹ Solución que, en opinión de MONTROYA MARÍN (2016), va en contra de los criterios que deben informar el buen gobierno y la buena administración.

⁵⁰ Un estudio exhaustivo de esta puede encontrarse en AA.VV (2012), *La liquidación de las sociedades mercantiles* (dir. Ángel Rojo y Emilio M. Beltran), Tirant lo Blanch, Valencia.

⁵¹ En extenso puede verse respecto de la figura y funciones de los liquidadores VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2013), pág. 1.014 y ss.

⁵² (...) «en la fase de liquidación precisamente toda la actividad social persigue la conversión del activo social en dinero y como las reglas relativas a la liquidación son imperativas, nada puede reprocharse a la liquidadora que se limita a aplicar la regla contenida en el artículo 272.d) de la Ley de sociedades anónimas» (STS de 30 de octubre de 2007).

⁵³ La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de mayo de 2001 establece que: «En la enumeración que el artículo 272 de la Ley hace de las facultades de los liquidadores encontramos, aparte de las de tipo formal, las que implican

En todo caso, la representación del Consorcio durante el proceso de liquidación y la facultad de satisfacer a los miembros el haber social resultante corresponden al liquidador.

5. Activo y Pasivo sobrevenido y responsabilidad frente a deudas futuras

En el supuesto de que producida la liquidación, y aprobada esta por el Consejo Rector, apareciesen activos o pasivos que no había sido objeto de liquidación, habría que distinguir, al menos, tres supuestos:

- a) En el supuesto ordinario, habría que estar a lo dispuesto en los Estatutos y en el acuerdo de disolución y, a falta de previsión específica, parece lógico que sea la cuota de liquidación que corresponda a cada entidad la determinante para resolver dicha cuestión.
- b) Que se hubiese aplicado lo previsto en el artículo 97 al que anteriormente nos referimos (un supuesto de cesión global de activos y pasivos) en que sería la Administración de adscripción a la fecha de adopción del acuerdo de disolución la que se haría cargo de las mismas.
- c) En el supuesto de que fuera de aplicación la legislación mercantil, en defecto de las anteriores, por haber sido adoptado el acuerdo de disolución una vez que entró en vigor la LRSP –igualmente para aquellos adoptados tras la entrada en vigor de la LRJSP–, los artículos 398 y 399 de la Ley de Sociedades de Capital ofrecen una respuesta de aplicación a dicho supuesto:
 - Por una parte, el artículo 398, y en relación al activo sobrevenido, establece que si aparecieran bienes sociales los liquidadores deberán adjudicar a los antiguos socios la cuota adicional –en proporción habrá que entender a la cuota de liquidación– que les corresponda, previa conversión de los bienes en dinero cuando fuere necesario.
 - De otro lado, el artículo 399, y respecto del pasivo sobrevenido, ofrece otra regla: los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad, a salvo de previsión estatutaria, en las formas conjuntas de actuación de las Administraciones públicas sea solidaria.

Y es que, en el ámbito jurídico público, y más en concreto respecto de las formas de actuación de las Administraciones públicas en forma colaborativa, el artículo 33 de la LRJSP no deja lugar a dudas y establece una responsabilidad solidaria, salvo que los Estatutos del Consorcio establecieran una fórmula distinta. Lógicamente todo ello en garantía de los deudores y, sin perjuicio, de que posteriormente cada Administración haya de responder en proporción a su participación.

Si dicha cuestión podría afectar a la separación, por no poderse liquidar de forma completa las deudas sociales, a mi juicio no quedaría afectada respecto de las futuras y no conocidas que fueran imputables al miembro del Consorcio hasta la fecha de su separación (sin perjuicio de que haya de responder de las mismas en proporción a su participación). Las deudas futuras, y posteriores a que se haga efectivo el ejercicio del derecho de separación, obviamente no serían imputables al mismo.

la realización de los actos necesarios para llevar a cabo la liquidación, con referencia especial a la culminación de las operaciones pendientes, al margen de la excepcional posibilidad de realizar aquellas nuevas que la liquidación exija, la enajenación de los bienes sociales, el cobro de los créditos y dividendos pasivos y el pago a los acreedores sociales y a los socios «atendiendo a las normas que se establecen en esta Ley» (art. 272 g). Entre esas normas a que ha de sujetarse el pago de acreedores y socios están no sólo las relativas a la forma sino también el orden y tiempo en que han de hacerse, extremos a que se refiere el artículo 277 cuando, pese a remitir a la hora de proceder a la división del haber social a lo previsto en los estatutos o acordado por la junta general, impone que «en todo caso» se tengan en cuenta entre otras las siguientes reglas: «Los liquidadores no podrán repartir entre los socios el patrimonio social sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos. Se establece por tanto un orden imperativo en la extinción de las relaciones jurídicas existentes al tiempo de la disolución de la sociedad, de suerte que habrán de serlo en primer lugar las establecidas con terceros, sea a través del pago o consignación del importe de sus créditos, y sólo una vez ello haya tenido lugar, las correspondientes a los socios (Resolución de 16 de julio de 1998). Y esta prohibición legal de reparto anticipado ha de entenderse aplicable no sólo al que tenga lugar de modo directo, a través de anticipos a cuenta de la cuota de liquidación, sino también por vía indirecta, sea por medio de adquisición de acciones por la propia sociedad, sea la condonación de dividendos pasivos acordados o cuya exigibilidad pueda ser necesaria para el pago de las deudas [art. 272.e)] o a través de una reducción del capital social con devolución de aportaciones. Supone, en definitiva, un reforzamiento de la posición de los acreedores superior a la que se establece para el caso de reducción de capital por cuanto no está condicionada al conocimiento por los mismos de la reducción del patrimonio social ni al ejercicio en base a tal conocimiento de un posible derecho de oposición».

Respecto de las conocidas e imputables al período anterior a la efectividad del derecho de separación, pero no cuantificadas por no ser posible a dicha fecha, debería de adoptarse alguna cláusula específica en la liquidación correspondiente.

IV. LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVOS COMO PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE LOS CONSORCIOS EXISTENTES

La legislación mercantil regula la cesión global de activo y pasivo como operación simplificada de liquidación, regulada en parte de forma similar a la fusión, como operación societaria adoptada por acuerdo mayoritario de la Junta general de la sociedad cedente, de transmisión de todo el patrimonio social, que se produce con la inscripción de la extinción de la sociedad.

Dicha forma de liquidación, podríamos decir que extraordinaria, se ha incorporado a la legislación administrativa con un perfil propio y, en este sentido, el artículo 127, apartado 5, de dicha norma prevé que:

5. *Las entidades consorciadas podrán acordar, con la mayoría que se establezca en los estatutos, o a falta de previsión estatutaria por unanimidad, la cesión global de activos y pasivos a otra entidad del sector público jurídicamente adecuada con la finalidad de mantener la continuidad de la actividad y alcanzar los objetivos del consorcio que se extingue. La cesión global de activos y pasivos implicará la extinción sin liquidación del consorcio cedente*⁵⁴.

Pero, asimismo y como hemos visto, dicha opción se establece como alternativa cuando, con arreglo a lo dispuesto para el procedimiento de liquidación, y en defecto de lo previsto en el artículo 127 de la LRJSP y los Estatutos, publicado el acuerdo de disolución, o transcurridos los plazos para su publicación, este no se haya realizado de forma efectiva (artículo 97 LRJSP).

La cesión global de activo y pasivo venía regulada con anterioridad de una forma muy limitada, y exclusivamente en sede de liquidación, concretamente la encontrábamos en los antiguos artículos 266 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), 117 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) y 246 del Reglamento Registro Mercantil (RRM).

De esta forma, no fue hasta la aprobación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME) en la que la cesión global de activo y pasivo pasa de ser una mera fórmula de liquidación, para convertirse en una auténtica operación de modificación estructural, junto a la transformación, fusión y escisión⁵⁵.

De esta forma, debe entenderse como cesión global, y aunque en la norma no aparece un concepto claramente definitorio el mismo puede extraerse del contenido del artículo 81 del texto legal, como la transmisión en bloque de todo el patrimonio de una sociedad inscrita, por sucesión universal, la cual podrá realizarse a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario.

Ha de tenerse en cuenta este dato ya que la remisión que se realiza por la legislación administrativa lo es tan solo a la normativa contemplada en el RD Legislativo 1/2010 (LSC) y no a esta Ley por lo que, en principio y salvo mejor opinión, no sería de aplicación al tratarse de una remisión expresa y determinada a una norma y ofrecer la legislación administrativa una norma propia como forma de extinción extraordinaria del Consorcio.

En el caso de los Consorcios públicos, el artículo 97 LRJSP –de aplicación por disposición expresa del artículo 119 LRJSP– prevé que la liquidación tendrá lugar por la cesión e integración global, en unidad de

⁵⁴ NIETO GARRIDO (2016): pág. 2.020, considera muy positiva dicha previsión pues, razona la autora, que a falta de previsión expresa viene a dar seguridad jurídica cuando no exista previsión en la normativa autonómica o estatutaria.

⁵⁵ En la actualidad, la cesión global está recogido entre los artículos 81 a 91 de la LME, y como señala el Preámbulo de esa Ley «el ingreso de la cesión global de activo y pasivo entre las modificaciones estructurales, rompe amarras con aquella concepción que limitaba esta operación al ámbito propio de la liquidación y, al mismo tiempo, proporciona un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas», afirmando que ahora se permite que una sociedad transmita en bloque todo su patrimonio a otra u otras por sucesión universal a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario.

Como sabemos, las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles son «aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad», tal y como señala el Preámbulo de la LME, y que comprenderían la transformación, la fusión y la escisión, como originarias, a las que se añadiría en este momento la cesión global de activo y pasivo.

acto, de todo el activo y el pasivo del organismo público en la Administración General del Estado que le sucederá universalmente en todos sus derechos y obligaciones (en otros supuestos será la Administración de adscripción). El órgano o entidad designada como liquidador determinará, en cada caso, el órgano o entidad concreta, de la Administración General del Estado, donde se integrarán los elementos que forman parte del activo y del pasivo del organismo público liquidado.

Por otro lado, prevé en su apartado 3.º que la Administración General del Estado en este supuesto ya que en el procedimiento ordinario habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 127 LRJSP, Estatutos y supletoriamente lo establecido en el RD Legislativo 1/2010- quedará subrogada automáticamente en todas las relaciones jurídicas que tuviera el organismo público con sus acreedores, tanto de carácter principal como accesorias, a la fecha de adopción del acuerdo de disolución o, en su defecto, a la fecha en que concurriera la causa de disolución, incluyendo los activos y pasivos sobrevenidos. Esta subrogación no alterará las condiciones financieras de las obligaciones asumidas ni podrá ser entendida como causa de resolución de las relaciones jurídicas.

Dicha opción, a instar por la Administración de adscripción, requerirá, por tanto, y al menos, de tres trámites:

- a) Elaboración del proyecto de cesión global de activos y pasivos.
- b) Informes preceptivos que sean necesarios⁵⁶.
- c) Acuerdo unánime de los miembros del Consorcio (artículo 127.5 de la LRSP y 49 de los Estatutos) que, en atención a su composición, requerirá de forma previa:
 - Acuerdo de los órganos de gobierno, estatal o autonómico, respecto de la elección de esta opción.
 - Acuerdo del Pleno de los Ayuntamientos, o del Pleno de la Diputación Provincial si participa en el Consorcio por mayoría absoluta (artículo 47.2 g) de la LRBRL con, en su caso, la tramitación procedimental previa que se requiera en éstas más los informes preceptivos establecidos legalmente en estos supuestos.
- d) Publicación del Acuerdo de disolución (artículo 97.1 LRJSP).

Es relevante destacar, y para finalizar esta exposición, que la opción por esta forma extraordinaria de extinción, solo aplicable desde la normativa aprobada en 2014 o si así se hubiese previsto en los Estatutos, no queda condicionada a la liquidación del Consorcio (art. 127.5 LRJSP)

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MÁZ, M. J. (2005) "Comentario al artículo 3 LBRL", en DOMINGO ZEBALLOS, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley básica de régimen local (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local)*, 2.ª ed., Thomson-Cívitas, Madrid, págs. 185-187.
- APARICIO CARRILLO, E. J. (2003), *Los socios ante el patrimonio de la sociedad civil en liquidación*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén. Jaén, 2003. 352 páginas.
- AA.VV (2012), *La liquidación de las sociedades mercantiles* (dirs. Ángel Rojo y Emilio M. Beltran), Tirant lo Blanch, Valencia.
- BARRERO DOMÍNGUEZ, C. (2002) "Los conceptos de mancomunidades y consorcios: necesidad de delimitación y diferenciaciones", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 45: 81 y ss.
- (2016), "Los Consorcios Administrativos ante un nuevo régimen jurídico", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94, 2016.
- BATALLER, J., (2009) "LA DISOLUCIÓN", en *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Rojo, Ángel y Beltrán, y Emilio M. (directores), Campuzano, Ana-B. (coordinadora). Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009, págs. 23 a 93.
- CAMPUZANO, A. B. (2011), "La división del patrimonio social", en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio (directores), Campuzano, Ana B. (coordinadora), *La liquidación de las sociedades mercantiles*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 275 a 296.
- CASTILLO BLANCO, F. A. (1991) "Los consorcios de entidades locales: análisis y evolución a la luz de la nueva legislación de régimen Local" *RAP*, 124: 397 y ss.

⁵⁶ En el caso andaluz de la Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía (artículo 50 LAJA).

- (2001), “Los Consorcios Administrativos: especial referencia a los consorcios de entidades locales en la legislación andaluza”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 42: 95 y ss.
 - (2014), “La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 99-100.
 - (2017), “La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en los instrumentos de cooperación del Estado Autonómico: especial referencia a los consorcios públicos”, *Diario de Derecho Municipal*, IUSTEL, Edición de 10/03/2017.
- DOMÉNECH GARRET, C. (2008), *Vademécum de derecho civil y procesal civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, J. (2009), “Los consorcios del sector público autonómico: naturaleza y características”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 310. DOI: 10.24965/reala.v0i310.9682.
- GARCÍA MÁZ, F. J. (2003) “La sociedad civil, en Instituciones de derecho privado” (coord. por Juan Francisco Delgado de Miguel), vol. 6, tomo 1, 2003, *Derecho de sociedades*. págs. 195-288.
- GARCÍA RUBIO, F. (2015) “Los consorcios locales en el proyecto de ley de Régimen Jurídico del sector público. Reflexiones necesarias”, *Documentación Administrativa* (Nueva Época), núm. 2.
- GARRIGUES/URÍA, (1976), *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, II, Madrid, págs. 914 y ss.
- GIRÓN TENA, J., (1976) *Derecho de Sociedades*, 1976.
- LARA, R., (2009) “La extinción de la sociedad”, en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio M. (dirs.), y Campuzano, Ana-B. (coord.), *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009, págs. 335 a 366.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1984), “La sociedad civil”, *Diario La Ley*, 1984, pág. 1.250, tomo 4. Editorial La Ley.
- LÓPEZ MENUDO, F. (1995), “Servicios municipales y gestión consorciada”, en Pedro Escribano Collado (coord.) *Jornadas de Estudios sobre consorcios locales: Temas de Administración Local*. Ediciones Adhara, S. L. 1-34.
- MACHADO, J., (2009), “Los liquidadores de las sociedades de capital”, en Rojo, Ángel y Beltrán, Emilio M. (dirs.), y Campuzano, Ana-B. (coord.), *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009, págs. 163 a 212.
- MACÍAS CASTILLO, A. (2006), “Liquidación de sociedad civil”, *Actualidad Civil*, núm. 18, quincena del 16 al 31 Oct. 2006, pág. 2.244, tomo 2, Editorial La Ley.
- MALDONADO RAMOS, J. (2014), *Código Civil Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, *El Derecho*, Madrid.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (1974), *Los Consorcios en el Derecho español - Análisis de su naturaleza jurídica*. Madrid: IEAL.
- MARTÍN MATEO, R (1971) “Los consorcios como institución jurídica”. *RAP*, 161: 9 y ss.
- (1987a), *Entes locales complejos: mancomunidades, agrupaciones, consorcios, comarcas, áreas metropolitanas*, Trivium., Madrid, 1987, pág. 22;
 - (1987b), *Entes locales complejos*. Madrid: Trivium.
 - (1992), “Los Consorcios locales: una institución en auge”, *RAP*, 129: 8 y ss.
- MONTOYA MARÍN, E. (2016), “Los instrumentos de colaboración público-privada en la gestión de servicios de interés general: el consorcio local y ¿su racionalización?”, págs. 160-182, en el volumen colectivo *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*. Editorial Tirant lo Blanch y G. Giappiachelli Editore, Brescia.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I. (2005), “Consortios locales”, en Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo, tomo I. A-G*, Iustel, Madrid, 2005, pág. 631;
- NIETO GARRIDO, E. (1997), *El Consorcio Administrativo*, Barcelona: Cedecs.
- (2014), La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y los consorcios administrativos, en *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local: El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local* (coord. por Juan Antonio Carrillo Donaire, Pilar Navarro Rodríguez) págs. 349-381.
- NIETO GARRIDO, E. (2014), “La reforma de las entidades instrumentales por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 165, págs. 103-146.
- (2016), “El nuevo marco jurídico del sector público. a propósito de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público”, *El Derecho* (edición 9-XII-2016).
 - (2016), “El consorcio administrativo”, en *Memorial: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado* (coord. por José María Baño León), vol. 2, (tomo II), págs. 2.115-2.135.
- PAZ-ARES, C. (1991), “Comentario de los arts. 1.665 al 1.707”, en AA.VV, *Comentarios del Código Civil* (tomo II), Ministerio de Justicia.
- REBOLLO PUIG, M. (1997), “Los consorcios entre entes locales como forma de cooperación”, en FONT I LLOVET, T. (dir.), *Anuario del Gobierno Local 1997*, Diputación de Barcelona, Marcial Pons, Instituto de Derecho Público, Madrid.
- RONCALÉS SAMANES, J. (2017), “Extinción y liquidación de comunidades de bienes y sociedades civiles”, en AA.VV, *Comunidades de Bienes y Sociedad Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ BLANCO, A. (2006), *Organización intermunicipal*, Iustel, Madrid, pág. 87.
- TENA PIAZUELO, I. (2017), “Concepto, constitución y funcionamiento de la sociedad civil”, en AA.VV, *Comunidad de bienes y sociedad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- TORRES PEREA, J. M. (2002), La personalidad jurídica de la sociedad civil externa. Estudio comparativo de los ordenamientos español y alemán, *Diario La Ley*, núm. 5.539, Año XXIII, pág. 1.647, tomo 4, Editorial La Ley.
- TOSCANO GIL, F. (2011), *Los consorcios metropolitanos*, Barcelona, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, IAAP.
- (2011), “La definición del Consorcio como entidad local en la legislación autonómica”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 27, pág. 45.
- (2015), “El consorcio administrativo en la encrucijada”, *REALA* (nueva época), núm. 3, enero-junio.
- (2017), “Los Consorcios Administrativos”, en AA.VV, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2013), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Bosch, Barcelona.
- VIGIL FERNÁNDEZ, C. (2015), “Las llamadas sociedades civiles con objeto mercantil y su régimen jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 8.551. Editorial La Ley.



Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública¹

Measures to prevent corruption and increase transparency in public procurement

J. M. Gimeno Feliu
Universidad de Zaragoza
gimenof@unizar.es

RESUMEN

Este trabajo reflexiona sobre la situación de la contratación pública y las posibles medidas para corregir adecuadamente los problemas de opacidad y corrupción en la contratación pública en España.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública, integridad, prevención de la corrupción.

ABSTRACT

This paper reflects on the situation of public procurement, and possible measures to adequately correct the problems of opacity and corruption in public procurement in Spain.

KEYS WORDS

Public Procurement, integrity, prevention of the corruption.

SUMARIO

I. INTRODUCCION. II. IMPORTANCIA DE LA INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA. SU ESPECIAL SIGNIFICADO EN LA CONTRATACION PUBLICA. III. PROPUESTAS DE MEJORA DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PUBLICOS. 1. LOS PARTIDOS POLÍTICOS DEBEN APLICAR LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 2. IMPULSO A LA PROFESIONALIZACIÓN Y CAPACITACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 3. UNIFORMIDAD DE REGLAS JURÍDICAS PARA TODOS LOS PODERES ADJUDICADORES. 4. EXTENSIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN CONTRATACIÓN PÚBLICA AL MARGEN DEL IMPORTE Y ADECUACIÓN DE SU OBJETO. 5. REFUERZO DE LA ARQUITECTURA DEL RECURSO ESPECIAL Y DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES. a) Ampliación de la legitimación para impugnar. b) Estructura independiente y planta cerrada de los órganos administrativos de recursos contractuales. c) Refuerzo de las notas de independencia. d) Dotación presupuestaria suficiente. 6. DISEÑO DE UNA TRANSPARENCIA EFECTIVA TANTO A NIVEL DE CONCURRENCIA COMO DE RENDICIÓN DE CUENTAS. a) Adecuada justificación de la necesidad y conveniencia de

¹ Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado "La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos" DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor. Este texto tiene su origen en la ponencia presentada en *I Jornadas SOBRE NUEVOS ESCENARIOS DE LA CONTRATACION PUBLICA*, con atención a LA NUEVA REGULACION DE LA CONTRATACION PUBLICA A DEBATE DESDE LA PERSPECTIVA DE COMPETENCIA, SOLIDARIDAD E INTEGRIDAD, celebrada en Zaragoza 2 y 3 de mayo de 2017.

la prestación objeto de licitación. b) Claridad y difusión correcta de la información en las licitaciones. c) Nulidad por incumplimiento de publicidad. d) Transparencia y procedimientos de adjudicación. e) Introducción de transparencia en el contrato menor. f) Criterios objetivos de la licitación. g) Rendición de cuentas. 7. REGULACIÓN Y LÍMITE DE LOS MODIFICADOS CONTRACTUALES PARA EVITAR LOS SOBRECOSTES. 8. CREACIÓN DE UN ORGANISMO INDEPENDIENTE DE CONTROL Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN. 9. IMPULSO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS COMO HERRAMIENTA DE TRANSPARENCIA. 10. LOS PACTOS DE INTEGRIDAD COMO REFUERZO SOCIAL. 11. SIMPLIFICACIÓN NORMATIVA: HACIA UN CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS.

I. INTRODUCCION

Son muchos los elementos de reflexión sobre la regeneración y calidad democrática para poder aportar soluciones al problema de la corrupción (me remito, a la obra colectiva, *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016)². En los estudios sociológicos del CIS la corrupción, después del problema del desempleo, es la principal preocupación de los españoles. Y si tenemos en cuenta el último estudio sobre percepción de la corrupción de Transparencia Internacional, se explica esta preocupación, pues España ha empeorado su situación en el ranking mundial sobre esta cuestión. Las noticias en los medios de comunicación sobre los distintos casos de corrupción son el reflejo de una situación que, por ordinaria que pueda parecer, resulta injustificable en una democracia. Los efectos de la corrupción son evidentes, tanto desde una perspectiva de ineficiencia en la gestión de fondos públicos como de pérdida de competencia entre empresas. La Unión Europea viene insistiendo en esta idea y es abiertamente combativa contra los supuestos de corrupción. Por ello, desde las Instituciones europeas se insiste en la necesidad de una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad.

Pero junto a esos efectos nocivos sobre la economía o la eficiencia de recursos públicos (siempre escasos) hay un efecto especialmente perverso, pues la corrupción afecta a la credibilidad política del sistema y, por ello, a la propia democracia, en tanto, especialmente en tiempos de crisis como los actuales, provocan una evidente (y muy justificada) desafección ciudadana³. Ello sin contar con los problemas reputacionales para la «marca España» que retraen inversiones y apoyos financieros. En suma, en un contexto de restricciones presupuestarias y crisis económica, la corrupción presenta su rostro más dañino, pues esta mala utilización de los recursos obliga a recortes en las políticas públicas más características del Estado social –educación, sanidad, servicios sociales, etc.– y agrava las desigualdades sociales. Y todo ello, en su conjunto, cuestiona la propia legitimidad democrática de nuestro Estado en tanto se extiende la idea de que la respuesta a las demandas sociales es inequitativa.

No es tiempo para el conformismo. Es necesario superar el estado de indolencia o resignación para, de forma decidida, corregir el problema de la corrupción en España. La lógica de un Derecho Público garantista moderno, vinculado al derecho a una buena administración⁴, aconseja reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido⁵.

² En relación a la situación y prevención de la corrupción en la contratación pública me remito a mi estudio en dicha obra: “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, pp. 246-300.

³ Vid. Elisenda MALARET, “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, primer semestre/2016, pp. 21-60.

⁴ Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Sobre el significado del derecho a una buena administración, por todos, J. PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001 y J. TORNOS MAS, *El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública*, libro Homenaje al profesor L. Martín-Retortillo, Zaragoza, 2008, pp. 629 a 641.

⁵ La Comunicación de la Comisión europea *La Estrategia de Seguridad Interior de la UE: cinco medidas para una Europa más segura*, advierte de la necesidad de implementar políticas nacionales de enfoque administrativo con el fin de evitar la infiltración de prácticas delictivas y proteger la economía. COM (2010), 673 final, de 22 de noviembre de 2010, p. 6. Sería muy importante revisar, desde esta óptica, nuestro sistema de justicia administrativa (recursos administrativos), como bien ha advertido J. BERMEJO VERA (“La resolución extrajudicial de conflictos”, en libro colectivo *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015, pp. 149-212).

Por supuesto, se debe avanzar en un nuevo modelo de gobernanza pública que impulse la necesaria regeneración democrática –y de ejemplaridad y ética pública en las actuaciones de los poderes públicos–⁶, que permitan asentar nuestro sistema institucional público⁷ (y aquí, el efecto didáctico de cómo funcionan y se financian y rinden cuentas los partidos políticos es de especial interés, pues en nuestro sistema político resulta indiscutible su liderazgo social y de transformación).

De hecho, el Informe Anticorrupción de la Unión Europea 2014 anima a los Estados miembros a mantener una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad en la Unión Europea⁸.

La corrupción en España, como ha explicado M. VILLORIA, no es extensiva, sino que, es intensiva en ciertos sectores y, muy especialmente, en la contratación pública pues es el mercado de los contratos públicos, por su impacto económico, es donde existen «mayores tentaciones» y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público⁹. Una de las principales razones que explican el avance de estas prácticas se encuentra en el elevado volumen de recursos que moviliza la contratación del sector público, cercano al 20 por ciento del PIB¹⁰. En España hemos tenido –y todavía tenemos– demasiados casos en los medios de comunicación y en los juzgados como para dejar de preocuparnos¹¹.

Por ello querría delimitar este trabajo en explicar la importancia de los principios de integridad y de transparencia en la contratación pública y de realizar una serie de propuestas de mejora, a modo de decálogo, que se deberían incluir en la legislación de contratación pública en España con el objetivo de favorecer la transparencia y la integridad.

⁶ Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo Javier GOMÁ, en su obra *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009. También el estudio de J. MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2002.

⁷ No puede desconocerse el dato de que nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo.

⁸ Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE presentado por la Comisión (3 de febrero de 2014): <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>. El informe consta de: I. Introducción; II. resultados de la encuesta Eurobarómetro 2013; III. un capítulo horizontal sobre tendencias de corrupción y conclusiones; IV. un capítulo transversal centrado en la contratación pública; V. Anexo sobre metodología; VI. Capítulos nacionales que se recogen en Anexos para cada Estado miembro, completado con futuras medidas y seguimiento. El aspecto más destacado del Informe 2014 es la especie de vademécum que proporciona de prácticas contrarias a la integridad, lo que permitirá reaccionar, prevenir y poner solución a los problemas que plantean. Aquel consta materialmente de dos partes. La primera de ellas realiza una visión global de la corrupción, mientras que la segunda se dedica específicamente a la contratación pública. Ese estudio se acompaña de un análisis singularizado para cada Estado, que en caso español es el Anexo 9.

⁹ M. VILLORIA MENDIETA, “Principales rasgos y características de la corrupción en España”, en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 47-66.

¹⁰ Estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*. Madrid, INAP, 2010. En la doctrina pueden consultarse: J. M. GIMENO FELIU, “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2010, núm. 147, pp. 517-535; T. MEDINA ARZAIZ, “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 299-344; ibídem, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, núm. 7.382, Sección Doctrina, 16 de abril de 2010. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; R. RIVERO ORTEGA, “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana”, en el libro colectivo *Corrupción y delincuencia económica* (coord. por Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós) 2008, Universidad Santo Tomás (USTA), pp. 169-192; y B. ARIEL REZZOAGLI, *Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Editorial Ratio legis, 2005. Resultan de interés las reflexiones de J. VAZQUEZ MATILLA, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública”, Observatorio de la Contratación Pública, http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem_detalle/id.80/chk.7d9fb65e7d35bd7a933a591d1c145585, y de A. F. MADARIAGA VENEGAS, “Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública”, en *obcp.es* (21 de octubre de 2013).

¹¹ Los nombres de las muy variadas causas de corrupción vinculadas a contratos públicos son bien conocidas en nuestro país por la mayoría de los ciudadanos como si de personajes mediáticos se tratase: operaciones «Púnica», «Enredadera», «Mercurio», «Gürtel», «Palma Arena», «ITV en Cataluña», caso «Bárceñas», «Acuamed», o la reciente operación «Lezo», etc. Pero aunque según datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2013, los casos de corrupción han aumentado un 49,5% desde el 2007, año en que empezó la crisis, ya eran muchos los precedentes (podemos recordar como paradigma la contratación realizada en el conocido caso Roldan, con las comisiones por construcción de cuarteles de la Guardia Civil). Sin embargo, el Tribunal de Cuentas de la UE (Informe 10/2015) ha señalado a España, junto a Francia, como únicos países que no comunicaron una sola irregularidad en materia de contratación pública a la OLAF entre 2007 y 2013. Sobre la medición de datos en la corrupción resulta de interés el estudio de C. TARIN, “La medición de la corrupción en España: los datos objetivos”, en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 67-82.

II. IMPORTANCIA DE LA INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA. SU ESPECIAL SIGNIFICADO EN LA CONTRATACION PUBLICA

La contratación pública en España, bajo la argumentación de que existe «mucha burocracia» y hay que ser «ágil», se ha caracterizado por un déficit de transparencia (y de concurrencia) como regla general. La arquitectura jurídica de nuestra legislación de contratos desde 2007 contenía, a modo de caballo de Troya contra los principios de transparencia, integridad y buen gobierno, ciertas previsiones normativas que han amparado la opacidad y, por ende, prácticas clientelares muy alejadas de los principios inherentes a la contratación pública y, también a la actuación administrativa.

Existen (y han existido) prácticas contrarias al principio de integridad, y su carácter «estructural» (de distinta «intensidad», y efectos, es cierto) en la gestión de los contratos públicos¹². Prácticas que se encuentra muy vinculado a la ausencia de transparencia¹³.

De hecho la organización Transparencia Internacional afirma que «la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial»¹⁴.

Asimismo, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que «el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea», e insta a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, merced a los «efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior»¹⁵.

En un reciente estudio de *The Economist* (“Procurement spending: Rigging the bids”, *The Economist*, Nov 19th 2016), se insiste en esta idea. Se aporta como dato que en 2006 el 17% de los contratos públicos publicados en el *Tenders Electronic Daily* (TED) recibieron sólo una oferta. Sin embargo, lejos de mejorar esta cifra, en 2015 dicho porcentaje había llegado al 30% y la media de ofertas por contrato había bajado de 5 a 3. Siguiendo con los datos obtenidos del TED, en los países ricos de Europa concurren una media de 6 licitadores a los contratos de valor inferior a 10 millones de euros, mientras que a aquellos cuyo valor asciende a 40 o 50 millones de euros concurren solo cuatro. Son muchos los motivos que producen este tipo de resultados, pero la mayoría de ellos tiene como telón de fondo la corrupción. En España, según datos de la Comisión europea, la mitad de los contratos públicos solo tienen un único licitador.

En el estudio publicado por *The Economist* se habla, por ejemplo de la *soft-corruption*, que implica una manipulación de los contratos para conseguir favorecer a algunos de los licitadores sin llevar a cabo actuaciones propiamente ilegales. Se menciona por ejemplo el caso de Eslovenia, donde el 50% de los contratos publicados en la semana de Navidad reciben sólo una oferta, o un caso de Eslovaquia cuyo Ministerio de obras públicas publicó en 2007 un contrato por valor de 120 millones de euros cofinanciado por la Unión Europea sólo en un tablón de anuncios de un pasillo del propio ministerio. Otras estrategias utilizadas para

¹² Vid. J. M. GIMENO FELIU, “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 246-300 y T. MEDINA ARNAIZ, “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104.2, 2016, pp. 77-113.

¹³ R. KLITGAARD, define con una simple ecuación el gran problema de la corrupción: $C = M + A - T$. C es Corrupción, M Monopolio, A Arbitrariedad y T Transparencia. Cuanto menor la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción. *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Ed. Sudamerica, 1994, pp. 10 y ss. Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción. Si se añade a esto, el dato de un marco normativo complejo (o disperso, o muy cambiante), como ya sucedido en urbanismo o contratación pública, es fácil entender el elevado índice de corrupción en España.

¹⁴ http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.

¹⁵ Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011).

llevar a cabo la soft-corruption y destacadas en el mencionado estudio son rechazar ofertas por errores tipográficos o cobrar cientos de euros para descargar documentos cruciales de la licitación.

No puede olvidarse que uno de los graves efectos de la corrupción provocada por la falta de competencia es la ineficiencia en la gestión de los fondos públicos (llámese gasto público o inversión, según cuál se entienda que es su función). Según un Informe de 2015 de la CNMC¹⁶, la ausencia de presión concurrencial puede originar desviaciones medias, al alza, del 25% del presupuesto de la contratación pública. En España, a nivel agregado, esto podría implicar hasta un 4,6% del PIB anual, aproximadamente 47.500 millones de euros/año.

El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 10 de 2015, relativo a la Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión, recuerda que la política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema. En este entorno, el incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la corrupción¹⁷.

El escenario expuesto no puede resultar indiferente para quienes gestionan o controlan la contratación pública, por lo que parece oportuno reflexionar sobre los puntos críticos de nuestra legislación de contratos públicos, que, pese a su extensión y detalle, ha fracasado en el objetivo de prevención de la corrupción¹⁸. Los efectos nocivos de la corrupción que se manifiestan claramente en el ámbito económico ya que suponen o comportan claras ineficiencias en la compra pública¹⁹. Pero igualmente inciden a nivel social y político hasta el extremo de cuestionarse la legitimidad democrática de las instituciones públicas. Y mucho menos en España, donde la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, advierte que en nuestro país existe una «falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes (que) obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública»; así como una ausencia de efectiva transparencia dada la «baja tasa de publicación de los anuncios de contratos», el correlativo abuso de procedimiento negociado sin publicación previa y las adjudicaciones directas. Finalmente, denuncia que «la falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española».

Todo ello, entiende el Consejo de la Unión Europea, hace que nuestra contratación pública sea ineficiente, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española. Y, en esta situación, el artículo 1.6 de la Decisión del Consejo dispone literalmente lo siguiente: «España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación»²⁰.

¹⁶ PRO/CNMC/001/15, "Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia", 29 pp., página 6. El informe fue aprobado en reunión de 5 de febrero de 2015.

¹⁷ No en vano, en los Informes anuales de GRECO del Consejo de Europa (*Group of States against Corruption*), se viene insistiendo en la «poca intensidad» de las medidas que se adoptan con el comportamiento anticorruptivo español, quejándose principalmente de la poca eficacia de la persecución. En efecto, la persistencia de la corrupción, como los demás fenómenos delictivos, no se debe necesariamente a la falta de legislación al respecto; se trata de saber si lo que falla es la (inexistencia de) normativa o su falta de aplicación.

¹⁸ Por mucho que el fenómeno de la corrupción sea muy antiguo. Basta recordar la celebre frase de Cicerón expuesta para defender la acusación contra el pretor de Sicilia Gaio Licinio Verre, acusado de corrupción y apropiación indebida (Verrem, 70 a.C., Actio Prima, I, 4): «Nihil esse tam sanctum quod non violari, nihil tam munitum quod non expugnari pecunia posset».

¹⁹ Sirva de ejemplo el reciente el informe de Ernst & Young, *La crisis del sistema de contratación pública de infraestructuras en España. Razones para el cambio y 25 propuestas de actuación* (mayo de 2017), que tiene como objetivo promover un entorno jurídico estable y adecuado en la materia. El informe, identifica los problemas actuales de la contratación pública y advierte que la falta de transparencia y la corrupción están paralizando la inversión pública y dificultando la reactivación económica.

²⁰ El Informe España 2017 de la Comisión Europea incorpora también interesantes reflexiones sobre la debilidad de la contratación pública en España. El Informe alaba la recuperación económica española, pero advirtiendo que en las recomendaciones concretas

En ese contexto, la necesaria transposición de las Directivas europeas de contratación pública son una oportunidad para «rearmar» nuestro modelo de contratación pública desde la lógica de los principios de eficiencia, transparencia y buena administración, y evitar ineficaces soluciones formales²¹.

La tramitación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público debe servir para evitar la pérdida de una nueva oportunidad para avanzar en un modelo que atienda a la buena administración contractual.

III. PROPUESTAS DE MEJORA DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PUBLICOS

Pese al actual contexto, donde la percepción ciudadana de corrupción es muy elevada, la opción del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por Consejo de Ministros el 26 de noviembre de 2016), exige, en mi opinión una mejora cualitativa desde la lógica de la mayor integridad y regeneración democrática²². Son varias las medidas para mejorar el texto, desde la perspectiva de mayor transparencia y de prevención de la corrupción²³:

1. Los partidos políticos deben aplicar la legislación de contratos del sector público

No puede olvidarse que los partidos políticos son instituciones fundamentales del Estado de Derecho, lo que explica que nuestra Constitución, en su Título Preliminar, les conceda una particular posición y relieve por la importancia decisiva a desempeñar en las modernas democracias pluralistas (STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 1), por la trascendencia política de sus funciones (concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular) y por servir de cauce fundamental para la participación política (STC 10/1983, de 21 de febrero de 1983, FJ 3, posteriormente reiterada en la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5).

Sin embargo, al tratarse formalmente de asociaciones privadas y necesitar captar recursos para cumplir sus funciones, en la financiación de los partidos políticos concurren unas circunstancias especiales, que han facilitado la utilización de prácticas ilegales para captar fondos. Esto es debido, principalmente, a tres motivos: a) ausencia de transparencia efectiva sobre la captación de dichos fondos y de justificación de los gastos; b) ausencia de regulación de la influencia lobista en la toma de decisiones de los partidos políticos, muy especialmente cuando tienen acción de gobierno, y c) indebida utilización de la contratación pública

hechas en 2016 se aprecia poco progreso, en concreto en el ámbito de la contratación pública. De hecho, son estas ineficiencias de la contratación pública las que reducen el impacto de las medidas propuestas (y llevadas a cabo en un 87%) del informe CORA. Además estas debilidades de la contratación pública dificultan lograr la eficiencia en el gasto público en todos los niveles de Gobierno y no fomentan la observancia de la legalidad vigente.

El informe advierte que España carece de una política de Contratación Pública a nivel nacional que garantice la competencia y la transparencia. La principal crítica es que no hay un organismo a nivel nacional que se encargue de asegurar la eficiencia y el cumplimiento de la legalidad vigente de una manera uniforme en todo el país. De hecho hay regulaciones autonómicas que podrían ser contrarias a los principios de la ley, lo que supone un gran obstáculo a la inversión por parte de las empresas. Éstas se encuentran también con las barreras de largos periodos de pago por la Administración, eternos procedimientos judiciales, así como altos costes económicos y dilaciones en la concesión de permisos. Los principales problemas sobre los que se advierte son: la falta de coordinación, aunque sí es cierto que se ha potenciado la utilización de la Plataforma de Contratos del Sector Público; la insuficiencia de los mecanismos de control, ya que aunque los Tribunales de Contratación como órgano especializado para resolver los recursos se ha demostrado como un sistema muy eficiente, sólo pueden entrar a conocer si un operador económico interesado alega una infracción de la normativa de contratación; la falta de transparencia y la escasa utilización de la compra centralizada. Y advierte que en el PLCSP no hay suficientes controles ex ante.

²¹ No parece suficiente la amenaza del Octavo infierno al que están condenados los «estafadores y los fraudulentos», según Dante ALIGHIERI (en su obra *La Divina Comedia*, en la primera de las tres cánticas, “El Infierno”). La experiencia práctica en España y los numerosos casos de corrupción evidencian el fracaso de un modelo muy formal pero nada garantista con el interés público.

²² Me remito a mis trabajos “Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, REDA núm. 182, 2017, pp. 181-221 y “El necesario Big-Bang contra la corrupción en materia de contratación pública y la necesidad de rearmar el modelo de control desde la óptica de la integridad y el buen gobierno”, (*Revista Internacional Transparencia Internacional*) R.I.T.I. núm. 2, septiembre-diciembre 2016, pp. 1-12.

²³ Y en este contexto de ayudar a mejorar el texto en tramitación, puede reseñarse la Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el 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 (Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, 2 de diciembre de 2016) realizada por el Observatorio de Contratos Públicos, donde se formulan pautas y redacción de articulado que puede servir para «reconducir» las debilidades del texto. (www.obcp.es). Interesa también el documento “Propuestas para la mejora del proyecto de ley de contratos del sector público formuladas por transparencia internacional España a través de su comisión de transparencia y prevención de la corrupción en licitaciones y contratos públicos”. http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/02/ti-e_propuestas_mejora_proyecto_ley_contratos_publicos.pdf.

como instrumento de fidelización de redes clientelares y de captación, mediante comisiones ilegales, de fondos para financiar actividades políticas.

Y aquí, el efecto didáctico de cómo funcionan, se financian y rinden cuentas los partidos políticos es especialmente relevante, pues en nuestro sistema político resulta indiscutible su liderazgo social y de transformación.

El sometimiento de los partidos políticos a la normativa y principios de la contratación pública es, por lo demás obligada si se analizan las Directivas europeas de contratación pública de 2014. Y ello porque cumplen, con carácter general, con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJUE: personalidad jurídica propia, actividad de interés general y financiación pública mayoritaria. Únicamente partiendo de la consideración de los partidos políticos como «poderes adjudicadores» tiene sentido plantearse otras cuestiones que evoca la excepción a la aplicación de la Directiva 2014/24/UE que contempla su artículo 10, y que guardan relación con el alcance de la misma. A este respecto debe indicarse que la exclusión se refiere a «contratos celebrados en el marco de una campaña electoral», de lo cual cabe inferir que, fuera de ese contexto, la celebración de los contratos de servicios relacionados en dicho precepto (servicios de campañas de publicidad, así como la producción de películas de propaganda y la producción de videocintas de propaganda) y por supuesto, el resto de contratos no quedaría excluida de la aplicación de la Directiva. La excepción puede tener sentido debido a que el tiempo que duran esas campañas electorales viene legalmente determinado, resultando incompatibles los plazos de campaña con los plazos mínimos que para la presentación de ofertas o solicitudes de participación se contemplan, en función de cada procedimiento, en las propuestas de Directiva, además de tener unas características que por su relación con la ideología que se plasma en el programa político, pueden merecer un tratamiento excepcional.

Esta «publicación» de la actividad contractual es necesaria tanto para conocer las necesidades de obras, servicios y suministros de los partidos políticos, así como para la selección de los proveedores en régimen de concurrencia, lo que dificultaría actuaciones irregulares en la financiación indirecta de los partidos políticos (de hecho, se ha incluido en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, aunque con matices). Pero, además, tendría un importante efecto didáctico o de ejemplaridad ante la sociedad civil que, por sí mismo, justifica la necesidad de la medida. Asimismo, como ineludible medida de regeneración democrática convendría extender las exigencias de los programas de *compliance* empresarial –que es más que cumplimiento legal, dado que al concepto clásico de Derecho positivo (*hard law*), se añade el cumplimiento ético, la responsabilidad social corporativa, etc. (*soft law*)– al organigrama gerencial de estas organizaciones, lo que permitiría detectar y evitar casos de financiación ilegal, contrataciones fraudulentas, supuestos de sobornos, etc.²⁴. Lo que exigiría regular la figura del *chief compliance officer* responsable de la misma. Y dentro de ese programa de *compliance* debería regularse la incidencia de los grupos lobistas, entendiendo al respecto cualquier comunicación directa o indirecta con agentes públicos, decisores públicos o representantes políticos con la finalidad de influenciar la toma de decisión pública, desarrollada por o en nombre de un grupo organizado²⁵.

2. Impulso a la profesionalización y capacitación en la contratación pública

Un problema muy importante es la «contaminación política» que puede afectar a la planificación, programación, decisión de adjudicación y vigilancia del cumplimiento del contrato. Esa contaminación ha favorecido las prácticas irregulares en los casos de corrupción detectados, por la clara interrelación entre la autoridad administrativa y la organización del partido político. La profesionalización de la contratación pública puede ser una barrera a la posibilidad de redes clientelares o de «confusión de intereses políticos».

La profesionalización –que se propugna en el ámbito de la UE– se refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación. Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición «pasiva» y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión

²⁴ J. J. QUERALT, «Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 2, 2016.

²⁵ Como destacan A. REVUELTA y M. VILLORIA, los lobistas pueden ser no sólo lobistas profesionales (intermediadores de intereses), sino también representantes del sector privado dedicados a esta labor desde sus empresas (*in-house lobbyists*), consultores de relaciones públicas, representantes de ONG, corporaciones, asociaciones industriales y profesionales, sindicatos, think tanks, despachos de abogados, organizaciones religiosas y académicas.

de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)²⁶. Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses, y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan²⁷. Una adecuada profesionalización y «descontaminación política» de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida²⁸. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad y reconducir prácticas irregulares de financiación de los partidos políticos. Esta necesidad de profesionalización no incluye solo el sentido de mayor cualificación, sino que implica la re-delimitación de las funciones de políticos y alta función pública (fue clave en Italia tras el fenómeno *anticorrupción Manos Limpias*). Al político, definición de objetivos y control de resultados. Al manager o alto funcionario, diseño del contrato y seguimiento. Claro, también es necesaria una mayor cualificación y, por tanto, mejor status (retribuciones, reconocimiento e independencia).

Como ejemplo de la profesionalización, debe quedar claro que la composición de la mesa de contratación, como órgano de asesoramiento técnico, impide que participen cargos políticos. Y en todo expediente de licitación, en especial los de concesión o de importe elevado, debe existir con carácter habilitante un informe detallado de conveniencia financiera suscrito por funcionarios.

Además, como necesario complemento a la profesionalización debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos²⁹. Pero esta nueva visión «ética» (y de profesionalización) no solo corresponde a los poderes adjudicadores. El sector empresarial debe dar un paso al frente. Lo advierte C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, al postular la idoneidad de adaptar los programas de cumplimiento «anti-corrupción» al ámbito de público, apuntando «una exigencia legal futura para la contratación pública». El autor entiende que la experiencia norteamericana parece conducir indefectiblemente a la necesidad de que cualquier empresa que desee contratar con la administración pública debería instaurar de manera efectiva un programa de cumplimiento «anti-corrupción» como exigencia legal³⁰. Sin duda, la prevención ética es una cuestión exigible a todas las partes de la contratación pública³¹.

²⁶ J. M. GIMENO FELIU, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

²⁷ Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>. También A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 192-198.

²⁸ A. SANMARTIN MORA, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012, pp. 408-409. Este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la «profesionalización» de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa. También E. MALARET, “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, primer semestre/2016, pp. 38 y ss.

²⁹ Por todos, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2014 (2.ª ed.). También A. SABAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

³⁰ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programas «anti-corrupción» como exigencias legales de contratación pública?”, en libro colectivo *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, dirigido por Mario GARCÉS SANAGUSTIN y Alberto PALOMAR OLMEDA, Aranzadi, Cizur Menor, 2013. Gómez-Jara recuerda que desde el año 2008, la Administración estadounidense exige a los grandes contratistas revisar sus procedimientos internos de control y auditoría, así como de denuncias, en términos de diligencia debida (Due Diligence) sobre conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier otro tipo de actividad ilícita detectados en el seno de su empresa: «Esta regulación, especialmente la obligatoriedad de denuncia, han dado un vuelco significativo al panorama anterior, de tal manera que las denuncias de los propios contratistas están comenzando a fluir hacia las autoridades públicas. Más aún, el hecho de que los tribunales están considerando que la certificación que expresa la inexistencia de conductas ilícitas cuando el contratista debía estar al tanto de las mismas, constituye una falsedad documental que es perseguible por las autoridades». Parece el momento de evaluar esta propuesta en aras a la consecución efectiva del principio de integridad en la contratación pública.

³¹ A modo de ejemplo, puede referenciarse el Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública. Aprobado por Acuerdo de Gobierno de Cataluña el 1 de julio de 2014. Con la finalidad de contribuir a la excelencia en la actuación administrativa en el ámbito de la contratación pública, la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha recogido en este código los fundamentos y las buenas prácticas que ya tienen integrados en su tarea diaria los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y las entidades que forman parte de su sector público, incorporando nuevos contenidos para la determinación de las conductas y las recomendaciones que contiene, las cuales también provienen de aportaciones procedentes del Grupo de Tra-

3. Uniformidad de reglas jurídicas para todos los poderes adjudicadores

El actual sistema dual normativo español de la contratación pública en función de que se trate de contratos armonizados o no armonizados (dependiendo de si superan o no el importe fijado como «umbral de armonización» en la Unión Europea), junto con la distinción entre entes que son Administración pública, frente a quienes adoptan formas privadas aunque se financien con fondos públicos o estén sometidos a control público (fundaciones, empresas públicas, etc.), a los que se dota de un régimen de contratación «flexible», siempre que no sean contratos con sujeción europea, ha llevado a la proliferación de entes públicos con forma privada para poder contratar con «comodidad». Esto, en la práctica, conlleva la inaplicación de las previsiones y principios de la contratación pública.

La «deslegalización procedimental» mediante Instrucciones internas en el caso de poderes adjudicadores no Administración pública, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, ya que ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos. Dicha situación ha introducido, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica que en última instancia pueden conducir a una fragmentación del mercado, la cual favorece, a su vez, que aparezcan prácticas de naturaleza clientelar, que impiden el efectivo funcionamiento –por inadecuada concurrencia– de las economías de escala, lo que limita el principal objetivo de la reforma introducida por la Ley de Unidad de Mercado. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación³². Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública (más de diez mil), per se, conlleva tal dispersión de reglas distintas (de difícil localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, y conduce a un mercado «cerrado» claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia³³. A la vez se altera la distribución de competencias administrativas y el control del poder decisorio diluyendo la garantía y esencia de los intereses públicos.

En ese «océano proceloso» de entes diversos la confusión jurídica ha permitido, quizá sin pretenderlo, la proliferación de redes clientelares y de prácticas que han podido facilitar la captación de financiación ilegal que se ha derivado, directa o indirectamente a las organizaciones políticas.

En todo caso, cualquier ente considerado como medio propio (en tanto cumpla las exigencias auto-organizativas que justifica su creación), serán, en todo caso, poder adjudicador, sin que sea posible, mediante la «forma jurídica» huir de las reglas de la contratación pública³⁴.

bajo para el impulso y la mejora de los procesos de contratación pública, constituido en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la Oficina Antifraude de Cataluña, de la Autoridad Catalana de la Competencia, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local de Cataluña, así como de organizaciones empresariales o sindicales. Con el Código, se quiere consolidar la ética en la contratación como parte de la cultura y los valores de los órganos de contratación. Las buenas prácticas contractuales contenidas en el Código se estructuran en los siguientes apartados: a) La determinación de los principios y de los valores éticos centrales que deben presidir la contratación pública; b) La identificación de determinadas conductas de utilidad para conformar una guía de actuación ante múltiples posibles circunstancias reales concretas; c) La concreción de prácticas contractuales especialmente convenientes y d) La concienciación, la formación y el seguimiento del compromiso ético.

³² Sobre esta patología (auténtico «caballo de Troya»), vid. J. M. GIMENO FELIU, «La corrupción en la contratación pública...», ob. cit., pp. 258-263 y B. NOGUERA DE LA MUELA, «La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español», en libro homenaje al profesor L. Cosculluela, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid 2015, pp. 948-950.

³³ Nos encontramos así ante una barrera de entrada para nuevos operadores económicos que introduce, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica, que pueden conducir a la postre a un mercado «cautivo», que potencia la compra del «cercano» e impide el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad, por cuanto la actividad contractual realizada por los entes instrumentales no es en modo alguno residual, tanto por el número de entes existentes en la actualidad, como por el volumen de los contratos que realizan. Insiste en esta desproporción y el consiguiente descontrol E. MONTOYA MARTIN, «Exigencias derivadas del buen gobierno y la buena administración como prevención y lucha contra la corrupción en el sector público local», en libro col. *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 217-227.

³⁴ Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios (el caso MERCASA), en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016, Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. Doctrina extensible a cualquier medio propio por exigencia del Derecho europeo, tal y como se argumenta en las Conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, presentadas el 27 de abril de 2017 (Asunto C567/15 UAB «LitSpecMet» se analizan los requisitos para la consideración de una entidad como poder adjudicador y, en especial, la configuración que al respecto debe hacerse de una entidad que sea calificada como medio propio. Y su conclusión es que «una sociedad cuya vinculación material y funcional con

Urge, por tanto, una reforma que unifique el régimen normativo de todas las entidades contratantes en lo relativo a los procedimientos de adjudicación y de control, con indiferencia de su naturaleza o no de Administración pública y del importe del contrato. Uniformidad jurídica que puede igualmente extenderse al régimen jurídico de los contratos, pues la causa de interés público que justifica un régimen exorbitante se encuentra en todos ellos, al margen de la naturaleza, pública o privada, del ente contratante³⁵.

4. Extensión del recurso especial en contratación pública al margen del importe y adecuación de su objeto

Para corregir el problema de la corrupción en la contratación pública no basta con una regulación reaccional de carácter penal (mediante la tipificación como ilícita de la información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos³⁶), que, siendo necesaria, no es suficiente³⁷. Como bien advirtiera D. KAUFMANN, la corrupción no se combate combatiendo la corrupción³⁸. El derecho penal es la última ratio del Estado de Derecho³⁹. Es necesaria una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil (mediante planes preventivos de la corrupción). Un ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan «reparar y corregir» de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como «generador o facilitador» de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos (de hecho, esta dualidad según importe, podría ser inconstitucional, tal y como, para un caso análogo, como ha recordado S. DIEZ⁴⁰, declaró el Tribunal Constitucional Austriaco en la sentencia de 30 de noviembre de 2000).

No resulta admisible, en mi opinión, el argumento de que las medidas de prevención implican mayor burocracia y mayor gasto, lo que avala la tendencia de no corregir las disfunciones y justificarlas como un mal estructural necesario para preservar la eficacia administrativa. Y así se limitan los controles, se recorta en la formación para una necesaria profesionalización (garantía de independencia), o se flexibilizan reglas jurídicas a través de entes con forma privada para eludir los principios públicos inherentes a la buena administración. La visión presupuestaria del gasto se utiliza para impedir medidas que son en todo caso inversión tanto en la lógica de la eficiencia económica (sobre lo que existen estudios de la Unión Europea muy elocuentes) como en lógica de la calidad democrática⁴¹.

un poder adjudicador justifica la excepción in house para sus operaciones internas, está sometida a aquellas Directivas cuando contrata con terceros obras, suministros o servicios, a fin de cumplir la encomienda que le hubiera confiado el poder adjudicador».

³⁵ Los principios de la contratación pública deben desplegar sus efectos al margen del importe del contrato. Argumento utilizado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 84/2015, de 30 de abril, al afirmar que los principios europeos de la contratación pública despliegan efectos también en contratos no cubiertos (en este caso, servicios públicos, que, hasta 2014, eran contratos excluidos). En esta línea conviene recordar la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de abril de 2015, SC Enterprise Focused Solutions, en el asunto C-278/14.

³⁶ Interesa el libro colectivo dirigido por A. CASTRO y P. OTERO, *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Dykinson, Madrid, 2016.

³⁷ La ciudadanía «exige» esta depuración de responsabilidades penales, pero lo importante es evitar que las conductas patológicas se produzcan. Sobre la responsabilidad penal y administrativa de empresas resulta de interés en estudio de S. BACIGALUPO y J. LIZCANO, *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas*, ed. Programa EUROsocial, Colección Estudios, núm. 1, 2013, en delitos relacionados con la corrupción.

³⁸ D. KAUFMANN, “Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción”, *Revista Finanzas&Desarrollo*, septiembre de 2005, pp. 41-43.

³⁹ Como bien recuerda S. BACIGALUPO, que insiste en la idea de la prevención. “Prevención de la corrupción en los negocios y en el sector público: buen gobierno y transparencia”, en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., p. 436. Sobre la respuesta penal en contratación pública resulta de interés el trabajo de J. J. QUERALT, “Aspectos penales de la corrupción pública”, en libro colectivo coordinado por V. LAPUENTE, *La corrupción en España. Un Paseo por el lado oscuro de la democracia y el Gobierno*, Alianza Ensayo, Madrid, 2016, pp. 118 ss.

⁴⁰ S. DIEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, pp. 310-312.

⁴¹ El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública, publicado el pasado 24 de enero, recoge la evaluación de los resultados de la aplicación de las citadas Directivas y en concreto si se consideran adecuadas a los objetivos propuestos atendiendo a si minimizan las cargas y los costes asociados y maximizan la posible simplificación de los procedimientos. Desde el punto de vista de la eficiencia, las Directivas sobre procedimientos de recurso proporcionan beneficios globales en consonancia con los efectos esperados, tanto directos como indirectos muy superiores a los costes que supone presentar y defender un procedimiento de recurso para los proveedores y las auto-

Así, la no extensión del recurso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe y su limitación a los contratos de importe armonizado con carácter exclusivo, impide corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública. Preservar la transparencia en la contratación pública es una necesidad, que debe «protegerse» con una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración (como ha recordado la STJUE de 6 de octubre, de 2015, Orizzonte Salute, C- 61/14). Principio exigible en cualquier tipo de contrato público al margen de su importe sin que resulte admisible una interpretación «relajada» por tal circunstancia. Habilitar un escenario de no control eficaz en vía administrativa para los contratos no armonizados es un error desde la perspectiva del derecho a una buena administración. Y justificar la no extensión desde motivos presupuestarios es un error pues un buen y efectivo control es una inversión (y no un gasto)⁴².

Asimismo, interesa destacar la necesaria ampliación del objeto del recurso especial, que debe incluir también los actos relativos a la ejecución del contrato y, en especial, las modificaciones contractuales, la cuestiones de subcontratación y la resolución del contrato o concesión. Se trata de una exigencia de la Directiva europea de recursos (89/665, modificada por la Directiva 2007/66), cuyo ámbito de aplicación tiene ya efecto directo (como acaba de reconocer la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía).

5. Refuerzo de la arquitectura del recurso especial y de los órganos de recursos contractuales

La novedad del nuevo recurso especial y de los «tribunales administrativos», tras la puesta en funcionamiento y más de cinco años de «recorrido», puede ser calificada como de relevante tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica (ventajas que ha destacado el profesor J. SANTAMARIA PASTOR⁴³). Ha permitido actuar preventivamente y ha avanzado en seguridad y predecibilidad jurídica⁴⁴. Lo que le ha

ridades contratantes representando por lo general entre el 0,4 % y el 0,6 % del valor del contrato. Sin embargo, la Comisión entiende que los costes no se reducirían a cero si las Directivas sobre procedimientos de recurso fueran revocadas. Por el contrario, serían incluso mayores, debido a las diferencias nacionales en la normativa sobre revisión y recursos y a la falta de armonización a escala de la UE, dando lugar a un contexto más farragoso para licitadores y otras partes interesadas. Y añade el informe que en la evaluación de la legislación en materia de contratación pública de la UE que se publicó en el año 2011 se estimó, en general, que el ahorro del 5 % conseguido en los 420 000 millones de euros en contratos públicos que se publicaron a escala de la UE se traducirían en un ahorro o una mayor inversión pública por un importe superior a 20.000 millones de euros al año. La aplicación efectiva de las Directivas sobre procedimientos de recurso puede, por tanto, aumentar la probabilidad de que se consiga un ahorro similar al estimado procedente de las Directivas sobre contratación pública.

⁴² Me remito a mi estudio “Sistema de control de la contratación pública en España (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora”. Número monográfico especial (2016), Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

⁴³ Lo explica de forma muy clara en su monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, pp. 48-64. La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. DE LA SIERRA (“Un legislador impertinente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública”, *REDA*, núm. 149, 2011, pp. 107-1.089) o A. SERRANO PASCUAL (“La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, rev. 12/2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, que exigen que el nombramiento del presidente recaiga en jurista con estatus equivalente al de juez, lo que no concurre, en su opinión, en el sistema español. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiendo ajustada a la Directiva 2007/66 esta regulación M. A. BERNAL BLAY, quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros –STJUE de 4 de febrero de 1999, Köllensperger, apartado 29– admitiendo como válidos órganos administrativos en donde actuara en calidad de Presidente «una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos». “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, *REDA*, núm. 160, 2013, pp. 190-213.

⁴⁴ Esta opinión favorable es también defendida por P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, en libro colectivo dirigido por D. SORACE, *Amministrazioni Pubbliche dei contratti*, Ed. Scientifica, Nápoles, 2013, pp. 371-373: «...estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato». También por M. A. BERNAL BLAY, que destaca la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la auctoritas de su doctrina. “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011”, en libro colectivo *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331. De especial interés también el artículo de P. VALCARCEL FERNANDEZ “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración”, libro colectivo *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, Madrid, 2016, pp. 233-290.

supuesto, mediante la STJUE de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14 la consideración de estos órganos de recursos contractuales la consideración de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE, en tanto concurren las notas de carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción⁴⁵.

En todo caso, existen ciertas debilidades que deberían corregirse para reforzar el correcto funcionamiento del recurso especial⁴⁶.

a) Ampliación de la legitimación para impugnar

La legitimación no puede ser un obstáculo para analizar la legalidad de un procedimiento contractual, siempre que se acredite un interés directo y no una mera expectativa. La legitimación para poder recurrir debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos. En el recurso especial puede ser oportuna la acción pública, pues la contratación pública guarda directa relación con el derecho a una buena administración⁴⁷.

b) Estructura independiente y planta cerrada de los órganos administrativos de recursos contractuales.

La articulación práctica en España pone de manifiesto ciertas disfunciones, en tanto la planta autonómica de estos Tribunales administrativos, a fecha de hoy no está cerrada, generando asimetrías poco compatibles con el principio de seguridad jurídica⁴⁸. Y la extensión –a mi juicio sin justificación legal– al ámbito local genera indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo⁴⁹. Es necesario determinar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que deberán garantizar en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida colegialidad⁵⁰. Y si se integran en otros órganos –como es el caso de Consejo Consultivos en Castilla y León y en Extremadura–, deberá preverse o dotarse de una sección propia, a fin de evitar cierta «confusión» de funciones entre los consultivo y lo resolutorio. En el diseño de esta

⁴⁵ E. HERNAEZ SALGUERO, ya había defendido este carácter «cuasijurisdiccional». “El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 28, 28 de junio de 2013, p. 88. Igualmente, M. J. SANTIAGO, “Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro”, *Revista Auditoría Pública*, núm. 66, 2015, pp. 105-118. Este reconocimiento de órgano jurisdiccional a efectos del derecho comunitario, tiene especial consecuencia en lo relativo al obligado cumplimiento de sus Acuerdos o resoluciones, que tiene el carácter de ejecutivos y ejecutorios. Aspecto sobre el que interesa dar cuenta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, en el recurso de casación núm. 3.014/2013 (asunto de la Privatización Aguas Ter-Llobregat en Cataluña).

⁴⁶ En extenso me remito a mi estudio “Sistema de control de la contratación pública en España (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)”. Número monográfico especial (2016), Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

⁴⁷ J. PONCE, “La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, en *Anuario de Derecho Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 136-137. Esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente advertida en el Acuerdo 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

⁴⁸ J. COLAS TENA (“La justicia administrativa en materia contractual: el sistema de recursos y las nuevas directivas de contratación pública”, en Blog. Centro Investigación Justicia Administrativa, de 5 de diciembre de 2014) ha advertido al respecto que «No estaría de más, y en primer lugar, reconsiderar el proceloso piélago de la planta y estructura de los órganos administrativos que conocen de los recursos en materia contractual, que recuerda el baúl de la Piquer –hay de todo–, hay órganos de todo tipo y alcance: unos son monocráticos, otros colegiados; hay uno que se dice Central, y verdad es que está en centro del territorio español, que conoce ex lege y por convenio; otros son autonómicos, también abundan los de carácter local, hay algún territorio en blanco (ni tiene órgano ni convenio); y anidan también órganos de similar naturaleza y función en alguna sedes parlamentarias, bajo el paraguas de la autonomía parlamentaria. En fin, sin entrar ahora en tema tan delicado, digo que esta variopinta amalgama orgánica no termina de encajar bien con el sistema de recursos de las prescripciones de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 –por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo–.»

⁴⁹ Igualmente, P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Organos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, ob. cit., p. 373.

⁵⁰ Es también necesaria una reflexión sobre el modelo de compatibilidad de los miembros del Tribunal. Esta opción permite captar a especialistas, pero debe contemplarse tal opción desde un sistema de Tribunal administrativo estable y con medios materiales y personales propios, que tenga esa única competencia. Y debe vigilarse de forma activa los posibles conflictos de interés (visibles y difusos) en aras a preservar la nota de objetividad.

planta conviene decidir cual es la «mejor» ubicación de estos órganos de recursos contractuales, y evitar también la percepción de excesivos elementos de control (que pueden generar también cierta diferencia de criterios). La experiencia de la primera generación de órganos de recursos contractuales, en un contexto de mayor profesionalización y coherencia del sistema de control desde una perspectiva integral aconseja analizar las ventajas de resituar a los órganos de recursos contractuales en los Órganos de Control Externo, como sección independiente. Se solucionaría el cuestionamiento sobre la adscripción organizativa en un Administración Pública (y la posible «tutela administrativa» como sospecha), se fortalecería el carácter de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 237 TFUE y facilitaría la planta de estos órganos de control, al permitir un control que englobase toda la actividad contractual pública de cualquier poder adjudicador (es decir, se unificaría la opción de órganos de recursos contractuales para la actividad de licitación de todos los poderes adjudicadores con independencia de su naturaleza parlamentaria o local). Se reforzaría, en definitiva, la percepción de independencia, y permitiría reorientar la función del control externo hacia un rol más ejecutivo y también completo.

c) Refuerzo de las notas de independencia

El carácter de órgano no judicial, vinculado a la organización pública, viene a poner en cuestión la nota de independencia (derivada de nuestra tradicional configuración de los recursos administrativos como prerrogativas de la Administración⁵¹). Para ello, parece conveniente que deba recogerse la obligación de colegialidad, como elemento esencial de independencia. Y, también, avanzar en la profesionalización del tribunal administrativo. Es momento de reflexionar sobre el modelo de compatibilidad de los miembros del Tribunal (Aragón o Navarra). Esta opción permite captar a especialistas, pero debe contemplarse tal opción desde un sistema de Tribunal administrativo estable y con medios materiales y personales propios, que tenga esa única competencia. Y debe vigilarse de forma activa los posibles conflictos de interés (visibles y difusos) en aras a preservar la nota de objetividad⁵².

d) Dotación presupuestaria suficiente

Las restricciones presupuestarias actuales condicionan la función de control, lo que puede afectar a la consecución de la rapidez de este recurso, con los perjuicios desde la perspectiva de la eficacia que se

⁵¹ La doctrina administrativa viene insistiendo en la necesidad de repensar el modelo de justicia administrativa y su fundamento y función (por todos, J. BERMEJO VERA, «La resolución extrajudicial de conflictos», en libro colectivo *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, ob. cit., pp. 149-21). Como bien ha destacado el Profesor J. M. BAÑO LEON, el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español. Por ello, como bien afirma, «la mejor alternativa al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente». «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español», en libro colectivo *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, p. 669. Igualmente, el profesor J. TORMOS MAS ha defendido, desde la experiencia del derecho comparado, defensa del sistema de recursos administrativos planteados ante órganos administrativos independientes, como complemento al sistema de recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y como alternativa más eficaz que las vías de la mediación, conciliación o arbitraje «Los órganos administrativos independientes de resolución de recursos administrativos. La Proportionate Dispute Resolution», libro colectivo *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, 2016, ISBN 978-84-7351-528-5, págs. 622-631. También favorable a este modelo, E. MALARET, «Hacia un modelo de justicia administrativa dual: tribunales administrativos y jurisdicción contencioso-administrativa: Justicia administrativa: instituciones administrativas e instancias jurisdiccionales, una perspectiva necesariamente de conjunto del control de la actividad administrativa», en libro colectivo dirigido por J. Argudo *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, INAP 2016, pp. 43-78.

⁵² Vid. N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, «La organización, ¿el caballo de Troya de la independencia de los tribunales administrativos de contratación?», *Actualidad Administrativa*, núm. 3, Sección Actividad económica de la Administración, Marzo 2017, Editorial Wolters Kluwer. Este autor critica dos aspectos: Por un lado, la falta de exclusividad de los miembros de estos órganos que permite que desempeñen estas funciones funcionarios en activo en puestos de trabajo de la Administración controlada sin un estatuto especial de independencia, con lo cual una misma persona se somete a dos regímenes funcionariales en cada función bien distintos. Con ello, la imparcialidad como equidistancia del órgano queda obviamente en entredicho hasta el punto de que cabría preguntarse si esos órganos son reconocibles como los órganos independientes que postula la Directiva de Recursos. Otro cuestionamiento a la independencia, más sutil, en cuanto se puede argüir que no afecta a quienes ostentan las funciones decisorias en el órgano independiente, es la utilización de funcionarios que desempeñan sus funciones en la Administración controlada como letrados del Tribunal, asignándoles la elaboración de las ponencias. Ciertamente, esta figura no es reconducible a ninguno de los supuestos de letrados de tribunales cuya presencia activa en sus labores no compromete su independencia precisamente por su dependencia del órgano independiente, sino de la propia Administración que es parte en los procedimientos seguidos ante el mismo.

ocasiona para el órgano demandante de la prestación suspendida hasta la resolución expresa. El diseño del sistema del recurso especial en contratos públicos debe estar alejado de la idea de que su consolidación es un gasto. Como se ha venido defendiendo en este Informe, el control de la contratación pública debe ser contextualizado como una inversión, tanto económica (pues permite la eficiencia real del modelo, al permitir una efectiva concurrencia) como social, en tanto permite la regeneración democrática y da credibilidad al sistema institucional del control público⁵³.

6. Diseño de una transparencia efectiva tanto a nivel de concurrencia como de rendición de cuentas

Una adecuada y efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos –de especial interés en un contexto de reducción del déficit público y que se presenta como alternativa a políticas de recortes–, como de una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración (sin olvidar su directa relación con la cultura de nueva gobernanza⁵⁴). En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia. Se necesita más y mejor transparencia para una compra pública más eficiente y una correcta rendición de cuentas⁵⁵. Hay que «dar luz» a ciertas prácticas, con el fin de avanzar en la idea de integridad en la contratación pública⁵⁶.

Y son varias las estrategias a adoptar para hacer de la transparencia el eje de la contratación pública.

a) Adecuada justificación de la necesidad y conveniencia de la prestación objeto de licitación

La justificación de la necesidad, y el modelo de contrato y de licitación escogida exige una adecuada explicación, con análisis de conveniencia (que contemple los aspectos financieros). Hay que evitar la improvisación o las prácticas de “repetición” que no valoran adecuadamente la mejor forma de satisfacer una necesidad. Asimismo, el objeto debe ser claro y determinado para preservar la esencia de una licitación en igualdad y la correcta satisfacción del interés público. El canon de valoración en esta determinación de necesidad y su forma de previsión debe ser el correcto ejercicio del derecho a una buena administración.

⁵³ El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública publicado el pasado 24 de enero recoge la evaluación de los resultados de la aplicación de las citadas Directivas y en concreto si se consideran adecuadas a los objetivos propuestos atendiendo a si minimizan las cargas y los costes asociados y maximizan la posible simplificación de los procedimientos. Desde el punto de vista de la eficiencia, las Directivas sobre procedimientos de recurso proporcionan beneficios globales en consonancia con los efectos esperados, tanto directos como indirectos muy superiores a los costes que supone presentar y defender un procedimiento de recurso para los proveedores y las autoridades contratantes representando por lo general entre el 0,4 % y el 0,6 % del valor del contrato. Sin embargo, la Comisión entiende que los costes no se reducirían a cero si las Directivas sobre procedimientos de recurso fueran revocadas. Por el contrario, serían incluso mayores, debido a las diferencias nacionales en la normativa sobre revisión y recursos y a la falta de armonización a escala de la UE, dando lugar a un contexto más farragoso para licitadores y otras partes interesadas. Y añade el informe que en la evaluación de la legislación en materia de contratación pública de la UE que se publicó en el año 2011 se estimó, en general, que el ahorro del 5 % conseguido en los 420 000 millones de euros en contratos públicos que se publicaron a escala de la UE se traducirían en un ahorro o una mayor inversión pública por un importe superior a 20 000 millones de euros al año. La aplicación efectiva de las Directivas sobre procedimientos de recurso puede, por tanto, aumentar la probabilidad de que se consiga un ahorro similar al estimado procedente de las Directivas sobre contratación pública.

⁵⁴ El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea. Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001. Esta nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa.

⁵⁵ J. M. GIMENO FELIU, “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público sobre “calidad institucional, transparencia y buen gobierno”*, núm. 82, 2016, pp. 137-158.

⁵⁶ Me remito a mi trabajo “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 71-77 y los trabajos de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública”, en el libro *Por el Derecho y la libertad*, vol. II. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Iustel, Madrid, 2014, págs. 1.901 a 1.931 y de A. SANMARTIN MORA, “Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, ob. cit., pp. 81-122.

b) Claridad y difusión correcta de la información en las licitaciones

Resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (STJUE de 16 de septiembre de 2013, Comisión contra Reino de España). La obligación de transparencia implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, que constituye su corolario, lo que tiene por objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador (STJUE de 2 de junio de 2016, Pippo Pizzo).

c) Nulidad por incumplimiento de publicidad

Sin efectiva transparencia no hay concurrencia y sin información accesible por todos los licitadores, no hay transparencia. Por ello, la obligación de publicar en la Plataforma de Contratos de Sector Público debe ir acompañada de la consecuencia de nulidad por su no cumplimiento al infringirse un trámite esencial de toda licitación pública. Solo así se puede corregir una situación como la actual donde, pese al carácter obligatorio, no se cumple esta obligación legal.

d) Transparencia y procedimientos de adjudicación

Muchas de las patologías de corrupción en la contratación pública aparecen en esta fase de elección de procedimiento y de fijación de criterios de adjudicación. Por ello, una primera medida a adoptar es que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate. Asimismo, y en lo que se refiere a la elección de procedimientos, debe insistirse en la correcta utilización del procedimiento negociado y la obligación de negociar sobre aspectos técnicos y económicos (y evitar que se utilice como un procedimiento de adjudicación directa). Las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas. Por ello, sería recomendable residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación. Los elementos que en ningún caso se podrán modificar en el transcurso de la negociación son la descripción de la contratación, la parte de las especificaciones técnicas que defina los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación. Por supuesto, durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato, por lo que no podrán facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Y tampoco revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este.

En relación a esta cuestión conviene advertir que debe vigilarse el posible fraude en la elección de este procedimiento al forzar como desierto una licitación previa. Al quedar desierto se puede utilizar la opción del artículo 170 c) TRLCSP, pero en las mismas condiciones de la licitación original. Y por ello resulta difícil justificar la urgencia en la utilización de un procedimiento que es en sí mismo excepcional frente a los plazos ordinarios. La Recomendación 1/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón analiza la incidencia de la Directiva de contratación pública de 2014 en este procedimiento. Así, el artículo 32 de la Directiva es directamente aplicable para determinar las condiciones del procedimiento negociado con este fundamento. Lo que significa que no se pueden introducir modificaciones sustanciales ni en el objeto ni condiciones de retribución. Así lo ha recordado, por lo demás, el Tribunal Administrativo de Contratación

Pública de la Comunidad de Madrid, en la Resolución 201/2015. Además, al utilizar este procedimiento se debe negociar e introducir la forma de negociación, pues de lo contrario existirá vicio de nulidad de pleno derecho (Acuerdo 8/2017, del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

e) Introducción de transparencia en el contrato menor

Es, sin duda, un acierto la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, en tanto ha sido utilizado de forma indebida y ha sido un instrumento de opacidad. Sin embargo, se mantiene la figura del contrato menor y sus cuantías, cuando su práctica y abusiva utilización (en muchas ocasiones como contratación directa) aconseja, cuando menos, cierta exigencia de publicidad para que exista competencia así como al fijación de un importe global máximo a favor de un mismo licitador. Hay que prestar atención a un uso “intensivo”, en tanto que puede esconder prácticas de fragmentación del contrato para eludir los procedimientos más transparentes y competitivos. La justificación de agilidad no puede eludir el principio de mayor eficiencia de los fondos públicos y de prevención de la corrupción. Ante una práctica irregular de uso manifiestamente indebido del contrato menor, la legislación debería prever algún sistema sancionador.

f) Criterios objetivos de la licitación

Conviene insistir en la necesidad de que los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJUE de 4 de diciembre de 2003 (EVN y Wienstrom), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. En todo caso, en su aplicación, deberá analizarse la existencia de prácticas calificadas como *red flags*, tales como que exista un único licitador (criterio aplicado por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 60/2015, de 15 de mayo), que podrán justificar la anulación de la licitación.

Debe, además, exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato. En resumen, la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone –dato de especial relevancia– que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 17 de diciembre de 2002, Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, ti. EAC srl; y el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). Tras la ponderación fijada para cada criterio, hay que precisar mediante conceptos métricos el peso relativo que, en la valoración global de la oferta, se asigna a cada uno de los criterios de adjudicación fijados a fin de que las valoraciones parciales –efectuadas a la luz de cada uno de ellos– puedan ser agregadas aritméticamente, de manera exacta, transparente y controlable. Por ello, en su concreta aplicación para la asignación de la puntuación, debe preservarse que no se altera indebidamente el sistema de valoración diseñado por el órgano de contratación, pues se corre el riesgo de incurrir en discriminación y falta efectiva de transparencia, tal y como ha recordado la Sentencia TJUE de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06).

En todo caso, en la aplicación de los criterios de adjudicación, deberá analizarse la existencia de prácticas calificadas como *red flags*, tales como que exista un único licitador (criterio aplicado por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 60/2015, de 15 de mayo), que podrán justificar la anulación de la licitación. Esto supone que no es suficiente la simple determinación de la puntuación a otorgar a un criterio. Es necesario que los distintos coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación se establezcan en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación de forma clara e indubitada, como bien advirtiera la STJUE 24 enero 2008 (Lianakis). De lo contrario, queda en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos. Así lo advierte el Acuerdo 5/2015, del TACPA, al afirmar que:

«Como ya advirtiera la STJUE de 24 de noviembre de 2008, Alexandroupulis (que valida el criterio ya adoptado por la STJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis), al afirmar que una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficien-

tes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Es más, con los criterios acordados por este Tribunal, la recurrente podría estar en condiciones de haber superado el umbral mínimo y su oferta debería haber sido admitida».

Por otra parte, conviene recordar que un criterio hermenéutico proclive al principio de igualdad de acceso, aconseja que la «oscuridad» o falta de precisión de los criterios no pueda perjudicar a los eventuales licitadores y que la discrecionalidad técnica no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa en clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, amén de resultar ajena a lo que es una actuación conforme al derecho a una buena administración⁵⁷.

Así, la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento, indicados en el pliego, y exigida por el artículo 150 TRLCSP, se considera una infracción grave –calificable como vicio de nulidad de pleno derecho– que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública, explicitados en el artículo 1 TRLCSP, el de garantizar los principios de «publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos».

Desde estos parámetros interpretativos deben analizarse el límite a la discrecionalidad de las actuaciones administrativas en aplicación de los criterios subjetivos. Máxime cuando se ha establecido la exigencia de alcanzar un umbral mínimo de puntuación en los criterios sujetos a evaluación previa. Opción que, si bien es conforme a Derecho, su concreta aplicación no puede interferir en el objetivo de toda contratación pública, que es la comparación de ofertas entre distintos licitadores conforme a los criterios determinados en el pliego. Y un posible indicio de incorrecta aplicación, como *red flag*, es que solo una empresa supere el umbral, lo que exigiría una motivación reforzada del órgano de contratación que explique el resultado.

En todo caso, la motivación de la discrecionalidad técnica exige el cumplimiento de los estándares fijados por el Tribunal Supremo (es paradigmática la sentencia la Sentencia de 24 de septiembre de 2014 (Recurso Casación 1375/2013), al exigir que se cumplan con las siguientes exigencias:

- a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;
- b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico y;
- c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Es decir, debe documentarse cómo, por quién y cuándo se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica. Y es que, como se advierte en el Acuerdo 98/2015, del TACPA, la actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

g) Rendición de cuentas

La transparencia en la contratación pública, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia, debe servir como instrumento de rendición de cuentas⁵⁸. A tal efecto el artículo 8 de la Ley 19/2013, de Transparencia obliga a que el portal de transparencia contractual contenga información sobre todo contrato público –y todo contrato patrimonial– al margen de su importe y tipo. Esta información permitirá analizar la política de compra pública. Esta información pretende ser una herramienta de rendición de cuentas que permita explicar a la ciudadanía en qué, cómo y cuánto se invierten los recursos públicos mediante contratación pública. Además, debe servir para legitimar la actuación administrativa al existir un control político de su actuación.

⁵⁷ Por todos, Acuerdos del TACPA 5/2011, de 16 de mayo, 23/2011, de 3 de octubre, o 126/2016, de 29 de diciembre.

⁵⁸ P. VALCARCEL FERNANDEZ, "Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública", en libro homenaje al profesor Juan Santamaría Pastor, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1901-1931. También B. NOGUERA DE LA MUELA, "La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español", en libro homenaje al profesor L. Cosculluela, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 948-957, y A. SANMARTIN MORA, "Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno", *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 81-122.

Y, por ello, en tanto que permite «dar luz» a ciertas prácticas, debe servir de avance en la idea de integridad en la contratación pública⁵⁹.

Pero no se cumple este principio con un portal que sea mero repositorio de información no sistematizada y lista interminable de datos. Se exige una información accesible y comprensible, que permita una fácil valoración de la gestión contractual de los distintos poderes adjudicadores. Información que debe servir para «modificar y corregir» aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias. En esta línea debe destacarse la iniciativa de Transparencia Internacional España y el Observatorio de Contratos Públicos al poner en funcionamiento, desde esta lógica, la web contratospublicostransparentes.es. Y un primer dato es que el cuarenta por ciento de las licitaciones publicadas solo tienen un único licitador, que un muy importante número de contratos no llega a «descuentos del 2 por ciento), y que determinadas empresas contratan habitualmente solo con ciertas Entidades contratantes⁶⁰.

7. Regulación y límite de los modificados contractuales para evitar los sobrecostes

La cuestión de la modificación contractual en España es todavía una cuestión no resuelta⁶¹. Y, frente a cierta idea extendida de que con contratos públicos –principalmente de infraestructuras y concesiones– «están vivos» y necesitan reajustarse a las nuevas circunstancias, en muchos casos la modificación sirve para «corregir» la falta de diligencia o capacitación del gestor, o para adjudicar directamente nuevas prestaciones, a precios elevados a contratistas predeterminados⁶². Una lectura en la prensa diaria nos da razón de la intensidad de estos supuestos (Caso Palma Arena, Noos, Acuamed, etc.), que tienen importantes efectos de «ineficiencia»⁶³. Pero, frente a la idea de la inevitabilidad de los modificados (y consiguientes sobrecostes) lo cierto es que, en esencia, un contrato bien diseñado y planificado, a la vista del progreso técnico, no puede estar sometido a la inercia de la regla de la modificación del contrato. Y así lo entiende en otros países⁶⁴.

En España, lejos de reconducirse la situación, las empresas siguen «presionando» para que se reconozca como algo ordinario la modificación de contratos o los «complementarios» (con los ineludibles sobrecostes) argumentado en el principio del interés público. El día 26 de abril de 2015 se daba la noticia en la prensa de que «Las constructoras amenazan con parar el nuevo AVE si Fomento no reconoce los sobrecostes». Sobrecostes que se cifran en 500 millones de euros. Y, según se indicaba, la respuesta del

⁵⁹ Como recuerda E. GUICHOT, la frase del Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Louis Brandeis, la luz del sol es el mejor de los desinfectantes, se ha convertido en la imagen más conocida que asocia transparencia y lucha contra la corrupción. «Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción», en libro colectivo *La Corrupción en España*, ob. cit., pp. 141-143.

⁶⁰ Los datos que se muestran en esta página web abarcan desde el año 2008 hasta la actualidad, y son recogidos de la Plataforma de Contratación del Sector Público (<https://contrataciondeestado.es/wps/portal/plataforma>) que la Dirección General de Patrimonio del Ministerio de Hacienda y Función Pública pone a disposición de todas las administraciones españolas. En esta página web se puede consultar los datos de más de 1.500 administraciones que han dado de alta su perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP).

⁶¹ Sobre esta cuestión se insiste en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las «Amenazas y obstáculos al Mercado Único» (2017/C 125/01), publicado en DOUE el 21 de abril de 2017. Así, advierten de que «Una y otra vez, los ganadores son licitadores que actúan de manera desleal reduciendo los costes de sus ofertas por debajo de un precio justo y utilizando subcontratistas poco fiables. Posteriormente suele haber costes derivados, que superan el precio de la segunda o tercera mejor oferta».

⁶² Lo que altera, por sí, los principios de la contratación pública. Por todos, J. J., PARDO GARCÍA-VALDECASAS, «El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual», en libro colectivo *La contratación Pública: problemas actuales*, CANO CAMPOS/BILBAO ALEXIADES (coords.), Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013.

⁶³ Sobre el régimen y fundamento de la modificación contractual, por todos, los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167, J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015 y J. M. GIMENO FELIU, «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público», libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, 2016, Cizur Menor, pp. 31-138.

⁶⁴ Sirva de ejemplo lo acontecido con la construcción (ampliación) del canal de Panamá. La ampliación del Canal de Panamá ha sido uno de los proyectos constructivos más importantes de los últimos tiempos. Como bien ha explicado F. HERNANDEZ GONZALEZ, tanto su adjudicación como su ejecución se han visto rodeadas de una intensa polémica, que tuvo su punto álgido en febrero de 2014 al suspender el contratista la ejecución de las obras, ante el incumplimiento de la obligación de mantener el equilibrio económico del contrato por parte del administrador del Canal. El presente trabajo explica las circunstancias que rodean este conflicto, centrando el análisis en las causas y en las consecuencias de las modificaciones contractuales y en el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones. Se trata de un viejo problema al que se enfrentan todos los sistemas de contratación pública. Como bien explica este autor, de este extraordinario caso se pueden extraer enseñanzas válidas para otros ordenamientos jurídico. «La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional», *RAP* núm. 194, 2014, pp. 475-508.

Ministerio de Fomento es que «No va a suceder. No haremos modificados sin justificación suficiente. Presión tenemos, pero para no repetir los errores del pasado» (en referencia a los problemas judiciales derivados de los sobrecostes de 1.713 millones de euros registrados en el AVE Madrid-Barcelona).

La experiencia en torno a la práctica de los modificados en España pone de relieve, por tanto, que no nos encontramos ante una mera cuestión dogmática, y que tiene importantes repercusiones, cuando menos, en el plano económico-presupuestario (y en las reglas y principios que inspiran la licitación pública)⁶⁵. Lo advierte bien M. GARCÉS SANAGUSTIN, quien destaca que las malas prácticas y abusos de esta potestad han tenido, además de un efecto perverso sobre las reglas de la licitación, un claro impacto presupuestario al no abonarse las certificaciones correspondientes en proyectos con financiación europea por considerar las autoridades comunitarias que se incumplían los principios inherentes a la contratación pública⁶⁶.

La posibilidad de libre modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública –frente a la actual situación que obliga con indiferencia del importe– aventura una nueva etapa de descontrol en los sobrecostes y, también, un incentivo a crear entes instrumentales para alejarse del control y reglas públicas. Esto explica que una de las principales «puertas» de la corrupción en España, haya sido la generosa interpretación del derecho a modificar los contratos, no solo por imprevisibilidad, sino por nuevas necesidades o conveniencias políticas, alterando el precio final hasta en porcentajes de más de 200 por cien.

La decisión del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de «facilitar» la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública, aun con los límites de control cuando se supera el veinte por ciento en los supuestos no previstos, supone un claro «retroceso» en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción. Por ello, debería ser objeto de replanteamiento, optando por las mismas reglas y régimen de control para cualquier tipo de modificación contractual, pues lo que está en juego es la eficiencia y el derecho a una buena administración⁶⁷.

Por lo demás, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una adecuada planificación y gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras –exigiendo el replanteo previo antes de la aprobación del proyecto– y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto.

Además, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –entendida como una potestad condicionada– en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada⁶⁸.

8. Creación de un organismo independiente de control y supervisión de la contratación pública y de prevención de la corrupción

Para reforzar el control preventivo en la corrupción en la contratación pública es necesario repensar la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas, que debe ser «completada» mediante un refuerzo de sus potestades, que permitan la investigación de oficio en cualquier momento y con posibilidad de suspender procedimientos⁶⁹. Incluso, como ya se ha dicho, convendría residenciar en estos órganos la función de los tribunales de recursos contractuales (como sección independiente).

⁶⁵ Sobre la evolución y situación de la práctica de los modificados, resulta de interés la reciente monografía de J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 63-100.

⁶⁶ M. GARCÉS SANAGUSTIN, «El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos», libro colectivo *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 68. La práctica de las modificaciones en España acredita una clara «patología» que pervierte todo el sistema de la contratación pública y sus principios. Basta con examinar los Informes del Tribunal de Cuentas para constatar esta valoración (por todos el Informe 942 «Fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2008 por las Entidades del sector público estatal sometidas a la legislación de contratos de las administraciones públicas»).

⁶⁷ J. M. GIMENO FELIU, «Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», *REDA*, núm. 182, 2017, pp. 181-221.

⁶⁸ Vid. J. L. MEILAN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, ob. cit., p. 243. También BAÑO LEON, «Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos», *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 142-145.

⁶⁹ Sin duda puede ser una importante herramienta función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Vid. A. PEÑA OCHOA, «El nuevo rol de los organismos de

Asimismo, es posible complementar este nuevo rol de los OCEX con la opción organizativa de Agencias de Lucha antifraude, de revisión de ciertas competencias de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, y, en su caso, con la creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos (con competencias de supervisión y sanción). Pero para adoptar la decisión conviene un análisis de necesidad y conveniencia sobre la idoneidad del papel a desempeñar por cada uno, para evitar tanto una «sobrecarga» innecesaria de control como de competencia indebida entre ellos. En todo caso, la arquitectura jurídica de fiscalización en materia de corrupción en la contratación pública debería, en mi opinión, residenciarse en un único organismo de supervisión con una estructura y régimen que preservase la necesaria independencia⁷⁰. Asimismo, una importante herramienta a implantar serían los planes de prevención de la corrupción que fijará y publicará los ejes estratégicos (opción ya utilizada por la Cámara de Cuentas de Galicia).

El proyecto LCSP prevé un nuevo sistema de gobernanza, del que deriva un nuevo rol de la Junta Consultiva Contratación Pública⁷¹. Sin embargo, parece más oportuno una estructura más ambiciosa y con más competencias ejecutivas para poder corregir las disfunciones en la contratación pública, donde las personas designadas cumplan estándares de independencia, capacitación y especialización⁷². De hecho, el artículo 36 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción realizada Nueva York el 31 de octubre de 2003 (Instrumento de Ratificación del Reino de España, de 9 de junio de 2006, publicado en BOE de 19 de julio de 2006) establece la obligación de que se disponga «de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley». Órganos que deben ser independientes y a los que deberá proporcionarse «formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones».

El modelo italiano de Agencia Nacional para prevención de la corrupción puede ser de interés⁷³. En Portugal, existe el Consejo para la Prevención de la Corrupción, que es un órgano administrativo independiente que trabaja «con» el Tribunal de Cuentas de Portugal para la prevención de la corrupción y los delitos conexos (art. 1.º da Lei n.º 54/2008).

En definitiva, el refuerzo de la fiscalización externa con carácter preventivo permite varias opciones⁷⁴. Pero, al margen de la opción final, deberá evitarse, insistimos, una situación de «competencia» entre órganos de control que merme la eficacia del fin de mejor control preventivo. Y, principalmente, la «captura» del organismo regulador por el que se opte⁷⁵. Además, resulta imprescindible incorporar la recepción y respuesta a denuncias, pues la figura del denunciante o whistleblower en la tarea de estas agencias es ampliamente reconocida a nivel internacionales, por instituciones como Transparencia Internacional, la ONU, la OCDE o la Unión Europea⁷⁶.

En todo caso, como bien advierte J. PONCE, la creación de este tipo de unidades no es sino una más de entre las distintas medidas posibles para luchar contra la corrupción, piezas de un puzzle complejo que configura el sistema de integridad de un Estado y condiciona su buen gobierno y buena administración⁷⁷.

control externo frente a la corrupción”, en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 83-108. En especial resulta de interés el estudio de J. A. FERNANDEZ ASEÑO, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

⁷⁰ La designación de sus miembros debe atender a la máxima cualificación para la función (con el criterio *talent attraction*), evitando la tentación de utilizar estos puestos en clave de reparto político o de puerta giratoria, pues debe evitarse la exposición al contagio de intereses (con el consiguiente conflicto), y se debe preservar una imagen institucional incuestionable (autoritas). Y aquí, insistimos, el argumento de gasto no puede debilitar la solución final. Vid. A. BETANCOR, “Puertas giratorias: regulación y control”, en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 182-184.

⁷¹ La Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, presentada al Congreso de los diputados en otoño de 2016, prevé la creación de una Autoridad Independiente para este ámbito. Puede consultarse el texto en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-33-1.PDF.

⁷² Muy interesantes las reflexiones de J. PONCE “Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 3, 2017.

⁷³ Es el caso de Italia, que regula esta figura en su *Código de contratos públicos*. De interés el trabajo de S. TORRICELLI, “L’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia”, en libro colectivo coord. por Rafael FERNANDEZ ACEVEDO y Patricia VALCARCEL, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 493-509. La carencia de una agencia anticorrupción en España es una evidente carencia, tal y como también advierte A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, ob. cit., pp. 331-332.

⁷⁴ Sobre esta cuestión, mediante un estudio comparado de las Entidades Fiscalizadoras Superiores de los países de Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, Francia, Alemania, Suecia y España resulta de interés el libro de P. JIMENEZ RIUS, *El control de los fondos públicos*. Propuestas de mejoras, Civitas, Cizur Menor, 2007.

⁷⁵ Sobre esta cuestión son de especial interés las reflexiones de J. GONZALEZ GARCIA, “Regulación y supervisión en sectores estratégicos económicos y corrupción”, libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 342-347.

⁷⁶ Vid., por todos, ROSE-ACKERMAN, S. y PALIFKA, B. J., *Corruption and Government*, segunda edición, Cambridge University Press, 2016, pp. 391 a 395.

⁷⁷ J. PONCE, “Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo”, ob. cit., p. 8 de su trabajo. Como advierte, la posible creación de oficinas de este tipo debe ser contextualizada en una estrategia global

9. Impulso de los medios electrónicos como herramienta de transparencia

La regla de la transparencia no es una formalidad y exige una implementación compatible con su finalidad. Son necesarios sistemas de información *on line* ágiles, accesibles, gratuitos y de alcance universal, que hagan posible que cualquier licitador pueda obtener información sobre una licitación que corrijan la actual situación que desincentiva presentar ofertas por entender que el procedimiento puede estar ya orientado hacia determinados licitadores. Los medios electrónicos y la transición hacia la compra pública electrónica, se manifiestan, en este contexto, como un eje de reforma irrenunciable. Solo así se puede avanzar en la línea de simplificación de trámites y ahorro de «costes» y fomento de las PYMEs en la contratación pública (para ello debe preverse un plazo donde sea obligatoria la utilización de medios electrónicos).

Los medios electrónicos y la transición hacia la compra pública electrónica, se manifiestan, en este contexto de mejora de la calidad democrática en la contratación pública, como un eje de reforma irrenunciable, si bien parece existir, como destaca M. CAÑO, cierta falta de visión⁷⁸. Lo que puede explicarse, como ha advertido M. RAZQUIN, por la lenta puesta en marcha de la administración electrónica⁷⁹. No son, por sí mismo, la solución a la corrupción, pero son un complemento de especial interés en tanto aporta transparencia y permite la evaluación de los procedimientos utilizados. Un buen ejemplo de su utilidad se contempla en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las «Amenazas y obstáculos al Mercado Único» (2017/C 125/01), publicado en DOUE el 21 de abril de 2017, al indicar que la introducción de un proceso de contratación electrónica debe crearse un mecanismo de recogida de datos estadísticos que permita identificar a los postores que presentan ofertas muy bajas y alentar a los responsables a comportarse de manera positiva. En el marco de la encuesta estadística, el precio de la mejor oferta y los costes reales posteriores incurridos deben registrarse a nivel central a fin de garantizar la transparencia en relación con cualquier posible sobrecoste. Las ofertas basadas en precios que no cumplan unos criterios mínimos establecidos con arreglo a las disposiciones y prácticas nacionales respectivas deben excluirse de la licitación para evitar una posible carrera por reducir los costes y los niveles de calidad.

En todo caso, la implementación electrónica de la contratación pública aconseja la mayor simplificación posible de la legislación y su adecuación con la implementación de la Administración electrónica.

10. Los pactos de Integridad como refuerzo social

Sin duda, los controles internos administrativos son pieza clave en la prevención de la corrupción. Sin embargo, la gestión de la Administración debe ser «validada» por la percepción ciudadana, y de la necesidad de avanzar en un nuevo modelo de gobernanza público más participativo, transparente y con vocación de rendición de cuentas. Por ello es importante avanzar en esta nueva cultura del control y de la regeneración democrática junto o en colaboración a la sociedad civil. Especial interés puede tener el programa que Transparencia Internacional que se articula sobre Pactos de Integridad con aquellas Administraciones Públicas, que quieren avanzar en un nuevo modelo de gobernanza⁸⁰. Los pactos de Integridad se caracterizan porque en los procedimientos administrativos más «sensibles» a la corrupción, expertos independiente «monitorizan» las distintas fases y actuaciones con el fin de ser un instrumento de «alerta temprana» así como de refuerzo de un nuevo modelo de actuar que haga de la «prevención de los casos de corrupción»

contra la mala administración y la corrupción y a favor del buen gobierno y la buena administración.

La decisión sobre la creación de una oficina de este tipo debe ponderar, por exigencias del derecho a una buena administración, los costes y beneficios concretos, de todo tipo, que la misma pueda generar, y sólo crearla si los segundos superan a los primeros. Es preciso respetar los principios de buena regulación y la evaluación de impacto normativo exigido ahora por la ley 39/2015.

⁷⁸ M. CAÑO, "La nueva contratación pública: cuadro para una exposición", <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.177/recategoria.121/re/menu.3/chk.4308fc461a71df71b1729e420f574f9b>. Sobre las posibilidades de la contratación electrónica resulta de interés la monografía de R. MARTINEZ RODRIGUEZ, *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. El Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación electrónica en la UE (Documento COM 2010 (571) Final), publicado por la Comisión Europea en octubre de 2010 ha definido la contratación pública electrónica de forma general, incluyendo no sólo los procedimientos de contratación efectuados íntegramente por medios electrónicos (noción estricta) sino también la utilización de las TIC en cualquier fase de los procedimientos de contratación pública (noción amplia). Resulta de interés la Comunicación de la Comisión de 2013 titulada "Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública" (Documento COM (2013) 453 final).

⁷⁹ M. RAZQUIN LIZARRAGA, "La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales", *RAP*, núm. 186, 2011, p. 57.

⁸⁰ Vid. A. CERRILLO I MARTINEZ, "Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos", en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 200-201.

y la independencia del control una seña de identidad de nuestra democracia⁸¹. Al diseñar un Pacto de Integridad se deben considerar todos los riesgos en todas las fases de la contratación, desde la evaluación de necesidades, la preparación de pliegos, la selección del contratista, la adjudicación y suscripción del contrato, la ejecución del contrato, las modificaciones, pagos y contabilidad, la auditoría y clausura (cuando corresponda). Por otra parte, se debe contemplar un buen sistema de monitoreo independiente, sin perjuicio del que la Administración realice.

Estos pactos de integridad no son una duplicidad con la organización administrativa ni pretenden suplantarla o controlarla. Su función y finalidad es «validar socialmente» la correcta actuación pública y la ausencia de indicios de falta de objetividad o de contaminación clientelar. Los pactos son, en esencia, una figura de «observador civil cualificado» que ayuda a la Administración a detectar o laminar conflictos de intereses y que «exterioriza» hacia la ciudadanía la corrección de la actuación. En tiempos actuales de desconfianza, y de percepción de «contaminación» de intereses en las decisiones contractuales (aun siendo legales), los pactos de integridad vienen a ser «marca de calidad» de la Administración, con intención de recuperar la confianza y credibilidad de la sociedad. No hay solapamiento, sino complementariedad y refuerzo de la actuación ética de una Administración pública que quiere ser transparente y rendir cuentas desde la confianza en el modelo.

11. Simplificación normativa: hacia un Código de Contratos Públicos

La materia de los contratos públicos es, sin duda, de gran interés tanto en lo puramente dogmático como en sus repercusiones prácticas⁸². El «movimiento» de esta normativa en los últimos años es directa consecuencia de lo apuntado, aunque en España presenta efectos «perversos», por la falta de seguridad jurídica y de predictibilidad⁸³, que son un freno a la concurrencia y habilitan efectos que distorsionan los principios de eficacia y eficiencia⁸⁴. El actual contexto favorece lo contrario de lo perseguido, primando la forma procedimental al resultado de la mejor satisfacción del interés público (verdadera esencia de la gestión administrativa)⁸⁵.

La estabilidad del marco normativo es una exigencia en aras a preservar la seguridad jurídica, pues no hay nada más contrario a este principio que las reiteradas reformas legales de una norma (como ha sucedido con el TRLCSP, que es un paradigma de norma en «constante movimiento»). Es más, y como observación inicial, por su ámbito, lo más correcto es –siguiendo el modelo del derecho comparado: Francia, Italia, Portugal, etc.–, elaborar un Código de Contratos Públicos⁸⁷.

Código que debería optar por la mayor simplificación normativa, alejándose de la tendencia a textos prolijos y de marcado carácter reglamentista, que burocratizan la gestión y «animan» a eludir la aplicación de esta normativa. Partir de los actuales textos de las Directivas, y complementarlos en lo estrictamente necesario, puede ser una buena opción (como ha hecho Francia). Máxime cuando ya existe una importante «fuente de derecho» como es la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea, que ha conformado un sólido y coherente «derecho pretoriano», que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea⁸⁶. Existe, en consecuencia, una «armonización» a

⁸¹ Sobre su funcionamiento puede consultarse el trabajo de E. ARRIBAS REYES, "Pactos de integridad: tres décadas de experiencias en Europa como ejemplo para su implementación en España", *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 1, 2016.

⁸² Vid. J. M. GIMENO FELIU, "La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 25-84.

⁸³ Por todos, J. A. SANTAMARIA PASTOR, "La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública", *REDA*, núm. 159, 2013, pp. 25-38.

⁸⁴ Lo explica muy bien M. VAQUER CABALLERIA en su trabajo "Corrupción pública y ordenamiento jurídico", en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., pp. 125-140. Sobre el problema general de la seguridad jurídica en nuestro sistema jurídico es referente la monografía de J. BERMEJO VERA *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid, 2005.

⁸⁵ El carácter extenso del TRLCSP y sus múltiples modificaciones asemejan el resultado a lo que se cuenta por CERVANTES en *El Quijote*: «No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieras, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella» (Se alude a la fábula núm. 44 de Esopo (Fedro, I, 3), en que las ranas piden un rey a Júpiter).

⁸⁶ Vid. J. M. GIMENO FELIU, "La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", *REDA*, núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGU CORCOLES, "Las relaciones «contractuales» entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública", en libro colectivo dirigido por M. ALMEIDA e I. MARTIN, *La*

escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública (que exige una interpretación funcional (y no formal)⁸⁷, que permitiría avanzar en una legislación de contratos públicos jurídicamente «sostenible».

Todas estas medidas resultan ineludibles si se pretende una nueva arquitectura jurídica de la contratación pública cimentada sobre el principio de integridad⁸⁸ y sobre la máxima de una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, que permita explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos⁸⁹. El principio de transparencia, bien practicado, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada⁹⁰. Solo así, podremos avanzar en la nueva cultura del buen gobierno y poner en marcha, en palabras, del profesor Rothstein, *el Big-Bang* anticorrupción, que tanto necesita la sociedad española.

nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013, pp. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo A. BENACHIO, M. COZZIO y F. TITOMANLIO) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea*, tomo I, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici. Universidad de Trento, 2016.

⁸⁷ Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARIN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, ob. cit., pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de «excluir» su aplicación.

⁸⁸ Me remito a mi trabajo “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105.

⁸⁹ La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública. Ya lo explicaba Platón –cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad– en el segundo libro de la *República*, expone el mito del pastor GIGES. (*República*, L. II, 359c-360d). En este mito se plantea el dilema moral del hombre, que en caso de poseer un anillo de invisibilidad que le brinda todo el poder para actuar en secreto y con total impunidad, va a actuar, desafortunadamente según muestra la experiencia general, en beneficio propio y de forma deshonesto e injusta.

⁹⁰ Vid. el excelente trabajo de J. M. MARTINEZ FERNANDEZ, *Contratación pública y transparencia*, La Ley, 2016, en especial, pp. 393-440. El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre “Contratación pública y gestión de la hacienda pública”, donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.



Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja

Urban plans and housing plans: the strange couple

Marcos Vaquer Caballería
Universidad Carlos III de Madrid
marcos.vaquer@uc3m.es

RESUMEN

Tanto los planes urbanísticos como los de vivienda deberían procurar la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, por imperativo constitucional. Sin embargo, la disparidad de las competencias para aprobarlos y de sus plazos de vigencia han contribuido a que se dieran la espalda históricamente, así como a la descoordinación de las técnicas de las que se sirven. En este estudio se analizan estos problemas y se formulan algunas propuestas para superarlos.

PALABRAS CLAVE

Plan urbanístico, plan de vivienda, derecho a una vivienda, vivienda protegida, vivienda dotacional.

ABSTRACT

Both urban and housing plans should be devoted to the effectiveness of the right to decent housing, according to the Constitution. Nevertheless, the disparity of their competences, terms of validity and technical measures provoked that they turned away and became uncoordinated. This study analyzes those problems and makes some proposals to overcome them.

KEYWORDS

Urban planning, housing plans, right to decent housing, social housing.

SUMARIO

1. UN DESENCUENTRO HISTÓRICO. 2. UN DERECHO DESATENDIDO. 3. DOS FAMILIAS DE PLANES. 4. DOS COMPETENCIAS DISPARES. 5. DOS TIPOS DE TÉCNICAS DISPONIBLES. 5.1. RÉGIMEN OBJETIVO DEL SUELO. a) La calificación y la reserva de suelo con aprovechamiento lucrativo para vivienda protegida. b) La calificación y la reserva de suelo dotacional para uso residencial. 5.2. RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LA PROPIEDAD. a) La participación de la comunidad en las plusvalías y los patrimonios públicos de suelo. b) El derecho de superficie. 6. TRES PROBLEMAS ACTUALES. BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA.

1. UN DESENCUENTRO HISTÓRICO

En España, ha existido un largo desencuentro histórico entre potestades urbanísticas y políticas de vivienda¹.

Durante el primer franquismo, se atribuyó esta divergencia a la separación de ambas competencias entre dos ministerios distintos: el de Gobernación y el de Trabajo, respectivamente, hasta la creación del de Vivienda en 1957, lo que propició el que Gabriel Alomar llamó «cantonalismo ministerial» de la época. Pero además, el desencuentro se manifestó pronto en los instrumentos de planificación: la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana establecía en 1956 un sistema holístico de planificación territorial y urbanística que pronto se vería desbordado por la aprobación del gigantesco Plan de Vivienda 1961-1976, que anticipaba la lógica de la planificación socio-económica de los Planes de Desarrollo e inauguraba un modelo de planificación de vivienda que subsiste hoy y es ya uno de los pocos supervivientes de la planificación económica.

Ya en las postrimerías del franquismo encontramos otra clara manifestación del desencuentro a que me refiero: las llamadas ACTUR, actuaciones urbanísticas urgentes ideadas para dar cobertura a actuaciones de política de vivienda o industrial, cuyo Decreto de 1970 las legitimaba «aun cuando... no tengan aprobados planes de ordenación urbana, y si los tuvieran, cualesquiera que sean sus las previsiones y el sistema de actuación establecidos en los mismos». De nuevo, la lógica sectorial se imponía a la transversal de la planificación urbanística al socaire de las urgencias de la demanda de vivienda.

Con la llegada de la democracia y la promulgación de la Constitución española de 1978, cabía pensar que se superaría este divorcio, habida cuenta del título competencial que reunía sin solución de continuidad a «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» el art. 148.1.3.ª CE entre los que podían asumir en exclusiva las Comunidades Autónomas, como así hicieron todas ellas. ¿Por fin la reunión armónica de suelo y vivienda como objetos de políticas públicas? En un apartado posterior (vid. infra, 4) veremos que no, puesto que en el Estado autonómico conviven un urbanismo eminentemente municipal con una política de vivienda eminentemente autonómica, y por ello han seguido reproduciéndose los desencuentros.

Así, podemos recordar el ejemplo reciente de la Ley 3/1995, de 6 de abril, de Fomento de la Vivienda en Extremadura, más conocida por la «ley del kilómetro» porque permitía en sus artículos 2 y siguientes reclasificaciones directas de suelo no urbanizable o urbanizable no programado a suelo urbano por un procedimiento abreviado, para promociones de vivienda, con el único límite de que se ubicaran en el primer kilómetro del perímetro periurbano, aunque quedaran segregadas de la trama urbana. De esta forma, se habilitaba de forma ágil suelo barato para las políticas de vivienda, aunque fuera en desafío del modelo territorial del plan urbanístico y de la lógica de la expansión urbana racional. Instrumentos más sutiles y sofisticados, pero que habilitan asimismo grandes actuaciones de competencia autonómica de transformación del suelo para vivienda, todo ello al margen del planeamiento urbanístico general municipal y primando sobre él, los encontramos en los Proyectos de Interés Regional y denominaciones similares que abundan en las leyes autonómicas en la materia².

2. UN DERECHO DESATENDIDO

La interacción entre políticas de suelo y de vivienda no sólo es un mandato del sentido común, sino también de la Constitución española. En efecto, el artículo 47 de la Constitución no se limita a proclamar que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», sino que además manda a todos los poderes públicos promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, e identifica claramente uno de dichos medios para tal fin: «regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, para impedir la especulación».

El artículo 47 es, sin duda, uno de los preceptos peor interpretados, menos desarrollados y apenas aplicados de la Constitución.

En primer lugar, porque en España se ha desarrollado históricamente un Derecho *de* la vivienda, pero no un verdadero derecho *a* la vivienda, como manda hacer el constituyente. En efecto, ya desde la Ley de

¹ Al respecto, pueden verse VILLAR EZCURRA, 1980: 347, ALLI ARANGUREN, 2005: 906, o VAQUER CABALLERÍA, 2011: 126.

² Sobre estas actuaciones, que desafían en lo dogmático a la concepción del urbanismo como ordenación holística de los usos del suelo, y en lo organizativo a la autonomía municipal y sus competencias en la materia, existe ya una nutrida literatura. Por todos, vid. MENÉNDEZ REXACH, 2016, y VAQUER CABALLERÍA, 2016.

Casas Baratas de 1911 existe en España un cuerpo legislativo dedicado a la vivienda supuestamente social y que más bien ha servido de instrumento de fomento económico³, pero todavía no hemos configurado un derecho subjetivo pleno de las personas en estado de necesidad a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Sólo la última generación de leyes autonómicas en la materia, como la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda del País Vasco, se adentra por esta vía siguiendo los ejemplos del Derecho comparado de las *homelessness acts* del Reino Unido y la *Loi DALO* francesa.

En segundo lugar, porque cuando la Constitución habla de vivienda no se refiere a cualquier casa o forma de residencia, sino sólo a la residencia habitual, aquélla en la que se desarrolla efectivamente la vida individual y familiar. Así que todas las informaciones y estadísticas que tratan de la producción u oferta de «vivienda» e incluyen muy diversos tipos de productos residenciales, como la vivienda turística o la secundaria, se apartan del genuino concepto constitucional de vivienda. Y porque cuando emplea el término «disfrutar», lo hace en su acepción de uso o fruición personal (al igual que ocurre en la locución paralela «disfrutar» de un medio ambiente adecuado del art. 45), no en el sentido patrimonial. De modo que dicho disfrute puede procurarse por cualquier título jurídico que incluya la facultad de uso, como ocurre con el arrendamiento, el usufructo o el derecho de superficie, y sin embargo históricamente se ha acumulado gran parte de la inversión pública en la promoción de vivienda protegida en venta.

En tercer y último lugar, porque la Constitución apela a instrumentalizar la regulación de la utilización del suelo al servicio de la efectividad del derecho a la vivienda. Pero, como hemos visto, las políticas urbanísticas y de vivienda se han dado tradicionalmente la espalda y aun hoy, como veremos a continuación, se valen de instrumentos diversos y no siempre coordinados.

3. DOS FAMILIAS DE PLANES

Los planes urbanísticos son instrumentos singulares, dotados de eficacia normativa reglamentaria de carácter especial y espacial (consistente en la ordenación de los usos del suelo mediante su clasificación, zonificación y calificación) así como también ejecutiva (en la programación de obras, la habilitación de expropiaciones, etc). Las competencias administrativas para su iniciativa e instrucción suelen ser municipales, y las de aprobación definitiva suelen estar distribuidas entre los municipios y las comunidades autónomas. Y su eficacia temporal suele ser indefinida, sin perjuicio de preverse su revisión en el largo plazo, una vez superado el horizonte temporal de su diagnóstico y modelo territoriales.

Los planes de vivienda son normas reglamentarias, pero ya no espaciales sino abstractas, que determinan tipologías de vivienda protegida y ayudas públicas. Las competencias para su aprobación son formalmente autonómicas, si bien el Estado ejerce títulos competenciales transversales (como el de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, ex art. 149.1.13.ª CE) para aprobar sus propios planes y destinar sus propios recursos financieros⁴. Y tienen vigencia temporal, tradicionalmente cuatrienal.

Así las cosas, entre los planes urbanísticos y los de vivienda hay disparidad de contenidos, de competencias y de *tempo*, lo que sin duda dificulta su debida coordinación.

Un posible puente entre las dos orillas pueden construirlo los planes territoriales o urbanísticos especiales. Es decir, instrumentos que traducen en forma de ordenación espacial y, por tanto, insertan en el sistema de planificación urbanística las determinaciones que así lo requieren de las políticas de vivienda, o de cualesquiera otras con impacto territorial.

Esta es al menos la voluntad de la legislación catalana, por ejemplo. La Ley del Derecho a la Vivienda de 2007 instituye el plan territorial sectorial de vivienda (instrumento que, sin embargo, no ha sido aprobado hasta la fecha) y le atribuye la delimitación de ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada (arts. 12 y 73.1 LDV) y los planes locales de vivienda (o los programas de actuación urbanística municipal equivalentes de la ley urbanística) a los que habilita para delimitar áreas sujetas a derechos de tanteo y retracto (arts.

³ Sobre este sesgo tradicional de las políticas de vivienda como políticas económicas sectoriales, orientadas al fomento de la construcción residencial, puede verse BAÑO LEÓN, 2005: 75, BERMEJO LATRE en LÓPEZ RAMÓN, coord., 2010: 193, o VAQUER CABALLERÍA, 2011: 125.

⁴ En todo caso, el desarrollo y la ejecución de los planes estatales corresponde a las Comunidades Autónomas, como afirman en la actualidad los arts. 1.3 y 3.1 del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.

14 y 15 LDV, a lo que los programas citados le añaden la capacidad de delimitar suelo urbanizable, incluir sistemas generales, distribuir reservas de suelo para vivienda protegida, etc.). A su vez, el Texto Refundido de la Ley Urbanística de 2010 instituye el plan director urbanístico, apto para programar las políticas supra-municipales de suelo y vivienda y delimitar y ordenar urbanísticamente las llamadas áreas residenciales estratégicas (arts. 56 y 157 TRLU). Aunque legalmente calificados como instrumentos de planificación general, la vocación de estos planes es claramente especial o sectorial, para la ejecución de concretas políticas públicas, como las de vivienda.

4. DOS COMPETENCIAS DISPARES

El alcance de las competencias municipales en materia urbanística y de vivienda es asimismo dispar. El artículo 25.2.a) de la Ley de Bases del Régimen Local les garantiza a los municipios la participación en todo el ciclo de las potestades urbanísticas. «Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística». Mientras que en materia de vivienda sólo les garantiza la «promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera».

Sobre esta base, el Tribunal Supremo ha declarado que *«los Ayuntamientos carecen de capacidad, para ordenar, crear o regular un régimen de promoción pública de viviendas, y que las acciones que puedan intentar por la vía de fomento han de respetar y adecuarse a lo establecido al respecto por el Estado y las Comunidades Autónomas que son las que tienen competencia en la materia»*. (STS de 25 de mayo de 2004, cas. núm. 66/2002). Esto es, que los Ayuntamientos califican suelo pero no vivienda. Deben atenerse a los tipos de vivienda protegida establecidos por el Estado y/o la Comunidad Autónoma, porque carecen de competencia tanto legislativa como ejecutiva en la materia. Sólo disponen de capacidad promotora y gestora de su propio patrimonio de suelo y vivienda, que pueden programar mediante la aprobación de planes municipales de vivienda⁵. Pero tales planes carecen, pues, de la eficacia normativa *ad extra* que tienen los planes autonómicos de vivienda.

Ahora bien, ni este marco legal básico (que sólo garantiza un mínimo competencial a los municipios) ni esta jurisprudencia (que aplica el Derecho vigente) impiden que una Comunidad Autónoma, en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de vivienda, les atribuya cierta capacidad de innovación normativa a todos o algunos de los municipios, para establecer tipos adicionales de vivienda protegida o para adaptar a su realidad local las características de los tipos establecidos por las leyes o los planes de vivienda, por ejemplo elevando o reduciendo precios máximos, superficies máximas u otros parámetros, todo ello dentro de los límites establecidos en las leyes o los planes en la materia. Tal cosa podría ser aconsejable al menos en los municipios de áreas metropolitanas y los de mayor población, en los que el mercado inmobiliario presenta mayor complejidad y dinamismo. Bien arbitrada, esta flexibilidad podría contribuir a coordinar mejor las calificaciones de suelo y de vivienda y a hacerlas más eficaces y adaptables a la realidad socio-económica local del tiempo y lugar en el que han de ser aplicadas.

5. DOS TIPOS DE TÉCNICAS DISPONIBLES

Las técnicas arbitradas por nuestro Derecho urbanístico para favorecer la efectividad del derecho a la vivienda pueden agruparse en dos conjuntos: las relativas al régimen objetivo del suelo y las relativas al régimen estatutario del derecho de propiedad (pública y privada) sobre el suelo.

5.1. Régimen objetivo del suelo

a) La calificación y la reserva de suelo con aprovechamiento lucrativo para vivienda protegida

La posibilidad de conceptuar la vivienda de protección pública como un uso diferenciado del suelo y, por ende, como una calificación urbanística fue planteada primero por el planeamiento urbanístico y, después

⁵ Véanse, por ejemplo, los artículos 13 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía y 12 de la Ley 9/2010, de 30 de agosto, del Derecho a la Vivienda de la Comunidad de Castilla y León.

de ser anulada por los Tribunales por falta de cobertura legal⁶, obtuvo dicha cobertura en la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, de donde pasó al Texto Refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, que estableció que «el planeamiento urbanístico municipal podrá calificar terrenos para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública». Esta regla sería después declarada inconstitucional por falta de competencia del Estado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, pero pasó de la ley estatal a las leyes urbanísticas autonómicas.

El principal problema de la calificación del suelo para uso residencial protegido –una vez superado el de la necesaria cobertura legal– es de carácter dogmático: se refiere a que la vivienda protegida no es, en propiedad, ni un uso del suelo materialmente diverso ni una tipología edificatoria necesariamente diferente de la vivienda libre, lo que permite dudar de su posible consideración como una calificación urbanística. Este problema ya fue aludido por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia citada, cuando afirmó que «la habilitación que dimana del art. 33.2 de la Constitución, pasando por el art. 76 de la Ley del Suelo Texto Refundido de 1976 para delimitar urbanísticamente el derecho de propiedad en cuanto a su contenido, está referida a los aspectos o contenidos urbanísticos y no se puede extender al establecimiento de un régimen especial de construcción, enajenación o arrendamiento de los edificios; materia ésta que en la legislación sectorial específica es objeto de un tratamiento preciso a través de medidas de fomento y no de técnicas urbanísticas».

Sin embargo, aunque el urbanismo consista en la ordenación de los usos del suelo, no es ni ha sido nunca una ordenación exclusivamente física, ajena a los aspectos sociológicos, económicos o culturales de la ocupación de este recurso. Bien al contrario, es la expresión espacial o territorial de las diversas políticas socio-económicas que requieren utilizar el suelo⁷. Sirva como ejemplo que el Reglamento de Planeamiento de 1978 estableciera en su Anexo estándares diferenciados para equipamientos educativos (desagregados según niveles de enseñanza), deportivos y sociales sin que tampoco éstos tengan por qué ser física o tipológicamente diferentes entre sí, sino que atienden a necesidades sociales entre sí diversas, como también lo hacía la reserva de un porcentaje mínimo de la dotación de aparcamientos para usuarios minusválidos. En la medida en que el urbanismo ordena espacialmente las diversas necesidades sociales y económicas de utilización del suelo, puede sin duda atender también a las necesidades de vivienda asequible y disponer sus técnicas al servicio de la política de vivienda, del mismo modo que lo hace al servicio de la política industrial, comercial, social o educativa, por ejemplo.

Ahora bien, esta misma razón obliga a la coordinación entre la política sectorial o vertical de que se trate en cada caso y la horizontal de ordenación territorial y urbanística. Y la calificación urbanística de suelo para vivienda protegida ofrece una nueva oportunidad para la coordinación tan necesaria entre urbanismo y vivienda, pero también un reto⁸. Dos ejemplos pueden ilustrar este reto.

En primer lugar, deberán planificarse, programarse y disponerse los medios necesarios en la política de vivienda para poder calificar (y financiar, en su caso) tantos objetivos como requiera la ejecución del planeamiento en los sectores o ámbitos que contengan suelo calificado con este concreto destino: de lo contrario, la Administración estaría impidiendo al promotor el cumplimiento de sus deberes urbanísticos. Es decir, que una vez introducida la vivienda protegida como calificación urbanística, la coordinación entre planificación de vivienda y urbanística se hace más necesaria que nunca⁹.

⁶ Pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1985, 1 de junio de 1987, 17 de abril de 1991, 21 de mayo de 1991 y 5 de febrero de 1992. Esta última, por ejemplo, desestimó el recurso de apelación deducido por el Ayuntamiento de Madrid y la Comunidad de Madrid contra la Sentencia de 20-1-1990 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que se había estimado parcialmente el recurso formulado por varios particulares contra el acuerdo de aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1985.

⁷ El propio Tribunal Supremo parece compartir este parecer cuando, por ejemplo, ha sancionado por razones de integración social la conformidad a Derecho de la denegación de una autorización urbanística de utilización del suelo no urbanizable para uso residencial en ejecución de un plan de erradicación del chabolismo, pues rechaza que pueda ser de interés público «la necesidad de emplazar en el medio rural a un colectivo del que se pretende su integración en el medio urbano» (STS de 11 de diciembre de 2003, F. J. 4.º).

⁸ A los problemas de coordinación entre las calificaciones de suelo de los planes urbanísticos y los programas de los planes de vivienda se han referido ya, por ejemplo, IGLESIAS GONZÁLEZ (2005: 537) y GARCÍA ÁLVAREZ (en LÓPEZ RAMÓN, coord., 2010: 395-396).

⁹ No está de más advertir, a estos efectos, que las políticas articuladas en los últimos planes de vivienda se han hecho más complejas y ambiciosas, pero no necesariamente mejor dotadas de recursos financieros, sobre los que ha incidido la crisis como se verá al final de este estudio. En ellas, la vivienda protegida ya no ocupa el papel protagonista casi exclusivo que tuvo históricamente, sino que convive –y comparte recursos– con otras actuaciones protegidas, como las ayudas directas a los demandantes de vivienda, las ayudas a la rehabilitación edificatoria y la renovación urbana, etc.

Este problema se ha hecho evidente en el marco del Plan Estatal 2013-2016, que sólo califica y financia como vivienda protegida el parque de vivienda en alquiler edificada sobre suelo público. Es decir, que no contempla la vivienda protegida ni en venta, ni tampoco en alquiler sobre suelo privado¹⁰. Es cierto que dicho marco básico no impide a las Comunidades Autónomas seguir calificando –y, cuando dicha calificación conlleve alguna subvención, financiando con sus recursos propios– como vivienda protegida a la edificada sobre suelo privado incluso para su venta, como por ejemplo han hecho Andalucía¹¹ o Cataluña¹². Pero donde no se haga así, podría darse la paradoja de la imposibilidad de cumplir el destino del suelo, por inexistencia de tipologías de vivienda protegida sobre suelo privado¹³. Al igual que allí donde los objetivos de vivienda protegida establecidos en el plan de vivienda queden sensiblemente por debajo de las viviendas edificables en el suelo privado calificado para tal fin en el plan urbanístico, puede producirse un exceso de suelo calificado. Y allí donde un nuevo plan de vivienda altere sustancialmente los parámetros económicos de las viviendas protegidas (como su precio máximo en venta o alquiler o el importe de la subvención de que pueda beneficiarse) respecto de los vigentes o previstos al tiempo del plan urbanístico, puede darse la inviabilidad económica de algunas actuaciones de urbanización previstas en éste.

La disparidad competencial y temporal de los planes urbanísticos y de vivienda, de que me he ocupado en los apartados 3 y 4, aumentan sin duda el riesgo de estos problemas y aconsejan insistir en la necesidad de coordinar a unos y otros instrumentos para que puedan cumplir sus fines comunes con eficacia.

En segundo lugar, ocurre a veces que los planes urbanísticos califican suelo para vivienda protegida con vigencia indefinida (sin perjuicio de su necesaria revisión transcurrido un plazo de tiempo, como prescriben la mayoría de leyes urbanísticas y, supletoriamente, los artículos 154 y siguientes del Reglamento de Planeamiento de 1978), mientras que la administración califica a la vivienda protegida sólo temporalmente, de conformidad con lo dispuesto en los planes de vivienda; de donde se sigue que, transcurrido el plazo de esta última calificación y en tanto no se revise o modifique la primera, el suelo destinado a vivienda protegida pasa a quedar ocupado por vivienda libre¹⁴. Para superar esta discordancia, el artículo 6 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regulaba el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, previó que el régimen de protección pública de las viviendas y alojamientos a él acogidos fuera «de carácter permanente mientras subsista el régimen del suelo, si las viviendas y alojamientos hubieran sido promovidos en suelo destinado por el planeamiento a vivienda protegida, o en suelo dotacional público, y, en todo caso, durante un plazo no inferior a 30 años». Pero dicho plan ya no está vigente¹⁵ y otros no contienen similares cautelas¹⁶.

¹⁰ Me refiero al ya citado Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, en particular sus arts. 14 y 15.2. Sin embargo, el Borrador del futuro Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, publicado al tiempo de escribirse estas líneas, recupera el fomento del parque de vivienda en alquiler de titularidad privada en su art. 23, si bien en el 25 mantiene la limitación de sus beneficiarios a los entes del sector público o del tercer sector.

¹¹ El Decreto 141/2016, de 2 de agosto, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía 2016-2020 introduce como novedad, en los términos de su preámbulo, «un programa de viviendas protegidas de precio limitado, con el objetivo de impulsar la promoción de viviendas en las reservas de los terrenos establecidas por la legislación urbanística para su destino a viviendas protegidas».

¹² El Decreto 75/2914, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda de Cataluña sigue regulando las «viviendas con protección oficial» de promoción privada, tanto en venta como en alquiler (arts. 2.5 y 41 y ss.).

¹³ Obviamente, tal problema sólo se dará si la superficie de suelo calificada para vivienda protegida es superior a la de cesión obligatoria y gratuita a la Administración.

¹⁴ En opinión de Porto Rey (2001: 97-98), dicha vivienda queda en situación de fuera de ordenación, lo que acarrearía severas limitaciones en la propiedad de los terceros adquirentes de buena fe; mientras que para IGLESIAS GONZÁLEZ (en LÓPEZ RAMÓN, coord., 2010: 379-380) no hay discordancia o no tiene efecto alguno, porque la calificación del suelo para vivienda protegida se extingue con la construcción de dicha vivienda. Esta última opinión, sin embargo, es tributaria de la reticencia a considerar la VP como una genuina calificación del suelo por entender que no constituye un uso diferente, a la que me he referido en el cuerpo de este estudio. En mi opinión, sí hay un conflicto entre la duración de la calificación del suelo y la vivienda, que debería evitarse pero que, allí donde se dé, debe resolverse interpretativamente mediante el desplazamiento de la norma más general por la más específica y *pro cive*, que es la de duración de la calificación de la vivienda.

¹⁵ Una solución análoga (protección por 30 años «sin perjuicio de que si los suelos sobre los que se edifiquen las viviendas y alojamientos protegidos están calificados urbanísticamente con el uso pormenorizado de vivienda protegida, se mantendrá dicho régimen legal mientras permanezca la calificación del suelo») es la que rige en Andalucía, en virtud del art. 25 del citado Decreto 141/2016, de 2 de agosto, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía 2016-2020.

¹⁶ En Castilla y León, por ejemplo, la duración de la protección es siempre de 15 años (art. 50 de la Ley 9/2010, de 30 de agosto, del Derecho a la Vivienda de la Comunidad de Castilla y León) y en Cataluña, el Decreto 75/2914, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda establece la calificación por el plazo de treinta años (quince si se trata de municipios sin demanda residencial fuerte y acreditada) en el caso de promociones en suelo de reserva urbanística con destino a vivienda protegida y si se obtienen ayudas

Una vez asumida y normalizada la calificación del suelo para vivienda protegida, el siguiente paso dado por el legislador urbanístico fue no ya habilitar, sino imponer al planeamiento territorial y urbanístico la reserva de suelo para este uso. La primera Comunidad Autónoma que lo hizo fue la del País Vasco. Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante, LOT) impuso en su artículo 6.7 como determinación mínima de las Directrices de Ordenación del Territorio (en adelante, DOT) «la cuantificación de la necesidad de vivienda, especialmente de las de protección oficial, en las diferentes áreas o zonas del territorio y establecimiento de los criterios de localización de las mismas y de los parámetros a tener en cuenta por los instrumentos de ordenación urbanística». En desarrollo de las DOT, también los Planes Territoriales Parciales debían cuantificar las superficies de suelo que hayan de reservarse en todo caso con destino a la construcción de viviendas de protección oficial (art. 12.1.f) LOT).

Posteriormente, la Ley 17/1994, de 30 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y de tramitación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística (más conocida como *Ley Maturana* por el Consejero del Gobierno vasco que la impulsó), estableció en su Capítulo I unos «estándares de viviendas de protección pública» cifrados en el 20% del aprovechamiento total residencial previsto en operaciones sistemáticas de reforma interior en suelo urbano y el 65% del total residencial previsto en suelo urbanizable programado para cada uno de los cuatrienios y en suelo apto para urbanizar. Tales estándares fueron establecidos como de obligado cumplimiento por imperio de la Ley para el planeamiento urbanístico de los Municipios de más de 7.000 habitantes, atribuyéndose al Consejero competente en materia de urbanismo y vivienda las potestades, de un lado, de autorizar excepcionalmente porcentajes inferiores «siempre que se acredite el cumplimiento global de los estándares mínimos» y, de otro lado, de extender dicha obligación a algunos de los restantes Municipios¹⁷.

Siguiendo este primer precedente, la reserva legal de suelo para vivienda protegida ya rige en todas las Comunidades Autónomas y no se han apreciado efectos inflacionarios en su implantación, pese a que en algunos territorios tiene un nivel muy elevado. La cuestión es que en otros territorios no regía, hasta hace una década, reserva legal alguna lo que, aparte de afectar a la unidad de mercado (tengamos en cuenta que esta reserva oscilaba entre el 75 % y el 0 % según Comunidades Autónomas), dificultaba sobremanera la promoción de vivienda asequible, porque el mercado no provee terrenos urbanos a valores de repercusión compatibles con la vivienda protegida justo allí donde ésta más falta hace. De ahí la inclusión de un estándar básico en la Ley de Suelo, actualmente cifrado por el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana en el 30 % de la edificabilidad residencial de las actuaciones de nueva urbanización y el 10 % en las de reforma o renovación de la urbanización existente [art. 20.1.b)]¹⁸.

El destino de esta reserva es la «vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa». La Ley utiliza una fórmula tan abierta con el propósito de respetar las competencias autonómicas exclusivas sobre vivienda y urbanismo. En efecto, el objeto del precepto no es configurar una determinada política de vivienda, sino establecer un estándar mínimo y básico en la utilización del suelo residencial, de forma que una parte proporcional del mismo cumpla una función social cual es destinarse a vivienda asequible, lo que delimita el contenido de la propiedad de tales terrenos al servicio de la efectividad del derecho contenido en el artículo 47 CE.

Para asegurar esa función, el legislador estatal se limita a exigir que ese producto inmobiliario tenga establecido un precio máximo. En lo demás, es el legislador sectorial quien debe determinar las características de dicho producto (superficie y demás características físicas, precio, formas de adquisición o de acceso a su disfrute, sujetos legitimados para acceder al mismo, etc.) así como la proporción exigible de suelo desti-

directas (art. 47.1). En el otro extremo, la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda del País Vasco establece en su art. 29 como regla general la calificación permanente de la vivienda protegida.

¹⁷ En desarrollo de esta Ley, el Decreto 142/1997, de 17 de junio, estableció diversas reglas de ejecución de los estándares, y en particular la precisión de que se aplicasen en suelo urbano «sobre el incremento residencial previsto por el planeamiento en edificios de nueva planta, con respecto al aprovechamiento existente» y en suelo urbanizable para «cada sector de suelo urbanizable programado o apto para urbanizar».

¹⁸ La previsión de esta reserva no sólo en las actuaciones de nueva urbanización, sino igualmente en las actuaciones de reforma o renovación del suelo urbanizado, así como los deberes de realojamiento y retorno previstos indistintamente para cualesquiera actuaciones de transformación urbanística, pueden servir –si tienen un adecuado desarrollo por la legislación urbanística– para evitar el riesgo de segregación espacial justamente contrario al de la degradación o depauperación de los barrios, que es el conocido con el anglicismo «gentrificación» (del original *gentrification*), es decir, la expulsión de la población residente y su sustitución por otra de mayor poder adquisitivo atraída por la actuación de transformación urbanística. Un problema poco tradicional pero emergente en nuestras ciudades (LEAL MALDONADO, 2002: 68).

nado a él (con el mínimo del 30 ó 10 %), cuáles deban ser los ámbitos de referencia para aplicar la reserva y aquéllos en que quepa exceptuarla, etc., con una amplísima libertad de configuración. Todo ello diferencia sustancialmente a la reserva básica del artículo 20 del actual Texto Refundido, cuya constitucionalidad confirmó la STC 141/2014, de 11 de septiembre, de la regla estrictamente urbanística contenida en su día en el artículo 98.3 del Texto Refundido de 1992 y que fuera declarada inconstitucional por invasión competencial por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

Conviene tener presente que, en la década previa a la promulgación de la Ley, los precios del suelo habían escalado de forma insostenible¹⁹ y habían hecho evidente su erección como principal barrera contra la promoción de vivienda protegida en España. Así las cosas, resulta más eficaz para favorecer esta actividad promocional la garantía de una oferta suficiente de suelo a valor de repercusión tasado, que no las subvenciones para la compra y urbanización de suelo, cuya regulación básica estatal al amparo del artículo 149.1.13.ª CE en sucesivos planes de vivienda nadie cuestionó desde los años ochenta del siglo pasado.

Además, España afronta retos sociales mayores, como el envejecimiento de la población, la emancipación tardía por la dificultad de los jóvenes de acceder al empleo y al crédito, o la inmigración masiva. Para hacerles frente, nuestra política de vivienda se vale no sólo, pero sí principalmente de la vivienda protegida. Por ello, debemos estar especialmente atentos a evitar que ésta se concentre en grandes actuaciones sociales segregadas espacialmente de las áreas residenciales de mercado libre: debemos favorecer una zonificación inclusiva (*inclusionary zoning*) y la mezcla social (*mixité sociale*) con la combinación de vivienda libre y protegida²⁰, si no queremos volver a incurrir en viejos errores de las políticas de vivienda de los años 50 y 60 del siglo xx que intentamos corregir con las políticas urbanas de hoy²¹.

b) La calificación y la reserva de suelo dotacional para uso residencial

El siguiente y, por ahora, último paso dado por la legislación urbanística en España ha sido el de considerar el uso residencial de carácter social o protegido no ya como un aprovechamiento lucrativo diferenciado, sino como un uso dotacional público del suelo. Culmina así la evolución descrita dando entrada al alojamiento o la vivienda asistencial, de inserción o, en general, protegida entre los equipamientos públicos que pueden prescribir los planes urbanísticos en las ciudades.

Es hora de asumir que la vivienda pública puede y debe ser una dotación urbana más, al igual que lo son las plazas, las calles, las escuelas, los centros de salud o de la tercera edad. ¿Tiene sentido que los espacios «de día», ya sean ocupacionales o de ocio, de los colectivos socialmente vulnerables como pobres, ancianos o jóvenes sean pacíficamente admitidos como equipamientos y los espacios «de noche» o residenciales no? Si la habitación, el alojamiento o la residencia de las personas en situación de necesidad es un servicio público de carácter social, el inmueble destinado a prestarlo debe poder ser considerado –con independencia de su tipología edificatoria– como un equipamiento público de carácter social.

Y, al igual que hemos visto unos párrafos más atrás con la calificación de la vivienda protegida como aprovechamiento lucrativo diferenciado, se han dado dos posibilidades: o la mera habilitación al planeamiento o la imposición al mismo de estándares legales mínimos.

La primera Comunidad Autónoma en dar este último paso fue la de Madrid, cuya Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, instauró en su artículo 36 la «red de viviendas públicas o de integración social» entre las redes públicas supramunicipales de servicios. Significa esto que los suelos destinados a ellas pueden adquirirse por cesión obligatoria y gratuita cuando se integren en un ámbito o unidad de ejecución sistemáticos, de conformidad con lo previsto en el artículo 90 y, en caso contrario, por ocupación directa o por expropiación forzosa. Hasta 2010, la Ley establecía además estándares legales mínimos para la cesión, que cuantificaba en su artículo 91 en la tercera parte de las cesiones a la Comunidad de Madrid para el sistema de redes públicas supramunicipales, que eran a su vez de 20 metros cuadrados de suelo por cada 100 metros cuadrados construidos de cualquier uso²².

¹⁹ Entre 1998 y 2005, los precios del suelo urbano se incrementaron un 500 %, según el Banco de España.

²⁰ Estos han sido los objetivos perseguidos con medidas similares adoptadas en los últimos tiempos en Estados Unidos y Francia, respectivamente. Sobre estos casos, pueden verse PONCE SOLÉ, 2001, y los estudios monográficos de SÁNCHEZ DE MADARIAGA, 1998, y TEJEDOR BIELSA, 1998. Más ampliamente, sobre la función de equilibrio territorial de la vivienda social, PONCE SOLÉ, 2004: 163.

²¹ Así lo había defendido ya en el *Estudio preliminar* a PAREJO Y FERNÁNDEZ, 2009: 62.

²² Esta determinación legal se ha visto afectada por las Leyes 9 y 10/2010, de 23 de diciembre, y ahora el precepto no sólo no contempla tal estándar, sino que además establece, por excepción a la regla general en materia de redes públicas, que «los suelos

Posteriormente, la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra incluyó en su artículo 53 que, en los sectores de suelo urbanizable, el planeamiento deberá definir una reserva de suelo, con el carácter de dotación supramunicipal, que en la redacción actualmente vigente está circunscrita a los sectores de uso predominante residencial y debe tener una superficie no inferior a 3 metros cuadrados por cada 100 metros cuadrados construidos de uso residencial, que tendrá la condición de solar, la cual se calificará para la construcción de viviendas u otros usos residenciales de titularidad pública. Cataluña incorporó asimismo a su Texto Refundido de la Ley de Urbanismo aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, la previsión según la cual «el planeamiento urbanístico general puede prever como sistemas urbanísticos reservas de terrenos destinados a viviendas dotacionales públicas» (art. 34.3) fijando, en este caso, su cuantía en el 5 por ciento, como máximo, de la reserva global del municipio para equipamientos públicos locales.

En fin, otras leyes fueron siguiendo también este camino hoy ya bastante transitado, como la Ley 1/2006, de 7 de febrero, de modificación del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias (disposición adicional primera.1), la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco (artículo 54) y la Ley 6/2008, de 19 de junio, de Medidas Urgentes en Materia de Vivienda y Suelo, por la que se modifica la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (artículo único, apartados uno y dos, que modifican sus artículos 22 y 47 respectivamente), etc.

En la medida en la que se están consolidando el concepto de los alojamientos o viviendas dotacionales y el principio de que la vivienda social debe ofrecerse preferentemente en régimen de alquiler u otro derecho temporal de uso, no en venta, la cuestión que surge de esta evolución es la de si la calificación y reserva del suelo dotacional para vivienda se irá configurando progresivamente ya no como meramente complementaria, sino como sustitutiva de la calificación y reserva de suelo lucrativo para vivienda protegida.

Tal hipótesis serviría para concebir a la vivienda social como un equipamiento urbano, antes que como un producto inmobiliario más, cuya oferta se quiere garantizar mediante su inserción en el sistema de cargas de la propiedad inmobiliaria. Pues, con independencia de las discutibles críticas que esta última concepción siempre ha recibido desde la perspectiva de la justicia, lo cierto es que siempre ha planteado problemas desde la perspectiva de la eficacia. Y tendría la doble ventaja de, de un lado, (1.º) contribuir decididamente a la formación de un parque público (sin perjuicio de su gestión privada, con o sin ánimo de lucro) y estable de suelo destinado a alojamiento y/o vivienda social en alquiler y, de otro lado, (2.º) evitarles a los propietarios del suelo tanto la imposición de rígidas limitaciones de destino de su suelo residencial, como la doble imposición de cargas de cesión obligatoria y gratuita de suelo –dotacional y lucrativo– para usos de alojamiento o vivienda social.

5.2. Régimen estatutario de la propiedad

a) *La participación de la comunidad en las plusvalías y los patrimonios públicos de suelo*

La participación de la comunidad en las plusvalías viene articulándose en España mediante la atribución *ex lege* a la Administración de un porcentaje del aprovechamiento urbanístico desde 1975. La singularidad de la técnica empleada en España no debe engañarnos ni permite olvidar que los países de nuestro entorno también han articulado figuras con el mismo fin de procurar el rescate público de una parte de las plusvalías urbanísticas, ya se denominen *planning gains*, *plafond légal de densité* o *concessione edilizia*. Dado que parte de la plusvalía urbanística se financia por todos al valerse de infraestructuras externas o preexistentes de transporte y de agua no costeadas por la actuación, y que nos genera nuevo gasto público en mantenimiento de infraestructuras y prestación de servicios públicos, se trata de garantizar que una parte razonable y proporcionada de ella revierta asimismo directamente en la sociedad, como manda la Constitución, para compensar no sólo estas «externalidades» negativas o impacto económico, sino también su impacto ambiental²³.

Ahora bien, el hecho mismo de su inserción en el artículo 47 de la Constitución parece sugerir que la voluntad constituyente no era sólo arbitrar una técnica de distribución de la riqueza inmobiliaria, en desarrollo

integrantes de las redes supramunicipales cedidos a la Comunidad de Madrid tendrán la condición de bienes patrimoniales salvo que una Ley les otorgue expresamente el carácter de bienes de dominio público».

²³ BAÑO LEÓN ya llamó la atención sobre esta idea de justicia distributiva, que el autor conectó con el principio del Derecho medioambiental «quien contamina paga» (2001: 45).

del principio más general de subordinación de toda la riqueza al interés general del artículo 128 de la propia Constitución, sino también un instrumento al servicio de las políticas de suelo y vivienda.

Esta vinculación constitucional de la participación en las plusvalías a las políticas de suelo y vivienda justifica que la Ley de Suelo haya considerado básico exigir que los bienes, derechos y recursos adquiridos por su vía (incluidos los ingresos obtenidos mediante la enajenación de los terrenos que los integran o su sustitución por dinero) integren un patrimonio público de suelo, que es un patrimonio separado afectado a determinados fines por imperio de la Ley (art. 51 TRLSRU)²⁴. Primaria y necesariamente, esta masa patrimonial debe ser empleada para la promoción de vivienda protegida, sin perjuicio de su posible dedicación a otros usos complementarios que especifiquen las leyes autonómicas (art. 52.1 TRLSRU).

La voluntad del legislador estatal de dar cumplido desarrollo al mandato constitucional en este punto se observa también en la forma que utiliza para determinar el rango de esta participación de la comunidad de la plusvalía: ya no la fija mediante una horquilla de mínimo y máximo universales, sino mediante una horquilla general de entre el 5 y el 15 %, que la legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá respectivamente reducir (hasta el 0 %) o ampliar (hasta el 20 %) excepcionalmente «para las actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo» [art. 18.1.b) TRLSRU]. Y es que la Constitución manda que la comunidad participe en las plusvalías urbanísticas, no en el aprovechamiento urbanístico, y a iguales aprovechamientos pueden corresponderles muy distintas plusvalías, dependiendo de las cargas que haya que levantar para generar ese aprovechamiento.

De algún modo, esta previsión traslada a la legalidad lo que era práctica habitual en el urbanismo convencional. Y aprovecha la ocasión para ponerle coto. En efecto, en España se había hecho habitual que las Administraciones públicas condicionaran la ordenación de actuaciones urbanísticas, especialmente las más lucrativas, a la firma de convenios en los que los propietarios y/o el promotor asumían más cargas que las legales. Una práctica que ha dado pie en ocasiones a desviaciones de poder (al utilizar potestades de ordenación y ejecución urbanísticas con finalidades financieras) e incluso a ilícitos punibles (prevaricación, cohecho, etc.). Esta habilitación del legislador estatal al autonómico para modular la participación de la comunidad en las plusvalías permite predeterminar normativamente esta modulación, regulando de forma general en qué casos procede y con qué límites, lo que hace innecesario acudir a la vía convencional dentro de tales límites. Y fuera de ellos, «los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno Derecho» (art. 9.8 TRLSRU).

Pero, como también se ha dicho, la participación de la comunidad en las plusvalías no es sólo una técnica de distribución de la riqueza inmobiliaria, sino también una herramienta de las políticas de suelo y vivienda, que puede ser utilizada por el legislador para fomentar la promoción privada de actuaciones urbanísticas de interés general, reduciendo el porcentaje de la participación pública en el aprovechamiento cuando pueda arriesgar la viabilidad económica de las mismas. Así puede ocurrir, por ejemplo, con las actuaciones de renovación urbana en el suelo ya urbanizado. La intervención en el suelo urbanizado se ve condicionada por muchas más situaciones consolidadas que la transformación del suelo urbanizable: mayor fragmentación de la propiedad, más edificaciones a demoler y/o conservar y rehabilitar, mayor población a realojar y retornar, etc., lo que limita comúnmente el *ius variandi*, las plusvalías y el margen para distribuirlas equitativamente con las cargas. Se explica así, en consecuencia, que la propia Ley estatal permita al planeamiento eximir con carácter excepcional de cesiones de suelo a las actuaciones sobre zonas con un alto grado de degradación o de sustitución de infravivienda (art. 18.4 TRLSRU) o que el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón (Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio) le permita, excepcionalmente y de forma específicamente motivada, ampliar la participación de la comunidad en las plusvalías hasta un máximo del 20 % tanto en suelo urbano como urbanizable, pero sólo reducirla e incluso eliminarla en las actuaciones de rehabilitación

²⁴ El Tribunal Constitucional rechazó el carácter básico y, en consecuencia, declaró inconstitucional el precedente artículo 277 del Texto Refundido de 1992 porque «la concreción con carácter básico de cuáles hayan de ser los bienes que lo integran no responde ya de forma inmediata y directa a la planificación general de la actividad económica» (STC 61/1997, de 20 de marzo, F. J. 36.º). Pero este precepto se aparta de dicho precedente, porque ya no tiene dicho alcance concreto y omnicompreensivo, sino que se limita a establecer una regla singular de conexión entre dos instituciones de competencia estatal, los patrimonios públicos de suelo y la participación de la comunidad en la plusvalía, para asegurar la subsistencia de la primera y evitar la defraudación de la función constitucional de la segunda. Por esta razón, fue declarado constitucional por la STC 141/2014, de 11 de septiembre [FJ 11.A)].

del suelo urbano no consolidado (artículos 127 y 128). De esta forma, hace uso de la habilitación legal estatal para configurar legalmente una técnica de fomento de la renovación urbana.

Simétricamente, a las actuaciones urbanísticas residenciales en suelo urbanizable de baja densidad y tipologías edificatorias unifamiliares, pareadas o adosadas, que tanto han proliferado en España en las últimas décadas, muchas veces asociadas a equipamientos deportivos como campos de golf y a complejos comerciales o turísticos, y tantas veces eximidas del cumplimiento de la reserva de suelo para vivienda protegida, se les podrá incrementar la participación de la comunidad en sus plusvalías cuando éstas sean sensiblemente superiores a las de otras actuaciones o ámbitos. Llegamos, pues, a la conclusión de que la modulación posibilitada por el legislador estatal –si es bien articulada por el legislador autonómico y bien aprovechada por el planificador urbanístico– puede ser un paso para implantar el principio ambiental «quien contamina paga» en el urbanismo español, de forma que la participación de la comunidad en la plusvalía sea mayor en las actuaciones menos sostenibles (nuevas urbanizaciones extensivas y de baja densidad) y menor en las más sostenibles (actuaciones de renovación urbana de mayor interés social).

Por otro lado, la Ley estatal de Suelo ha trabado esta participación pública en la plusvalía con la reserva de suelo para vivienda protegida, tratada en el apartado anterior, de forma que no sea duplicativa, sino simbiótica. La reserva es un estándar *objetivo* para la ordenación urbanística, mientras que la participación de la comunidad en la plusvalía es un deber *subjetivo* de prestación patrimonial. La primera garantiza la suficiencia de suelo para un producto inmobiliario de interés social, que ya asumimos como un equipamiento urbano más. La segunda establece un reparto de plusvalías en forma de atribución de una parte de los suelos (o de su valor) a la Administración. Ahora bien, dado que esta adjudicación de suelo no persigue fines financieros sino coadyuvar a las políticas de suelo y vivienda, la Ley introduce un límite específico a la autonomía para decidir qué suelos deban ser adjudicados u optar por el pago de su equivalente en dinero: cuando coincidan reserva y participación de la comunidad en la plusvalía, esta participación debe cumplirse con los suelos destinados a vivienda protegida, total o parcialmente hasta donde alcancen los suelos reservados a dicho uso por el plan [art. 18.1.b) *in fine* TRLSRU]. De esta forma, se aprovechan las sinergias entre las dos instituciones y se evita la defraudación de su función legal.

Las dos críticas más habituales contra la atribución a la Administración de un porcentaje del aprovechamiento urbanístico sostienen que es un tributo encubierto, cuyo único fin es la financiación de los Ayuntamientos, y que repercute negativamente sobre el precio de las viviendas. Sin embargo, empezando por esto último, su supuesto impacto inflacionario no se ha observado ni cuando se implantó el 10 % en 1975, ni cuando se subió al 15 % en 1990, ni finalmente cuando bajó al 10 % en 1996²⁵. Y no se trata de un tributo ni es asimilable a él, sino que es una prestación patrimonial de carácter público de las previstas en el apartado 3 del artículo 31 CE. En efecto, su finalidad no es recaudatoria –el «sostenimiento de los gastos públicos» a que se refiere el apartado 2 del citado artículo 31– sino instrumental de las políticas públicas de suelo y vivienda, y tampoco grava la «capacidad económica» de su sujeto pasivo, sino que es independiente de ella porque persigue subordinar la riqueza al interés general (art. 128.1 CE), en este caso la riqueza en que consisten las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos, en las que debe participar la comunidad por imperativo constitucional (art. 47 CE).

Es cierto que en España se han dado en ocasiones malas prácticas en la gestión de los patrimonios públicos de suelo²⁶, pero no lo es menos que buena parte de la vivienda protegida promovida en las últimas décadas se ha hecho sobre esos suelos y que la propia Ley adopta medidas novedosas para asegurar que se cumpla efectivamente su uso de interés social. Es esto importante: de nada sirve establecer reservas o estándares si después el uso de interés social de los suelos o el destino de los patrimonios que integran no se cumple efectivamente. Por ello la Ley combina flexibilidad en la gestión patrimonial y en su destino con rigor en la exigencia del cumplimiento efectivo de su finalidad.

La flexibilidad se observa, en primer lugar, en el artículo 51.2 del Texto Refundido a propósito de las facultades de gestión, que se amplían siempre que se trate de la «autorreversión» propia de un «fondo re-

²⁵ La explicación puede encontrarse en las muchas voces que afirman que es el precio del suelo el que viene determinado por el precio de la vivienda y no al revés. En este sentido, por todos, HERCE, LÓPEZ, RODRÍGUEZ y TALTAVULL, 2005: 82-83.

²⁶ Que han obligado al Tribunal Supremo a recordar reiteradamente la «imposibilidad de que los Ayuntamientos conviertan el Patrimonio Municipal del Suelo en fuente de financiación de cualesquiera necesidades municipales». Por todas, pueden consultarse las SSTs de 2 de noviembre de 1995, 14 de junio de 2000, 25 de octubre de 2001, 31 de octubre de 2001, 2 de noviembre de 2001, 29 de noviembre de 2001, 27 de junio de 2002, 7 de noviembre de 2002 y 27 de junio de 2006.

tatorio de retroalimentación continua» para optimizar su aprovechamiento²⁷. El anterior régimen legal exigía que los ingresos obtenidos mediante la enajenación de terrenos o la sustitución del aprovechamiento correspondiente a la Administración por su equivalente metálico se destinasen a la conservación y ampliación del mismo (art. 276.2 TRLS 1992), posibilidades a las que la nueva Ley añade ahora otras dos: dedicarlos a la administración del propio patrimonio –siempre, claro está, que sólo se financien gastos de capital, no corrientes– o, lo que es más importante, a los usos propios de su destino, como por ejemplo la construcción de viviendas protegidas. Y decimos que es importante porque es frecuente que los Ayuntamientos cuenten con más suelo que dinero para promover vivienda protegida, lo que dificulta su destino efectivo a este uso, salvo que desistan de la promoción pública y enajenen los terrenos a terceros o, en el nuevo marco legal, que enajenen algunos terrenos y afecten su precio a la promoción de las viviendas en otros.

Flexibilidad también en el destino de los patrimonios, habida cuenta de la diversidad de las prioridades a que puede dar lugar la combinación de la autonomía de la Administración titular con el localismo y la mutabilidad de los mercados de suelo. De ahí que el legislador básico haya permitido al planificador destinar sus bienes y recursos a diversos fines de interés general territorial y urbanístico (art. 52.1) cuando así lo prevea la legislación urbanística especificando los fines admisibles²⁸.

El rigor de la Ley, por su parte, se manifiesta precisamente en la disciplina a que somete estas enajenaciones, cuando prohíbe a las Administraciones subastar o vender el suelo por encima del valor máximo de repercusión para vivienda protegida, cuando ése sea su uso (art. 52.2 TRLSRU), para impedir que un suelo que se obtiene gratuitamente, integra un patrimonio separado y está objetivamente vinculado a determinados usos de interés social y precio tasado pueda acabar siendo subastado al alza y calentando el mercado.

Con todo, esta regla pone coto al problema pero no lo elimina. Las Administraciones públicas seguirán pudiendo enajenar onerosamente terrenos que han adquirido gratuitamente por imperio de la Ley para cumplir una función social, lo que seguirá haciendo posible que esas enajenaciones, aunque sean a valor de repercusión de vivienda protegida en su parte de uso residencial, incurran en desviación de poder por perseguir finalidades financieras antes que de política de vivienda y suelo. Para evitarlo, quizás debería estudiarse en el futuro prohibir la enajenación definitiva de estas parcelas adquiridas gratuitamente en virtud de una carga general de la propiedad del suelo, de manera que su gestión patrimonial deba hacerse siempre mediante negocios jurídicos limitados temporalmente y, por ello, reversibles, como el arrendamiento o la constitución de derechos reales limitados (superficie u otros)²⁹. Por esta vía, se estabilizaría la generación de patrimonios públicos de suelo para fines sociales, sin perjuicio de su explotación y gestión privadas; se superaría el complejo de Pandora³⁰ que rodea hoy a la institución en España; y se dotaría a las Administraciones de poderosas herramientas en el largo plazo para las políticas urbanas.

La misma finalidad de control se persigue en la Ley al prever la constancia registral tanto de la calificación urbanística para uso de vivienda protegida de los terrenos, en su caso (art. 27.2 TRLSRU), como de la limitación de precio o cualquier otra limitación, obligación, plazo o condición de destino que se haga constar en su enajenación, para lo cual la Ley exceptúa la vieja prohibición de acceso al Registro que contiene el artículo 27 de la Ley Hipotecaria (art. 52.3 TRLSRU). Es lógico que así se haga: cuando hablamos de patrimonios públicos de suelo, las limitaciones, los plazos o las condiciones impuestos en los negocios jurídicos de enajenación no son mera expresión de la autonomía de la voluntad de los contratantes, sino técnicas de control o de garantía de la eficacia de políticas públicas inmobiliarias, a cuyo servicio bien puede ponerse la función pública de la publicidad registral³¹.

²⁷ Expresiones que utiliza el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 2 de noviembre de 1995 y de 31 de octubre de 2001, por ejemplo.

²⁸ Ahora bien, me refiero aquí a la flexibilidad, pero ya no a la posibilidad de defraudación de dicho destino (que justifica su consideración como un patrimonio separado) después introducida en la regla del art. 52.5, que permite excepcionalmente destinarlo a reducir la deuda comercial y financiera del Ayuntamiento (bajo una condición de reintegro de incierto cumplimiento). Dicha regla, en mi opinión, defrauda el espíritu de la ley y arrumba los esfuerzos interpretativos y aplicativos de la jurisprudencia a que me he referido en la nota 24.

²⁹ El preámbulo de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana ya postulaba que «desde la perspectiva de los patrimonios públicos de suelo, el derecho de superficie puede y debe ser un instrumento mediante el que, cada vez más, se procure que el derecho de propiedad sobre el suelo urbano, una vez que entre en la esfera patrimonial de la Administración, no salga de la titularidad pública; el incremento no sólo en el espacio, sino en el tiempo, de los patrimonios públicos de suelo, debe seguir siendo pieza clave de la política urbanística».

³⁰ Según Julio VINUESA, José MARÍA DE LA RIVA y Antonio J. PALACIOS «la venta de suelo difícilmente obtenido para el patrimonio público es un permanente *tejer y destejer* que, además de transferir las plusvalías de bienes públicos a particulares, convierte en estructurales la escasa disponibilidad de suelo y los emplazamientos de deficiente calidad residencial» (2009: 512).

³¹ Luciano PAREJO y Gerardo ROGER FERNÁNDEZ, 2009: 479.

b) El derecho de superficie

La enajenación del pleno dominio del suelo a título oneroso, aunque sea a valores de repercusión para vivienda protegida, tiene un precio que hace difícilmente rentable la promoción de vivienda protegida en alquiler u otras formas de disfrute temporal. Por eso, los países de mayor tradición en la promoción de vivienda social en alquiler nos aventajan en la práctica de constituir derechos reales de carácter temporal sobre suelos públicos, a cuyo vencimiento revierten a la Administración. Esta alternativa tiene una triple ventaja: primero, favorece la promoción privada (no necesariamente lucrativa) de vivienda social al abaratar el precio por el que el promotor accede al uso y disfrute del suelo, permitiendo una amortización más rápida de su inversión; segundo, el promotor superficiario puede ceder al usuario final la vivienda en alquiler o en derecho de superficie, es decir, con derechos limitados temporalmente que favorecen la rotación del parque de vivienda protegida y, por tanto, la eficacia misma de la política de vivienda y, por último, aumenta también la eficacia y el control público en las políticas de suelo al conservar sobre él la Administración ciertas facultades dominicales.

El fomento del derecho de superficie como herramienta de las políticas de suelo y vivienda es una vieja aspiración del legislador español. Ya la exposición de motivos de la Ley de 12 de mayo de 1956, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, advertía que «el fomento de la edificación no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de los terrenos: basta la constitución del derecho de superficie. La experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que a la vez que facilita la construcción, evita la especulación en edificios y terrenos y reserva el aumento de valor del suelo para el propietario. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por entidades públicas y por particulares.».

Por estas razones, la Ley de Suelo de 1956 configuró un régimen especial de carácter estatutario y delimitado por su singular función social, no sólo para el derecho de propiedad, sino también para el derecho de superficie, que tenía hasta entonces una regulación puramente incidental en el Código civil. De entre los distintos derechos reales limitados previstos en el Código –usufructo, censos, etc.– el de superficie se adaptaba perfectamente, por su objeto y contenido, al tipo de negocio jurídico que el legislador del suelo quería fomentar: la cesión estable pero temporal de la edificabilidad a un tercero, quien tendría la facultad pero también el deber de edificar y la posibilidad de usar o disfrutar lo edificado hasta amortizar sobradamente su inversión, pero sin incentivos para orientar su actividad hacia la apropiación de plusvalías expectantes o futuras, dada la reversión al superficiante de todo el objeto del derecho a su término.

Sin embargo, este derecho real no ha ganado, en el medio siglo transcurrido desde entonces, el protagonismo que para él ha reivindicado el legislador y que de hecho tiene en otros países³².

A ello pueden haber contribuido varias causas: Una es el coste de oportunidad para el propietario del suelo de enajenar los terrenos o las viviendas en derecho de superficie, obteniendo una contraprestación inferior a la que podría percibirse con la plena enajenación. Por lo que se refiere en particular a las Administraciones públicas, la consideración misma de este coste de oportunidad pone en evidencia que la gestión de su patrimonio inmobiliario ha primado históricamente los intereses generales financieros sobre los de la política de vivienda. Una desviación de poder arraigada y difícil de corregir, aunque el legislador lo está intentando al menos en los últimos años, como ya se ha expuesto más atrás. Otra posible causa son las dificultades del superficiario para financiar su actividad promotora, ya que tradicionalmente esta actividad se ha financiado mediante crédito hipotecario y, aunque el derecho de superficie puede ser hipotecado (art. 107.5.º de la Ley Hipotecaria), hasta hace poco estas garantías no podían movilizarse en los mercados financieros secundarios, lo que desde luego reducía su atractivo para las entidades financieras.

Por ello, se han adoptado en la última década tres reformas legales sucesivas y concurrentes en España, con la finalidad de vitalizar el derecho de superficie como instrumento de las políticas de suelo y vivienda, innovando su régimen sustantivo y financiero.

³² Eso no significa que no haya sido utilizado ni que no empiece a hacerse más intensamente. El Plan de Vivienda de Barcelona 2008-2016 establecía que «la producción de nueva vivienda no destinada a realojamiento llevada a cabo directamente por el Ayuntamiento, mediante el Patronato Municipal de la Vivienda de Barcelona, se hará únicamente en régimen de alquiler y en derecho de superficie». Y el nuevo Plan por el derecho a la vivienda de Barcelona 2016-2025 se propone como reto «aumentar el parque de vivienda de alquiler, pero también otras fórmulas, como la cesión de uso o el derecho de superficie que, en todo caso, garanticen el mantenimiento de la titularidad pública del suelo» (pág. 229, véase también pág. 258).

El Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en primer lugar, establece en sus artículos 53 y 54 una nueva regulación del derecho de superficie que introduce novedades de interés en su naturaleza jurídica, su objeto y su duración³³.

En cuanto a su naturaleza, el nuevo régimen legal abandona definitivamente su tradicional consideración como un mero *ius in re aliena*, esto es, como un derecho real limitado y limitativo de la propiedad del superficiante, para afirmarlo como una propiedad temporal, separada de la propiedad del suelo³⁴. Dicho en otros términos: la Ley abandona definitivamente la doctrina del *dominio dividido* y abraza la del *dominio separado*, lo que veremos después que tiene alguna importancia práctica a efectos del mercado hipotecario.

En cuanto a su objeto, hasta ahora nuestra legislación estatal de suelo se refería exclusivamente a la posibilidad de constituir el derecho sobre el suelo para construir una edificación. Ahora se abre también a la posible constitución sobre edificios o sobre elementos privativos de ellos, tales como viviendas o locales de negocio.

Y respecto de la duración, late asimismo en la reforma el mismo espíritu flexibilizador, pues la iguala hasta un máximo de 99 años sea quien sea el sujeto que lo constituya, siendo así que hasta 1975 estaba limitada a un máximo de 50 años cuando lo concedían los entes públicos y desde entonces había sido ampliada a 75 años para los entes públicos y 99 para los privados.

La principal cuestión jurídica que suscita esta regulación legal es la de la función que cumple dentro del sistema de fuentes: la disposición final segunda TRLSRU parece concebirla en su apartado segundo como legislación civil al amparo del artículo 149.1.8.ª CE. Elige de esta forma un título competencial «seguro» porque la STC 61/1997, de 20 de marzo, ya ha dejado sentada su cobertura para regular el derecho de superficie en la legislación estatal del suelo. Así las cosas, su aplicación (salvo en lo tocante a los aspectos registrales) cedería ante los regímenes civiles forales o especiales allí donde existen, de conformidad con el apartado 5 del mismo precepto. Sin embargo, el apartado 4 del artículo 40 de la Ley establece que el derecho de superficie se rige por las disposiciones de ese Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho.

Esta prevalencia de la propia Ley de Suelo sobre la legislación civil ha sido explicada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de noviembre de 2002 haciendo suya la doctrina dualista del derecho. Según el Tribunal Supremo, la regulación de Derecho imperativo del derecho de superficie contenida en la legislación del suelo constituye «una importante excepción al principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada», por lo que sólo puede encontrar justificación «en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallen en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, careciendo en cambio del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas».

Sin embargo, esta doctrina descansa sobre una concepción del derecho de superficie lejana de la esbozada en los párrafos anteriores (propiedad separada cuyo contenido urbanístico-edificatorio delimita el legislador de suelo atendiendo a su especial función social, quienquiera que lo constituya y cualquiera que sea el interés que persiga) y se aparta claramente de la dicción de la Ley, que contiene también reglas de Derecho dispositivo y se ocupa del derecho «constituido por el propietario del suelo, sea público o privado» (art. 53.2 TRLSRU) pero sólo para la edificación y/o su uso y disfrute (art. 53.1). Si se hubiera querido dictar algunas reglas de Derecho imperativo para asegurar el sometimiento del derecho real de superficie constituido por las Administraciones públicas a los diversos intereses públicos que éstas pueden perseguir, su ubicación lógica habría sido la legislación patrimonial de éstas o la legislación sectorial correspondiente al interés público de que se trate, antes que la Ley de Suelo.

La prevalencia de la legislación de suelo sobre la legislación civil puede más bien ampararse en el artículo 149.1.1.ª CE y explicarse así: el legislador del suelo establece las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de las facultades urbanístico-edificatorias del derecho de propiedad inmobiliaria, como derecho

³³ Sobre el régimen de este derecho en la nueva Ley de Suelo, pueden verse José Ignacio NAVAS, 2007, y M.ª Ángeles EGUS-QUIZA BALSAMEDA, 2008.

³⁴ El Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales (aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo), ya había avanzado por el mismo camino. Su artículo 564-1 define al derecho de superficie como «el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que estén incluidas en la misma. En virtud del derecho de superficie, se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y el terreno o suelo en que se hace».

de carácter estatutario que está delimitado por la función social que cumple (interés general urbanístico y efectividad del derecho a la vivienda), y eso vale tanto para el pleno dominio sobre los terrenos como también para la propiedad separada del superficiario, en su caso. Confirman esta opinión la ubicación de los artículos 53 y 54 del Texto Refundido dentro de su Título VII, titulado «función social de la propiedad y gestión de suelo» y el hecho de que, a diferencia de su precedente del artículo 287.2 del TRLS de 1992, el artículo 53.1 TRLSRU establezca para los propietarios públicos y privados la misma regulación del destino del bien objeto del derecho que regula.

En consecuencia, en los casos contemplados por la Ley de Suelo (derecho de superficie sobre suelo edificable, o sobre la edificación o sus viviendas u otros elementos privativos), prevalece aquélla sobre la legislación civil, sea general, especial o foral, aplicándose ésta subsidiariamente³⁵. En cualesquiera otros casos (por ejemplo, derecho de superficie constituido sobre suelo rural para su siembra, plantación y/o explotación agrícola o ganadera), se aplica plenamente la legislación civil, según su propio orden de prelación de fuentes.

En la primera de ambas hipótesis, todavía hay que resolver otro posible conflicto, y es el que puede darse entre este régimen general y los regímenes especiales que la legislación sectorial establezca para la gestión de determinados tipos de bienes: así, por ejemplo, la legislación urbanística respecto de los patrimonios públicos de suelo³⁶ o la legislación de vivienda respecto de las viviendas protegidas³⁷. En tales casos, el legislador especial (el autonómico en ambos) superpone al estatuto general del derecho subjetivo un *status* especial que puede conllevar requisitos, limitaciones, condiciones o controles adicionales para la constitución, ejercicio o enajenación del derecho de superficie, como también para la propiedad o el alquiler, siempre que sean consecuentes y proporcionados con la finalidad de interés público a que obedecen.

La segunda innovación reciente en el régimen del derecho de superficie ha sido la introducida por el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. El Reglamento ha incluido por primera vez en su artículo 11 a los derechos de superficie entre los bienes que pueden ser admitidos en garantía hipotecaria de los préstamos y créditos hipotecarios que sirvan de cobertura a las emisiones de bonos hipotecarios, ser objeto de participaciones hipotecarias o servir para el cálculo del límite de emisión de las cédulas hipotecarias. Esto hace más fácil la financiación hipotecaria de la promoción de viviendas sobre inmuebles adquiridos en derecho de superficie, ya que las entidades financieras podrán movilizar esos préstamos y créditos hipotecarios emitiendo con su garantía títulos admisibles en los mercados financieros secundarios.

Como ya se ha advertido, hasta ahora el derecho de superficie estaba excluido de plano del mercado hipotecario, al igual que lo están el derecho de usufructo, las concesiones administrativas o los derechos de pastos, aguas, leñas y semejantes. Las dificultades para admitirlos en el mercado hipotecario eran de dos órdenes: dogmático y práctico.

La primera se refiere a que el artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del Mercado Hipotecario exige que «los préstamos y créditos a que se refiere esta Ley habrán de estar garantizados, en todo caso, por hipoteca inmobiliaria constituida con rango de primera sobre *el pleno dominio de la totalidad de la finca*», lo que difícilmente casa con el derecho de superficie concebido como un mero derecho real sobre una propiedad ajena. Esta dificultad se ha visto sorteada, sin embargo, por la configuración legal que de él hace la nueva Ley de Suelo como una propiedad temporal sobre un bien inmueble.

El segundo problema radicaba en que las limitaciones del derecho pudieran excluirlo de su consideración como un «valor suficientemente estable y duradero», requisito asimismo exigido por el mismo precepto legal para los bienes que pueden ser admitidos en garantía para préstamos o créditos hipotecarios. Para superar esta dificultad, ha bastado exigir que su duración supere, al menos, en 20 años al plazo de amortización del préstamo o crédito hipotecarios que sobre ellos se constituya a efectos de permitir su movilización mediante títulos, como ha hecho la modificación del Reglamento del Mercado Hipotecario, teniendo en cuenta además que la Ley de Suelo prolonga hasta un máximo común de 99 años la duración del derecho de superficie, lo que deja un amplio margen para la financiación y su amortización.

³⁵ Así, por ejemplo, el Libro Quinto del Código civil de Cataluña regula el derecho de superficie en sus artículos 564-1 a 6 y la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, lo hace en sus leyes 430 a 434.

³⁶ Véase, por ejemplo, los artículos 124.1 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo del País Vasco y 236 a 238 de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra.

³⁷ Por ejemplo, artículos 82 y siguientes de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda de Cataluña.

Para que el préstamo o crédito sea elegible como cobertura el Reglamento exige, además de la condición de estabilidad cifrada por relación con su duración ya mencionado, que la edificación o construcción haya sido realizada dentro del plazo previsto para ello en el título constitutivo del derecho (art. 12.6) pues lo contrario extingue el derecho de superficie, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.5 TRLSRU.

Finalmente, la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI) introdujo en España la figura anglosajona de los REIT, ya bastante extendida en los países de nuestro entorno. Con el objeto de captar capitales para la oferta profesionalizada de alquiler, la Ley beneficia con un régimen fiscal supuestamente atractivo a las sociedades que tengan por objeto la adquisición y promoción (incluida la rehabilitación) de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento. En lo que aquí interesa, su artículo 2.4 advierte que los inmuebles adquiridos lo deberán ser en propiedad pero acto seguido, y asumiendo plenamente la concepción del dominio separado, establece que «en particular, se entenderá incluida la propiedad resultante de derechos de superficie, vuelo o subedificación, inscritos en el Registro de la Propiedad y durante su vigencia».

Si, a mediados del siglo pasado, el derecho de superficie saltó desde el Derecho civil al Derecho administrativo especial en materia de suelo y urbanismo, medio siglo después parece haber tenido finalmente recepción en el Derecho mercantil y financiero. Se trata sin duda de novedades técnicas y poco vistosas, pero adecuadas para contribuir a erigir políticas y mercados de suelo y vivienda homologables a los de nuestro entorno, al servicio de la efectividad del derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

6. TRES PROBLEMAS ACTUALES

Los aspectos técnico-jurídicos desarrollados en las páginas precedentes son, sin duda, relevantes para entender las relaciones entre las políticas de suelo y de vivienda y para promover la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada que es, a la postre, el fin común a ambas por mandato constitucional. Pero no es menos cierto que el debate sobre estos aspectos técnicos nos ha entretenido tradicionalmente, distrayéndonos de otros aspectos no menos relevantes ni tampoco menos problemáticos. Al menos de tres, a cuyo apunte dedicaré las páginas finales de este artículo:

- 1.º La calificación de suelo para vivienda protegida o para vivienda dotacional y la adecuada articulación de la cesión obligatoria y gratuita de suelo, de los patrimonios públicos de suelo o del derecho de superficie, por ejemplo, constituyen obligaciones de medios, no de resultados. Pueden contribuir a políticas de suelo y vivienda más sostenibles y eficaces al servicio de la efectividad del derecho a una vivienda, pero no garantizan su efectividad como derecho subjetivo perfecto. Ya es tiempo de que se dé cumplimiento al mandato constitucional dirigido al legislador para que configure no cualquier *Derecho (objetivo) de la vivienda*, sino un auténtico *derecho (subjetivo) a la vivienda*, que quede garantizado (bajo tutela judicial efectiva) a las personas en situación o riesgo de exclusión residencial.
- 2.º El acceso a la vivienda es condición necesaria pero no suficiente para su disfrute efectivo. Para éste hace falta además el mantenimiento pacífico en dicho disfrute. En tiempos de auge inmobiliario, dicho mantenimiento en el disfrute efectivo se vio cuestionado en las grandes áreas metropolitanas por el fenómeno del acoso o *mobbing* inmobiliario. Y en tiempos de crisis financiera e inmobiliaria, se ha visto asimismo inquietado por el fenómeno de los desahucios de personas y familias socialmente vulnerables e inmersas en situaciones de necesidad. Estos problemas demandan un nuevo Derecho administrativo de la vivienda, dotado de medidas preventivas y también correctivas de los abusos de derechos o de su ejercicio antisocial.
- 3.º La eficacia de las políticas de vivienda pasa por destinarles recursos suficientes de forma sostenida. Tales recursos son, principalmente, suelo y financiación. En España, en las últimas décadas hemos calificado mucho suelo para vivienda protegida. Pero ni siquiera éste era provisto de forma eficaz a subvenir las necesidades de forma estable: suelo que era vendido sin controlar su destino final, suelo destinado a una vivienda protegida que no llegaba a construirse o que era descalificada al cabo de unos años, etc. Así que no ha sido capaz de compensar la manifiesta escasez de financiación dedicada a las políticas de vivienda en España, si la comparamos con nuestros países vecinos. El siguiente cuadro sobre el gasto público social en España comparado con la media de los países de la Unión Económica y Monetaria de la UE (UEM) expresa bien a las claras esta escasez:

UEM = 100 %	1980	2007	2013
PIB	74,4 %	96,2 %	84,8 %
Educación	–	84,1 %	69,9 %
Sanidad	56,0 %	82,5 %	69,0 %
Seguridad Social	56,5 %	74,9 %	82,8 %
Vivienda	19,6 %	45,0 %	31,0 %

Fuente: Banco de España, Síntesis de indicadores.

Así que en 2007, justo antes del estallido de la crisis y cuando nuestro PIB ya estaba casi equiparado al valor medio de la UEM, el gasto público destinado a políticas de vivienda³⁸ todavía representaba menos de la mitad de la media (el 45 %), un dato ya pobre pero que además se ha deteriorado notablemente desde entonces por efecto de la crisis, de forma que en 2013 (último año disponible al tiempo de redactar este trabajo) ya ni siquiera gastamos en vivienda un tercio (el 31 %) de lo que lo hacen los de media los Estados de la UEM.

Este es otro síntoma más del «casticismo» (Vaquer, Ponce y Arnaiz, 2016: 13) de las políticas de vivienda en España y si no nos afanamos por superarlo, difícilmente podremos homologar sus objetivos y resultados a los de los países de nuestro entorno. Pues como dice el refrán, no es posible hacer una tortilla sin romper un huevo.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, 2005: “Urbanismo y vivienda. La interrelación de las políticas de suelo y vivienda (Conferencia en el III Congreso Español de Derecho Urbanístico. Pamplona, 25 de mayo de 2005)”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 219, julio-agosto.
- BAÑO LEÓN, José María, 2005: “Patrimonios públicos del suelo y vivienda”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 7.
- 2001: “La actividad urbanística en la financiación de las haciendas locales”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 2.
- EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.ª Ángeles, 2008: “La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio: situación en Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 45.
- HERCE, José A., LÓPEZ GARCÍA, M. A., Rodríguez, Julio, y Taltavull, Paloma, 2005: “El papel del suelo en el mercado de viviendas”, *Economistas*, núm. 103.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, 2005: “La intervención pública en el mercado de vivienda como política social”, en *Documentación Administrativa*, núm. 271-272: *El Derecho público de la acción social*.
- LEAL MALDONADO, Jesús, 2002: “Segregación social y mercados de vivienda en las grandes ciudades”, *Revista Española de Sociología*, núm. 2.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), 2010: *Construyendo el derecho a la vivienda*, Madrid, Marcial Pons.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel, 2016: *Ordenación del territorio supramunicipal y urbanismo municipal: una distinción imposible a la vista de las actuaciones de interés regional*, en GIFREU, BASSOLS y MENÉNDEZ REXACH, dirs., *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Madrid, INAP.
- NAVAS ORTIZ, José Ignacio, 2007: “El derecho de superficie en la nueva Ley de Suelo”, *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núms. 152-153.
- PAREJO, Luciano, y FERNÁNDEZ, Gerardo Roger, 2009: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Suelo*, Madrid, Iustel.
- PONCE SOLÉ, Juli, 2001: “Derecho urbanístico y segregación espacial”, *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 130.
- 2004: *Solidaridad, cohesión social y derecho público: a propósito de las reservas legales de vivienda social como instrumento de desarrollo urbanístico sostenible*, en VV.AA., *Diversidad y convivencia en las ciudades: ponencias presentadas al II Seminario “Pensando lo local en un nuevo siglo”*, Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autonòmics i Locals.

³⁸ Este déficit, bastante más agudo que en las demás políticas sociales, puede explicarse en parte por la detracción de muchos recursos públicos por la deducción por adquisición de vivienda en el IRPF. Ahora bien, esto puede ser una explicación pero no una justificación, habida cuenta del carácter regresivo y escasamente eficaz de esta medida fiscal para los fines de la política de vivienda.

- PORTO REY, Enrique, 2001: "Técnicas urbanísticas que pueden facilitar la promoción de viviendas de protección pública", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 185.
- SÁNCHEZ DE MADARIAGA, Inés, 1998: *La práctica urbanística emergente en los Estados Unidos. Un análisis desde la perspectiva europea*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/BOE.
- TEJEDOR BIELSA, Julio, 1998: *Un modelo urbanístico alternativo: el Derecho francés*, Barcelona, CEDECS.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos, 2016: *La ordenación del territorio y su relación con el urbanismo: configuraciones y desfiguraciones legales desde 1956 hasta hoy*, en GIFREU, BASSOLS y MENÉNDEZ REXACH, dirs., *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Madrid, INAP.
- 2014: *Las transformaciones de la política de fomento en materia de vivienda en España: el nuevo Plan Nacional de Vivienda*, en VV.AA., *I Congreso Nacional sobre Vivienda Social. Sevilla, 14 y 15 de marzo de 2014. Libro de actas*, Sevilla, Real Fundación Patronato de la Vivienda de Sevilla.
- 2011: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Madrid, Iustel.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos, PONCE SOLÉ, Juli, y ARNAIZ RAMOS, Rafael, 2016: *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- VILLAR EZCURRA, José Luis, 1980: "Nuevas orientaciones en el régimen de protección pública a la vivienda", *Revista de Administración Pública*, núm. 91.
- VINUESA, Julio, DE LA RIVA, José María, y PALACIOS, Antonio J., 2009: "Política de vivienda y urbanismo", en VV.AA. *Vivienda social ahora*, monográfico de *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, núms. 161-162.



El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos

The anti-corruption system in Italy. Features, trends and opened problems

Enrico Carloni
Università degli studi di Perugia
enrico.carloni@unipg.it

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es ilustrar de una manera sintética, pero completa, el sistema que resulta de este marco normativo, con el objetivo de introducir el estudio de la políticas anticorrupción en Italia y de las instituciones llamadas a ponerlas en práctica.

PALABRAS CLAVE

Ley contra la corrupción, reforma administrativa, Administración Pública italiana.

ABSTRACT

The aim of this work is to illustrate in a synthetic, but overall, the system resulting from this regulatory framework with the aim of introducing the study of anti-corruption policies in Italy and the institutions called upon to realize them.

KEYWORDS

Law against corruption, administrative reform, Italian Public Administration.

SUMARIO

1. PREMISA. 2. LA CORRUPCIÓN «ADMINISTRATIVA» Y EL PERÍMETRO DE LAS NUEVAS NORMAS. 3. LA AUTORIDAD NACIONAL DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN. 4. LOS PLANES DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN. 5. EL FORTALECIMIENTO DE LA IMPARCIALIDAD DE LOS FUNCIONARIOS: CONFLICTOS DE INTERESES Y NORMAS DE CONDUCTA. 6. LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA MEDIANTE LA OBLIGACIÓN DE PUBLICACIÓN. 7. EL NUEVO DERECHO GENERAL DE ACCESO. 8. LA NUEVA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 9. OBSERVACIONES FINALES.

1. PREMISA

El modelo italiano de la prevención de la corrupción constituye en la actualidad un interesante punto de referencia en la reciente creación de sistemas administrativos para combatir la corrupción: un problema que caracteriza Italia¹ de forma marcada, pero que es un problema evidente también en otros países, entre los que se hallan los del sur y el este de Europa. La estrategia italiana, que representa una novedad en un país que tradicionalmente no había desarrollado un enfoque orgánico y global dirigido a contener los fenómenos de corrupción², se caracteriza por una serie de elementos que merecen ser ilustrados para describir el «sistema» italiano, con sus puntos fuertes y sus puntos débiles, tal y como han surgido y se han planteado en el lustro posterior a la ley núm. 190 de 2012, que marcó su fundación.

En términos normativos, su diseño se remonta a la ley «anticorrupción», núm. 190 de 2012³, también conocida como ley «Severino», por el nombre del Ministro de Justicia del Gobierno de Monti, quien la promovió también a raíz de una serie de exigencias internacionales⁴: una ley que no es de fácil lectura, empezando por su estructura (la normativa está contenida esencialmente en un único artículo, el primero, de hasta 83 apartados), que establece directamente una parte de la regulación del nuevo sistema y contiene una serie de delegaciones en el gobierno en cuanto a la regulación de otras partes⁵. Sobre la base de estas delegaciones, el Gobierno aprobó dos decretos legislativos clave (el núm. 33 de 2013⁶, en materia de transparencia; y el núm. 39 de 2013⁷, en materia de incompatibilidades y de inadecuación de nombramientos) y otras medidas, incluido, en particular, el reglamento relativo a los códigos de conducta (Decreto Presidencial núm. 62 de 2013)⁸. Este «paquete» es el núcleo fundamental y original del plan de lucha contra la corrupción, al que, además, se han añadido medidas posteriores que han tratado de reforzar el papel y las competencias de la autoridad de garantía y han reformado algunas instituciones.

Entre los principales cambios e innovaciones, cabe destacar como decisivos al menos otras tres medidas: la abolición de la autoridad para los contratos públicos con la transferencia de las competencias a la Autoridad Nacional Anticorrupción, reforzada al mismo tiempo en lo que respecta a su papel y funciones en materia de transparencia y de prevención de la corrupción (Decreto Legislativo núm. 90 de 2014, convertido en la Ley núm. 114 de 2014⁹); la reforma de la normativa en materia de transparencia administrativa, en el marco de las políticas generales de reforma administrativa (la denominada reforma «Madia»¹⁰), mediante

¹ Cfr. especialmente A. VANNUCCI, «La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti», in *La legge anticorruzione*, ed. B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO, Turín, Giappichelli, 2013, págs. 25 y ss.; Comisión Europea. Encuesta Eurobarómetro 76.1, Corrupción, febrero de 2012, TNS, Opinion & Social, 2012, especial 374, en http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_374_en.pdf; Quality of Government Institute, *Measuring the Quality of Government and Sub-national variations a dataset*, 2010, en <http://www.qog.pol.gu.se/data/euproject>.

² Cfr. D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, «The controversial legacy of 'mani pulite': a critical analysis of Italian corruption and anti-corruption policies», en *Bulletin of Italian Politics*, 2009, págs. 233 y ss.; GRECO – Group of States Against Corruption, *Evaluation report on Italy*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2008. Commissione per lo studio di misure per la trasparenza e la prevenzione della corruzione, *La prevenzione della corruzione: per una politica di prevenzione*, 2011, en http://www.governo.it/GovernoInforma/documenti/20121022/rapporto_corruzioneDEF.pdf.

³ Ley núm. 190, de 6 noviembre de 2012, de medidas para la prevención y la lucha contra la corrupción y la ilegalidad en la administración pública (*Gazzetta ufficiale* (G. U., Diario Oficial italiano) núm. 265 de 13 de noviembre de 2012).

⁴ Acerca del «contexto externo» que justifica y exige esta acción, cfr. S. BONFIGLI, «L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione», en F. MERLONI, L. VANDELLI, L. (eds.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Bologna, Il Mulino, 2010, 109 y ss.

⁵ Sobre la ley núm. 190 de 2012, *La legge anticorruzione*, ed. cfr. B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO, cit.

⁶ Decreto Legislativo núm. 33, de 14 de marzo de 2013, de reorganización de las disposiciones aplicables a la obligación de publicidad, transparencia y difusión de la información por parte de las administraciones públicas (G. U. núm. 80 de 5 de abril de 2013).

⁷ Decreto Legislativo núm. 39, de 8 abril de 2013, por el que se dictan disposiciones en materia de inadecuación de los nombramientos y de las incompatibilidades de los cargos en las administraciones públicas y en el seno de entidades privadas con participación pública, de conformidad con el artículo 1, apartados 49 y 50 de la Ley núm. 190 de 6 de noviembre de 2012 (G. U. núm. 92 de 19 de abril de 2013).

⁸ Decreto Presidencial núm. 62, de 16 de abril de 2013, por el que se aprueba el reglamento del código de conducta los empleados públicos, de conformidad con el artículo 54 del Decreto Legislativo núm. 165 de 30 de marzo de 2001 (G. U. núm. 129 del martes, 04 de junio de 2013).

⁹ Ley núm. 114, de 11 de agosto de 2014, de conversión en Ley, con modificaciones, del Decreto Ley núm. 90 de 24 de junio de 2014 de medidas urgentes para la simplificación y la transparencia administrativa y para la eficiencia de los tribunales (G. U. núm. 190 de 18 de agosto de 2014.).

¹⁰ En términos generales, véase al respecto B. G. MATTARELLA, «Il contesto e gli obiettivi della riforma, Commento a l. 7 agosto 2015», núm. 124, en *Gior. dir. amm.*, 2015, vol. 5, págs. 621 y ss.

la Ley núm. 124 de 2015¹¹ y sobre todo con el posterior Decreto Legislativo delegado núm. 97 de 2016¹²; el nuevo Código de la Contratación Pública, aprobado mediante el Decreto Legislativo núm. 50 de 2016¹³ y recientemente revisado y corregido por el Decreto Legislativo núm. 56 de 2017¹⁴.

Como puede fácilmente observarse, se trata de un marco amplio y articulado, flanqueado, además, por numerosas otras medidas de alcance más limitado y sectorial (entre ellas se encuentran las que, a partir de las regulaciones especiales para la Expo 2015 incluidas en el mismo Decreto Legislativo núm. 90 de 2014¹⁵, y retomadas después para el Jubileo Extraordinario de la Misericordia¹⁶ y luego para la reconstrucción posterior al terremoto¹⁷, reforzaron los poderes autónomos del Presidente de la Autoridad y establecieron unos mecanismos de control específicos y la garantía de transparencia, a menudo definidos específicamente como «supervisión colaborativa»), pero sobre todo, se caracteriza por estar en movimiento y aún no totalmente estabilizado.

El objetivo de este trabajo es ilustrar de forma sintética, pero exhaustiva, el sistema que deriva de este marco normativo, con el objetivo de introducir al estudio de las políticas de lucha contra la corrupción en Italia y de las instituciones competentes para su aplicación.

2. LA CORRUPCIÓN «ADMINISTRATIVA» Y EL PERÍMETRO DE LAS NUEVAS NORMAS

En términos generales, la Ley 190 de 2012 es importante sobre todo porque proporciona una nueva concepción de la corrupción, que algunos comentaristas han descrito como «corrupción administrativa», que se enmarca sustancialmente en el concepto de «mala administración»: constituyen «corrupción», en esencia, «circunstancias pertinentes más amplias que las contempladas en el tipo penal», que comprenden «no solo toda la gama de delitos contra la administración pública regulados en el Título II, Capítulo I del Código Penal, sino también las situaciones en las que –independientemente de su relevancia penal– se manifieste un mal funcionamiento de la Administración debido a la utilización de las funciones asignadas para satisfacer intereses particulares»¹⁸.

Es un enfoque que integra la concepción de los especialistas, que han definido la corrupción como dinámica que «contamina» la relación entre «principal» y «agente»: se incluyen, en particular, las conductas que infringen no solo las normas del Código Penal en materia de delitos contra la Administración (la malversación, la corrupción «propia» e «impropia», el soborno, la prevaricación, el «tráfico de influencias»), sino también las que se oponen a los deberes disciplinarios o a las reglas en materia de correcta gestión de los recursos públicos, con especial atención a evitar cualquier conflicto de intereses.

¹¹ Ley núm. 124, de 7 de agosto de 2015, por la que se disponen las delegaciones al Gobierno en materia de reorganización de la administración pública (G. U. núm. 187 de 13 de agosto de 2015).

¹² Decreto Legislativo núm. 97, de 25 de mayo de 2016, de revisión y simplificación de las disposiciones sobre la prevención de la corrupción, la publicidad y la transparencia, que enmienda la Ley núm. 190 de 6 de noviembre de 2012 y del Decreto Legislativo núm. 33, de 14 marzo de 2013, en virtud de la Ley núm. 124, de 7 de agosto de 2015, sobre la reorganización de la administración pública, (G. U. núm. 132 del miércoles, 08 de junio de 2016).

¹³ Decreto Legislativo núm. 50, de 18 de abril de 2016, de aplicación de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE en materia de adjudicación de contratos de concesión, de contratación pública y de los procedimientos de adjudicación de las entidades suministradoras en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, así como para reorganizar las normas vigentes en materia de contratos públicos de obras, servicios y suministros (G. U. núm. 91 de 19 de abril de 2016) ahora redefinido más sucintamente como «Código de contratación pública» mediante el Decreto Legislativo núm. 56 de 2017.

¹⁴ Decreto Legislativo núm. 56, de 19 de abril de 2017, por el que se aprueban disposiciones complementarias y enmiendas al Decreto Legislativo núm. 50, de 18 de abril de 2016 (G. U. núm. 103 de 5 de mayo de 2017).

¹⁵ Véase el artículo 30 del Decreto Legislativo núm. 90 de 2014, convertido en Ley núm. 114 de 2014, que atribuye al Presidente de la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción (ANAC, por sus siglas en italiano) la facultad de establecer una Unidad Operativa Especial EXPO 2015, con funciones de apoyo para el ejercicio de las actividades de alta supervisión y garantía de la equidad y la transparencia de los procedimientos relacionados con la licitación de las obras del gran acontecimiento de la EXPO Milán 2015.

¹⁶ Véase el Acuerdo del Consejo de Ministros del 27 de agosto de 2015, que prevé (art. 1, apartado d), que «a los actos de los procedimientos contractuales aprobados [previstos en el Plan para el Jubileo] se aplica, en la medida en que sea compatible, el artículo 30, apartado 2, del Decreto Ley núm. 90 de 24 de junio de 2014».

¹⁷ De conformidad con el art. 32 del Decreto Legislativo núm. 189, de 17 de octubre de 2016, («Medidas urgentes en favor de las poblaciones afectadas por el terremoto del 24 de agosto de 2016, convertido con enmiendas en Ley núm. 229, de 15 diciembre de 2016, en G. U. núm. 294 de 17 de diciembre de 2016), titulado «Supervisión de la ANAC de las actuaciones del Comisario Extraordinario», la cobertura de la alta supervisión para la EXPO 2015 (Unidad Operativa Especial), en virtud del art. 30 del Decreto Legislativo 90/2014, se ha extendido a las intervenciones de reconstrucción pública.

¹⁸ Así lo establece la Circular núm. 1 de 2013 del Ministerio de Simplificación y Administraciones Públicas, «Ley núm. 190 de 2012, Medidas de prevención y lucha contra la corrupción y la ilegalidad en la administración pública», registrada en el Tribunal de Cuentas el 22 de marzo de 2013 (núm. reg. 3, folio núm. 54).

No falta tampoco la atención a la vertiente más tradicional, de la persecución penal y, por consiguiente, de la regulación de los tipos penales específicos del empleado público, a los que la ley núm. 190 dedica amplia atención: el carácter innovador de la legislación reciente, sin embargo, está vinculado precisamente a la asunción de esta lógica y a este enfoque de una nueva política para combatir la corrupción a través de la «prevención» administrativa¹⁹.

Es posible aclarar ya algunos elementos característicos, en relación con el «perímetro» de aplicación de estas normas, tanto desde un punto de vista subjetivo (a qué «funcionarios» se dirigen estas medidas), como objetivo (cuáles son las entidades públicas destinatarias de las normas anticorrupción).

Es un perímetro que presenta ambigüedades.

Por un lado, está claro que la decisión de limitar el impacto de estas reglas esencialmente al personal burocrático y a las estructuras administrativas y no a las políticas. El dato es evidente en primer lugar con referencia a los órganos constitucionales (Gobierno y Parlamento) que se encuentran fuera del alcance del decreto en términos generales, y por consiguiente a su personal político (parlamentarios, ministros, cargos políticos de ámbito nacional), pero también con referencia al personal político de las regiones y, en menor medida, de las entidades locales. En resumen, se puede decir que el criterio para la aplicación de la ley depende de la combinación de las coordinadas personal político frente a personal burocrático (donde su aplicación recae principalmente bajo la responsabilidad del personal burocrático profesional), y dimensión nacional frente a dimensión territorial (donde su aplicación es inversamente proporcional a la dimensión territorial, y por lo tanto es responsabilidad en mayor medida de las entidades locales frente a las nacionales).

Por otro lado, es especialmente extensa la concepción de «administración pública» a la que se aplica la nueva normativa, bajo la que se engloba no solo las articulaciones del Estado, las administraciones regionales y locales²⁰ y demás entidades públicas, sino también los sujetos formalmente privados pero que están «controlados» por la Administración Pública. Todo ello, además, dentro de un plan más amplio de reorganización de las empresas públicas que tiene como objetivo distinguir más claramente entre las empresas públicas que operan en el mercado y las empresas controladas por organismos públicos y que son financiadas por estas entidades o que son destinatarias directas de contratos o de licitaciones de servicios («in house»). Para esta segunda tipología, que constituyen, así visto, organizaciones creadas para atender los intereses públicos o que hacen uso de los recursos públicos, existe el problema de cómo asegurar que se garantizan adecuadamente su transparencia e imparcialidad, aunque con algunas características específicas en comparación con las administraciones públicas tradicionales.

3. LA AUTORIDAD NACIONAL DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

El eje alrededor del cual gira el nuevo sistema es una autoridad independiente específica, la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción (ANAC), que se ha convertido en la principal protagonista en un corto período de tiempo, y por ello a veces criticado, en la evolución del sistema administrativo italiano.

En la experiencia italiana, la introducción de un organismo responsable de la coordinación de las políticas, la definición de la acción directora y con funciones de vigilancia y control en materia de corrupción tiene una historia turbulenta, que se puede recordar muy brevemente.

Después de unos años en los que, en ausencia también de una política integral en la materia, las funciones podían considerarse competencia del Ministerio de Administraciones Públicas (y, en particular, en su seno, del Servicio de Lucha Contra la Corrupción y de la Transparencia, SAET, por sus siglas en italiano)²¹,

¹⁹ Cfr. esp. M. PELISSERO, «La nuova disciplina della corruzione tra prevenzione e repressione» y M. CLARICH, B. G. MATTARELLA, «La prevenzione della corruzione», en B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (eds.), *La legge anticorruzione* cit., págs. 374 y ss.; págs. 59 y ss.

²⁰ El sistema de lucha contra la corrupción tiene una capacidad especial, y muy importante, de afectar a la autonomía organizativa de las regiones y las entidades locales, y por lo tanto ayuda a re-construir un sistema administrativo con mayor uniformidad: sobre este punto, cfr. ampliamente F. Merloni, «L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa», en *Istituzioni del federalismo*, 2013, 349 y ss.

²¹ La Ley núm. 133, de 6 de agosto de 2008, de «Conversión del Decreto Ley núm. 112 del 25 de junio de 2008 por el que se aprueban las medidas urgentes para el desarrollo económico, la simplificación, la competitividad, la estabilización de las finanzas públicas y la nivelación tributaria (G. U. núm. 195 del 21 de agosto de 2008), en su art. 68, con la supresión de la figura del Alto Comisionado para la Anticorrupción, transfirió sus competencias al Departamento para la Función Pública, en el que se estableció el servicio correspondiente (el SAET, precisamente).

tras la fugaz, pero sobre todo «débil» experiencia del Alto Comisionado para la Anticorrupción²², un paso importante fue la creación de un organismo especial (la Comisión para la Evaluación, la Integridad y la Transparencia, CIVIT, por sus siglas en italiano), que se instituyó para garantizar la eficiencia y la productividad del personal y de los organismos públicos y su transparencia, en el marco de las reformas de 2009 (Decreto Legislativo núm. 150/2009²³, conocido como «decreto Brunetta»)²⁴.

En torno a este organismo se desarrolla la nueva autoridad de garantía: en primer lugar, la CIVIT se sitúa como punto de referencia nacional de las políticas anticorrupción en 2012, y poco después, con el Decreto Ley núm. 101 de 2013, se transforma en la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción²⁵. Desde entonces se ha producido un progresivo fortalecimiento de esta Autoridad, de la que se ha reforzado en primer lugar la independencia y, a continuación, los poderes, sobre todo con dos medidas ulteriores que primero hicieron confluir en la ANAC las facultades, las funciones y el personal de la ya suprimida Autoridad de Supervisión de la Contratación Pública²⁶ y, después, concentraron más claramente en el ANAC todas las funciones en materia de transparencia y anticorrupción (trasladando al mismo tiempo al Ministerio de Administraciones Públicas las competencias en materia de eficiencia y rendimiento del personal que pertenecían a la CIVIT)²⁷.

El resultado es una situación en la que la ANAC es responsable, como autoridad, de tres macroáreas: la lucha contra la corrupción, la transparencia (entendida, como veremos, esencialmente como la obligación de publicación) y la contratación pública; se trata, sin embargo, de áreas que interactúan entre sí, y de hecho, la autoridad no solo ve reforzada su capacidad de comprensión de los fenómenos, sino también la de intervención, y su propia capacidad de influir en las acciones de las administraciones, por esta ampliación de áreas de intervención²⁸.

En particular, se establece un núcleo central de funciones en la misma ley núm. 190, art. 1, párrafo 2: la ANAC colabora con los organismos extranjeros homólogos, con las organizaciones regionales e internacionales competentes; adopta el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción; analiza las causas y los factores de la corrupción e identifica las acciones que pueden favorecer la prevención y el combate; ejercer la supervisión y el control de la aplicación real y la eficacia de las medidas adoptadas y del respeto de las normas sobre la transparencia de la actividad administrativa; ejercer la supervisión y el control de los contratos públicos de obras, servicios y suministros; informar al Parlamento sobre las actividades de lucha contra la corrupción y la ilegalidad en la administración pública y sobre la eficiencia de las medidas en vigor.

Las funciones son ejercidas por un órgano colegiado, el Consejo de la ANAC, compuesto por cinco miembros designados por el Gobierno, previo dictamen favorable (con mayorías de garantía) de las comisiones parlamentarias pertinentes, entre los que se encuentra un Presidente.

A las facultades que se ejercen colegialmente hay que sumarles las competencias especiales que la ley ha confiado al Presidente, que es responsable de un tipo de función institucional de garantía de la legalidad y la equidad que se «activa» en situaciones excepcionales: para los hechos relacionados con los escándalos

²² La ley núm. 3, de 16 de enero de 2003, por el que se aprueban medidas de ordenación en materia de Administraciones Públicas (G. U. núm. 15 del 20 de enero de 2003), en el art. 1 prevé el nombramiento del Alto Comisionado para la prevención y el combate de la corrupción y demás formas de actos ilícitos en el seno de la administración pública, situándolo «en dependencia funcional directa del Presidente del Consejo de Ministros».

²³ Decreto Legislativo núm. 150, de 27 de octubre de 2009, de aplicación de la Ley núm. 15, de 4 de marzo de 2009, en materia de optimización de la productividad del trabajo público y de la eficiencia y la transparencia de las administraciones públicas, (G. U. núm. 254 del 31 de octubre de 2009).

²⁴ En aplicación del artículo 4, apartado 2, letra f) de la Ley núm. 15, de 4 de marzo de 2009, el Decreto núm. 150 del mismo año creó, en virtud de su art. 13, la Comisión para la Evaluación, la Transparencia y la Integridad de las Administraciones Públicas, «que opera en posición de independencia de juicio y de evaluación y con autonomía plena».

²⁵ Con la entrada en vigor de la Ley núm. 125 de 2013 de conversión del Decreto Ley núm. 101, de 31 de agosto de 2013, la CIVIT, ya identificada como «Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción» por la Ley núm. 190 de 2012, adoptó la denominación de Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción y para la Evaluación y la Transparencia de las Administraciones Públicas (ANAC). El nombre actual de «Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción» es el resultado de una modificación adicional aportada por el Decreto Ley núm. 90 de 2014.

²⁶ Véase, en particular M. CORRADINO, I. LINCESSO, «La soppressione dell'Avcp e il trasferimento delle funzioni all'Anac», en R. CANTONE, F. MERLONI (eds.), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, cit., págs. 11 y ss.

²⁷ Cfr. M. DE ROSA, F. MERLONI, *Il trasferimento delle funzioni in materia di prevenzione della corruzione*, ivi, págs. 51 y ss.; E. D'ALTERIO, «I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: 'post fata resurgam'», en *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, págs. 757 y ss.

²⁸ Véase ampliamente en R. CANTONE, F. MERLONI (eds.), *La nuova Autorità anticorruzione*, Turín, Giappichelli, 2015. La importancia de esta integración es destacada por la misma Autoridad: véase Autorità nazionale anticorruzione, *Relazione Annuale al Parlamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per l'anno 2015*, Roma, 2016.

y los procedimientos para la realización de la EXPO de Milán, o en términos generales con respecto a las empresas adjudicatarias de los contratos involucrados en delitos de corrupción y mafia.

Esta tendencia del sistema italiano de recurrir a la figura del Presidente de la ANAC en situaciones de emergencia y de crisis (EXPO, el terremoto, el Jubileo), reforzando su función y competencias²⁹, ha contribuido a que el actual titular del cargo, Raffaele Cantone (ya conocido como un importante juez antimafia), se convierta en una figura central en el debate público y político nacional.

Esta visibilidad del Presidente, y por lo tanto de la ANAC en su conjunto, tiene aspectos positivos y negativos: se alimenta la atención del público sobre las cuestiones de la lucha contra la corrupción y sobre la legalidad, pero por otra parte se pueden sobrecargar las expectativas sobre la capacidad «todopoderosa» de las estructuras de la lucha contra la corrupción para resolver un problema complejo y arraigado, como es la corrupción (entendida tanto en su sentido más estricto como en el más amplio de «mala administración») en el sistema administrativo italiano.

Este último aspecto puede ser problemático: la ley de lucha contra la corrupción, y las medidas posteriores, no dotan a la Autoridad de poderes similares a los de la autoridad judicial (de investigación, y mucho menos de condena), sino esencialmente de poderes destinados a garantizar la aplicación efectiva de las medidas de prevención de la corrupción por parte de las administraciones, y esto principalmente a través de poderes de orden y de poderes sancionatorios (limitados). La ANAC tiene mayor poder en materia de contratación pública, pero en general se considera que realiza sobre todo una función de dirección (especialmente a través de sus propias directrices) y de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de transparencia y prevención de la corrupción. A pesar de estas limitaciones, no faltan críticos que se quejan, por el contrario, de los «excesivos» poderes de la Autoridad.

4. LOS PLANES DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

El mecanismo principal en torno al cual se desarrolla el sistema de prevención de la corrupción es el de los «planes de lucha contra la corrupción»: se trata de un plan nacional, aprobado por la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción, con una duración de tres años y sometido a actualizaciones anuales, a través del cual la ANAC ofrece a cada una de las administraciones públicas las indicaciones, tanto metodológicas como de contenidos, para la adopción de sus propios planos (trienales) de prevención de la corrupción (PTPC)³⁰. El plan nacional contiene, en resumen, los objetivos estratégicos para el desarrollo de la estrategia de prevención a nivel central y proporciona orientación y apoyo a las administraciones públicas para la ejecución de la prevención de la corrupción y la redacción de sus Planes Trienales.

En cada administración pública, por lo tanto, nos encontramos con un plan específico de tres años, también sometido a una actualización anual, que, partiendo de un análisis del contexto, de los casos de corrupción y de mala gestión, de los procedimientos y de sus correspondientes «niveles de riesgo», programa las acciones necesarias para contener y prevenir el riesgo.

Según lo indicado por la ley «anticorrupción», las administraciones públicas definen «un plan de prevención de la corrupción que proporciona una evaluación de los diferentes niveles de exposición al riesgo de corrupción de los distintos departamentos y muestra las medidas organizativas dirigidas a prevenir dicho riesgo» (art. 1, apartado 5, letra a) de la Ley 190/2012).

Por tanto, se sigue el modelo conocido como «risk assessment», la evaluación del riesgo: dado un alto riesgo de corrupción, se necesitarán medidas sólidas de organización, transparencia, control, regulación preventiva de los procedimientos, etcétera. Medidas que se convertirán en menos necesarias si el riesgo resultase ser reducido: es una operación que comienza a partir de una nada sencilla acción de evaluación del riesgo de corrupción, que hay que realizar tanto en términos generales con respecto a toda la administración como, y especialmente, con respecto a los sectores individuales de intervención y a los procedimientos individuales³¹.

²⁹ En relación con los poderes específicos del Presidente de la Autoridad véase R. CANTONE, B. CUCCAGNA (eds.), «I poteri del Presidente dell'Anac nel d.l. n. 90», en R. CANTONE, F. MERLONI (eds.), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, cit., págs. 97 y ss.

³⁰ F. MERLONI, «I piani anticorruzione e i codici di comportamento», en *Diritto penale e processo*, 2013, núm. 8S, págs. 4 y ss.; F. DI CRISTINA, «I piani per la prevenzione della corruzione», en *La legge anticorruzione* cit., págs. 91 y ss.; F. MERLONI, «Le misure amministrative di contrasto alla corruzione», en *Ragiusan*, 2015, núm. 369-370, págs. 9 y ss.

³¹ Cfr. en este sentido especialmente ANAC, *Relazione Annuale al Parlamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per l'anno 2015*, cit.

El Plan Nacional, sobre la base de la información ya contenida en la citada Ley núm. 190 de 2012, identifica una serie de «áreas de alto riesgo», con respecto a cualquier administración pública: el área de contratación y promoción del personal, el ámbito de los contratos públicos, el área de las ayudas y subvenciones, el área de las medidas que producen indirectamente una ventaja económica (por ejemplo, autorizaciones o concesiones o permisos de obras y edificación); cada administración, sobre la base de sus procesos internos de evaluación de riesgos, puede identificar otras áreas.

El primer plan nacional, en 2013, proporcionó las orientaciones metodológicas para la elaboración de los planes y la «evaluación del riesgo», y todavía constituye la estructura básica sobre la cual desarrollar las actualizaciones posteriores, por consiguiente ahora el mismo nuevo plan nacional de 2016, que sustituye solo parcialmente el anterior³².

La «apuesta», que el legislador hace propia, es transferir a las administraciones públicas un modelo de prevención de riesgos que dispone de referencias a nivel nacional e internacional (con el Decreto Legislativo núm. 231 de 2001³³) creado para la prevención de la corrupción y la responsabilidad social corporativa.

Si bien el plan nacional es preparado por la Autoridad Nacional³⁴, a través de un proceso abierto a la participación de las partes interesadas, el plan trienal de administración, de nuevo después de un proceso participativo, es aprobado por los órganos políticos superiores, pero es redactado sustancialmente por el responsable de la prevención de la corrupción, que es un funcionario (por lo general un alto cargo y, en el gobierno local, por el secretario municipal³⁵) encargado de esta función. El hecho de que las medidas de lucha contra la corrupción se dirigen principalmente a la estructura administrativa y que corresponde a los funcionarios la redacción del plan (y luego supervisar su cumplimiento) significa que, como a menudo lamenta la misma autoridad anticorrupción, los órganos políticos a menudo viven con desinterés la fase de la redacción de las medidas y luego con fastidio la fase de su aplicación.

De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 9 del artículo 1 de la Ley 190, el plan de prevención de las Administraciones individuales responde así a múltiples necesidades: identificar las actividades, incluso adicionales respecto de las establecidas en el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción, en cuyo ámbito «existe un mayor riesgo de corrupción, recogiendo también las propuestas de los altos cargos directivos»; establecer, para aquellas actividades de alto riesgo, mecanismos de formación, ejecución y control de las decisiones capaces de prevenir el riesgo de corrupción; establecer, especialmente con respecto a estas mismas actividades, las obligaciones de información en relación con el responsable de la prevención de la corrupción; definir los dispositivos de seguimiento del cumplimiento de las condiciones previstas por la ley o los reglamentos para la conclusión de los procedimientos; definir las formas de supervisión de las relaciones entre la administración y los sujetos con los que se estipulan contratos o que están afectados por los procedimientos de autorización, concesión o desembolso de ayudas económicas de cualquier tipo, en particular comprobando cualquier conflicto de intereses; identificar las obligaciones de transparencia «adicionales» respecto de las previstas en la ley.

Para lograr estos objetivos, el plan de prevención de cada administración se compone de otros documentos que se integran en la lógica de la prevención de la corrupción: el plan de transparencia (que contiene las

³² El 11 de septiembre de 2013, la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción aprobó mediante resolución CIVIT núm. 72/2013, a propuesta del Departamento de la Función Pública, el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción. Tras los cambios realizados con el Decreto Legislativo 90/2014, convertido, con modificaciones, en la Ley 114/2014, la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción, el 28 de octubre de 2015, aprobó la actualización del PNLCC con la Resolución núm. 12 de 28/10/2015. El 3 de agosto de 2016, la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción, en cumplimiento del art. 1, apartado 2-bis de la Ley 190/2012, introducido por el Decreto Legislativo núm. 97/2016, aprobó el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción de 2016 con la Resolución núm. 831 del 08/03/2016.

³³ La introducción de medidas organizativas para la prevención de la corrupción estaba prevista, para los sujetos de naturaleza privada, mediante el Decreto Legislativo núm. 231, de 8 junio de 2001, de responsabilidad administrativa ante los delitos (G. U. del 19 de junio de 2001). En concreto, el decreto establece que (art. 6, apartado 1) si el delito fue cometido por las personas indicadas en el artículo 5, apartado 1, letra a), «el organismo no se hace responsable si prueba que [...] el órgano de dirección ha adoptado y aplicado eficazmente, antes de que el delito se hubiese cometido, los modelos de organización y gestión aptos para prevenir los delitos tipificados como el que se ha producido fehacientemente».

³⁴ El primer Plan Nacional fue aprobado por la Autoridad (entonces CIVIT) a propuesta del Departamento de la Función Pública, a la luz de las directrices contenidas en las Orientaciones del Comité Interministerial. Tras la reforma de los poderes de la Autoridad, en 2014, la adopción del nuevo Plan es un acto autónomo de la ANAC, incluso si se desarrolla a través de procesos participativos y en colaboración con otras instituciones.

³⁵ Como se afirma en la Circular núm. 1/2013 del Departamento de la Función Pública, «La razón que subyace a esta decisión es que se considera la función de responsable de la prevención como “naturalmente complementaria” de las competencias generales que le corresponden por ley al secretario, quien, según el art. 97 del Decreto Legislativo núm. 267 de 2000, “lleva a cabo tareas de colaboración y funciones de asistencia jurídica y administrativa en relación con los órganos de la entidad en el cumplimiento de la acción administrativa contemplada en la ley, los estatutos y los reglamentos”».

indicaciones organizativas, las formas de aplicación de las obligaciones de transparencia previstas por la ley y las medidas de transparencia adicionales); y el código de conducta, que contiene los deberes de los funcionarios públicos. Todos estos instrumentos están vinculados en la lógica de la prevención de riesgos que caracteriza a los planes: dado un cierto riesgo, puede ser contrarrestado a través de diferentes medidas, y al plan trienal le corresponde identificar la medida considerada mejor y más eficaz. Las decisiones tomadas en los planes se verifican y mejoran año tras año, pero sobre todo se ponen «a prueba» a través de la experiencia: un episodio de corrupción, una condena por una mala gestión de los recursos públicos o unas medidas disciplinarias por incumplimiento de los deberes de los funcionarios implicarán la necesidad de revisar y reforzar las medidas preventivas. Por su parte, en particular, ante un caso de corrupción, el responsable de la prevención tendrá que demostrar que se han tomado las medidas necesarias para evitar riesgos «conocidos» o predecibles.

La persona encargada de la prevención, que constituye el perno interno del sistema de prevención de la corrupción y está en relación constante con la ANAC y con sus líneas directrices, cuenta con la asistencia de los directivos (responsables de supervisar la aplicación de las distintas medidas en las estructuras y por el personal que dirigen) y, en particular, de algunas figuras de referencia (los «referentes») en las áreas principales de acción administrativa. Normalmente, la persona encargada de la prevención de la corrupción también actúa como gestor de la transparencia, esto es, el responsable de supervisar el cumplimiento de las obligaciones de publicación, y por lo tanto de su correspondiente «programa» (que es una sección del plan de prevención).

En los cinco años transcurridos desde la Ley núm. 190, y en particular a través del primer plan nacional, sus actualizaciones, y ahora el nuevo plan nacional, la ANAC ha adquirido una experiencia importante y su enfoque ha cambiado gradualmente. Si el primer plan refleja un sistema de tipo metodológico y tiene una función en primer lugar de orientación en relación con las administraciones para la introducción de un instrumento innovador, los documentos más recientes escogen enfoques más específicos, de tipo sectorial o con respecto a los tipos específicos de administraciones.

Las administraciones son profundamente diferentes entre sí y requieren enfoques diferenciados: así se entienden las «especificaciones» relativas, por ejemplo, a las áreas presentes en todas las administraciones, como la de los contratos, o a sectores específicos, como la sanidad o la administración del suelo³⁶, o a tipos de administración, tales como los pequeños ayuntamientos, las áreas metropolitanas, los colegios profesionales³⁷ o las empresas subsidiarias y controladas por organismos públicos. En otras ocasiones, constituyen motivo de atención reforzada herramientas específicas que la ANAC pretende poner en valor o impulsar, en ocasiones mediante directrices especiales, retomadas después en el Plan Nacional, como en el caso de la institución de la whistleblowing³⁸, o denuncia de irregularidades, o directamente a través del Plan, como en el caso de la rotación de personal³⁹. Todas las intervenciones están vinculadas a la actividad constante de supervisión que lleva a cabo la Autoridad sobre la aprobación de los planes y, aunque solo sea a través de un muestreo o bajo indicación, de su misma calidad⁴⁰.

5. EL FORTALECIMIENTO DE LA IMPARCIALIDAD DE LOS FUNCIONARIOS: CONFLICTOS DE INTERESES Y NORMAS DE CONDUCTA

Entre las medidas de prevención de la corrupción que ya están reguladas en la Ley núm. 190 y en decretos ejecutivos posteriores, en primer lugar nos encontramos con mecanismos destinados a reforzar

³⁶ El Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción de 2016 dedica especial atención también a la protección y promoción del patrimonio cultural; y cabe destacar que una sección específica dedicada a la «sanidad» ya estaba prevista en la actualización de 2015 del primer Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción, que también se centró en el sector de los contratos públicos.

³⁷ El nuevo Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción de 2016 contiene secciones específicas dedicadas precisamente a los pequeños ayuntamientos, las áreas metropolitanas y los colegios y asociaciones profesionales, así como a los centros educativos.

³⁸ La Autoridad aprobó la Resolución núm. 6, de 28 de abril 2015, de directrices en materia de protección del empleado público que denuncia abusos, que luego se retomó íntegramente en el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción de 2016 (punto 7.5).

³⁹ En el ámbito del PNLCC la rotación del personal es vista con buenos ojos, porque se «considera una medida preventiva y organizativa destinada a limitar la consolidación de las relaciones que pueden alimentar dinámicas indebidas en la gestión administrativa, como consecuencia de la permanencia a lo largo del tiempo de ciertos empleados en el mismo cargo o función» (véase en este sentido, el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción de 2016, punto 7.2). El Plan se detiene en los mecanismos de «rotación ordinaria» (así como la «extraordinaria» en los casos de corrupción), de acuerdo con el art. 1, apartado 4, letra e) de la Ley 190/2012, que establece que le corresponde a la ANAC definir los criterios que deben seguir las administraciones para garantizar la rotación de los directivos en los sectores especialmente expuestos a la corrupción.

⁴⁰ Informe sobre el estado de la aplicación y la calidad de los planes trienales de prevención de la corrupción en las administraciones públicas 2015-2017, de la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción, de 16 de diciembre de 2015, en www.anticorruzione.it, pág. 3.

la «imparcialidad objetiva» actuando sobre las características de las organizaciones y las decisiones de identificación de los responsables de los órganos de gestión. Es un enfoque que en su conjunto constituye una característica particular de la experiencia italiana, a partir de una decisión (reafirmada y reforzada por el sistema de la ley de lucha contra la corrupción) de contemplar una «distinción» de funciones y responsabilidades entre los órganos políticos, responsables de los actos de dirección de la acción administrativa y los órganos burocráticos y profesionales (los directivos), responsables de los actos de gestión y, por tanto, de las medidas «puntuales» dirigidas a los ciudadanos.

Esta decisión, que se va imponiendo en Italia tras los escándalos de «Manos Limpias», la famosa historia de corrupción que afecta a una parte importante del sistema político a principios de los años 90 del siglo pasado, tenía la intención de «alejar» la política de la relación directa con los intereses, creando un sistema más transparente (de actos de gestión guiados por actos formales de orientación), menos arbitrario y menos vinculado a consideraciones políticas o de partido.

Este modelo se ha confirmado e incluso reforzado a través de medidas destinadas a garantizar una «justa distancia» entre el gestor público y las funciones políticas activas mediante un régimen llamado de «inadecuación de los nombramientos»: no podrá aceptar cargos directivos o de responsabilidad en los organismos públicos o las entidades de control público quien haya desempeñado cargos políticos recientemente.

El asunto se rige por uno de los decretos legislativos ejecutivos de la Ley núm. 190 antes mencionado, el Decreto Legislativo núm. 39 de 2013, aprobado por el Gobierno Monti casi al final de su experiencia.

En retrospectiva, es uno de los pocos casos en los que, aunque de manera indirecta, el sistema de lucha contra la corrupción no solo atiende al personal burocrático sino también al político. Responde a una exigencia similar, la de evitar situaciones de «confusión» entre diferentes funciones, la aplicación de una medida análoga, con la necesidad de un «período de enfriamiento», para el personal público con respecto a su actividad de procedencia (o de destino) en relación con sujetos privados supervisados por la administración o con los que la administración, y el departamento específico, tenga relaciones contractuales o constantes. El mismo mecanismo (pero aquí por diferentes razones, para garantizar la integridad de los funcionarios) actúa ante la existencia de condenas anteriores, en particular por delitos contra la administración pública.

En una perspectiva análoga, de protección de la administración, en términos generales y preventivos, respecto de situaciones de posibles conflictos de intereses, la ley regula cuidadosamente otro mecanismo, el de las incompatibilidades. De acuerdo con el mismo Decreto núm. 39, están reguladas en una serie, bastante numerosa, de casos de incompatibilidad: mientras que el mecanismo de «inadecuación de los nombramientos» es una novedad en la experiencia italiana, aunque pueda estar relacionada con las regulaciones de los límites *post employment* o de limitación de las *puertas giratorias*, el de las incompatibilidades se encuentra tradicionalmente presente en el sistema italiano, y la novedad es en este caso su proyección clara como una herramienta anticorrupción, así como su ampliación a muchos nuevos casos⁴¹.

Por lo tanto, la lógica es, en cualquier caso, limitar por encima de todo los conflictos de intereses, en situaciones consideradas menos «graves» respecto de las que conllevan una inadecuación del nombramiento: así, se incluyen los cargos directivos que implican poderes de supervisión sobre las entidades privadas controladas o financiadas, son incompatibles con la aceptación y el ejercicio, durante el desempeño del cargo, de tareas y cargos en esas mismas entidades. La ley regula en cualquier caso un gran número de situaciones de incompatibilidad entre funciones y cargos: se consideran los casos de incompatibilidad entre cargos ejecutivos en las empresas sanitarias y el ejercicio de actividades profesionales o de cargos en entidades privadas reguladas o financiados por el Servicio Regional de Salud; los supuestos, variados, de incompatibilidad entre las funciones directivas y de administración de una entidad pública y los cargos «políticos» a nivel estatal, regional y local; los supuestos de incompatibilidad entre la función de administrador de una entidad privada de control público y cargos políticos a nivel estatal, regional y local.

La lógica que parece unir las diferentes situaciones, consideradas de mayor riesgo (y, por lo tanto, que justifican un régimen de «inadecuación de los nombramientos» más gravoso y con períodos de enfriamiento, por regla general de uno o dos años) o de menor riesgo pero aun así significativo (y, por lo tanto, sujetas a incompatibilidades), es la prevención de conflictos de interés. Son, sin embargo, mecanismos definidos en

⁴¹ Acerca de estas instituciones, en conjunto, cfr. B. PONTI, «La regolazione dell'accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti dopo la legge 190/2012: evoluzione del sistema e problemi di applicazione agli enti territoriali», en *Istituzioni del federalismo*, 2013, págs. 409 y ss.; F. MERLONI, «Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità degli amministratori: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi», en *La legge anticorruzione*, cit., 196-209; D. ANDRACCHIO, «Il divieto di 'pantouflage': una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione», en *GiustAmm.it*, 2016, núm. 9, págs. 1-10.

el ámbito legislativo y, como tales, «rígidos», ya que nada excluye que las administraciones puedan definir, con sus propias normas y en respuesta a «riesgos» específicos advertidos en el Plan, nuevos supuestos de incompatibilidad.

Otro elemento, todavía más importante, del sistema de instrumentos e prevención está representado por los «códigos de conducta»: una institución que en la experiencia italiana tiene ya casi quince años de existencia, y que fue previsto por primera vez en 1993, pero que se ha rediseñado por completo con la ley de lucha contra la corrupción. La Ley 190, de hecho, ha reescrito el art. 54 del Decreto Legislativo núm. 165 de 2001 (Texto Refundido del Empleo en las Administraciones Públicas⁴²), introduciendo una serie de elementos altamente innovadores.

En términos generales, el código de conducta es una lista de los deberes establecidos unilateralmente por el gobierno y luego detallada y complementada por un documento similar adoptado por cada administración, destinados a garantizar la imparcialidad del empleado público y el adecuado desempeño de las funciones asignadas. De alguna manera, es la explicitación de ese «estatuto constitucional» que califica al empleado de las administraciones públicas⁴³: un empleado al servicio del interés general (está «al servicio exclusivo de la Nación»⁴⁴), obligado a garantizar la imparcialidad⁴⁵, actuar con fidelidad y «con disciplina y honor»⁴⁶. Estos valores constitucionales se traducen, en resumen, en una serie de deberes que constituyen su manifestación y especificación⁴⁷: unos deberes que, a diferencia de las obligaciones más estrictamente pertinentes desde el punto de vista del desempeño laboral, están vinculados al cuidado de las funciones públicas y se sustraen a las reglas contractuales, pues están reservados a una fuente de derecho público⁴⁸.

El código de conducta se introduce, por tanto, en un «entorno» por lo general regulado por acuerdos contractuales y por lo tanto «privatizado», e indica la especialidad del empleo con las administraciones públicas⁴⁹: este elemento público, sin embargo, forma parte de manera nada sencilla del sistema de las obligaciones contractuales y de su correspondiente «código disciplinario». Se trata de temas complejos, que han hecho poco efectivo e ineficaz el instrumento en los años anteriores a la reforma, especialmente en términos de aplicabilidad de sanciones disciplinarias. La reforma de 2012 interviene, pues, afirmando con fuerza, en primer lugar, el valor, en términos de responsabilidad disciplinaria, de los deberes definidos en los códigos de conducta (ya sea el código general, nacional, o los «complementario» aprobados por cada administración): el incumplimiento de los deberes puede dar lugar a sanciones disciplinarias que van hasta el despido en caso de conducta particularmente grave o reiterada⁵⁰.

La otra innovación importante, que ya se ha mencionado, está constituida por la opción de articular un sistema de deberes en dos niveles: el nivel nacional, con un código de conducta común para todos los empleados (este código fue aprobado por el Decreto Presidencial núm. 62 de 2013) y luego por códigos adicionales, especiales y «descentralizados», propios de cada administración. Estos códigos del segundo nivel tienen el mismo valor que el código nacional, y cada administración tiene que adoptar esta herramienta que es, especialmente en este nivel, una medida importante de prevención de la corrupción y por lo tanto

⁴² Decreto Legislativo núm. 165, de 30 de marzo de 2001, por el que se aprueban normas generales de ordenamiento del empleo en las administraciones públicas (G. U. núm. 106 del 9 de mayo de 2001).

⁴³ Cfr. G. SIRIANNI, "I profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione", en F. MERLONI, L. VANDELLI (eds.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi*, Florencia, Passigli, 2010, págs. 129 y ss.; en general, F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (eds.), *Al servizio della Nazione*, cit.

⁴⁴ Art. 98 de la Constitución Italiana, apartado 1, «Los empleados públicos están al servicio exclusivo de la Nación».

⁴⁵ Art. 97, apartado 2, «Las oficinas públicas están organizadas de acuerdo a la ley, de modo que garanticen la eficiencia y la imparcialidad de la administración»: la disposición constitucional está dirigida al legislador y a la organización, pero plantea un principio de que tiene valor también subjetivo para el funcionario.

⁴⁶ En virtud del art. 54, además de la obligación de «lealtad a la República», que correspondo a todos los ciudadanos (apartado 1), «Los ciudadanos encargados de las funciones públicas tienen el deber de llevarlas a cabo con disciplina y honor, prestando juramento en los casos establecidos por la ley» (apartado 2).

⁴⁷ B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*. Bologna: Il Mulino (2007); F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (eds.), *Al servizio della Nazione*. Milán: Franco Angeli (2008)

⁴⁸ Cfr. recientemente E. D'AVINO, "L'imperfetta contrattualizzazione del lavoro pubblico nel prisma della disciplina anticorruzione", en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2015, fasc. 2, págs. 285 y ss.

⁴⁹ E. CARLONI, "Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici", en *Istituzioni del federalismo*, 2013, págs. 377 y ss.; F. MERLONI, "Codici di comportamento", en *Il Libro dell'anno del diritto*, Roma, Treccani, 2014; F. MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, cit., págs. 4 y ss.; véase, de nuevo, B. G. MATTARELLA, "I codici di comportamento", en *Rivista giuridica del lavoro*, 1996, págs. 275 y ss.; E. CARLONI, "Ruolo e natura dei c.d. 'codici etici' delle pubbliche amministrazioni", en *Diritto pubblico*, 2002, 319-361.

⁵⁰ E. CARLONI, "Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici", cit., págs. 377 y ss.; E. D'ALTERIO, "I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare", en *La legge anticorruzione*, cit., págs. 25 y ss.

debería satisfacer no solo las características específicas de cada tipo de administración, sino también las características de cada entidad pública en términos de su contexto interno y externo.

La Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción vela por la adopción efectiva del código por parte de las distintas administraciones (que no solo debe reproducir, como a veces ha ocurrido, el código nacional o «copiar» el código de otras administraciones), incluso con poderes de sanción, y supervisa su aplicación⁵¹.

6. LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA MEDIANTE LA OBLIGACIÓN DE PUBLICACIÓN

La principal medida preventiva, no obstante, en la aplicación general de la reforma, es en primer lugar la transparencia administrativa: desde hace ya mucho tiempo se ha consolidado la idea de que «la luz del sol» es el mejor desinfectante⁵² y esta idea está ciertamente presente en el diseño trazado por la Ley núm. 190 de 2012. La legislación italiana es, en este aspecto, particularmente interesante: caracterizada tradicionalmente por una idea de la transparencia que coincide con el derecho de acceso a los documentos previsto por la Ley de Procedimiento Administrativo (núm. 241 de 1990⁵³), ha evolucionado progresivamente a un papel cada vez más relevante de las obligaciones de publicación, aplicadas mediante la difusión de información a través de los sitios web de las administraciones públicas⁵⁴.

El punto de inflexión normativo, que hizo posible esta evolución, se sitúa en el Código de Administración Digital: la ley sobre la digitalización de la administración pública, Decreto Legislativo núm. 82 de 2005⁵⁵, ha establecido la obligación de todas las administraciones de crear un sitio web institucional y define sus características, además de proporcionar una serie de primeros contenidos obligatorio (contenido esencialmente organizativo y de servicios: los tipos de procedimientos, sus términos y sus responsables, etc.)⁵⁶. También en 2005, la Ley núm. 15 de 2005⁵⁷, que modificó el derecho de acceso a los documentos clarificando su función esencialmente como garantía para la protección de los sujetos afectados y no para el control generalizado de la acción pública. Las exigencias de control generalizado que no se satisfacen mediante el derecho de acceso están empezando a poderse realizar cada vez más a través de la publicación de la información en los sitios institucionales, y en este sentido se orientan muchas previsiones puntuales y, por consiguiente, de una manera más consciente y sistemática, la reforma de 2009 promovida por el ministro Brunetta⁵⁸.

La ley de lucha contra la corrupción desarrolla de forma todavía más completa este proyecto, definiendo una serie de obligaciones adicionales de publicación y en especial con la delegación al gobierno para elaborar un «texto refundido» que contenga todas las obligaciones de publicación ya establecidas por la ley. Esta medida, también conocida como «código de transparencia», fue aprobada en 2013 (decreto legislativo núm. 33) y se caracteriza esencialmente por dos elementos: por un lado, un régimen orgánico que acompaña a las obligaciones de publicación, y por otro, una extensa lista de obligaciones de publicación relativas a distintos aspectos (la organización, el personal, los actos y las actividades, el uso de los recursos, los servicios públicos, áreas específicas de acción), todos identificados como rele-

⁵¹ En este sentido se pronuncia el «Reglamento en materia del ejercicio del poder sancionador de la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción por el incumplimiento de la adopción de los planes trienales de prevención de la corrupción, los programas trienales de transparencia y de los códigos de conducta», de 9 de septiembre de 2014.

⁵² W. BRANDEIS, *Other people's money – And how the bankers use it*, 1914, en <http://www.law.louisville.edu>; cfr. en un sentido parecido ANAC, *Relazione Annuale al Parlamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per l'anno 2015*, cit., pág. 5.

⁵³ Ley núm. 241, de 7 de agosto de 1990, de nueva normativa sobre el procedimiento administrativo.

⁵⁴ E. CARLONI, «La casa di vetro e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa», en *Diritto pubblico*, 2009, págs. 779 y ss.; C. Cudia, «Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione», en *Diritto pubblico*, 2013, págs. 99 y ss.; D.-U. GALETTA, *Transparency and access to public sector information in Italy: a proper revolution?* cit., págs. 213 y ss.

⁵⁵ Decreto Legislativo núm. 82, de 7 marzo de 2005, por el que se aprueba el Código de la Administración Digital: el código de la administración digital (CAD) ha sido modificado en varias ocasiones, la última en el contexto de las reformas «Madia», por el Decreto Legislativo núm. 179 de 26 de agosto de 2016. Sobre la configuración inicial del Código, cfr. E. CARLONI (ed.), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, Maggioli, 2005.

⁵⁶ E. CARLONI, «Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni», en *Diritto pubblico*, 2005, págs. 573 ss.

⁵⁷ Ley núm. 15, de 11 febrero de 2005, por la que se aprueban cambios y adiciones a la Ley núm. 241, de 7 de agosto de 1990, sobre normas generales de la acción administrativa (G. U. núm. 42 de 21 de febrero de 2005).

⁵⁸ Cfr. A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, Cacucci, 2012.

vantes en la perspectiva de un control generalizado y, por lo tanto, con el objetivo de prevenir y combatir la corrupción⁵⁹.

En consonancia con este enfoque, la Autoridad de Lucha Contra la Corrupción tiene la función de supervisar el cumplimiento de las obligaciones de publicación, a través de los informes del gerente de la transparencia y del responsable de la prevención de la corrupción, presentes en todas las administraciones. Por lo tanto, la ANAC está cualificada como una autoridad de la transparencia, además de la prevención de la corrupción, aunque sea con referencia a este instrumento específico de transparencia «proactiva».

En respuesta a las críticas generalizadas, que se quejaban desde diferentes ángulos de la limitada utilidad de este mecanismo de transparencia o de la carga excesiva para las administraciones (y la compresión excesiva de la privacidad de los individuos involucrados en la publicación en los sitios de información que les afectan⁶⁰), el legislador ha «retocado» recientemente esta normativa con un decreto de 2016 que forma parte de las reformas llevadas a cabo por el Gobierno Renzi y, por tanto, por la Ministra de Administraciones Públicas, Madia. La denominada ley «Madia», núm. 124 de 2015, delegó al gobierno para revisar el Decreto Legislativo núm. 33 y esta delegación fue aplicada mediante el Decreto Legislativo núm. 97 de 2016. Como sucede a menudo en las reformas italianas de los últimos años, sin embargo, el mismo decreto 97 es susceptible de ser modificado, en el plazo de un año después de su entrada en vigor, con los correspondientes decretos correctivos ya previstos en la delegación original: este marco, tan complejo y «móvil», hace que sea objetivamente difícil lidiar con esta reforma, así como con otras reformas de la administración pública italiana.

Desde el punto de vista de las obligaciones de publicación, las innovaciones introducidas por el Decreto Legislativo núm. 97 deben ser considerados globalmente limitadas y no modifican el sistema de la legislación: la principal (y decisiva) novedad, sin embargo, es la decisión de introducir junto a las obligaciones de publicación de un nuevo y adicional mecanismo de transparencia, sobre el que es necesario detenerse con cierta atención, un derecho de acceso «generalizado» (reconocido a todo el mundo) que complementa al tradicional derecho de acceso a los documentos y las más recientes obligaciones de publicación, conformando un panorama articulado de instrumentos para asegurar la capacidad de conocer la acción pública.

Por lo tanto, la transparencia debe entenderse, en el diseño del Decreto Legislativo núm. 33, modificado por las más recientes medidas, «como la accesibilidad total de los datos y documentos en poder de las administraciones públicas, con el fin de proteger los derechos de los ciudadanos, promover la participación de los interesados en la actividad administrativa y fomentar formas generalizadas de control sobre el cumplimiento de las funciones institucionales y sobre la utilización de los recursos públicos»⁶¹: estas distintas exigencias se realizan principalmente a través de las obligaciones de publicación, así como a través del nuevo derecho de acceso «generalizado».

Ante la obligación de publicación, cualquier persona tiene un «derecho al conocimiento»⁶²: a la publicación en los sitios web institucionales de las administraciones públicas de los documentos, la información y los datos «le corresponde el derecho de toda persona a tener acceso a los sitios de manera directa e inmediata, sin necesidad de autenticación e identificación». Son informaciones, documentos y datos sometidos a un sistema de «transparencia total»: estos datos «son públicos y cualquier persona tiene el derecho a conocerlos, disfrutar de ellos de forma gratuita y utilizarlos y reutilizarlos». Se trata, de nuevo, de datos a los que se debe asegurar una «calidad» adecuada, entendida como «integridad, actualización constante, exactitud, oportunidad, facilidad de consulta, comprensibilidad, homogeneidad, fácil accesibilidad, así como conformidad con los documentos originales en poder de la administración, la indicación de su origen y su reutilización».

⁵⁹ E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti, limiti dell'open government*, Rimini, Maggioli, 2014; B. PONTI (ed.) *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, núm. 33. Maggioli: Rimini (2013). Cfr. M. SAVINO, "Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione", en *La legge anticorruzione* cit., 113-123; A. BONOMO, "Il codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici", en *Istituzioni del federalismo*, 2013, págs. 725 ss.; G. GARDINI, "Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?", en *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, págs. 875 ss.; A. Natalini, G. Vesperini (eds.), *Il Big Bang della trasparenza*, Nápoles, Editoriale Scientifica (2015).

⁶⁰ Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, "Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati", 2014, en www.garanteprivacy.it; L. CALIFANO, "Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile", en L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, C. (eds.), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Nápoles, Editoriale scientifica, 2015, págs. 35 y ss.

⁶¹ Así se dispone en el artículo 1, "Principio general de transparencia".

⁶² Véase el art. 3, "Publicidad y derecho al conocimiento"; cfr. C. CUDIA, "Pubblicità e diritto alla conoscibilità", en B. PONTI (ed.), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, Maggioli, 2016, págs. 93 y ss.

En esencia, mediante la definición de cierta información como sujeta a la obligación de publicación, el legislador define un área de cognoscibilidad plena, que también está garantizada por la existencia de políticas de aplicación, de responsabilidades específicas, así como de la supervisión de la autoridad de lucha contra la corrupción. Para garantizar la correcta aplicación de las obligaciones de publicación, el legislador prevé también un derecho específico de tipo instrumental dirigido al ciudadano, llamado «acceso cívico»: «la obligación establecida en la normativa vigente y que corresponde a las administraciones públicas de publicar documentos, información o datos implica el derecho de toda persona a solicitar los mismos, en los casos en los que se haya omitido su publicación». Por lo tanto, es una posición subjetiva simétrica, y correspondiente, a las obligaciones de publicación y que sirve esencialmente para «forzar» su cumplimiento efectivo.

7. EL NUEVO DERECHO GENERAL DE ACCESO

Este modelo de publicidad del tipo «proactivo» se ha completado e integrado recientemente con un tipo mecanismo e cognoscibilidad de tipo «reactivo», inspirado en la experiencia de matriz estadounidense de la «Freedom of Information Act»⁶³. Precisamente a partir del «modelo de la FOIA», que como se sabe ha tenido un éxito y una difusión global, la reforma «Madia» quiso introducir una «libertad de información» (art. 7, apartado 1, letra h) de la Ley 124 de 2015: el gobierno ha sido delegado, por tanto, para introducir el «reconocimiento de la libertad de información a través del derecho de acceso, incluso por medios telemáticos, de cualquier persona, independientemente de las situaciones jurídicamente relevantes, a los datos y los documentos en poder de las administraciones públicas [...] con el fin de promover formas generalizadas de control sobre el cumplimiento de las funciones institucionales y sobre la utilización de los recursos públicos».

En respuesta a este mandato, por lo tanto, se aprobó, como ya se ha mencionado, el Decreto Legislativo núm. 97 de 2016, que introdujo esta «libertad de información», bajo la forma de un «acceso generalizado», que se une en el texto del reformado Decreto Legislativo núm. 33 al «viejo» acceso cívico, ambos a su vez regidos por el art. 5⁶⁴. El resultado es un marco de lectura nada fácil, puesto que coexisten un derecho de acceso cívico que, como se ha visto, está vinculado a las obligaciones de publicación (y por lo tanto no sujeto a los límites previstos en el apartado 1 del art. 5) y un nuevo derecho de acceso «generalizado» (como ahora se define cada vez más en la doctrina y en las medidas ejecutivas, aunque este término no está en el texto legislativo), dispuesto en el apartado 2 posterior⁶⁵.

Esta disposición establece, en efecto, que «con el fin de fomentar las formas generalizadas de control sobre el cumplimiento de las funciones institucionales y sobre la utilización de los recursos públicos y para fomentar la participación en el debate público, todo el mundo tiene el derecho a acceder a la información y los documentos en poder de las administraciones públicas, además de aquellos publicados de acuerdo con este decreto, en el respecto de los límites impuestos por protección de los bienes jurídicos relevantes». Dichos límites se abordan en el artículo 5 bis.

El escenario descrito por la introducción de la nueva «FOIA» italiana parece interesante a primera vista: a las obligaciones de publicación se une, siempre con el objetivo de control generalizado, así como de participación en el debate público, un mecanismo capaz de «iluminar» incluso las áreas no sujeta a las obligaciones de publicación⁶⁶. El marco legislativo, sin embargo, se caracteriza por un conjunto de límites amplios y bastante genéricos, así como no exhaustivos ya que el apartado 3 del artículo 5 bis se abre a límites adicionales establecidos por ley con una formulación vaga y susceptible de interpretaciones especialmente

⁶³ Acerca del «éxito» del modelo estadounidense y de su difusión, J. M. ACKERMAN, I. E. SANDOVAL-BALLESTEROS, "The global explosion of Freedom of Information Laws", en *Administrative Law Review* (2006) 85-130; OCDE, *The right to open public administrations in Europe: emerging legal standards*, ed. M. SAVINO, 46 Sigma Paper (2010).

⁶⁴ Para un marco inicial, con diferentes interpretaciones, cfr. B. PONTI, "La trasparenza e i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato", en Id. (eds.), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di informazione*, cit.; la idea de que la nueva libertad de información constituye el nuevo y principal instrumento de transparencia ha sido establecido de manera particularmente marcada por M. SAVINO, "Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo", en *Giorn. dir. amm.*, 2016, págs. 593 y ss.

⁶⁵ Cf. B. PONTI (ed.), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, Maggioli, 2016. Sobre ello cfr. E. CARLONI, F. GIGLIONI, "Three transparencies and the persistence of opacity in the Italian government system", en *European public law*, 2017, núm. 2; G. GARDINI, "Il paradosso della trasparenza in Italia. L'arte di rendere complesse le cose semplici", en *Federalismi.it*, núm. 1, 2017, pág. 1; S. VILLAMENA, "Il c.d. FOIA (o accesso cívico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili", en *Federalismi.it*, núm. 23/2016.

⁶⁶ Considera de manera especialmente positiva el nuevo enfoque D.-U. GALETTA, "The Italian Freedom of information act 2016 (why transparency-on-request is a better solution)", en *Italian Journal of Public Law*, 2016, núm. 2.

extensas. Los límites se expresan sustancialmente en los tres apartados del artículo 5 bis: límites relativos, para garantizar el interés público; límites relativos, para garantizar los intereses privados; límites «absolutos». En los primeros dos «bloques» de límites, el acceso es «rechazado si la denegación es necesaria para evitar un perjuicio real para la protección de uno de los siguientes intereses».

Corresponde a la ANAC, aunque de acuerdo con la Autoridad Garante de la Protección de los Datos Personales (que en general desempeña un papel central en el diseño general de la nueva institución), definir y «contener» el alcance de estos límites: de acuerdo con el apartado 6 del art. 5 bis, «para la definición de las exclusiones y limitaciones en el acceso cívico previsto en el presente artículo, la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción, en consulta con la Autoridad Garante de la Protección de los Datos Personales [...] adopta directrices que establecen indicaciones operativas». Estas directrices han sido adoptadas⁶⁷ y tienen elementos ambivalentes: en cualquier caso, está bien construido el mecanismo de equilibrio del «test del equilibrio». Sin embargo, en términos generales, los resultados del primer seguimiento⁶⁸ parecen indicar una falta de eficacia de este mecanismo, con la tendencia generalizada de las administraciones de denegar el acceso, aprovechándose de unos límites tan amplios, o incluso no respondiendo las solicitudes de acceso aprovechándose de la debilidad de los mecanismos de garantía del cumplimiento.

Precisamente por estas razones en el plano político se discute la necesidad de una «puesta a punto» del marco legislativo, pero también se propone la aprobación por parte del Ministerio de Administraciones Públicas de una circular⁶⁹, dirigida a las administraciones del Estado, para fomentar una mayor atención a la exigencia de hacer efectivo y eficaz de este derecho de acceso generalizado. Una opción, esta última, que, sin embargo, presenta otros aspectos problemáticos, entre los que se encuentra el riesgo de una superposición de esta circular con las directrices de la ANAC y una duplicación de las funciones de «guía» de la transparencia (revisando y regresando a las decisiones acerca de la demarcación clara entre la ANAC y el Ministerio del decreto núm. 90 de 2014).

8. LA NUEVA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Es este un panorama, como se puede ver, muy amplio y articulado, que también consta de la nueva normativa sobre contratos públicos y, por tanto, del papel de la Autoridad Anticorrupción como autoridad de supervisión de la cuestión: una vertiente nada secundaria de la acción de la ANAC y de la estrategia global para hacer frente a la corrupción⁷⁰. En este contexto, el sistema delineado a partir de las recientes reformas (el nuevo código de contratos públicos, Decreto Legislativo núm. 50 de 2016⁷¹) y de las más recientes aún (el decreto correctivo núm. 56 de 2017) tiene una serie de elementos de interés. Se trata de una intervención reguladora particularmente amplia, tanto por las disposiciones situadas directamente en el nivel legislativo como por las posteriores medidas de regulación general adoptadas por la misma Autoridad de Lucha Contra la Corrupción, que es imposible describir en unas pocas líneas. Cabe señalar, no obstante, sin pretensión de ser exhaustivos, los elementos que parecen más significativo desde el punto de vista de las políticas de prevención de la corrupción.

En primer lugar, precisamente en relación con la necesidad de proteger el sector de los contratos públicos, cabe destacar la decisión del legislador italiano, incluso antes del nuevo código de contratos, de concentrar en una sola autoridad independiente la materia de la lucha contra la corrupción y la contratación pública.

⁶⁷ “Directrices que contienen las indicaciones operativas para la definición de las exclusiones y límites del acceso cívico establecido en el art. 5, apartado 2 del Decreto Legislativo 33/2013”, Resolución núm. 1.309 de la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción (G. U. núm. 7 de 10 de enero 2017).

⁶⁸ En particular, acerca del primer seguimiento “oficial, del Departamento de la Función Pública: <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/riforma-della-pa/02-05-2017/foia-prim-monitoraggio-del-dipartimento-della-funzione>.

⁶⁹ El proyecto de esta circular fue puesto a disposición para su consulta el 12 de mayo de 2017: véase en <http://open.gov.it/consultazionefoia/>

⁷⁰ G. M. RACCA, “La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 17-25, 32 e 52-58)”, en B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (eds.), *La legge anticorruzione*, cit., esp. págs. 101-102; G. M. RACCA, “Dall’Autorità sui contratti pubblici all’Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema”, en *Diritto amministrativo*, 2015, fasc. 2-3, págs. 345 y ss.

⁷¹ Entre los numerosos comentaristas de la reforma, cfr. las eficaces observaciones de L. TORCHIA, “Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo. Commento a d.lg. 18 aprile 2016, núm. 50”, en *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, fasc. 5, págs. 605 y ss.; y más ampliamente, entre otros, R. DE NICTOLIS, “Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento a d.lg. 18 aprile 2016, núm. 50”, en *Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 5, págs. 503 y ss.; M. CASAVECCHIA, G. REDDI, “Il Nuovo Codice degli appalti pubblici: novità per l’affidamento dei lavori e dei servizi”, en *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2017, págs. 7 y ss.

En segundo lugar, a través de la rica base de datos de que dispone, desde hace tiempo⁷² la autoridad en materia de contratos puede llegar a un conocimiento de las «anomalías» y, en consecuencia, comprender por lo menos en parte las situaciones de riesgo específicas: en este sentido, el sector de los contratos públicos es el primero para el que la Autoridad ha desarrollado una serie de indicadores de anomalías y de riesgo (conocidos como «banderas rojas»), que sirven para activar la función de supervisión, pero que se pueden utilizar en términos más generales en las estrategias de prevención del riesgo de corrupción⁷³.

En cuanto a la nueva regulación de los contratos públicos, revela algunas decisiones fundamentales en el contexto de un ajuste particularmente complejo e inestable (baste recordar que el último decreto correctivo, núm. 56 de 2017, consta de 131 artículos e innova profundamente, no solo «perfecciona» y corrige, el código de contratación del año anterior).

En general, las nuevas normas, que para la adquisición de suministros o servicios más estandarizados confirma la idea de recurrir a soluciones como las subastas electrónicas y se mueve a contracorriente respecto del enfoque que había caracterizado tradicionalmente, desde principios de los años 90 del siglo pasado, la relación entre la normativa de los contratos y la lucha contra la corrupción, es decir, la idea de una «fuga de la discrecionalidad»⁷⁴, y, por lo tanto, se acepta un margen de decisión por parte de las administraciones a la hora de elegir al contratista, renunciando a mecanismos automáticos (como la oferta de precio inferior) a favor de espacios de valoración (como la oferta económicamente más ventajosa)⁷⁵. Esto se explicita en especial en el art. 95, relativo a los «criterios de adjudicación del contrato», que apartado 2 establece que, como norma, «los órganos contratantes, de conformidad con los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, adjudicarán los contratos [...] sobre la base del criterio de la oferta económicamente más ventajosa identificada en función de la mejor relación calidad-precio» teniendo en cuenta también el «ciclo de vida» del bien en cuestión.

Todo esto en un escenario en el que se apuesta mayormente por una mejor cualificación de los mismos órganos públicos contratantes, estableciendo que solo bajo ciertas condiciones es posible que una entidad realice de forma autónoma la función de órgano contratante, y que en otros casos deberá recurrir a órganos contratantes y «centrales de compras» adecuadamente cualificada⁷⁶. El artículo 38 del código de contratación, en particular, regula la calificación de los órganos contratantes y las centrales de compras: una lista de órganos cualificados está en manos de la ANAC, y se elabora sobre la base de los requisitos técnicos y de organización inspirados en criterios de eficiencia, profesionalidad y calidad regidos por un decreto especial del Presidente del Consejo de Ministros (aún no aprobado): vale la pena mencionar el hecho de que, con fines de cualificación, la ley define los requisitos básicos y los requisitos preferibles, entre los que se incluye la «evaluación positiva de la ANAC en relación con la aplicación de medidas preventivas contra el riesgo de corrupción y la promoción de la legalidad».

Se presta asimismo mucha atención a la fiabilidad y la cualificación de las empresas, a partir de normas sólidas de exclusión, vinculadas a las facultades de supervisión y control no solo de documentos por parte de la ANAC, que están reguladas de forma muy detallada en el art. 80 del código de contratación: la intención es claramente la de excluir de las relaciones contractuales con las administraciones públicas a los sujetos «de riesgo» en sus variadas formas (porque, por ejemplo, están vinculados a asuntos de corrupción, lavado de dinero, declaraciones falsas, fraude, infiltración de la mafia, etc.).

Un número inferior de órganos contratantes, una mayor profesionalidad, la mejora de la capacidad de supervisión de estos por parte de la Autoridad, que también detenta mayores poderes para resolver proble-

⁷² En términos generales, cfr. A. ZULIANI, «Informazione per contrastare la corruzione», en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2013, págs. 75 y ss.

⁷³ Sobre la cuestión de los indicadores de corrupción, y en particular sobre los previstos en este ámbito, cfr. Autorità Nazionale Anticorruzione e Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche di coesione, *Analisi istruttoria per l'individuazione di indicatori di rischio corruzione e di prevenzione e contrasto nelle amministrazioni pubbliche coinvolte nella politica di coesione*, 2017; Autorità anticorruzione, *Corruzione sommersa e corruzione emersa in Italia: modalità di misurazione e prime evidenze empiriche*, 2013 (ambos en www.anticorruzione.it).

⁷⁴ A. VANNUCCI, «Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione», en G. D. COMPORTI (ed.), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Nápoles: ESI (2011), 265-296; G. FIDONE, «La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici», en *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2015, págs. 325 y ss.

⁷⁵ Sobre las características de este modelo, cfr. L. GILI, «La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi», en *Urbanistica e appalti*, 2017, fasc. 1, págs. 24 y ss.

⁷⁶ Cfr. L. FIORENTINO, «Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti. Commento a d.lg. 18 aprile 2016, núm. 50», en *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, fasc. 4, págs. 443-451; véase en especial M. MACCHIA, «La qualificazione delle amministrazioni appaltanti», en *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, fasc. 1, págs. 50-59.

mas críticos durante las licitaciones (es esta una cuestión controvertida, que se centra en un nuevo tipo de «recomendaciones vinculantes»⁷⁷ de la ANAC, en relación a la cual también se asiste a una cierta oscilación de las decisiones legislativas). En cualquier caso, este es el modelo alrededor del cual muchas de las disposiciones contenidas en el nuevo código de contratación, que responde además no solo a las exigencias nacionales de prevención de la corrupción, sino también a las europeas, enunciadas en las directivas, de mayor apertura a la competencia y a la mejora de la calidad de las obras, servicios y suministros.

En la nueva regulación de los contratos públicos se afirman mecanismos importantes para la transparencia de la toma de decisiones (a través de las obligaciones de publicación de las «reuniones y conversaciones con las partes interesadas», es decir, los grupos de presión) y de participación (con una solución inspirada en el modelo del «debat public» francés)⁷⁸: no se trata de un mecanismo que pueda ser leído exclusivamente desde un punto de vista de fortalecimiento de la imparcialidad, que demuestra, sin embargo, que los contratos son un «laboratorio» en el que se desarrollan soluciones innovadoras para la acción administrativa. Estas provisiones están contenidas en un artículo muy interesante, dedicado a la «transparencia en la participación de las partes interesadas y el debate público», art. 22 del código de contratación.

El campo de los contratos públicos también se caracteriza por un sistema mejorado de transparencia, que está estrechamente relacionado con el modelo de «transparencia total»⁷⁹: de conformidad con el art. 29, en efecto, «todos los actos de las administraciones y entidades adjudicadoras relacionados con el programa de trabajo, obras, servicios y suministros, así como los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, suministros, obras y obras públicas, de concursos públicos de diseño, de concursos de ideas y de concesiones, [...], con la composición del comité de selección y con los currículos de sus miembros, [...], deberán ser publicados y actualizados en el perfil del organismo comprador, en la sección de “Administración Transparente” con la aplicación las disposiciones del decreto legislativo núm. 33 de 14 marzo de 2013».

9. OBSERVACIONES FINALES

El sistema de lucha contra la corrupción muestra, a la luz de esta rápida reseña, una serie de elementos y tendencias significativas: por un lado, es clara y coherente en su conjunto la evolución reciente de la legislación que va en la dirección de un fortalecimiento de las normas para garantizar la prevención de la corrupción, centradas en el papel de la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción.

Por otro lado, no faltan elementos que merecen ser señalados y que contribuyen a construir un escenario más problemático.

Hemos señalado la atención limitada a la vertiente «política» del sistema de normas destinado a prevenir la corrupción: es una carencia cada vez más evidente y menos sostenible, que debe colmarse so pena de hacer poco eficaces en su conjunto, y poco creíbles, los numerosos mecanismos anticorrupción.

El funcionamiento de las diversas medidas de prevención sigue siendo demasiado débil y, por lo tanto, empiezan a advertirse los límites del sistema para contener los fenómenos de negligencia que siguen siendo comunes y emergen tanto a raíz de escándalos como de investigaciones judiciales o de los mismos datos sobre la percepción de la corrupción. El reto de la lucha contra la corrupción, en cuanto a la prevención, es un reto a largo plazo que requiere perseverancia y tiene como objetivo determinar los cambios organizativos y culturales que produzcan efectos a lo largo del tiempo: no obstante, existe el riesgo de crear desafección, como resultado de las altas expectativas generadas simplemente por la gran atención y visibilidad de la Autoridad Nacional y de las políticas contra la corrupción.

Esta desafección, fruto de una «traición» de las expectativas, está presente en particular en relación con otro de los puntos focales de las recientes reformas: la transparencia administrativa, especialmente en su manifestación más reciente de «freedom of information». Estos límites de aplicación corren el riesgo de ser utilizados, a veces incluso instrumentalmente, por un sistema político y administrativo que a menudo es hostil a las nuevas restricciones y a la exposición «a la luz del sol», con el fin de justificar un replanteamiento

⁷⁷ Sobre ello, véase esp. M. LIPARI, «La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Commento a d.lg. 18 aprile 2016, núm. 50», en *Federalismi.it*, 2016, fasc. 10, págs. 1-43.

⁷⁸ Sobre este punto, véase sintéticamente A. AVERARDI, «L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia. Commento a d.lg. 18 aprile 2016, núm. 50», en *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, fasc. 4, págs. 505 y ss.

⁷⁹ Cfr. en este sentido también las disposiciones incluidas en los arts. 37 y 38 del Decreto Legislativo núm. 33 del 2013; sobre el tema en general, cfr. esp. M. DE NES, «Contratti e opere pubbliche», en B. PONTI (ed.), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, cit., págs. 406 y ss.

general de diversos mecanismos de lucha contra la corrupción (empezando por los de transparencia total) y de los poderes mismos de la Autoridad Nacional de Lucha Contra la Corrupción.

En este contexto, especialmente una cierta ambigüedad presente en la política, y en las políticas legislativas, es motivo de preocupación: la cuestión de los poderes de la Autoridad en materia de contratos «misteriosamente» reducidos en el último minuto en la corrección del Código de Contratación, el intento (por el momento en espera) para eliminar la figura de los secretarios municipales que conforman el punto de referencia fundamental de la organización (como responsables de la prevención) de la «red» de lucha contra la corrupción, el excesivo papel otorgado al Garante de la Protección de Datos Personales en el sistema del nuevo derecho de acceso generalizado que se traduce en un debilitamiento de este mecanismo de transparencia, constituyen varias «señales de alerta» del riesgo de debilitar el sistema de lucha contra la corrupción.

A pesar de estas advertencias, y de estos límites, es evidente la importancia y la ambición de las reglas y políticas de lucha contra la corrupción llevada a cabo en Italia en los últimos cinco años: un diseño orgánico, de amplio espectro, que es probablemente la reforma más importante de la Administración que ha afectado al gobierno italiano en los últimos años y que nos entrega un «modelo» (aunque todavía por perfeccionar) de prevención de la corrupción que, no por casualidad, como se mencionó al principio, se utiliza como referencia en otros países europeos.



Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados

Liberalization of local public services and modalities of local action in the liberalized sectors

Joaquín Tornos Mas
Universidad de Barcelona
jtornos@tornosabogados.com

RESUMEN

En los últimos años hemos asistido a un proceso de creciente liberalización de servicios públicos, lo que supone devolver al mercado actividades económicas que se habían excluido del mismo. Este proceso ha sido menor en el ámbito local, pero también han existido casos de liberalización de servicios públicos locales, como es el caso de los servicios funerarios. Este trabajo examina estos procesos de liberalización y sus consecuencias, analizando qué competencias pueden ejercer los municipios en relación a los servicios liberalizados, que no obstante su devolución al mercado siguen siendo servicios de interés general.

PALABRAS CLAVE

Iniciativa pública económica, liberalización, obligaciones de servicio público, servicio público, servicios funerarios.

ABSTRACT

In recent years we have witnessed a process of increasing liberalization of public services, which means returning economic activities that had been excluded from the market. This process has been less at the local level, but there have also been cases of liberalization of local public services, such as funeral services. This paper examines these liberalization processes and their consequences, analyzing what powers municipalities can exercise in relation to liberalized services, which, despite their return to the market, remain services of general interest.

KEYWORDS

Public economic initiative, Liberalization, public service obligations, public service, funeral services.

SUMARIO

I. LA LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. A) EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL. B) LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS FUNERARIOS Y LOS MERCADOS MUNICIPALES. II. MODALIDADES DE ACTUACIÓN EN LOS SECTORES LIBERALIZADOS. A) COMPETENCIAS DEL ENTE LOCAL SOBRE EL SERVICIO LIBERALIZADO. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO POR LOS PARTICULARES EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA. 1. Las competencias de ordenación en el caso de los servicios funerarios. 2. Servicio esencial y obligaciones de servicio público. 3. Las competencias de ordenación en el caso de los mercados municipales. B) ¿ES POSIBLE REMUNICIPALIZAR EL SERVICIO? C) ¿ES POSIBLE EL EJERCICIO DE LA INICIATIVA ECONÓMICA PÚBLICA EN LOS SECTORES LIBERALIZADOS?

I. LA LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

A) El servicio público local

En los últimos años hemos asistido a un proceso creciente de liberalización de servicios públicos, lo que ha supuesto abrir el mercado a la prestación de actividades económicas que habían sido excluidas total o parcialmente del mismo por razones de interés general. El derecho comunitario ha impuesto de forma especial este proceso en relación a los llamados servicios públicos económicos, en general servicios prestados en red (telecomunicaciones, gas, electricidad, transportes, servicios postales...).

Este fenómeno no ha sido tan intenso en el ámbito local, pero también se ha producido un cierto proceso de liberalización, de modo que los servicios públicos locales se han reducido.

La referencia a este proceso nos obliga a fijar en primer lugar qué entendemos por servicio público y por el proceso de su liberalización. Creemos que el concepto jurídico de servicio público debe identificarse con su acepción subjetiva. Por tanto, servicio público es aquella actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una ley a la administración para que ésta lo reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de manera regular y continua¹.

Si llevamos este concepto de servicio público al ámbito local debemos precisar su relación con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Bases de Régimen Local. El citado precepto establece que «el municipio para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo». Y en sentido parecido, debemos analizar la relación con el artículo 85,1 de la misma LBRL, según el cual «son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias»².

Pues bien, a nuestro entender en el ámbito local únicamente se puede hablar con propiedad de servicio público respecto de aquellas actividades económicas que han sido objeto de reserva o publicatio. En este sentido se ha dicho que «el servicio público ha quedado referido mayoritariamente, al menos en la doctrina española, al conjunto de actividades prestacionales asumidas o reservadas al Estado con el fin de satisfacer necesidades colectivas de interés general, siendo por tanto la nota distintiva la publicatio, es decir, la titularidad pública de la actividad en cuestión y la subsiguiente quiebra de la libertad de empresa. Una publicatio que en ocasiones se acompaña de la gestión directa por la propia administración (produciéndose así el monopolio de gestión)³». La reserva se lleva a cabo por razón de la vinculación de la actividad prestacional con el interés general, lo que justifica su exclusión del mercado y la correlativa asunción de la responsabilidad de su prestación por la administración local⁴.

Una decisión posterior es la que supone la «municipalización» del servicio, momento en el cual el ente local decide la asunción efectiva de la prestación, lo que supone dar efectividad a la reserva y excluir a la iniciativa económica privada. Por tanto, puede existir un servicio público local en virtud de su reserva legal a favor del ente local, pero éste puede no haber asumido su prestación efectiva al no haber llevado a cabo la municipalización⁵.

¹ Sobre este concepto, vid. recientemente nuestro trabajo, TORNOS MAS, J., “El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario”, *RAP*, núm. 200, mayo-agosto 2016, págs. 193 a 211.

² Como se ha dicho recientemente «los municipios pueden ocupar fundamentalmente dos posiciones sobre sus servicios. Una es la posición que asumen por disponer de la competencia que les viene atribuida sobre diversos servicios y otra la posición que pueden alcanzar para ostentar la titularidad de los servicios públicos locales». ESTEVE PARDO, J., “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *RAP*, 202, 2017, pág. 313.

³ La cita es de FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Sistema de Derecho Administrativo*, 1.ª edición, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2012, pág. 420. Vid. También TORNOS MAS, J., “La actividad de servicio público”, en el libro colectivo coordinado por BANDRÉS y PAREJO, *Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid 2016, pág. 34 a 45.

⁴ En este sentido, vid. DEL GUAYO CASTIELLA, I. Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la Ley núm. 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, *REALA*, núm. 2, julio-diciembre 2014. Para este autor, «hay una identidad conceptual entre servicios públicos y servicios esenciales reservados... la reserva comporta tanto la publicatio de la actividad, su titularidad pública, como la libertad de la Administración para gestionar el servicio reservado como estime más conveniente para los intereses generales, directa o indirectamente, con monopolio o sin él; el reverso de esta tesis es que la actividad en que consiste el servicio esencial reservado queda extraída del ámbito de la libre iniciativa económica de los ciudadanos, como una suerte de excepción a la libertad de empresa en una economía de mercado; desde un punto de vista práctico, la única forma al alcance de los particulares para operar en el ámbito reservado es la obtención de una concesión administrativa u otro tipo de contrato de gestión de servicios públicos».

⁵ Así, por ejemplo, existen aún municipios en los que el servicio de suministro de agua a poblaciones se lleva a cabo en virtud de títulos concesionales demaniales por una empresa privada al no haberse llevado a cabo la municipalización del servicio.

Así, podemos decir que la ley de bases de régimen local en sus artículos 26 y 86 lleva a cabo la publicatio de diversas actividades. Pero luego, cada ente local debe llevar a cabo la municipalización de este servicio, esto es, el acuerdo de que asume de forma efectiva la garantía de esta prestación excluyendo la libre iniciativa económica, sin perjuicio de que después decida que esta actividad de su titularidad se pueda prestar a través de una forma de gestión directa o indirecta⁶.

Pues bien, precisamente por el hecho de que la reserva comporta la exclusión de la iniciativa económica privada respecto de una determinada actividad de contenido económico, la reserva debe estar contenida en la ley, ya sea en la ley básica de régimen local o en una ley sectorial específica.

De conformidad con esta interpretación, en la actualidad son servicios públicos locales los que así han sido declarados en los artículos 26 y 86 de la LBRL⁷. Todas estas actividades materiales, en razón de lo establecido en la ley básica de régimen local, son servicios públicos de titularidad y responsabilidad municipal.

El régimen de los servicios públicos está determinado por la reserva o publicatio de la actividad. Esta reserva supone que la actividad económica se sitúa fuera del régimen general del mercado en razón del interés general vinculado a esta prestación. La necesidad de que la actividad (por ejemplo, el suministro de agua a poblaciones) se asegure en condiciones de asequibilidad, continuidad y calidad justifica el régimen especial de servicio público, por tanto, la no concurrencia y la prestación de conformidad con las reglas de derecho público. Pero esta reserva no supone la total exclusión de la actividad privada. Por un lado la actividad prestacional puede abrirse al sector privado mediante las formas de gestión indirecta del servicio (lo que da lugar a la concurrencia por el mercado). Por otro, pueden existir servicios públicos que se presten en concurrencia con el sector privado (por ejemplo, los servicios de educación o sanidad).

Cuestión diversa es si los entes locales pueden crear nuevos servicios públicos a partir de la competencia que les atribuye el artículo 25 de la LBRL. Sin analizar a fondo esta cuestión nos limitaremos a señalar en este trabajo que a nuestro juicio los entes locales pueden crear nuevos servicios públicos, asumiendo por tanto la responsabilidad de su prestación y la sumisión de la misma a un régimen propio de derecho público fuera de las reglas de mercado, si se trata de servicios que se prestan en concurrencia. No es posible si se pretende establecer un régimen de monopolio absoluto, de modo que sólo pueda accederse a esta prestación, en su caso, a través de una concesión u otra forma de gestión indirecta del servicio. En este caso, al excluirse totalmente la actividad del mercado se requiere una norma legal habilitante.

Como un ejemplo de servicio público de creación local puede citarse el caso de los aparcamientos. Un ente local puede decidir crear el servicio público de aparcamientos públicos, lo que supone que su actividad no se prestará en ejercicio de la iniciativa pública en la economía, sino que se situará fuera de las reglas de concurrencia en un mismo mercado con los empresarios privados que lleven a cabo esta misma actividad. Pero en este caso el servicio público local no impone un monopolio absoluto de la actividad y, por tanto, no se exige reserva legal. El título competencial en materia de ordenación del tráfico puede justificar la creación de este servicio público que, como servicio público, coexistirá con los aparcamientos privados. En este sentido se manifestó el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de mayo de 1999, Recurso de Casación núm. 2298/1993, Ponente Sr. Lescure Martín. Para el Tribunal *«el concepto restrictivo de servicio público sobre el que gira su argumentación, coincidente con la acepción especial de servicio público esencial, esto es, de sectores de actividad reservados en principio, con o sin monopolio, a la iniciativa y gestión de la entidad pública (véase art. 128.2 CE), no se compadece con el concepto legal del artículo 85.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, según el cual “son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales”, siendo de destacar la clara conexión que mantiene el servicio de aparcamiento público con la competencia sobre “la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas”, que el artículo 25.2 b) de la misma Ley atribuye a los Municipios»*⁸.

⁶ En este mismo sentido ORTEGA BERNARDO, J., op. cit., pág. 67. La autora expone las diversas tesis sobre el concepto de reserva o publicatio y concluye que «considero que esta tesis que defiende que para la efectiva materialización de la reserva se requiere, además de la declaración legal, la voluntad de la propia Corporación local encargada de implantar el servicio, es la que interpreta adecuadamente lo que establece a este respecto nuestro ordenamiento jurídico y resulta congruente con la realidad económica y social de los municipios españoles». Vid. también MENÉNDEZ GARCÍA, P., “Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las entidades locales”, REDA, 89, págs. 183-212.

⁷ Ciertamente la redacción de la LBRL no es técnicamente muy precisa, al no incluir en la reserva del artículo 86 todos los servicios que el artículo 26 declara servicios de prestación obligatoria.

⁸ Vid. Sobre esta sentencia y el concepto objetivo de servicio público, TORNOS MAS, J., op. ult. cit., págs. 39 a 42.

B) La liberalización de los servicios funerarios y los mercados municipales

Pues bien, en el ámbito local también se han producido algunas «liberalizaciones» de servicios públicos, de modo que actividades prestacionales de contenido económico han dejado de calificarse como servicios públicos locales y estas actividades económicas se han devuelto al mercado.

Un primer ejemplo lo tenemos en el caso de los servicios funerarios. Los servicios funerarios estaban contemplados en el artículo 86 de la LBRL como servicios reservados a favor de los entes locales, lo que suponía que estos servicios estaban configurados como servicios públicos lo que, como hemos dicho, comportaba la titularidad del servicio a favor de los entes locales y, por tanto, la exclusión de esta actividad del régimen de mercado. El servicio podía prestarse de forma directa por el ente local, o bien de forma indirecta por empresas privadas a través del título concesional articulado mediante el contrato de gestión de servicio público.

Esta situación se modifica mediante la aprobación del Real Decreto ley 7/1996 de 7 de junio, de Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, que liberalizó la prestación de los servicios funerarios en sus artículos 23 y 24. La liberalización se llevó a cabo suprimiendo los servicios funerarios de los artículos 26, 1-c y 86,3 de la LBRL⁹.

Este cambio normativo tuvo su traducción en la regulación específica de esta actividad. Así la ley catalana 2/1997 de servicios funerarios pasó a definir estos servicios como «servicios esenciales de interés general», pero ya no como servicios públicos, y modificó el régimen de acceso a esta actividad para las empresas privadas, pues del régimen de concesión se pasó al de autorización no contingentada. La ley también determinó que se trata de servicios de titularidad local y que las Ordenanzas municipales podrían establecer los requisitos mínimos de personal, vehículos, féretros y otros medios indispensables para poder obtener la autorización¹⁰. También dispuso que las Ordenanzas podrían exigir el servicio de tanatorio, con un número de salas determinado, y la titularidad de un local en el término municipal¹¹.

Debe señalarse en este punto que lo que se liberalizó fueron los servicios funerarios, no los cementerios. Como recordó la sentencia del TSJ de las Islas Baleares, sala de lo contencioso-administrativo, de 29 de octubre de 2010, «debe distinguirse entre lo que constituye por un lado el servicio público esencial de cementerio, que engloba la regulación, construcción, cuidado y mantenimiento de las dependencias e instalaciones destinadas a este fin, y de otro, el servicio funerario, incluyendo en ese concepto el traslado de cadáveres y todo el conjunto de posibles prestaciones en relación al fallecimiento de una persona, entierro e incineración de cadáveres»¹². Los cementerios siguen siendo bienes demaniales, y su cuidado y explotación sigue siendo de titularidad local. La regulación, construcción, cuidado y mantenimiento de las dependencias e instalaciones destinadas al fin de cementerio sigue siendo un servicio público local, según el artículo 26, 1-a de la LBRL¹³.

No obstante lo anterior, debe también recordarse que el Decreto 2263/1974 de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, sigue vigente, y que su artículo 42 establece que «En toda población de más de 10.000 habitantes deberá existir, por lo menos, una empresa funeraria priva-

⁹ Vid. al respecto PARICIO RALLO, E., «Los servicios funerarios en la nueva tipología de servicios municipales». *Quaderns de dret local, QDL*, núm. 33, octubre 2013, págs. 77 a 89.

¹⁰ El Ayuntamiento de Barcelona, por ejemplo, aprobó su Ordenanza de servicios funerarios el 24 de octubre de 1997. En dicha Ordenanza se estableció que: «Artículo 2. Naturaleza jurídica de los servicios. 1. Los servicios funerarios tendrán la condición de servicios esenciales de interés general, los cuales pueden ser prestados por el Ayuntamiento, por empresas públicas o por empresas privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos.

2. La prestación de los servicios funerarios estará sometida a las medidas de control, de policía y de autorización establecidas en esta Ordenanza, por la Normativa de Policía Sanitaria Mortuoria y por los reglamentos y Ordenanzas que se puedan dictar al efecto».

¹¹ Posteriormente el Decreto legislativo 3/2010 traspuso para Cataluña lo dispuesto en la Directiva 123/2006, y modificó en parte la ley 2/1997. Concretamente reconoció la eficacia de la autorización de transporte funerario obtenida en un municipio para poder actuar en todo el territorio de Cataluña, estableció que los requisitos que puedan exigir las Ordenanzas para poder obtener la autorización han de ser proporcionados y deben respetar en todo caso la libre competencia, y se suprime la exigencia necesaria de poseer un tanatorio con un número mínimo de salas y el disponer de un local propio en el municipio donde se pretende actuar.

¹² En este mismo sentido, la ley catalana 2/1997 establece en su artículo 4,1 qué debe entenderse por servicios funerarios, al decir que estos servicios incluyen las siguientes funciones: «1. a) Informar y asesorar sobre el servicio. b) Suministrar el féretro, que debe tener las características que correspondan según el servicio de que se trate, y urnas cinerarias y de restos, en su caso. c) Realizar las prácticas higiénicas necesarias en el cadáver, colocarlo en el féretro y transportarlo desde el lugar de defunción hasta el domicilio mortuorio, si procede, y hasta el lugar de destino final mediante un vehículo de transporte funerario autorizado. d) Realizar la gestión de los trámites administrativos preceptivos para todo el proceso hasta el entierro o incineración, de conformidad con la normativa aplicable, y para la inscripción de la defunción en el Registro Civil. e) Realizar las prácticas sanitarias en el cadáver. f) Prestar los servicios de tanatorio, en condiciones físicas adecuadas para el velatorio».

¹³ El Real Decreto 1225/2006 liberalizó en su artículo 139 el transporte de cadáveres.

da o municipal, que cuente y disponga de los medios siguientes: a) Personal idóneo suficiente, dotado con prendas exteriores protectoras. b) Vehículos para el traslado de cadáveres, acondicionados para cumplir esta función. c) Féretros y demás material fúnebre necesario. d) Medios precisos para la desinfección de vehículos, enseres, ropas y demás material».

Una segunda liberalización es la que se ha producido en relación a los mercados municipales. La ley 27/2013, LRSAL, suprimió la referencia a los mercados como servicios obligatorios para municipios de más de 5.000 habitantes, tal y como establecía con anterioridad el artículo 26,1-b de la LBRL. De este modo este servicio dejó de poderse conceptuar como servicio público, y esta actividad quedó abierta al mercado sin que pudiera prestarse de acuerdo con las reglas exorbitantes del derecho público¹⁴.

II. MODALIDADES DE ACTUACIÓN EN LOS SECTORES LIBERALIZADOS

La liberalización de los servicios públicos locales, en los términos en que hemos definido este proceso, tiene dos consecuencias fundamentales. Por un lado la actividad económica prestacional que era el objeto del servicio (los servicios funerarios, el mercado municipal) se devuelve al mercado, por lo que las empresas privadas pueden acceder a esta actividad en régimen de concurrencia e igualdad. De esta forma de la concurrencia por el mercado hemos pasado a la concurrencia en el mercado. Por otro lado, la administración deja de ser la responsable de la prestación, ya que se confía en que será el mercado el que pasará a garantizar la prestación. Pero ello no supone que la administración no deba estar presente en la regulación del sector liberalizado, ni que no pueda actuar en el mismo como un competidor más. A partir de esta afirmación genérica pasamos a formular tres grandes cuestiones ¿Qué competencias de ordenación mantiene la administración sobre los servicios liberalizados? ¿Puede el ente local remunicipalizar el servicio liberalizado, puede decidir volver a prestar este servicio cómo servicio público? ¿Puede llevar a cabo la iniciativa pública económica en una actividad liberalizada, en qué condiciones?

A) Competencias del ente local sobre el servicio liberalizado. La prestación del servicio por los particulares en régimen de concurrencia.

La liberalización de un servicio público no supone que la administración pierda todos sus títulos de intervención ni sus obligaciones en relación con la actividad prestacional liberalizada. Los entes municipales siguen teniendo competencia en materia de servicios funerarios y de mercados, y por ello mantienen su capacidad de intervenir en ejercicio de su poder de regulación. Esta intervención, además, es especialmente necesaria cuando se trata de servicios de interés general, como es el caso de los servicios funerarios.

1. Las competencias de ordenación en el caso de los servicios funerarios

Los servicios funerarios, en la medida que consisten en los servicios relativos al tratamiento de las personas fallecidas, su traslado y entierro o incineración, se consideran servicios esenciales¹⁵. Por tanto, estamos ante un servicio que al liberalizarse deja de ser servicio público, pero en tanto mantiene su naturaleza de servicio esencial por razón de la prestación que comporta, se convierte en servicio económico de interés general, SIEG en la terminología comunitaria. Esto supone que la administración deberá hacer frente a situaciones de posibles fallos del mercado, que deberá tratar de garantizar la concurrencia para que exista oferta suficiente, de calidad y a precios asequibles, y que podrá imponer obligaciones de servicio público, como la atención a las personas que no puedan hacer frente al coste de la prestación del servicio.

Los municipios, por tanto, han dejado de ser titulares del servicio, pero mantienen su competencia de regulación. No son ya los responsables directos de su prestación (ahora es el mercado), pero si deben ordenar el ejercicio de esta actividad privada de interés general, sin desvirtuar la liberalización del sector¹⁶.

¹⁴ Sobre los mercados municipales vid. GONZÁLEZ BUSTOS, M. A., El servicio municipal de mercado de abastos tras la ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local, en el libro colectivo coordinado por FONT LLO-VET-DÍEZ SÁNCHEZ, *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Iustel, Madrid 2017, págs. 189-204.

¹⁵ Así, por ejemplo, el artículo 54 de la ley del sector eléctrico 24/2013 de 26 de diciembre, al relacionar los servicios esenciales a los que no puede dejar de prestarse el servicio de suministro eléctrico, incluye los servicios funerarios.

¹⁶ Vid. al respecto PARICIO RALLO, E., op. cit. págs. 81 y 82.

La nueva situación que acabamos de describir tiene su reflejo en la legislación catalana aprobada tras la liberalización de los servicios funerarios en el año 1996. En Cataluña, tras la liberalización de los servicios funerarios por la ley estatal, se aprobó una ley de servicios funerarios, la ley 2/1997 de 3 de abril, en la que se reconoce esta necesaria subsistencia de la presencia ordenadora de la administración pública. Así, la exposición de motivos nos dice que *«hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, los servicios funerarios han sido tradicionalmente una competencia municipal, recogida tanto en la legislación general del régimen local como en la legislación sanitaria. Lo establecido en el Real Decreto-ley 7/1996, sin embargo, implica la derogación de la reserva a favor de los entes locales de los servicios funerarios, sin perjuicio de que los Ayuntamientos puedan someter a autorización y regular la prestación de servicios por parte de los particulares en este ámbito. La posibilidad de intervención de la Administración en un sector que se declara liberalizado se explica en la medida en que éste es esencial para la comunidad y, en consecuencia, de interés general, siendo el servicio de los intereses generales el objetivo constitucional de toda la Administración pública»*.

Se afirma, pues, la subsistencia de un régimen de autorización y la posibilidad de regular la prestación por los particulares. El cambio esencial es el paso de un régimen de concesión al de autorización y el reconocimiento con carácter general de la prestación del servicio por los particulares. El problema, ahora, es asegurar una correcta prestación del servicio en un sistema de concurrencia, de conformidad por otro lado con la normativa comunitaria en materia de servicios y con la ley estatal de unidad de mercado¹⁷.

2. Servicio esencial y obligaciones de servicio público

Como hemos dicho de forma reiterada la liberalización de los servicios funerarios no supone que este servicio deje de ser esencial para los ciudadanos. La liberalización no se lleva a cabo por la pérdida del contenido de servicio esencial del servicio, sino por el hecho de que se estima que este servicio puede ser garantizado por el mercado.

Pero precisamente por este hecho, el mantenimiento del carácter de servicio esencial del servicio liberalizado, se crea la figura de los servicios económicos de interés general y se mantiene en la administración el deber de asegurar que dentro de un mercado liberalizado la prestación llegará a todos los ciudadanos¹⁸.

Por esta razón el ordenamiento otorga a la administración el poder de imponer a los prestadores privados la carga de garantizar la prestación a aquellos ciudadanos que por su situación de pobreza no pueden asumir el pago de la prestación. De este modo surge la figura de las «obligaciones de servicio público», esto es, una obligación propia del régimen de servicio público (el acceso al mismo de todos los ciudadanos), impuesta en un régimen liberalizado, lo que ocurre cuando la actividad prestacional se califica de servicio económico de interés general, SIEG según la terminología comunitaria¹⁹.

En el caso que analizamos no hay duda de que los servicios funerarios pueden calificarse de servicios de interés general. Si volvemos a la ley catalana 2/1997 podemos recordar su Exposición de Motivos, en la que se afirma que *«la posibilidad de intervención de la Administración en un sector que se declara liberalizado se explica en la medida en que éste es esencial para la comunidad y, en consecuencia, de interés general, siendo el servicio de los intereses generales el objetivo constitucional de toda la Administración pública»*. Consecuentemente la ley establece en su artículo primero que *«los servicios funerarios tienen la condición*

¹⁷ No es nuestra intención analizar en este trabajo esta importante cuestión. En todo caso destacaremos que no existe en el ordenamiento español la adaptación de la normativa sobre servicios funerarios a la Directiva 123/2006. En 17 junio de 2011 se presentó por el Gobierno un Proyecto de ley que no se ha convertido en ley. De nuevo con referencia al caso catalán, la Directiva 123/2006 llevó a aprobar en Cataluña el Decreto legislativo 3/2010 de 5 de octubre de adaptación de normativa catalana a la Directiva. En su artículo 11 de introdujeron una serie de modificaciones en la ley 2/1997 relativas de forma particular al régimen de autorización. La Autoridad Catalana de la Competencia emitió un Informe de Regulación relativo al proyecto de Decreto legislativo, el Informe 9/2010 de 20 de mayo, en el que planteaba una serie de críticas al Proyecto al entender que no llevaba a cabo una plena trasposición de la liberalización que imponía la Directiva. Por último podemos mencionar la Guía elaborada por la Autoridad Catalana de la Competencia «para la adecuación de las ordenanzas y reglamentos municipales sobre servicios funerarios en términos de competencia», de julio 2016.

¹⁸ Este carácter de servicio económico de interés general es el que, por ejemplo, justifica la intervención del Síndic de Greuges de Cataluña en el control de la prestación del servicio por entidades privadas. Y esta es la razón que le llevó a impulsar un Codi de Bones Pràctiques de les empreses de serveis funeraris, Abril de 2016, de conformidad con la AESFC, Associació de Empreses de Serveis Funeraris de Catalunya.

¹⁹ Sobre la distinción de los conceptos de servicio público y servicio económico de interés general, vid. mi trabajo, TORNOS MAS, J., El concepto de servicio público... op. cit.

de servicio esencial de interés general». Por tanto, la exposición de motivos reconoce la nueva realidad. El sector se ha liberalizado, ya no hay servicio público, pero es un sector de actividad económica esencial para la comunidad. Y por tanto será posible imponer a las empresas privadas y públicas que operen en el sector obligaciones de servicio público.

Esta calificación es la que lleva a la ley a establecer en su artículo 7,2.d la obligación de servicio público en los términos siguientes: *«A fin de garantizar el principio de universalidad y acceso a los servicios funerarios, los Ayuntamientos pueden otorgar la autorización a las empresas que son titulares de los mismos a condición de que presten los servicios gratuitamente o de forma bonificada a las personas que, de acuerdo con las indicaciones de los servicios sociales municipales, los requieran por falta de medios económicos propios, o en los casos en que así sea acordado por la autoridad judicial. Estas prestaciones forzosas deben ser distribuidas por el Ayuntamiento entre las empresas funerarias que operan en el término municipal, de forma proporcional a la facturación de cada una de ellas»*²⁰.

La obligación, de carácter finalista (a fin de garantizar el principio de universalidad y acceso a los servicios funerarios) se impone a las entidades autorizadas como prestaciones forzosas, sin concretar en qué puede consistir esta prestación, ya que alude tanto a la prestación gratuita como a la prestación bonificada. Con el fin de asegurar una distribución equitativa entre las empresas que compiten en el sector, se establece que la obligación de servicio público debe ser distribuida entre ellas de forma proporcional a la facturación de cada una de ellas.

La referencia a las «entidades autorizadas» como sujetos obligados a asumir la prestación forzosa no deja claro si, en el caso en que el ente local cree una empresa para prestar el servicio en ejercicio de la iniciativa pública económica, esta empresa estará también sujeta a la obligación de servicio público. Entendemos que, como la iniciativa pública económica debe llevarse a cabo en régimen de concurrencia perfecta con el sector privado, la empresa pública deberá estar sujeta a la misma obligación de servicio público²¹.

3. Las competencias de ordenación en el caso de los mercados municipales

El caso de los mercados municipales plantea otro orden de problemas. La liberalización supone en este caso que ya no debe mantenerse un mercado municipal, pero el ente local puede seguir ordenando la venta en el dominio público, de modo que de hecho puede subsistir la imagen de la existencia del mercado municipal²².

En este caso ya no nos encontramos ante un servicio público que se reconvierte en servicio económico de interés general. De hecho la actividad propia del mercado municipal la cumplen los empresarios que se dedican a la venta de los diferentes productos que se vendían antes agrupados en las diferentes paradas del mercado municipal. Por ello desaparece la razón de una intervención finalista dirigida a garantizar el

²⁰ En este mismo sentido, el artículo 13 de la Ordenanza de servicios funerarios del Ayuntamiento de Barcelona, de 24 de octubre de 1997, establece que *«Los prestadores de servicios funerarios tendrán que prever un servicio gratuito y digno para las personas sin recursos económicos debidamente justificados por certificación del Consejo Municipal del respectivo distrito. Los prestadores de servicios funerarios preverán un servicio subvencionado, que cada año fijará el Ayuntamiento de Barcelona, para aquellas personas que ingresen menos del mínimo necesario para declarar el impuesto sobre la renta de personas físicas o que cobren la pensión mínima. El número de los tipos de servicios previstos en los apartados anteriores 2 y 3 se repartirán entre todas las empresas autorizadas en proporción a la cuota de mercado de cada una de ellas. Esta cuota de mercado se calculará en función de los resultados del año inmediatamente anterior»*.

²¹ En relación con este tema el Informe de Regulación 9/2010 de 20 de mayo de la Autoridad Catalana de la Competencia formuló una observación a la regulación de la obligación de servicio público en el artículo 7 del Proyecto de ley por el que se adaptó la ley 2/1997 a la Directiva de servicios. En concreto sobre este punto dijo que *«la posibilidad por parte de los Ayuntamientos de otorgar la autorización bajo la condición que el servicio se preste gratuitamente o de forma bonificada no cumple con los principios de claridad y objetividad al conceder un amplio margen de apreciación a la administración. ...por otro lado estas prestaciones forzosas deben poderse exigir a las empresas privadas y a las públicas»*.

²² En este punto queremos matizar la afirmación de GONZÁLEZ BUSTOS, M. A., en su trabajo "El servicio municipal del mercado de abastos tras la ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la administración local", en el libro colectivo *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Coordinadores FONT LLOVET y DIEZ SÁNCHEZ, Iustel, Madrid 2017, pág. 194. Para esta autora con la reforma legal de la LRSAL ha desaparecido la obligación de prestar el servicio de mercado municipal en municipios de más de 5.000 habitantes, afirmación que compartimos. Pero añade, que ello no supone que no pueda prestarse este servicio público en ejercicio de la competencia local propia. Como desarrollaremos más adelante a nuestro juicio la liberalización del servicio mediante la LRSAL, o mediante norma legal, no permite recrear de nuevo el servicio público por el ente local en ejercicio de sus competencias sobre el sector. El ente local puede actuar en concurrencia en ejercicio de la libre iniciativa económica, pero no volver a excluir a los privados mediante la creación de nuevo de un servicio público.

contenido de una prestación esencial, como era el caso de los servicios funerarios, y que en el caso de los mercados no es tal.

Los títulos de intervención municipal en el caso de los mercados son otros. En este sentido cabe recordar que la normativa aplicable en materia de mercados municipales minoristas ha planteado tradicionalmente el problema de la concurrencia de las normas relativas a los servicios públicos locales, las normas en materia de bienes públicos y, con una presencia menor, las normas en materia de contratación pública.

La razón fundamental de esta concurrencia normativa es que los mercados municipales se ubican en terrenos municipales calificados como bienes demaniales de servicio público. Esto conlleva la remisión desde la normativa de bienes públicos a las normas relativas a la prestación de servicios públicos²³, pero estas normativas persiguen finalidades diversas. La demanial la protección de los bienes públicos y la garantía de una explotación razonable de los mismos que no perjudique la propiedad pública. La relativa a los servicios locales tiene como finalidad garantizar una prestación de calidad, continuada y a un precio asequible para los usuarios. La de contratación, garantizar que el acceso al uso privativo se lleve a cabo según las reglas de publicidad y concurrencia para seleccionar las mejores ofertas.

La liberalización de los mercados municipales llevada a cabo conlleva que estos mercados ya no puedan mantenerse como monopolio local y que la intervención sobre los servicios que se prestan en el bien demanial donde se ubicaba el mercado municipal concebido como servicio público deberá regirse, en su caso, por la normativa de los bienes públicos. En este sentido el Informe de la Autoridad Catalana de la Competencia 49/2012 de 16 de julio sobre los mercados municipales afirma que los mismos están liberalizados y sujetos a la Directiva 123/2006. Admite que el acceso al mercado pueda sujetarse a autorización, pero demanial, y que la misma deberá respetar los principios de la Directiva, recordando a tal fin que los plazos deben ser breves, en ningún caso de 50 años²⁴.

B) ¿Es posible remunicipalizar el servicio?

Como hemos visto al inicio de este trabajo, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto ley 7/1996 y en la LRSAL, se han liberalizado los servicios públicos de servicios funerarios y mercados municipales. La consecuencia de esta liberalización es que estas actividades dejan de ser responsabilidad de la administración local y quedan abiertas a la libre iniciativa económica privada. La administración puede regular el ejercicio de estas actividades privadas, pero ya no cabe aplicar el régimen propio de los servicios públicos.

Así las cosas la segunda pregunta que queremos plantear es si los entes municipales podrían llevar a cabo la «remunicipalización» de estos servicios. Es decir, si el ente local puede decidir que en su término municipal estos servicios vuelvan a ser servicios públicos. De este modo se llevaría a cabo una verdadera remunicipalización, pues lo que se pretende es volver a asumir la prestación efectiva de una actividad como servicio público, cerrando de nuevo el mercado para estas actividades, de modo que la empresa privada sólo podría entrar mediante un título concesional²⁵. De la competencia en el mercado se volvería, en su caso, a la competencia por el mercado si se optara por la gestión indirecta del recuperado servicio público.

Para justificar una respuesta afirmativa a nuestra pregunta (es decir, para sostener que es posible la remunicipalización) podría acudir al artículo 25 de la LBRL para sostener que la competencia reconocida

²³ Así, por ejemplo, el artículo 54 del Reglamento de bienes de las entidades locales de Cataluña, Decreto 336/1988, establece que «el uso de los bienes de servicio público se regirá por lo dispuesto en las normas sobre servicios de los entes locales y, supletoriamente, por las de este Reglamento» (en sentido similar al artículo 87 de la ley de Patrimonio de las administraciones públicas, LPAP, 33/2003 de 3 de noviembre).

²⁴ La ordenanza municipal del Ayuntamiento de Granollers reguladora del libre acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio en el ámbito territorial del municipio de Granollers, dictada en ejecución de la Directiva 123/2006, no sigue el criterio del Informe de la Autoridad Catalana de la Competencia. Así, establece en su artículo 2,2-b que el contenido de la Directiva no se aplica a «las actividades que impliquen el uso u ocupación del dominio público, bien por utilización privativa, bien por aprovechamiento especial, que en todo caso quedaron condicionadas a la obtención de licencia o concesión administrativa en los términos de la legislación sobre patrimonio de las administraciones públicas».

²⁵ Decimos que se trata de una verdadera remunicipalización porque como es conocido el término remunicipalización se está utilizando de manera imprecisa jurídicamente para referirse a los procesos en virtud de los cuales la administración recupera la gestión directa de un servicio que se venía prestando de forma indirecta. Pero en estos casos el servicio nunca ha dejado de ser servicio público. Por ello el término remunicipalización es incorrecto, y debería utilizarse la expresión «reinternalización». Sobre esta cuestión vid. TORNOS MAS, J. La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales, El Cronista, Iustel 58-59, 2016.

para prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal ampara esta nueva municipalización. Se puede añadir que la modificación de los artículos 26,1 y 86,3 de la LBRL supone tan sólo que los servicios funerarios y los mercados municipales dejan de ser servicios obligatorios y reservados ex lege, pero que ello no impide su nueva configuración como servicios públicos locales²⁶.

A nuestro entender, en principio, esta posibilidad no existe. La publicación del servicio requiere cobertura legal. Los artículos 26 y 86,2 de la LBRL establecen la reserva, publicación, de algunos servicios, y el artículo 86,2 añade que «el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios».

La exigencia de reserva de ley podría excepcionarse, abriendo la posibilidad a la creación de servicios locales por el propio ente local en base al artículo 25 de la LBRL, si estos servicios se prestaran en concurrencia con el sector privado, esto es, sin monopolio. En este caso la garantía de la reserva legal podría no ser necesaria. Este podría ser el caso, por ejemplo, de la creación como servicios públicos de los gimnasios municipales, guarderías, aparcamientos o escuelas de idiomas. En estos casos estas actividades prestacionales se llevan a cabo fuera de las reglas de mercado, bajo responsabilidad municipal, en atención a su consideración de servicios de interés general. Pero estas prestaciones también se pueden llevar a cabo por entidades privadas sin necesidad de título habilitante concesional²⁷.

No obstante, si volvemos a nuestro caso concreto, los servicios funerarios y los mercados municipales, creemos que la remunicipalización no es posible, ya que la liberalización de estos servicios se ha llevado a cabo con carácter general en todo el Estado mediante ley. El legislador ha querido suprimir un servicio público existente y abrir de forma total esta actividad económica al mercado. No cabe un *contrarius actus* a través de una decisión local que permitiera abrir este mercado al sector público, no en ejercicio de la iniciativa pública económica en concurrencia con las empresas privadas, lo que sí es posible, sino a través de la prestación de un servicio público con las ventajas que ello supone (actuar fuera del mercado, con un régimen jurídico especial y con fondos públicos). Un ente local no puede hoy prestar los servicios funerarios como servicio público. Tan sólo el legislador estatal podría remunicipalizar de nuevo este servicio, y lo mismo cabe decir de los mercados municipales.

C) ¿Es posible el ejercicio de la iniciativa económica pública en los sectores liberalizados?

El ente local puede decidir ejercer la iniciativa económica en los sectores liberalizados. Donde antes intervenía como titular de la actividad, ahora podrá intervenir como un sujeto económico más, en concurrencia con las empresas privadas que actúen en este sector. Para ello deberá sujetarse a lo que establece en la actualidad el artículo 86,1 de la LBRL tras su modificación operada por la ley 27/2013, la LRSAL, y lo dispuesto a su vez en el artículo 128 de la Constitución.

²⁶ Esta es la tesis que no compartimos y que, como ya hemos apuntado, defiende GONZÁLEZ BUSTOS, M. A., op. cit. Así se desprende de la conclusión primera de su trabajo, pág. 203: «el cambio normativo operado por la ley 27/2013 en materia de competencias locales no afecta a la posibilidad de que los municipios continúen prestando el servicio municipal de abastos, ahora considerado como un servicio dentro de una materia (artículo 25,2.i), de competencia propia, aunque se trate de un servicio no obligatorio».

²⁷ Vid. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1999, rec. Casación 2298/1993, en relación al caso de los aparcamientos municipales: «el motivo no puede prosperar, pues el concepto restrictivo de servicio público sobre el que gira su argumentación, coincidente con la acepción especial de servicio público esencial, esto es, de sectores de actividad reservados en principio, con o sin monopolio, a la iniciativa y gestión de la entidad pública (véase art. 128.2 CE), no se compadece con el concepto legal del artículo 85.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, según el cual “son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales”, siendo de destacar la clara conexión que mantiene el servicio de aparcamiento público con la competencia sobre “la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas”, que el artículo 25.2 b) de la misma Ley atribuye a los Municipios; y ello sin olvidar que este mismo precepto describe con carácter general la competencia municipal incluyendo en ella la prestación de “cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”, no siendo posible desconocer que entre las necesidades actuales de la población urbana figura la de disponer de servicios de aparcamiento público. Y en cuanto a la jurisprudencia, frente a la única sentencia que cita el motivo, alusiva al concepto estricto de servicio público al que antes se ha hecho referencia, es abundante la jurisprudencia que califica específicamente como servicio público municipal la actividad de aparcamiento público prestada por particulares en régimen de concesión sobre terrenos de dominio público, pudiendo citarse en este sentido, además de la Sentencia de 27 de julio de 1983 que cita la recurrida, las de 8 de noviembre de 1990 (RJ 1990\9179) y 11 de marzo y 12 de junio de 1991 (RJ 1991\2048 y RJ 1991\4965), y las en ellas citadas».

El precepto constitucional, como es conocido, estableció un sistema dual en el ejercicio de las actividades económicas, al reconocer la concurrencia de la iniciativa pública y privada sin subordinar el ejercicio de la primera al principio de subsidiariedad²⁸.

Dentro de este marco, la iniciativa pública local podía responder a dos supuestos distintos. Por un lado, el ejercicio de la misma en régimen de libre concurrencia y, por otro, cuando se ejerce la actividad económica en sectores monopolizados, en sectores extraídos por tanto de la libre concurrencia y convertidos en servicios públicos. En estos casos la administración opta por la gestión directa pero actúa fuera del mercado²⁹.

Pues bien, la LRSAL ha introducido en este sistema general un condicionante de especial relevancia. Como es sabido la citada ley tenía como uno de sus principales objetivos llevar al ámbito local los principios de estabilidad presupuestaria y control del déficit incorporados en la reforma del artículo 135 de la Constitución³⁰. Consecuentemente la nueva redacción del artículo 86, en su apartado primero, establece que «*las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial*»³¹.

Por tanto, en el supuesto en el que se decida llevar a cabo la iniciativa pública económica en sectores liberalizados esta libertad de opción está condicionada a la acreditación del cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Superado este requisito, nada impide actuar en régimen de total igualdad con las empresas privadas en el ejercicio de una actividad económica de mercado. Es decir, sin gozar de ninguna de las ventajas propias que puedan derivarse de la titularidad pública de la empresa (ayudas, prerrogativas públicas...).

También deberá exigirse al ente local que justifique la razón de interés general que le lleva a ejercer la iniciativa económica en un determinado sector económico. Toda actividad administrativa, aunque sea bajo forma de actividad económica en régimen de concurrencia, debe responder a una finalidad de interés general, conforme al artículo 103 de la Constitución³².

²⁸ En este sentido puede consultarse MARTÍN RETORTILLO, S., *Derecho administrativo económico*, I. editorial La ley, Madrid 1988, pág. 93 y 94.

²⁹ Esta distinción la tomamos de SOSA WAGNER, F., *Manual de derecho local*, Tecnos, Madrid 1986, 3.º edición, págs. 177 y 178, y también de GARCÍA RUBIO, F. La iniciativa económica local tras la ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local, *REALA*, núm. 3, enero-junio 2015.

³⁰ En la exposición de motivos de la LRSAL se afirma que «la reforma se plantea perseguir varios objetivos básicos, clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras administraciones de forma que se haga efectivo el principio de una administración una competencia, racionalizar la estructura organizativa de la administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas».

³¹ Por su parte el artículo 96 del TRRL establece que: «*La iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes*».

³² Vid. Al respecto GARCÍA RUBIO, F., op. cit. y la sentencia Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989, la conocida sentencia sobre la empresa Inicativas SA del Ayuntamiento de Barcelona, no obstante lo cual nos parece de interés recordarla de nuevo en parte: «*El art. 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado de la que es eje básico la iniciativa privada; pero el art. 128.2 de la misma Constitución también reconoce la iniciativa pública en la actividad económica; precepto, este último, que en la esfera local ha sido desarrollado por el artículo 86.1 de su ya aludida Ley básica de 2 de abril de 1985 al establecer que las Entidades Locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución; con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de la subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o la insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional. Y siendo esto así, no resulta acertada la tesis en la que insiste el apelante, de la supuesta ilegalidad de que el Ayuntamiento, con capital público, haya constituido una empresa privada para ejercer actividades económicas empresariales, y procede por tanto rechazarle este primer motivo de su impugnación de la sentencia recurrida.*»

Las anteriores afirmaciones deben sin embargo matizarse enseguida en un doble aspecto. Por un lado, mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean ilícitos (artículo 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los Organos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art. 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones

En conclusión, en términos generales podemos concluir que la creación de una empresa municipal con el fin de llevar a cabo una iniciativa económica debe tener en cuenta los siguientes requisitos:

a) De orden sustantivo

- Garantizar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias.
- Contener un análisis de mercado relativo a la oferta y a la demanda existente que garantice la rentabilidad de la empresa.
- Contener un análisis de mercado relativo a la oferta y a la demanda existente que analice los efectos de la actividad municipal sobre la concurrencia empresarial.
- Que la actividad sea de utilidad pública.
- Que la actividad se preste dentro del término municipal.

b) De orden formal

Que se tramite un procedimiento reglado y se apruebe el acuerdo de creación de la empresa por el Pleno del Ayuntamiento.

Si descendemos desde estos planteamientos generales al caso de los servicios funerarios, se pueden añadir las siguientes consideraciones.

La exigencia de razones de interés general que justifiquen la creación de una empresa municipal de servicios funerarios ha sido recordada por las sentencias del Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 2 de Donostia de 19 de febrero de 2008, y en la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sala de lo contencioso administrativo, de 26 de abril de 2010. En la sentencia del Juzgado se recuerda que debe justificarse la razón de interés general que lleva a la creación de una empresa municipal, y que tal justificación no aparece de forma suficiente en la Memoria, y se añade que «el interés general no debe confundirse con el propio interés municipal en la intervención en el sector funerario, mediante una sociedad municipal, cuando este sector está liberalizado, y por tanto, se entiende que, en principio, es el juego de las reglas del mercado, en régimen de concurrencia competitiva el que mejor sirve a los intereses de los usuarios». En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, después de recordar la doctrina del Tribunal Supremo en este tema, se afirma que en el caso enjuiciado no se ha cumplido con el requisito de justificar la conveniencia y oportunidad de crear la empresa municipal, sin que frente a esta alegación se pueda sostener que en esta materia rige una amplia discrecionalidad técnica a favor del municipio, y que debe prevalecer la autonomía municipal en el momento de tomar esta decisión.

Reflexiones sin duda de especial interés, ya que obligan a justificar de forma precisa la razones que permiten excepcionar la existencia de una liberalización y las reglas del mercado (lo que mejor sirve, se dice, a los intereses de los usuarios). Por tanto, parece imponerse un cierto principio de subsidiariedad frente a la libre decisión municipal de ejercer la iniciativa económica.

empresariales públicas carentes de justificación. Por otra parte, la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (artículo 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (artículo 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado. Por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado, se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado vulnerando el artículo 85 del Tratado de Roma no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante ni subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (art. 86 del mismo Tratado); y no pueden por último estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, con las solas salvedades que enumeran los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado, y aun siempre sometiendo previamente las excepciones (con una antelación mínima de 3 meses antes de poder aplicarlas) a la consideración de la Comisión del Mercado Común –artículos 93.3 del Tratado y 1.º, 1 del Real Decreto 1755/1987 de 23 de diciembre–. En resumen: la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado».

Así las cosas un posible criterio para crear una empresa municipal de servicios funerarios podría ser el tratar de introducir mayor concurrencia en un sector que a pesar de la liberalización sigue fuertemente concentrado en pocas empresas privadas. En este sentido se ha sostenido en algunos casos que el modelo actual de liberalización no funciona ya que existe un monopolio u oligopolio de facto³³, por lo que la aparición de una nueva empresa municipal podría conseguir disminuir el precio medio de los servicios manteniendo la calidad³⁴.

Pero también es cierto que este reducido nivel de competencia a nivel municipal en el conjunto de Cataluña podría corregirse con medidas de regulación del sector, sin necesidad, por tanto, de crear una empresa municipal. Así, se trataría de reducir los requisitos de entrada de nuevas empresas privadas en la actividad que se pueden considerarse injustificados, como la exigencia de poseer un tanatorio o disponer de un local social en el municipio en el que quiere actuar. También hay que destacar los factores urbanísticos conexos, como los límites para obtener suelo en el que construir un tanatorio, o la complejidad de los procedimientos de autorización para poder llevar a cabo esta actividad. En este sentido el Informe de la Autoridad Catalana de la Competencia sobre la competencia en el sector de los servicios funerarios de 2007 «recomienda que las administraciones locales sólo presten este servicio en régimen de competencia en el supuesto en que no existan empresas privadas que presten este servicio», y en el Informe de la misma Autoridad de 2016 con el título *L'us del tanatori i els seus efectes sobre la competència en els serveis funeraris*, se hace referencia a fomentar «la competencia mediante la construcción de nuevos tanatorios de titularidad pública (que pueden ser gestionados por empresas privadas)». En este segundo caso debe notarse que no se propone la creación de una empresa municipal de servicios funerarios que posea un tanatorio, sino que se cree un tanatorio municipal al que puedan acceder empresas de servicios funerarios que no dispongan de tanatorio, y esta opción se propone para aquellos casos en los que no exista iniciativa privada para la construcción de tanatorios.

Por tanto, según lo que se expone en los estudios e Informes de la Autoridades de la Competencia de Cataluña el problema de la debilidad de la competencia en el sector de los servicios funerarios se debe fundamentalmente a la exigencia de disponer de un tanatorio para prestar esta actividad, a la exigencia de que el Tanatorio cuente con un elevado número de salas de velatorio, a la exigencia de contar con un local en el término municipal y a las dificultades urbanísticas para poder contar con suelo en el que poder instalar un tanatorio. Estas son las barreras de entrada.

Pues bien, estas barreras de entrada, dependen de la normativa local, por lo que antes de optar por la creación de una empresa pública en el sector de los servicios funerarios para corregir el déficit de concurrencia real, parece más conveniente utilizar el propio poder normativo local para favorecer la concurrencia de las empresas privadas. Las Autoridades de la Competencia reclaman una mayor facilidad para la entrada de empresas privadas en el sector, que son las que verdaderamente introducirán la competencia y podrán hacer realidad la voluntad liberalizadora del Real Decreto ley de 1996 y la política general de liberalización de servicios propia del derecho comunitario.

³³ Así, puede afirmarse que desde la liberalización de los servicios funerarios mediante el Real Decreto ley de 1996, la competencia dentro de este sector de actividad económica en Cataluña puede calificarse, en términos generales, de débil. Así se ha puesto de manifiesto en el Informe de fiscalización de la gestión de los servicios financieros y de cementerios del Tribunal de Defensa de la Competencia, de julio de 2006, en el Estudio sobre la competencia en el sector de los servicios funerarios de la Autoridad Catalana de la Competencia, del año 2007, en las Observaciones sobre la incidencia que podrían tener determinadas medidas en el nivel de competencia de los servicios funerarios, también de la Autoridad Catalana de la Competencia, del año 2011 y en el Informe de la misma Autoridad Catalana de julio de 2016 con el título *L'us del tanatori i els seus efectes sobre la competència en els serveis funeraris*.

³⁴ Este es el caso de Barcelona. En Barcelona la liberalización de los servicios funerarios comportó que en 2011 se finalizara la venta del 85% de las acciones de la sociedad municipal *Serveis Funeraris de Barcelona* a favor de *Mémora*, de modo que se crea una empresa mixta de capital mayoritariamente privado. Al mismo tiempo entra en este mercado la empresa *Áltima*, si bien hasta ahora con una pequeña cuota. Así las cosas el Ayuntamiento de Barcelona ha puesto en marcha el procedimiento para ejercer la iniciativa económica municipal en materia de servicios funerarios. En la Memoria justificativa, de 1 de diciembre de 2016, se hace referencia al procedimiento a seguir y a las razones de la operación. De forma principal se alude a que el modelo liberalizado no ha funcionado en el mercado funerario, donde se dice que se ha pasado a un oligopolio privado. La creación de una empresa municipal se justifica porque la misma crearía una verdadera concurrencia y permitiría prestar el servicio a un precio más asequible sin bajar la calidad del mismo. Existe también un Plan de Viabilidad y un Informe económico.



Enfoque de la autonomía local en los sistemas alemán y británico de financiación municipal

Approach to local autonomy in the German and British systems of municipal financing

Francisco Javier Durán García
Universidad Pontificia Comillas
fcojavierdg@gmail.com

RESUMEN

En el ámbito europeo el reconocimiento de la autonomía local es una cuestión pacífica tras aprobarse en la Carta Europea de la Autonomía Local. No obstante, el alcance que tiene esta autonomía local en materia financiera varía en función del modelo de hacienda pública que adopta cada país. En el presente trabajo analizamos los modelos alemán y británico de hacienda local, dos ejemplos opuestos en la forma de organizar su hacienda que inciden de manera directa sobre el alcance de la autonomía local de sus municipios. Tras una primera parte donde se analiza la base jurídica de la autonomía local, se procede al estudio de las principales fuentes de financiación municipal en cada modelo, y se concluye con una valoración de la autonomía financiera de las entidades locales dentro del sistema español en comparación con los modelos expuestos.

PALABRAS CLAVE

Autonomía local, hacienda pública, Alemania, Reino Unido, financiación local.

ABSTRACT

At the European level the recognition of local self-government is a peaceful matter after being approved in the European Charter of Local Autonomy. However, the scope of this local financial autonomy varies according to the model of public finances that each country adopts. In this article we analyze the German and British models of local finance, two opposite examples in the way of organizing their treasure that directly affect the scope of the local autonomy of their municipalities. After a first part where the legal basis of the local autonomy is analyzed, the main sources of municipal financing are studied in each model, and it concludes with an assessment of the financial autonomy of the local entities within the Spanish system in comparison with the exposed models.

KEY WORDS

Local autonomy, public finance, Germany, United Kingdom, local financing.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REALIDAD UTÓPICA DE LA AUTONOMÍA FINANCIERA. 3. FINANCIACIÓN LOCAL EN ALEMANIA. 3.1. EL MODELO FEDERAL. 3.2. FUENTES DE INGRESOS LOCALES. 4. FINANCIACIÓN LOCAL EN REINO UNIDO. 4.1. EL MODELO ANGLOSAJÓN Y LAS TRANSFERENCIAS. 4.2. FUENTES DE INGRESOS LOCALES. 5. VALORACIÓN A LA LUZ DEL SISTEMA ESPAÑOL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Cualquier estudio que propiciemos sobre la realidad de la Administración local implica necesariamente un acercamiento al sistema de financiación municipal. Tal es así, que en todas las entidades de organización local, independientemente del grado de descentralización que han ido desarrollando en el margen otorgado dentro de sus propios sistemas políticos, se tiene entre las prioridades dotar a la estructura local de recursos propios para intentar cubrir sus necesidades competenciales.

Si por algo se caracteriza el Municipio es por ser la estructura política más próxima al ciudadano. Esta circunstancia determina, en gran medida, la categoría de las manifestaciones tributarias locales ya que la gestión y la recaudación de muchos de los tributos sólo tienen su eficacia en un contexto de proximidad. En el mismo sentido, el resto de recursos que conforman la totalidad de la Hacienda municipal también reciben un tratamiento singular desde la óptica de la cercanía, en tanto que son destinatarios de los recursos los propios ciudadanos de los que han salido.

Es innegable la importancia de la financiación, y más concretamente la relevancia de los tributos en sus diferentes acepciones, para el desarrollo de la Administración. Tal es así, que la filosofía que inspira el sistema político de un país, atrae y determina la condición de su Hacienda, siendo esta herramienta un fiel reflejo en el tiempo de las premisas que han marcado y marcan la evolución del pensamiento político y social. Por esta razón, entendemos acertado un estudio comparativo de sistemas que comparten una misma base de principios, en tanto que nos permite confrontar las diferentes soluciones que se han dado con motivo de problemas comunes en el ámbito municipal de los diferentes países. Así, más allá de las categorías y definiciones particulares que se han creado por cada sistema jurídico particular, queda buscar la intuición común en los distintos legisladores a la hora de determinar el problema y buscar la solución.

Un marco correcto para confrontar sistemas es Europa por ser un ámbito donde concurren sistemas de tradición jurídica distinta pero donde el Municipio se enfrenta a retos similares a nivel competencial y, consecuentemente, en materia de financiación. Es más, si observamos el amplio espectro que abarcan y la incidencia sobre la ciudadanía, el conocimiento de los diferentes sistemas impositivos no sólo es interesante sino también de obligado conocimiento para el ciudadano o ciudadana que puede quedar afecto a su observancia tanto en su país de origen como en otro país donde resida temporalmente o por simple turismo (Vg.: tasas por estacionamiento limitado de vehículos en dominio público, precios públicos para acceder a instalaciones y monumentos, impuestos «ecológicos» y similares).

En definitiva, al cotejar autonomía local y fuentes de financiación, no sólo queremos analizar realidades impositivas sino también propiciar el acercamiento a los problemas actuales que presenta la Hacienda local en diferentes países. Analizando las preferencias o directrices que se siguen en cada Estado podremos atisbar lo común y lo diferente, las carencias y los aciertos en la concreción que cada sistema municipal ha realizado.

2. LA REALIDAD UTÓPICA DE LA AUTONOMÍA FINANCIERA

Los Estados miembros del Consejo de Europa establecieron el 15 de octubre de 1985 la Carta Europea de Autonomía Local¹. Este texto común recoge en su art. 9 el derecho de las Entidades locales, proporcionalmente y en el marco de la política económica nacional, a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias. Es más, en cada uno de sus apartados concreta las características de dicha financiación: ingresos patrimoniales y tributos locales; sistema diversificado que permita la evolución real de los costes; procedimientos de compensación financiera destinados a corregir las desigualdades; las subvenciones evitaran ser finalistas para no coaccionar la política local; y posibilidad de acceso al mercado nacional de valores.

A la vista del anterior documento, queda claro que el marco fundamental y las directrices están ya establecidas para los municipios en el ámbito territorial europeo. En concreto, los países cuyo sistema analizamos, tienen en común que han ratificado este documento y, por lo tanto, comparten las premisas establecidas en la Carta de la Autonomía Local. Bien es cierto que los sistemas de financiación municipal de los diferentes Estados son anteriores a la Carta, y por esta razón es interesante como punto de partida en

¹ Instrumento de Ratificación, de 20 de enero de 1988, de la Carta Europea de 15 de octubre de 1985 de Autonomía Local, hecha en Estrasburgo.

tanto que el texto en si es un ejemplo patente de derecho comparado por cuanto se construyó a partir de los puntos en común y las sinergias que presentan los municipios en Europa.

Ahora bien, el texto del Consejo para su aplicación no sólo depende de la ratificación sino también del grado de concreción que vaya realizando cada país. En este sentido, vemos como no uniforma ordenamientos sino que los acerca conjugando la integración y el respeto a la diversidad, más patente si cabe en el ámbito local por cuanto es el más permeable a la cultura propia. Es más, aunque la autonomía local está proclamada, ya adelantamos que en los sistemas que analizamos a continuación todavía dista mucho de ser efectiva en tanto que la realidad marca una gran dependencia frente a otros niveles de la Administración.

3. FINANCIACIÓN LOCAL EN ALEMANIA

3.1. EL MODELO FEDERAL

La estructura de las diferentes haciendas locales ha sido estudiada por SUÁREZ PANDIELLO², quien establece una clasificación de los sistemas atendiendo a la figura o figuras que soportan el peso. Para el caso de Alemania la financiación local se categoriza en el *modelo federal* que comparte con Austria y Bélgica. La característica principal de este modelo es la combinación de las fuentes de financiación de los modelos insular y nórdico en tanto que el centro de gravedad se distribuye en la imposición sobre los bienes inmuebles y en la tributación sobre la renta individual. En concreto, Alemania incide más en la renta de las personas hasta el punto de alcanzar un promedio del 40% sobre el total de la financiación³.

Como podemos apreciar, el sistema de financiación municipal alemán está centrado en los ingresos con origen impositivo. A este tenor, es en la Ley Fundamental de Bonn donde se establecen los impuestos de los que se valdrá un Municipio atendiendo a la competencia sobre el rendimiento, a saber: por una parte los impuestos propios (*Gemeindesteuern*) y por otra los impuestos compartidos con los otros niveles territoriales (*Gemeinschaftsteuern*).

A más abundamiento, cabe señalar que la autonomía financiera local está recogida de manera expresa en el art. 28.2 de la Constitución alemana como parte de la autonomía local, y como base del derecho de los municipios a establecer tipos impositivos cuya naturaleza se encuentre en el ámbito local. No obstante lo anterior, la competencia tributaria de los entes locales en Alemania tiene un carácter derivado ya que sólo pueden crear impuestos cuando la entidad territorial superior, los *Länder*, hayan delegado expresamente, y sólo para los impuestos sobre el consumo o el gasto en la circunscripción local⁴.

3.2. FUENTES DE INGRESOS LOCALES

A continuación, de manera sucinta, analizaremos las distintas fuentes de financiación que componen la Hacienda local alemana destacando las características más relevantes de cada uno de los tributos e ingresos.

A) IMPUESTOS PROPIOS

Como hemos apuntado en el apartado anterior, la competencia sobre el rendimiento del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (*Grundsteuer*) y el Impuesto sobre Actividades Económicas (*Gewerbesteuer*) queda establecida por la Constitución a favor de los municipios. No obstante lo anterior, la competencia normativa sobre estos impuestos corresponde a la Federación (Bund), si bien los municipios tienen atribuido constitucionalmente el derecho a establecer los tipos de gravamen (art. 106.6) a través de una ordenanza fiscal municipal en virtud de un porcentaje sobre el líquido imponible, pero dentro de los márgenes que los *Länder* establezcan.

Respecto de la competencia de gestión o administrativa cabe reconocer una gestión compartida entre los *Länder*, quien en virtud del art. 108 de su Constitución determina la base imponible (valor del bien en cuestión y su atribución), y entre los municipios, cuya administración se encargará de dictar el correspon-

² SUÁREZ PANDIELLO (2008): 238-240.

³ Para profundizar sobre los datos, nos remitimos al estudio de Ángel DE LA FUENTE: "La financiación regional en Alemania y en España: Una perspectiva comparada", *Fedea Policy Papers*, 2017/01.

⁴ GARCÍA FRÍAS (2005): 35.

diente acto de liquidación del impuesto. Vistas las competencias analizaremos la configuración de los impuestos propios.

A1. *Impuesto sobre Bienes Inmuebles (Grundsteuer)*

El IBI es una pieza importante dentro de la Hacienda municipal alemana, hecho que actualmente lo hace irrenunciable para este nivel de la administración en tanto que no han surgido todavía otros recursos que lo puedan sustituir. Una característica que lo diferencia del IAE es su estabilidad recaudatoria dado que su cuantía anual es previsible porque no depende de las incidencias económicas y no incide colateralmente sobre la competencia de las empresas a nivel internacional.

Nos encontramos ante un tributo cuya territorialización se determina según la ubicación del inmueble objeto de gravamen, y por lo tanto no existen problemas de traslación de la carga impositiva fuera del ente local en el que tributa. Dicho impuesto se justifica bajo el principio de equivalencia entre gastos e ingresos públicos dado que el Municipio que recibe el tributo es el que soporta los gastos en concepto de dotación de infraestructuras y bienes públicos que benefician directa o indirectamente a los propietarios de los bienes inmuebles ubicados en el término municipal.

En otro orden de cosas, este impuesto supone un alto grado de corresponsabilidad fiscal para los responsables municipales puesto que el importe de la recaudación dependerá de la presión fiscal que establezcan a la hora de determinar los tipos de gravamen a través de la ordenanza municipal correspondiente. Por lo tanto, el carácter local de este tributo es patente por cuanto la política local asume los costes o beneficios de su decisión sobre el tipo de gravamen, y los ciudadanos distinguen claramente el origen y el destino municipal de su contribución, así como su destino correcto o su mal uso.

Las ideas anteriores, tomadas del estudio realizado por el Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalitat de Catalunya sobre Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados, muestran que el IBI en Alemania supone una clara manifestación de la autonomía local. No obstante, dicha importancia queda relativizada desde la comparación internacional, según se desprende del citado trabajo:

«la parte que la recaudación del IBI representa en el conjunto de los ingresos impositivos de los municipios en Alemania está claramente por debajo del nivel de otros Estados europeos. Así, en el periodo comprendido entre los años 1965-2000, mientras que la recaudación de los impuestos ligados al patrimonio representa respecto al conjunto de los ingresos impositivos de los municipios el 99,7% en Gran Bretaña, el 51,6% en Francia, el 35,5% en España y el 21,7% en Italia, en Alemania se situó en el 15%⁵.»

A2. *Impuesto sobre Actividades Económicas (Gewerbsteuer)*

La versión original de la ley reguladora de este impuesto es del 1 de diciembre de 1936, en la misma el tributo se establecía en virtud de tres elementos de la estructura empresarial: la suma total de los salarios pagados, el patrimonio de la industria, y el beneficio empresarial. No obstante, en la última versión de la ley reguladora de este impuesto, con fecha de publicación 15 de octubre de 2002 en el Boletín Oficial de la Federación, han sido derogadas las partes del impuesto referentes al capital y a los salarios, y el IAE sólo se recauda en virtud del beneficio empresarial.

Sobre la recaudación de este impuesto cabe también señalar que, aunque la competencia sobre el impuesto es municipal, tras la entrada de los municipios en la participación en el IRPF se estableció la obligación de reintegrar una cuota a las instancias superiores a modo de compensación, y por lo tanto debe distinguirse una recaudación bruta y una recaudación neta tras la satisfacción de las meritadas cuotas.

Al igual que el IBI, este impuesto ostenta una posición principal en la financiación local alemana como fuente de ingresos y capacidad del Municipio para regular el tipo de gravamen en términos similares al IBI. El citado estudio de la Generalitat de Catalunya aporta datos que destacan el crecimiento del peso de este impuesto en el conjunto de ingresos del municipios a medida que éste es más grande en número de habitantes⁶.

⁵ VELASCO CABALLERO (2010): 153.

⁶ VELASCO CABALLERO (2010): 156.

A3. Impuestos sobre el consumo y el gasto local (Örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern)

Los *Länder* pueden delegar en los municipios la competencia para establecer este tipo de impuestos bajo dos condiciones. En primer lugar, que no existan tributos equivalentes regulados por la Federación, y, en segundo lugar, que el consumo o gasto se produzca en el ámbito del Municipio.

La casuística es amplia y dependerá en gran medida en la discrecionalidad que otorgue el *Länd*, y de las facultades que desarrolle el Municipio plasmando el impuesto en una ordenanza reguladora y asumiendo la gestión de la recaudación. Sin embargo, la competencia actual en la mayoría de los municipios se ciñe en la práctica a la implementación de tres impuestos: a) el impuesto sobre la tenencia de perros (*Hundsteuer*) con la doble finalidad de recaudar y de incentivar la limitación al número de animales; b) el impuesto sobre las diversiones (*Vergnügungsteuer*), especialmente sobre las máquinas automáticas; y c) el impuesto a la segunda vivienda (*Zweiwohnungsteuer*) con la finalidad de hacer tributar a las personas que no computan a efectos del IRPF por no estar empadronados y que, sin embargo, disponen de una segunda vivienda en ese Municipio.

La principal virtud de este tipo de impuestos es que sintetizan a la perfección la autonomía local en tanto que son tributos creados y diseñados por los propios municipios siempre y cuando respeten el principio de no equivalencia⁷.

B) IMPUESTOS COMPARTIDOS

El otro pilar fundamental de la financiación local en Alemania recae sobre los impuestos comunes: el Impuesto sobre la Renta, que engloba también el denominado impuesto sobre el salario (*Lohnsteuer*), y el IVA. Así se dispuso tras la reforma del sistema de financiación local realizada en el año 1969 con la aprobación de la Ley de Reforma Financiera Municipal, desde entonces hasta la fecha participan de manera compartida en la recaudación de estos impuestos las tres administraciones territoriales: la Federación (*Bund*), los Estados federados (*Länder*) y los municipios (*Gemeinden*)⁸. Pasamos a exponer los aspectos más relevantes de cara a nuestra comparativa.

B1. Impuesto sobre la Renta (Einkommensteuer)

Antes de existir la participación municipal en el IRPF, la economía local dependía en gran medida de la recaudación conseguida a través del IAE, esta situación traía dos problemas: inestabilidad ante un impuesto dependiente de la situación económica y disparidades en la recaudación entre los diferentes municipios que disponían de un número de empresas variable. Ante esta situación, se acordó la participación en este impuesto con el fin de aumentar la recaudación y dar estabilidad al sistema de recursos impositivos en las haciendas locales; no obstante, en contraprestación, como ya comentamos, se estableció una cuota a favor del *Bund* y del *Länder* en el IAE que recauda el Municipio.

A grandes rasgos, el reparto de la participación en el IRPF se hace en virtud de dos criterios: el número de contribuyentes que tengan su residencia habitual o su domicilio en el Municipio, y el grado de contribución que por el impuesto realiza cada uno de ellos. Respecto del rendimiento total que el impuesto proporciona al *Länd*, al Municipio le corresponde el 15% de la recaudación sobre el salario y sobre la renta liquidable, y el 12% de las retenciones sobre los intereses, y al *Bund* y al *Länd* el resto de la recaudación a partes iguales. Aunque estos criterios de distribución de recursos son más uniformes que los del IAE, también se acompaña esta participación de un mecanismo de nivelación que compensa las desigualdades que se produzcan con el reparto entre los municipios (especialmente con los del este) mediante el establecimiento de unos límites máximos de renta gravada tanto para la tributación individual como para la conjunta.

El Prof. GARCÍA MARTÍNEZ⁹ señala en su estudio sobre este impuesto que la participación de los municipios equivale materialmente a una transferencia y que, consecuentemente, supone un claro déficit de autonomía tributaria local en tanto que cualquier decisión de bajada de impuestos del Estado federal presume una reducción de los ingresos sin que los municipios puedan decidir al respecto. Aunque esta ausencia de corresponsabilidad fiscal, que ensombrece la percepción de los contribuyentes sobre su contribución a

⁷ VELASCO CABALLERO (2010): 160.

⁸ GARCÍA MARTÍNEZ (2009): 348.

⁹ GARCÍA MARTÍNEZ (2009): 376.

la financiación municipal, ha llevado al Gobierno a plantearse la sustitución de esta participación por un auténtico tramo municipal del impuesto, a día de hoy no se ha modificado porque este cambio supondría una evidente pérdida de solidad financiera intermunicipal, que preferentemente hay que preservar.

B2. IVA

Al igual que la participación municipal en el IRPF, la intervención en la recaudación obtenida por el IVA tiene como fin cubrir las carencias financieras ocasionadas en la Hacienda municipal alemana con motivo de las derogaciones y bajadas que se han practicado al IAE.

Del mismo modo que en el impuesto anterior, exponemos de manera resumida los aspectos más destacados del mecanismo de este tributo. El cálculo del impuesto se realiza sobre la base del importe de recaudación del IVA minorada en un descuento previo a favor del Bund (con destino a las coberturas de las pensiones de los trabajadores que ofrece la Seguridad Social); una vez minorada la base se aplica el 2,2% de porcentaje que le corresponde a la participación municipal, y el resto se repartirá entre el Bund y los *Länder* a través de los mecanismos de compensación establecidos por la ley. El porcentaje municipal se repartirá entre los diferentes municipios del *Länd* en función de los coeficientes que determine el Gobierno.

Al valorar este impuesto, estamos de acuerdo con VELASCO¹⁰ al señalar que supone una participación muy estable para la Hacienda local, y que la importancia de este recurso aumenta a medida que es mayor el número de habitantes. También, al igual que en el caso del IRPF, debemos destacar la regresión que supone esta participación desde la óptica de la autonomía tributaria, no sólo porque el Municipio adolece de la potestad de fijar tipos sino también porque también desaparece la corresponsabilidad a expensas de las decisiones del Gobierno central. Nuevamente se ven abocados al enfrentamiento dos principios básicos, por una parte la estabilidad financiera y por otra la autonomía local, en este caso se opta por la primera.

C) OTRO TRIBUTOS

A parte de los tributos de naturaleza impositiva, también forman parte de la Hacienda local las tasas y las contribuciones especiales. Las tasas pueden tener su origen en cada uno de los entes territoriales, siendo las de origen municipal las únicas cuyo establecimiento queda a discreción del Municipio. Las contribuciones especiales, al igual que en España, tienen como fin cubrir el coste de servicios creados por el Municipio. El porcentaje de estos tributos frente a lo recaudado por los impuestos es muy discreto.

D) LA COMPENSACIÓN FINANCIERA

Finalmente, haremos referencia a un grupo de ingresos con origen en los recursos del *Länd* y que tienen la finalidad de compensar los desequilibrios territoriales. A través de este mecanismo, las debilidades financieras de los municipios quedan resueltas con el fin de que conseguir cierta igualdad en los servicios que se prestan en todos ellos. Estos ingresos no son financieros y por lo tanto la autonomía local no está presente en este tipo de subvenciones.

4. FINANCIACIÓN LOCAL EN REINO UNIDO

4.1. EL MODELO ANGLOSAJÓN Y LAS TRANSFERENCIAS

Siguiendo la estructura adoptada por SUÁREZ PANDIELLO¹¹, el sistema tributario de los municipios en el Reino Unido se encuadra en el denominado modelo anglosajón. En esta categoría insular quedaría también agrupado el sistema de Irlanda, ya que ambos se caracterizan por basar todo el peso de la imposición local en el impuesto sobre la propiedad inmobiliaria. Ahora bien, salvo este tributo, los municipios británicos carecen de un sistema de recursos propios que sufraguen la mayor parte del gasto público.

¹⁰ VELASCO CABALLERO (2010): 185 y ss.

¹¹ SUÁREZ PANDIELLO (2008): 238-240.

Al contrario de las declaraciones que aparecen en las Constituciones de otros países europeos, dado que Reino Unido carece de constitución escrita, no existe un reconocimiento expreso a la autonomía financiera de sus municipios. Este hecho pone de manifiesto que los tributos no son la pieza fundamental de la financiación local británica sino las transferencias (*grants*) procedentes del Estado. Esta dependencia financiera que existe respecto del Estado hace que la Hacienda local en materia de corresponsabilidad fiscal esté muy limitada en su autonomía.

Curiosamente, las restricciones a la autonomía no impiden que los municipios británicos asuman la responsabilidad en la gestión de competencias tales como la educación primaria y secundaria, las políticas de vivienda o los servicios sociales. Tal es así, que su actividad supone aproximadamente un 25% del gasto público¹².

Tras estas breves nociones introductorias, y antes de entrar al detalle en los tipos de ingresos, ya podemos intuir que estamos ante un modelo diferente al alemán. Un sistema de Hacienda local que refleja una concepción distinta respecto de los gobiernos locales que se constituyen más en gestores de servicios públicos que en entidades políticas de decisión a nivel municipal. Todo lo que se gana en eficiencia, pues los municipios se aproximan mucho a ser una prolongación del poder ejecutivo, se pierde en autonomía local, que no desaparece pero sí está muy minorada.

4.2. FUENTES DE INGRESOS LOCALES

Para el análisis de la Hacienda británica hemos tomado el esquema planteado por VEGA BORREGO¹³, donde se examinan las distintas fuentes de financiación que componen el sistema destacando las características más relevantes de cada una de ellas en virtud del gasto al que atienden.

A) FINANCIACIÓN DE GASTOS DE CAPITAL (Capital expenditure)

Son gastos de capital los destinados a la financiación de las inversiones que realiza el Municipio y que se convierten en bienes de capital. El sufragio de estos gastos se sustenta en tres tipos de recursos que exponemos a continuación.

A1. Operaciones de crédito (Borrowing)

La regla general es que las operaciones de crédito pueden financiar gastos de inversión, sin embargo cabe la excepción de su empleo para subsanar problemas de tesorería mediante el endeudamiento transitorio.

Hasta el año 2003¹⁴ las operaciones de endeudamiento necesitaban el consentimiento previo del Estado. Tras la entrada en vigor de la nueva normativa local, el beneplácito previo sólo se exige para las operaciones en moneda distinta a la libra y el resto de operaciones no necesitan autorización. No obstante lo anterior, todas los endeudamientos están sujetos a unas reglas de prudencia (*Prudential Code*) que exige la intervención de un auditor externo a la entidad local quien determinará los límites hasta los que puede endeudarse un municipio. Además de esta premisa, el Estado también podrá limitar en cualquier momento las operaciones de crédito local en virtud de la coyuntura económica nacional.

A2. Enajenación de bienes de capital (Capital receipts)

La mencionada reforma de la financiación en 2003 también supuso la ampliación de los márgenes de uso de los ingresos obtenidos por las operaciones de venta de bienes de capital. Aún así, actualmente sigue limitado el destino de estos ingresos a la financiación del gasto corriente con el objetivo de evitar la descapitalización de la entidad local. En el marco de los límites vigentes, las enajenación de viviendas de propiedad pública por parte de una entidad local conlleva la participación del Estado en la plusvalía que genera (*pooling system*) dado que la construcción de las mismas se realiza con transferencias estatales.

¹² ESPÓSITO (2004): 11.

¹³ VEGA BORREGO (2010): 474 y ss.

¹⁴ Fecha en la que entró en vigor el *Local Government Act 2003*, norma que regula la financiación de las Haciendas locales del Reino Unido.

A3. *Transferencias de capital* (Capital Grants)

Este tipo de ingresos, con origen en el Estado o en otras entidades que puedan financiar gastos de capital (Vg.: la Unión Europea), siempre se caracterizan por estar destinados a una finalidad de capital por lo tanto estamos ante transferencias condicionadas.

B) **FINANCIACIÓN DE GASTO CORRIENTE** (Current expenditure)

A diferencia de los anteriores, los gastos corrientes son los que afronta una entidad, en este caso local, con motivo de la prestación de los servicios que tiene atribuidos en competencia. La financiación de los mismos, al igual que con el gasto de capital, también depende en gran medida del Estado, aunque existe una parte que se cubre con una manifestación tributaria local. Pasamos a exponer los aspectos más relevantes de cara uno de ellos.

B1. *Sistema de transferencias* (Grants)

El conjunto de transferencias locales en Reino Unido es enredado. Apoyados en la clasificación de las transferencias establecida por ÁLVAREZ y CANTERO¹⁵ podemos dividirlos en dos tipos: incondicionales y condicionales, en función del fin al que se destinan. Así, las condicionales son aquellas donde el subvencionador ha establecido el propósito al que se debe destinar el ingreso, y las incondicionales son ingresos que no llevan un propósito obligado. A más abundamiento, desde la óptica de la autonomía que venimos analizando, las transferencias condicionadas reducen la expresión de la voluntad local a la mínima en tanto que ni tan siquiera permite al Municipio priorizar el destino del ingreso.

La evolución de las transferencias en la Hacienda local británica ha sido a favor del aumento de las subvenciones condicionadas y el detrimento de la transferencia sin condición, aunque el volumen de ingresos no ha variado en su conjunto, sólo se ha concretado en una reducción de la autonomía.

a) *Transferencia incondicionada* (*Fórmula grant* o *Revenue Support Grant*)

Bajo la denominación de este epígrafe se concentra la cesión principal que reciben las haciendas locales destinada a la financiación del gasto corriente sin quedar afectada a un servicio en particular. Su cálculo se realiza a través de un conjunto de variables objetivas (Vg.: población, territorio) que determinan la necesidad de financiación que soporta un municipio para prestar los servicios que no están costeados mediante subvención condicionada.

La determinación compete al Estado, y su cálculo se resume de la siguiente manera:

«la transferencia general es el resultado de restar al coste teórico de los servicios de una entidad su capacidad fiscal teórica, materializada en el council tax. A este resultado se le adiciona una suma fija (Central Allocation), dando lugar a una cifra que debe compararse con la del ejercicio anterior a efectos de determinar si debe o no incrementarse la misma, para garantizar el porcentaje de incremento mínimo que se haya establecido (Floor Damping Block)¹⁶.»

Una vez recibida la cantidad por la entidad local, ésta decidirá bajo su autonomía cómo distribuirla entre los diferentes servicios que financia según las prioridades del gobierno local.

b) *Transferencias condicionadas* (*specific grants*)

Ya definidas al comienzo de este epígrafe, la característica fundamental es su destino condicionado a los gastos ocasionados por un servicio determinado. A pesar de la variedad que existe, destacamos entre todas la transferencia que reciben los municipios destinada a sufragar las competencias educativas (*Dedicated schools grant*) en tanto que es la más importante por su cuantía junto con la transferencia general.

¹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA y CANTERO PRIETO (2008): 141.

¹⁶ VEGA BORREGO (2010): 486.

Cabe señalar dos apuntes sobre el funcionamiento de estas transferencias. Primeramente destacar que las transferencias tienen una mecánica de vasos comunicantes, esto es todo servicio que pasa a ser subvencionado por una transferencia condicional deja de computar en la transferencia general y viceversa. La segunda idea incide en el papel limitado que otorga este tipo de transferencias a la autonomía financiera dado que el Municipio se convierte en mero gestor sin capacidad de decisión en el origen o en el destino del ingreso.

B2. Impuestos: Council Tax

La única manifestación impositiva de los municipios británicos es el *council tax*; es una figura tributaria híbrida entre un impuesto sobre la propiedad inmobiliaria residencia y una tasa forzosa sobre los habitantes de una entidad local con el fin de contribuir a financiar los servicios que en ella reciben¹⁷. Este impuesto apareció en el año 1993 en sustitución del *poll tax*¹⁸ y es de naturaleza impositiva en tanto que viene impuesto por ley sin necesidad de que se realice ninguna actividad específica de la Administración a favor del ciudadano.

El Estado determinará para este impuesto varios elementos fundamentales. Por una parte la base imponible, que es el valor del inmueble, será calculado por un órgano estatal (*Valuation Office Agency*) a través de parámetros similares a los utilizados en España para las valoraciones catastrales (Vg.: localización, superficie). Por otra parte los tramos de valor de la propiedad, horquilla donde las viviendas contenidas tributan igual, y las ratios de cuota de dichos tramos que estarán en función de la cuota marcada por el Municipio para el tramo «D». Por lo tanto, a la entidad local normativamente le corresponde fijar la cuota del *council tax* en un tramo y el resto de tramos se calcularán automáticamente en virtud de los ratios establecidos. No obstante lo anterior, cabe señalar que la autonomía en esta decisión municipal siempre quedará acotada directamente en virtud de los techos definitivos que establezca el Gobierno central, e indirectamente también se puede ver forzado el Municipio a incrementar la presión fiscal para subsanar los desajustes y carencias que se generen en el sistema de transferencias.

Aunque este impuesto tiene un papel relevante en el sistema de financiación de los municipios en Reino Unido, su posición es claramente inferior a la que presentan las transferencias. Sin embargo, es la única herramienta de que disponen las entidades locales para conseguir financiación bajo su autonomía y sin depender de las decisiones del Estado. El problema es de presión fiscal, pues al no contar con otro tipo de impuestos, cada necesidad adicional de gasto siempre supondrá un aumento de la cuota del *council tax* sobre las mismas personas.

B3. Tasas (Fees and charges)

Desde el *Local Government Act* de 2003 las Entidades locales pueden ejercer la potestad de crear tasas por la prestación de cualquier servicio municipal salvo la educación, la seguridad ciudadana, la extinción de incendios, las elecciones y el préstamo de libros en bibliotecas públicas¹⁹. Por lo tanto nos encontramos, junto con el *council tax*, ante el otro instrumento de autonomía de la Hacienda local.

Aunque la aplicación no es homogénea en todos los municipios, la tendencia al establecimiento de tasas en concepto de servicios municipales por parte ha ido en aumento. Son tres los motivos que han inducido este crecimiento²⁰: 1) reducir la presión fiscal del *council tax* pasando a trasladar el coste de determinados servicios sólo a los receptores de los mismos y no al conjunto de los contribuyentes; 2) los ingresos por tasas no computan a la hora de calcular la transferencia general, cosa que si ocurre con el impuesto; 3) las tasas británicas, a diferencia de España, no cuentan con techos en virtud del coste del servicio.

5. VALORACIÓN A LA LUZ DEL SISTEMA ESPAÑOL

La herramienta comparativa nos arroja como primera evidencia el elemento común entre los países confrontados y España: el reconocimiento de la autonomía local. Ciertamente es que mientras en Alemania, quizás por

¹⁷ VEGA BORREGO (2010): 476.

¹⁸ El *poll tax* era un impuesto que gravaba a los adultos residentes en una entidad local con una cantidad fija, independientemente de criterios como renta o patrimonio, bajo la idea de pagar una cantidad por los servicios que recibía en esa localidad.

¹⁹ ESPÓSITO (2004): 46.

²⁰ VEGA BORREGO (2010): 493.

la realidad federal, los municipios han alcanzado un alto grado de corresponsabilidad fiscal, en Reino Unido las haciendas locales dependen en un alto grado de las transferencias que les envía el Gobierno central. Si tuviéramos que posicionar a España, claramente el grado de autonomía local se acercaría más al nivel alcanzado en Alemania.

Ahora bien, como hemos podido comprobar en el análisis de las fuentes de financiación municipal en cada país, el reconocimiento de autonomía local no es sinónimo de autonomía tributaria y mucho menos de suficiencia financiera. Tanto en los países estudiados como en España, la participación del Estado es fundamental en cada una de las herramientas que componen la financiación. Así, la potestad fiscal municipal siempre tiene su origen en una ley estatal que enmarca las competencias del Municipio y, siempre que sea necesario, se podrá limitar su margen de actuación. Por otra parte, las transferencias o compensaciones que recibe el Municipio suelen tener un origen condicionado, una finalidad restringida o ambas cosas. Este conjunto de restricciones se podría entender como un callejón sin salidas para la autonomía local, sin embargo no debiera ser esta nuestra conclusión. Las limitaciones en cada uno de los países, también en España, son una consecuencia lógica de la estructura funcional del estado, y suponen una tensión necesaria en cuanto a lo que tienen de reto para los municipios en su afán de acercar su realidad competencial a su situación financiera.

El objetivo de la correcta financiación municipal, en nuestro caso la tan traída reforma de las haciendas locales en España, es una constante en todos los sistemas y, a diferencia de España, vemos cómo se han dado pasos en algunos países. El caso de Reino Unido es significativo porque el Estado, aunque no ha consentido aumentar la capacidad de decisión de los municipios sobre los impuestos, ha permitido sin embargo el establecimiento de tasas por prestación de servicios sin constituir ningún techo de ingresos, cosa que sí sucede en España. La Hacienda local británica muestra cómo se pueden instar reformas encaminadas a la suficiencia financiera sin necesidad de aumentar la autonomía fiscal, especialmente en materia de impuestos en tanto que son obligaciones que inciden sensiblemente y sin beneficio directo sobre el contribuyente.

Al igual que Reino Unido, Alemania también está dando pasos en materia de reforma de la Hacienda local. Sin embargo, el estado federal ha optado por incrementar la autonomía fiscal a través de la participación de los municipios en impuestos de corte estatal o federal como son el IRPF o el IVA. Frente a la situación que actualmente se da en la Hacienda local española, es destacable cómo en Alemania se ha conseguido de manera estable y eficaz compensar a los entes locales por la disminución de ingresos tras las limitaciones aplicadas al Impuestos sobre Actividades Económicas. Desde posiciones centralistas se atacaría este ánimo de hacer corresponsables a los municipios en la gestión de estos impuestos; sin embargo consideramos que en los Estados donde se ha optado por una organización descentralizada, esta concepción debe aplicarse en todos los ámbitos con el fin de evitar incoherencias y poder determinar las esferas de responsabilidad a la par que la financiación.

En otro orden de cosas, descubrimos cómo el marco de competencias y servicios que tiene atribuido el Municipio debe siempre establecer la pauta para ordenar la financiación. Observando el sistema británico vemos como las transferencias se articulan, directa o indirectamente, en función de los servicios a los que se destinan. Igual ocurren en Alemania donde la participación en los impuestos viene en proporción al conjunto de servicios que prestan al contribuyente. En contraste con lo anterior, en España resulta evidente la necesidad de reformar la financiación local a la vista de la reestructuración competencial tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y tras haber sido declarado inconstitucional y nulo el art. 57 bis, relativo a la garantía de pago en el ejercicio de competencias delegadas, por Sentencia TC (Pleno) 41/2016, de 3 de marzo (*BOE*, 8 abril). La única herramienta que se estableció para conseguir ajustar parte de este desequilibrio fue declarada inconstitucional por una cuestión de forma. En definitiva, los recursos deben estar en proporción al volumen de servicios prestados, de lo contrario estamos ante un sistema de servicios municipales precario en sus recursos, inestable en sus prestaciones e incoherente en sus principios; cosas todas ellas que repercuten negativamente en los ciudadanos. España tiene pendiente este reto.

Finalmente queremos destacar la existencia de mecanismos de compensación entre las distintas haciendas locales en los diferentes estados analizados. Aunque las herramientas utilizadas son diversas (Vg.: coeficientes correctores, ratios y límites) todas consiguen compensar, al menos en lo que se refiere a servicios básicos, las desigualdades territoriales. Así, ante sistemas diferentes, detectamos cómo la compensación entre municipios debe ser articulada también desde el Estado en tanto que es garante no sólo de la autonomía local sino también de la solidaridad tributaria. A nuestro juicio, esta premisa debe prevalecer en cada reforma que se practique al sistema de financiación local.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Santiago y CANTERO PRIETO, David (2008): “Las transferencias en la financiación municipal. Una comparación internacional”, *Papeles de Economía Española*, núm. 115.
- DE LA FUENTE, Ángel (2017): “La financiación regional en Alemania y en España: Una perspectiva comparada”, *Fedea Policy Papers*, núm. 01.
- ESPÓSITO, T. (2004): “*England’s System of Local Government Finance*”, Policy Exchange, London.
- GARCÍA FRÍAS, Ángel (2005): “Análisis de la financiación de los municipios en Alemania”, en CASADO OLLERO, Gabriel (coord.): *La financiación de los Municipios, experiencias comparadas*. Dykinson, S. L., Madrid.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Andrés (2009): “La participación de los municipios alemanes en el impuesto sobre la renta”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals (REAF)*, núm. 9, Barcelona.
- SUÁREZ PANDIELLO, Javier, coord. (2008): *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*. Gráficas Varona, S. A., Salamanca.
- VEGA BORREGO, Félix Alberto (2010): “Financiación de los entes locales en Reino Unido”, en VELASCO CABALLERO, Francisco: *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*. Institut d’Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2010): *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*. Institut d’Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona.



La subasta de medicamentos en Andalucía. Cuestiones controvertidas y perspectivas de futuro

The auction of medicines in Andalucía. Controversial issues and future prospects

Elsa Marina Álvarez González
Universidad de Málaga
emalvarez@uma.es

RESUMEN

El procedimiento de subasta de medicamentos establecido en la Comunidad Autónoma de Andalucía en el año 2011 como medida de ahorro del gasto farmacéutico ha sido duramente criticado tanto por el Gobierno de la nación que ha interpuesto varios recursos ante el TC por invasión competencial, como por los laboratorios farmacéuticos españoles cuyos intereses se han visto duramente perjudicados con el sistema andaluz. Sin embargo, el TC ha venido a avalar la constitucionalidad de la medida y parece que las últimas noticias apuntan a que se pueda convertir en una medida modelo para el resto de Comunidades Autónomas. De ahí, el interés en realizar este análisis jurídico sobre un tema de máxima actualidad y poder identificar los pros y contras de esta medida andaluza que si bien surge con un carácter claramente coyuntural –motivado por la crisis económica–, su reciente respaldo por el TC podría convertirla en una medida estructural en la dispensación de la prestación farmacéutica en nuestro país.

PALABRAS CLAVE

Prestación farmacéutica, selección de medicamentos, subasta de medicamentos.

ABSTRACT

In 2011 the Andalusian Government established a procedure of acquiring medicines through auction as a measure to control the pharmaceutical expense. This action has been harshly criticised by both the Spanish Central Government and the pharmaceutical companies since their interests have been seriously affected. However, the Spanish Constitutional Court has approved this system as constitutional thus, other regional governments may adopt it as well. Therefore, it seems necessary to examine this matter from a legal point of view since, although it started as a temporary measure due to the recession, it may become a regular practice of public distribution of medicines in Spain.

KEYWORDS

Pharmaceutical supply, procedure of acquiring medicines, medicines auction.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN LA SELECCIÓN DE MEDICAMENTOS EN ANDALUCÍA. 3. EL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA DE MEDICAMENTOS EN LA LEY DE FARMACIA DE ANDALUCÍA. 4. CUESTIONES CONTROVERTIDAS DEL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA DE MEDICAMENTOS EN ANDALUCÍA. 4.1. APLICABILIDAD DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL

SECTOR PÚBLICO AL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA DE MEDICAMENTOS. 4.2. INFRACCIÓN DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO. 4.3. VULNERACIÓN DE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL ESTADO PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE TODOS LOS CIUDADANOS (149.1.1 CE) Y EN MATERIA DE BASES Y COORDINACIÓN GENERAL DE LA SANIDAD Y LEGISLACIÓN SOBRE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS (ART. 149.1.16 CE). 4.4. UN APUNTE DE FUTURO SOBRE LAS SUBASTAS DE MEDICAMENTOS. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la crisis económica que hemos vivido en los últimos años ha obligado a los poderes públicos a adoptar toda una serie de medidas de distinto alcance para paliar los efectos económicos de la crisis. Uno de los sectores más afectados ha sido la sanidad pública donde había que reducir el gasto sanitario a toda costa. En este contexto, la Comunidad Autónoma andaluza decidió en el año 2011 diseñar un procedimiento muy singular para la selección de los medicamentos que se dispensan en las oficinas de farmacia. Acudió así a la celebración de subastas para adjudicar por precio a los laboratorios farmacéuticos en exclusiva los medicamentos que se iban a dispensar obligatoriamente en todas las oficinas de farmacia del sistema sanitario público andaluz.

Este sistema de subasta de medicamentos, pionero en Andalucía, pronto se ganó el rechazo tanto del gobierno central como de los laboratorios farmacéuticos que veían en él la vulneración del principio de igualdad de trato y la conculcación de las competencias estatales. A este debate jurídico han puesto fin las sentencias 210/2016, de 15 de diciembre y 7/2017, de 19 de enero del TC que resuelven los diferentes procedimientos judiciales planteados ante él y en las que el Alto Tribunal salva la constitucionalidad del procedimiento de subasta andaluz. No obstante, creemos que las cuestiones jurídicas planteadas son de enorme calado y tanto el procedimiento andaluz como los argumentos esgrimidos por el TC, así como el devenir futuro en este tema, merecen un análisis en profundidad.

2. PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN LA SELECCIÓN DE MEDICAMENTOS EN ANDALUCÍA

La prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía comprende todos aquellos medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud o por decisión del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (con cargo a sus propios presupuestos y en las condiciones que se determinen¹) destinados a que los pacientes los reciban y utilicen de forma adecuada a sus necesidades clínicas. Pero también, los que se adquieran para ser utilizados en los centros sanitarios públicos de acuerdo con los criterios de selección determinados por la Comisión Multidisciplinar de Uso Racional del Medicamento correspondiente; los que cuenten con autorización expresa para uso compasivo por el Ministerio de Sanidad; ó los que sean autorizados por el órgano correspondiente del Ministerio de Sanidad exclusivamente para un ensayo clínico, cuando este sea promovido por un centro sanitario del sistema sanitario público de Andalucía². Por tanto, comprende, tal y como establece el art. 16 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, al regular la prestación farmacéutica con carácter general, los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad³.

La prestación farmacéutica entendida, pues, como un servicio sanitario que satisface el derecho a la protección de la salud reconocido en el art 43 de la CE⁴ –así como en el art. 22.1 del EAA– se materializa a

¹ Véase al respecto el Decreto 159/1998, de 28 de julio, por el que se regula la prestación de determinados medicamentos con cargo a fondos propios de la Comunidad Autónoma.

² Según el art. 59 Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía.

³ En el mismo sentido se recoge en la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

⁴ En el mismo sentido, BOMBILLAR SÁENZ, F., *Intervención administrativa y régimen jurídico del medicamento en la Unión Europea*, Ed. UGR, 2010, pág. 557, que establece que los medicamentos son bienes económicos a través de los cuales se hace efectivo el derecho a la protección de la salud consagrado en el art. 43CE, pues contribuyen a prevenir, curar o aliviar enfermedades y a corregir o reparar las secuelas provocadas por éstas.

través de la selección, prescripción, dispensación y administración de medicamentos y productos sanitarios a los ciudadanos. Así, el art. 91 Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (en adelante, TRLGURM) reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias. Por tanto, estamos ante una prestación sanitaria que, a pesar de sus singulares características, pues se trata de un servicio público de interés general prestado de forma privada⁵, se encuentra regulada e intervenida por la Administración pública para garantizar tanto la seguridad y calidad de los medicamentos como el acceso de los ciudadanos a los mismos⁶.

La prestación farmacéutica responde en nuestros días a un principio básico y esencial como es el uso racional de los medicamentos introducido por la Ley del Medicamento de 1990. Ello justifica la regulación de las distintas actuaciones que garantizan el derecho a los medicamentos de los ciudadanos (selección, preinscripción, dispensación y administración), así como su financiación pública. Y esa regulación se realiza, a día de hoy, en el TRLGURM (de ámbito estatal)⁷ y, en el ámbito andaluz, en la Ley de Farmacia de Andalucía (Ley 22/2007, de 18 de diciembre, en adelante, LFA). En ella, el Título III se dedica al uso racional de los medicamentos y somete la prescripción, dispensación y administración de medicamentos, con la finalidad de garantizar a los pacientes el adecuado nivel de seguridad y eficacia, a los siguientes principios generales (art. 58):

- a) Sólo se pueden prescribir medicamentos legalmente reconocidos y, exclusivamente, para las indicaciones contenidas en las correspondientes autorizaciones, incluidas las de tratamientos compasivos y ensayos clínicos.
- b) El profesional que realiza la prescripción debe informar adecuadamente al paciente sobre las características del tratamiento prescrito, así como sobre la correcta administración de los medicamentos indicados.
- c) El farmacéutico dispensará los medicamentos y productos sanitarios que se le soliciten, en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas.
- d) El farmacéutico velará por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción, informando al paciente sobre las condiciones de conservación, preparación, administración y posología de los medicamentos dispensados.
- e) El farmacéutico en el acto de la dispensación de medicamentos y productos sanitarios está obligado a cumplir las prescripciones económicas y administrativas que determine la normativa reguladora de la dispensación de medicamentos y, en su caso, de productos sanitarios.

Además, el Estado en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de legislación sobre productos farmacéuticos ha establecido en el art. 87 del TRLGURM de 2015 –al igual que hiciera el antiguo art. 85 de la Ley 29/2006, de 26 de julio– que la prescripción de medicamentos y productos sanitarios en el Sistema Nacional de Salud se efectuará en la forma más apropiada para el beneficio de los pacientes, a la vez que se protege la sostenibilidad del sistema. Por ello, en el Sistema Nacional de Salud, las prescripciones de medicamentos incluidos en el sistema de precios de referencia o de agrupaciones homogéneas no incluidas en el mismo, se efectuarán de acuerdo con el siguiente esquema:

- a) Para procesos agudos, la prescripción se hará, de forma general, por principio activo.
- b) Para los procesos crónicos, la primera prescripción, correspondiente a la instauración del primer tratamiento, se hará, de forma general, por principio activo.

⁵ Véase el análisis de los distintos elementos que configuran la naturaleza jurídica de la prestación farmacéutica que realizamos en nuestro trabajo “La ordenación farmacéutica en Andalucía” en PÉREZ MONGUIO, J. M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (dirs.) *El Derecho de Salud Pública y Políticas Sociales e Igualdad en Andalucía*, Ed. IAAP, 2016, págs. 193 a 203.

⁶ Así lo establece VIDA FERNANDEZ, J., “La prestación farmacéutica como subsistema prestacional sanitario” en MONEREO PÉREZ, J. L., *Comentarios a la legislación reguladora de la sanidad en España. Régimen jurídico de la organización sanitaria, personal sanitario y prestaciones sanitarias*, Ed. Comares, 2007, págs. 297 a 342.

⁷ Que ha venido a derogar la anterior Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

- c) Para los procesos crónicos cuya prescripción se corresponda con la continuidad de tratamiento, podrá realizarse por denominación comercial, siempre y cuando ésta se encuentre incluida en el sistema de precios de referencia o sea la de menor precio dentro de su agrupación homogénea.

Ahora bien, cuando la prescripción se realice por principio activo, el farmacéutico dispensará el medicamento de precio más bajo de su agrupación homogénea. Aquí radica la mayor novedad con respecto a la regulación anterior, pues el art. 85.4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, establecía que «*Cuando la prescripción se realiza por principio activo, el farmacéutico dispensará el medicamento de precio más bajo de su agrupación homogénea y, en el caso de igualdad, el medicamento genérico o el medicamento biosimilar correspondiente*». Modificación, además, muy significativa en la argumentación del TC en la sentencia 210/2016 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad frente a la subasta de medicamentos, como veremos más adelante.

Por tanto, se establece, como regla general, la prescripción de los medicamentos por principio activo⁸ (identificando el fármaco con la Denominación Común Internacional (DCI) o, en su caso, a través de la Denominación Oficial Española (DOE) en lugar de por el nombre comercial), debiendo el farmacéutico dispensar el medicamento de menor precio. De esta forma se favorece el uso racional de los medicamentos dispensando siempre los medicamentos de menor coste. Pero téngase en cuenta que ya no se favorece la dispensación de medicamentos genéricos⁹ que había venido rigiendo la dispensación en la prescripción por principio activo desde que se aprobó el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y que modificó el art. 85 de la anterior Ley 29/2006, de 26 de julio, para establecer que en caso de igualdad de precios, el farmacéutico debía dispensar el medicamento genérico. Ahora, en caso de prescripción por principio activo, siempre que el medicamento se encuentre al precio más bajo de su agrupación homogénea, se puede dispensar indistintamente el genérico o el de marca.

Estos requisitos que impone el legislador estatal para la prescripción y dispensación de los medicamentos han sido recogidos también en el ámbito del sistema sanitario público de Andalucía¹⁰. En este sentido, la LFA establece que la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios se realizará en la receta médica o en la orden de dispensación y, en todo caso, con el menor coste posible en las correspondientes dispensaciones (art. 60.2). Y para garantizar ese menor coste del medicamento regula un sistema de selección de los medicamentos a dispensar cuando se prescriban o indiquen por principio activo y de los productos sanitarios a dispensar cuando se prescriban por denominación genérica, a través de un procedimiento de subasta en el que podrán participar todos los laboratorios farmacéuticos interesados, para seleccionar, de entre los medicamentos comercializados que tengan un precio autorizado igual o inferior al precio menor correspondiente, establecido en el SNS y vigente en el momento de la convocatoria, aquél que deberá ser dispensado por las oficinas de farmacia en Andalucía.

⁸ Por «principio activo» o «sustancia activa» se entiende toda sustancia o mezcla de sustancias destinadas a la fabricación de un medicamento y que, al ser utilizadas en su producción, se convierten en un componente activo de dicho medicamento destinado a ejercer una acción farmacológica, inmunológica o metabólica con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas, o de establecer un diagnóstico. Según se recoge en el art. 8.c) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios redactado por el apartado seis del artículo único de la Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal.

⁹ Entendemos por medicamento genérico: «*Todo medicamento que tenga la misma composición cualitativa y cuantitativa en principios activos y la misma forma farmacéutica, y cuya bioequivalencia con el medicamento de referencia haya sido demostrada por estudios adecuados de biodisponibilidad. Las diferentes sales, ésteres, éteres, isómeros, mezclas de isómeros, complejos o derivados de un principio activo se considerarán un mismo principio activo, a menos que tengan propiedades considerablemente diferentes en cuanto a seguridad y/o eficacia. Las diferentes formas farmacéuticas orales de liberación inmediata se considerarán una misma forma farmacéutica. El solicitante podrá estar exento de presentar los estudios de biodisponibilidad si puede demostrar que el medicamento genérico satisface los criterios pertinentes definidos en las correspondientes directrices detalladas*» (art. 2.g) TRLGURM).

¹⁰ En efecto, el art. 60 de la LFA establece: «*1. En el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía, la prescripción, indicación o autorización de dispensación de los medicamentos y de los productos sanitarios, comprendidos en su prestación farmacéutica, se realizará en la receta médica o en la orden de dispensación, en los términos previstos en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. 2. La dispensación de recetas médicas y órdenes de dispensación de medicamentos y productos sanitarios, se efectuará de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 85.1 y 86 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios*». Las referencias a la Ley 29/2006, de 26 de julio, tenemos que entenderlas referidas a los artículos correspondientes del TRLGURM de 2015, tal y como establece en la Disposición adicional única del mismo.

Por último, el principio de uso racional de los medicamentos se concreta no sólo con criterios de racionalidad sino también con criterios de contención del gasto público¹¹. De ahí, el sistema de financiación pública de los medicamentos establecido por el Estado para fijar y controlar los precios de los mismos bajo criterios de uso racional¹². Así, se regula tanto la financiación de los medicamentos (financiación selectiva, copago y los precios de referencia) como su dimensión económica fijando el precio industrial y los márgenes comerciales¹³.

En efecto, para que un medicamento o producto sanitario se financie públicamente será necesaria su inclusión en la prestación farmacéutica mediante la correspondiente resolución expresa de la unidad responsable del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, estableciendo las condiciones de financiación y precio en el ámbito del SNS. Y ello se posibilita mediante la financiación selectiva y no indiscriminada teniendo en cuenta criterios generales, objetivos y publicados y, concretamente, los siguientes (art.92.1 TRLGURM):

- a) Gravedad, duración y secuelas de las distintas patologías para las que resulten indicados.
- b) Necesidades específicas de ciertos colectivos.
- c) Valor terapéutico y social del medicamento y beneficio clínico incremental del mismo teniendo en cuenta su relación coste-efectividad.
- d) Racionalización del gasto público destinado a prestación farmacéutica e impacto presupuestario en el Sistema Nacional de Salud.
- e) Existencia de medicamentos u otras alternativas terapéuticas para las mismas afecciones a menor precio o inferior coste de tratamiento.
- f) Grado de innovación del medicamento.

No obstante, no se incluyen en la prestación farmacéutica medicamentos no sujetos a prescripción médica, medicamentos que no se utilicen para el tratamiento de una patología claramente determinada, ni los productos de utilización cosmética, dietéticos, aguas minerales, elixires, dentífricos y otros productos similares. Tampoco se financian los medicamentos indicados en el tratamiento de síndromes y/o síntomas de gravedad menor, ni aquellos que, aun habiendo sido autorizados de acuerdo a la normativa vigente en su momento, no respondan a las necesidades terapéuticas actuales, entendiéndose por tal un balance beneficio/riesgo desfavorable en las enfermedades para las que estén indicados.

Corresponde al Gobierno revisar periódicamente y actualizar la relación de los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del SNS, de acuerdo con la evolución de los criterios de uso racional, los conocimientos científicos, la aparición de nuevos medicamentos de mayor utilidad terapéutica o la aparición de efectos adversos que hagan variar la relación beneficio/riesgo y los criterios que hemos señalado anteriormente. Para la decisión de financiación de nuevos medicamentos, además del correspondiente análisis coste-efectividad y de impacto presupuestario, se tendrá en cuenta el componente de innovación, para avances terapéuticos indiscutibles por modificar el curso de la enfermedad o mejorar el curso de la misma, el pronóstico y el resultado terapéutico de la intervención y su contribución a la sostenibilidad del SNS si, para un mismo resultado en salud, contribuye positivamente al Producto Interior Bruto.

Pero además, corresponde al Gobierno establecer los criterios y el procedimiento para la fijación del precio de los medicamentos y productos sanitarios financiables por el SNS (art. 94 TRLGURM). Como regla general, el precio de financiación será inferior o igual al precio industrial del medicamento aplicado cuando sea dispensado fuera del SNS. Los laboratorios farmacéuticos, las entidades de distribución y las oficinas de farmacia a través de la Organización Farmacéutica Colegial, deben aportar la información necesaria para hacer efectivo el reembolso debido por las oficinas de farmacia a laboratorios farmacéuticos y entidades de distribución en aquellos medicamentos que hayan sido dispensados fuera del SNS. En cualquier caso, es

¹¹ Sobre el gasto farmacéutico, son muy interesantes los datos que se presentan en el estudio "El gasto farmacéutico en España en 2016. Evolución internacional y situación desde el punto de vista nacional", elaborado por EAE Business School (<http://static.correo-farmaceutico.com/docs/2016/09/05/gasto-farmaceutico-2016.pdf>). Véase también TAMAYO LORENZO, P. A., "El gasto farmacéutico y la industria" en GIMENO ULLASTRES, J. A. (dir.), *Economía de la Salud: Fundamentos*, Ed. Díaz de Santos, 2013. págs. 245 y ss.

¹² MUÑOZ MACHADO, S., "Gasto farmacéutico y otras reformas del SNS", *Revista Derecho y Salud*, vol. 9, núm. 2, 2001.

¹³ Véase ALEGRE PÉREZ, E. y LASTRES GARCÍA, J. L., *Normativa legal sobre las especialidades farmacéuticas publicitarias en España y su situación en el entorno europeo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003; VIDA FERNÁNDEZ, J. "Precio y financiación de los medicamentos" en *Curso básico de derecho farmacéutico: 100 cuestiones esenciales*, Asociación Española de Derecho Farmacéutico, Madrid, 2005 pág. 171 y ss.

el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad el que establece el precio de venta al público de los medicamentos y productos sanitarios financiados mediante la agregación del precio industrial autorizado, que tiene carácter de máximo, y de los márgenes correspondientes a las actividades de distribución mayorista y dispensación al público.

Este sistema de financiación pública de medicamentos está sometido, por último, a un sistema de precios de referencia regulado en el art. 98 del TRLGURM¹⁴. El precio de referencia es la cuantía máxima con la que se financian las presentaciones de medicamentos incluidas en cada uno de los conjuntos que se determinen, siempre que se prescriban y dispensen con cargo a fondos públicos¹⁵. El precio de referencia de cada conjunto se calcula en base al coste/tratamiento/día menor de las presentaciones de medicamentos en él agrupadas y, en todo caso, deberá garantizarse el abastecimiento a las oficinas de farmacia para los medicamentos de precio menor. Los medicamentos no podrán superar el precio de referencia del conjunto al que pertenezcan. Los precios de los conjuntos ya existentes se revisan con carácter anual. No obstante, los precios menores de las nuevas agrupaciones homogéneas serán fijados, automáticamente, en el Nomenclátor que corresponda, y los precios menores de las ya existentes serán revisados con carácter trimestral.

Es preciso señalar, que el sistema de financiación pública de medicamentos no pasa por su mejor momento. Son frecuentes las críticas al sistema por falta de transparencia del Gobierno a la hora de fijar los criterios para la financiación pública de medicamentos y la excesiva discrecionalidad en los procedimientos tramitados para ello. Estos motivos ya fueron señalados por la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia en mayo de 2015, y recientemente, el Tribunal de Cuentas en su Informe núm. 1.185, de 12 de enero de 2017, sobre Fiscalización de la actividad económica desarrollada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en relación con el área farmacéutica, ejercicios 2014 y 2015. No obstante, en septiembre de 2015 se publicó el proyecto de Real Decreto por el que se regula la financiación y fijación de precios de medicamentos y productos sanitarios y su inclusión en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, que se encuentra en estos momentos sometido a fase de consulta pública. Habrá que esperar, si finalmente este proyecto ve la luz, para ver cómo queda regulado el sistema de financiación pública de los medicamentos.

Analizados, pues, los principios generales que rigen la selección de medicamentos, entramos ya en los siguientes apartados en el análisis del procedimiento de subasta establecido en Andalucía y las controversias jurídicas que el mismo plantea.

3. EL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA DE MEDICAMENTOS EN LA LEY DE FARMACIA DE ANDALUCÍA

El procedimiento de subasta de medicamentos tiene por finalidad seleccionar los medicamentos que deben dispensarse garantizando su dispensación al menor coste. Esta medida surge en un contexto de crisis económica como la propia Junta de Andalucía afirma cuando establece que *«la grave crisis financiera y económica sobrevenida y la necesidad de los ajustes presupuestarios correspondientes para la Comunidad Autónoma de Andalucía, hacen imprescindible la adopción de medidas de eficiencia y sostenibilidad económica, que permitan mantener las prestaciones asistenciales actuales y la cobertura universal de la población al tiempo que se hace frente a las obligaciones y compromisos presupuestarios»*¹⁶. Con este procedimiento se pretende alcanzar un doble objetivo: de una parte, disminuir el gasto en medicamentos y productos sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía, aprovechando los mecanismos legítimos de competencia

¹⁴ Y desarrollado en el Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materias de financiación y precios de medicamentos y productos sanitarios.

¹⁵ Los conjuntos incluyen todas las presentaciones de medicamentos financiadas que tengan el mismo principio activo e idéntica vía de administración, entre las que existirá incluida en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, al menos, una presentación de medicamento genérico o biosimilar, salvo que el medicamento o su ingrediente activo principal hayan sido autorizados con una antelación mínima de diez años en un Estado miembro de la Unión Europea, en cuyo caso no será indispensable la existencia de un medicamento genérico o biosimilar para establecer un conjunto. Las presentaciones indicadas para tratamientos en pediatría, así como las correspondientes a medicamentos de ámbito hospitalario, incluidos los envases clínicos, constituirán conjuntos independientes (art. 98.2).

¹⁶ Exposición de motivos del Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

que establece el mercado; y de otra, contribuir a la mejora de la calidad de la dispensación, al disminuir los inconvenientes que supone para los pacientes el cambio de presentación en las sucesivas dispensaciones.

Es importante señalar que quedan fuera del ámbito de aplicación del procedimiento de subasta los medicamentos no prescritos por principio activo. Es cierto que, según el TRLGURM de 2015, sólo se exceptúan de la regla general –prescripción por principio activo– dos supuestos en los que se podrá identificar el medicamento o producto sanitario por su nombre comercial, y no necesariamente por el principio activo. Se trata, por un lado, del caso en que el profesional considere que se dan necesidades terapéuticas que lo justifican; y, por otro lado, cuando el medicamento pertenezca a agrupaciones integradas exclusivamente por un medicamento y sus licencias, al mismo precio que el medicamento de referencia. Por tanto, si el medicamento prescrito es de los de menor precio (dentro de los que contengan el mismo principio activo, la misma dosificación y la misma vía de administración), el farmacéutico habrá de dispensar ese y no podrá sustituirlo por otro aunque tenga el mismo precio (salvo en los casos también excepcionales relacionados con el desabastecimiento o la concurrencia de razones de urgente necesidad en la dispensación, previstos en el art. 89 TRLGURM). En estos supuestos, pues, no se aplica el procedimiento de subasta.

El procedimiento de subasta de medicamentos se introduce en la LFA a través del Decreto Ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, que crea un nuevo art. 60 bis en la LFA que tiene por objeto la regulación de este procedimiento. En él se establece que para cada formulación de principio o principios activos, se seleccionará el medicamento del laboratorio farmacéutico cuya propuesta represente para el Servicio Andaluz de Salud el menor coste final de la prescripción correspondiente de entre los propuestos. Para los cálculos oportunos se tendrá en cuenta la diferencia entre el precio autorizado de cada medicamento y la cuantía de la mejora económica ofrecida al Servicio Andaluz de Salud por el laboratorio farmacéutico correspondiente. Además, para garantizar el suministro, se requerirá que los laboratorios farmacéuticos acrediten una capacidad de producción previa suficiente de medicamentos de forma farmacéutica igual al propuesto, así como declaración expresa de asumir el compromiso de garantizar su adecuado abastecimiento.

En consecuencia, sólo se pueden dispensar por las oficinas de farmacia los medicamentos previamente seleccionados por el Servicio Andaluz de Salud. Esta es la principal consecuencia del procedimiento de subasta de medicamentos con respecto a lo que ocurre en el resto del territorio nacional donde los medicamentos se seleccionan no por el servicio de salud autonómico sino por las oficinas de farmacia de entre los recogidos en el Nomenclátor estatal que es la base de datos que recoge los medicamentos sometidos a financiación pública en el SNS y según el sistema de precios de referencias establecido por el Estado.

La puesta en funcionamiento de este sistema en Andalucía, por tanto, ha supuesto un cambio significativo en el sistema de selección de los medicamentos. Hasta el momento las oficinas de farmacia eran las que negociaban con los laboratorios farmacéuticos el precio del medicamento dentro de los márgenes establecidos por el Estado. Ahora es el Servicio Andaluz de Salud el que se beneficia de la negociación al seleccionar el medicamento con el precio más bajo de los ofertados por los laboratorios farmacéuticos.

Hasta la fecha, y desde 2012, se han celebrado diez subastas de medicamentos¹⁷, y se han firmado los correspondientes convenios con los laboratorios adjudicatarios, tal y como expresa el art. 60 quater de la LFA, que establece que los compromisos entre el Servicio Andaluz de Salud y los laboratorios farmacéuticos o las empresas proveedoras de productos sanitarios, derivados de la selección y sus efectos económicos, quedarán establecidos en los convenios correspondientes, suscritos por la persona titular de la Dirección Gerencia del mismo y por los representantes legales de aquéllos, con sujeción a las normas específicas establecidas en esta ley. Dichos convenios tienen la duración prevista en cada convocatoria de selección, que en todo caso no podrán tener un plazo de vigencia superior a dos años.

4. CUESTIONES CONTROVERTIDAS DEL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA DE MEDICAMENTOS EN ANDALUCÍA

El sistema de subasta de medicamentos establecido por Andalucía ha sido, como comentábamos en la introducción, muy cuestionado tanto por el gobierno central como por los laboratorios farmacéuticos. El

¹⁷ Resoluciones de 25 de enero de 2012; 20 de diciembre de 2012; 20 de junio de 2013; 31 de marzo de 2014; 9 de octubre de 2014; 9 de diciembre de 2014; 15 de mayo de 2015; 29 de abril de 2016; 21 de julio de 2016, y 28 de octubre de 2016, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud (SAS) para la selección de medicamentos.

primero, preocupado por la posible invasión competencial y los segundos, por la vulneración del principio de igualdad de trato que genera el sistema con respecto al resto del territorio nacional.

Es preciso destacar que aunque la subasta de medicamentos ha sido una medida de contención del gasto farmacéutico pionera en nuestro país, también otras Comunidades Autónomas han adoptado con la misma finalidad algunas medidas que afectan a la prestación farmacéutica. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 12/2010, de 22 de diciembre, de racionalización del gasto en la prestación farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Galicia, que creó un catálogo propio (llamado «priorizado») de medicamentos financiados por la Comunidad Autónoma de Galicia, distinto al catálogo estatal. De conformidad con dicha Ley, el catálogo se formaba por los principios activos, con sus respectivas presentaciones, que respondían al precio menor recogido en el Nomenclátor oficial de productos farmacéuticos financiados por el SNS. De este modo, se obliga al facultativo a la prescripción de los productos incluidos en el catálogo autonómico, más reducido que el nomenclátor estatal en el que se incluyen todos los medicamentos que gozan de financiación pública y, por tanto, se incluyen en la prestación farmacéutica del SNS, reduciendo así el ámbito objetivo de la prestación, puesto que el catálogo incluía menos medicamentos que en el resto del Estado. Esta medida fue también cuestionada por posible vulneración de competencias estatales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en su sentencia 211/2014, de 18 de diciembre, desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno al entender que el catálogo gallego no invadía competencias estatales, ya que el nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de prestaciones sanitarias públicas fijado por el Estado puede ser susceptible de mejora, en su caso, por las comunidades autónomas en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera siempre y cuando no contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad.

En lo que a nosotros nos interesa, y al objeto de clarificar las distintas cuestiones jurídicas que afectan a la subasta de medicamentos, podemos identificar las siguientes:

- a) Aplicación de la legislación de contratos del sector público al procedimiento de subasta de medicamentos.
- b) Infracción de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
- c) Vulneración del derecho a la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la prestación farmacéutica.
- d) Vulneración de las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación sobre productos farmacéuticos y bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE).

4.1. Aplicabilidad de la legislación de contratos del sector público al procedimiento de subasta de medicamentos

La primera de las cuestiones controvertidas que hemos señalado es la sujeción del procedimiento de selección de medicamentos a la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP)¹⁸ y, en concreto, a las disposiciones que la misma recoge sobre el contrato de suministro. En efecto, en principio, parece que la forma más adecuada para la adquisición de medicamentos por la Administración sanitaria sería mediante el contrato de suministro regulado en el art. 9 de la LCSP¹⁹ y adjudicado a través de los procedimientos pre-

¹⁸ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

¹⁹ Que establece que:

- «1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorporales o valores negociables.
3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:
 - a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.
 - b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

vistos en dicha Ley, es decir, procedimiento abierto; restringido; procedimiento negociado y diálogo competitivo²⁰. Sin embargo, las resoluciones del Servicio Andaluz de Salud convocando la selección de medicamentos excluyen específicamente la aplicación de dicha normativa, al amparo de lo previsto en el art. 4.1.d) de la LCSP, que excluye de su ámbito de aplicación «*Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales*». Y además, utiliza un procedimiento de adjudicación por «subasta» que ya no existe en la LCSP, pues, como es sabido, ahora la adjudicación se efectúa en un procedimiento abierto, en el que el criterio objetivo para la adjudicación más valorado puede ser el precio, pero no el único.

Esta cuestión fue objeto de recurso por Farmaindustria (Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica establecida en España) ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía (TARCA), quien en su Resolución de 17 de diciembre de 2012, inadmitió el recurso al entender que la selección de medicamentos no es un contrato regido por el LCSP porque la regulación que de la misma realiza la LFA agota en sí misma el marco normativo del procedimiento de selección y no finaliza con un contrato sino con un convenio, pero sin entrar a enjuiciar si la normativa andaluza vulnera la legislación de contratación pública.

En el mismo sentido, podemos señalar la Resolución 20/2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCA), de 8 de marzo de 2012, sobre el recurso 19/2012. Dicha Resolución trae su origen en un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, de 25 de enero de 2012. En concreto, dicha resolución establece que «*A la vista de la regulación legal y enlazando con la consideración previa antes realizada, la especialidad del recurso en materia de contratación, cuyo objeto queda claramente delimitado en el artículo 40 del TRLCSP, no permite que el mismo pueda hacerse extensivo a otro tipo de actos que, como en el supuesto analizado, ni son preparatorios, ni se encuadran en un procedimiento de adjudicación de un contrato sujeto al TRLCSP. En definitiva, la competencia de este Tribunal, a través del recurso especial, no puede extenderse a enjuiciar más que determinados actos producidos en el curso de la licitación de uno de los contratos en los que aquél este previsto, y ello no acontece en el supuesto examinado donde el procedimiento de selección de los medicamentos a que se refiere el artículo 60 bis de la Ley de Farmacia de Andalucía culmina con la suscripción del convenio a que se refiere el artículo 60 quater, como negocio excluido del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público*».

En cualquier caso, entendemos que resulta necesario un pronunciamiento sobre la verdadera naturaleza, contractual o no, de la figura utilizada por Andalucía, porque la exclusión de la LCSP atendiendo a que se trata de un convenio y no un contrato, genera algún interrogante, pues los convenios excluidos de la aplicación de la LCSP son los celebrados entre la Administración y los particulares siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la Ley, y en el caso que nos ocupa, parece claro que nos encontramos ante un contrato de suministro en el que la Administración sanitaria adquiere un producto, en este caso, de carácter sanitario como son los medicamentos.

4.2. Infracción de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado

Se ha destacado también la posible vulneración de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM). Esta Ley regula las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional, y tiene por objeto, en particular, garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 139 de la CE. Dicha unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.».

²⁰ Arts. 138 y ss de la LCSP.

Pues bien, siendo la prestación farmacéutica, como dijimos en el epígrafe segundo de este trabajo al analizar los principios generales, un servicio público de interés general prestado de forma privada, como tal actividad privada de carácter económico está sometida a la libertad de empresa²¹. Por tanto, habría que analizar si el procedimiento de subasta de medicamentos supondría un obstáculo a la unidad de mercado. Sobre ello se planteó en 2014 por una empresa farmacéutica un procedimiento de defensa de la unidad de mercado ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado²², quién en su informe de valoración sobre la reclamación, de 5 de mayo de 2014, estableció que la venta de medicamentos (en este caso, como prestación privada de servicios públicos) constituye una actividad económica y como tal está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM y por tanto, cualquier mecanismo de acceso de los operadores económicos al mercado, en este caso, el sistema de convocatorias públicas para la selección de determinado medicamento, debe respetar los principios de la LGUM. Sin embargo, el uso de un sistema de subastas como mecanismo de asignación o provisión no puede considerarse en sí mismo una restricción de acceso a un mercado en la medida en que su diseño garantice el acceso de los operadores y genere competencia por el mercado ex ante y ex post, y siempre que la subasta no contenga requisitos discriminatorios ni prohibidos por la LGUM en su art. 18, ni requisitos innecesarios y/o desproporcionados que limiten la participación de los operadores en la misma²³. Por tanto, como el procedimiento de subasta de medicamentos es un procedimiento abierto en el que pueden participar, tal y como establece el art. 60 bis LFA, todos los laboratorios farmacéuticos interesados o todas las empresas proveedoras de productos sanitarios, parece que no existe ninguna restricción ni condición adicional para el acceso al mercado, y por ende, no existe vulneración de la LGUM.

4.3. Vulneración de las competencias exclusivas del Estado para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos (149.1.1 CE) y en materia de bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE)

Las cuestiones conflictivas más complejas que se han planteado en el procedimiento de subasta de medicamentos andaluz han sido la posible vulneración de las competencias exclusivas del Estado recogidas en el 149.1.1 CE (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales) y en el 149.1.16.^a CE (bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos).

Estas cuestiones se han planteado ante el TC a través de dos procedimientos diferentes. En primer lugar, con un conflicto positivo de competencias planteado por el Gobierno central contra la resolución de la primera convocatoria del concurso para la selección de medicamentos de 25 de enero de 2012²⁴, y en segundo término, con un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único del Decreto-ley Andaluz 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, por el que se introduce en la LFA el art. 60 bis que regula el procedimiento de subasta de medicamentos²⁵. En ambos procedimientos se argumenta por el Gobierno central que

²¹ Tal y como analizamos en "La ordenación farmacéutica en Andalucía" en PÉREZ MONGUIO, J. M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (dir.), *El Derecho de Salud Pública y Políticas Sociales e Igualdad en Andalucía*, Ed. IAAP, 2016, págs. 197 a 201.

²² Es el órgano técnico de coordinación y cooperación continua con las autoridades competentes para la aplicación de esta Ley y tiene las siguientes funciones recogidas en el art. 11 LGUM:

- a) Supervisión continua de la aplicación de esta Ley y de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes.
- b) Análisis y evaluación de la situación de la unidad de mercado en el territorio nacional.
- c) Elaboración de un catálogo de buenas y malas prácticas que tienen efectos sobre la unidad de mercado, que será aprobado por el Consejo para la Unidad de Mercado.
- d) Elaboración y difusión de indicadores de calidad normativa respecto a la unidad de mercado y su impacto económico.
- e) Gestión de los mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la unidad de mercado en el marco de lo previsto en el Capítulo VII de la Ley.
- f) Elaboración de un informe de carácter semestral sobre las letras anteriores con conclusiones y, en su caso, recomendaciones para la revisión o reforma de marcos jurídicos.
- g) Articulación de acciones de cooperación y actividades conjuntas entre autoridades competentes.

²³ Al contenido del informe puede accederse en el siguiente enlace: <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/SANIDADMedicamentos.pdf>.

²⁴ Conflicto positivo de competencias núm. 1.923/2012, admitido a trámite por providencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 2013.

²⁵ Recurso de inconstitucionalidad 4.539/2012, admitido a trámite por providencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 2012.

la regulación de la prescripción de medicamentos por Andalucía vulnera la competencia exclusiva estatal en materia de legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE); que la subasta de medicamentos modifica la cartera básica de servicios, aprobada por el Estado, mediante el Decreto 1.030/2006, en el ejercicio de su competencia para establecer las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE), al excluir determinados medicamentos del ámbito de dichas prestaciones básicas, que son susceptibles de ampliación, pero no de restricción por las Comunidades Autónomas; y que las competencias estatales se vulneran al establecer Andalucía un régimen que viene a modificar la cobertura de la prestación de financiación de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, implantando un régimen de financiación que resulta discriminatorio.

Sin embargo, las sentencias dictadas por el Alto Tribunal en estos procedimientos (SSTC 210/2016, de 15 de diciembre y 7/2017, de 19 de enero) han entendido que el procedimiento de subasta de medicamentos instaurado en Andalucía no es inconstitucional y, por tanto, no vulnera ninguna competencia exclusiva del Estado²⁶.

Con respecto a la posible vulneración del derecho a la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la prestación farmacéutica, debemos recordar, en primer lugar, que el art. 88.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios²⁷, vigente en ese momento, reconocía el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el SNS, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias. Por tanto, tales medidas no pueden producir diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos y productos sanitarios financiados por el SNS, catálogo y precios, debiendo ser homogéneas para la totalidad del territorio español y sin producir distorsiones en el mercado único de medicamentos y productos sanitarios.

Pareciera que dichas condiciones de igualdad podrían verse alteradas en Andalucía con la subasta de medicamentos, pues los andaluces sólo pueden acceder a los medicamentos previamente seleccionados, lo que, en definitiva, supondría un acceso a la prestación farmacéutica más restringida que los residentes en otras comunidades autónomas. En este sentido, es preciso recordar que el TC ha declarado que los criterios de igualdad y equidad, en el ámbito de las prestaciones sanitarias, obligan al Estado a garantizar un mínimo común denominador, es decir, un nivel mínimo que debe ser compatible con el desarrollo de situaciones diferenciales en su contenido, formas o requisitos de aplicación²⁸. Ello significa que la regulación básica establecida por el Estado, no habilita para exigir o imponer a las comunidades autónomas una uniformidad

²⁶ Ya parecían premonitorios los argumentos del TC recogidos en los autos 147/2012, de 16 de julio y 238/2012, de 12 de diciembre, dictados para levantar la suspensión cautelar adoptada sobre la normativa andaluza tras la admisión a trámite de ambos procedimientos, pues si bien, como dice el Tribunal en su resolución ello no vincula a lo en su día se adopte respecto del debate de fondo, son de utilidad para una mayor comprensión del problema planteado. En este sentido, entiende el Tribunal que *«la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a todos los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización y contención del gasto farmacéutico pues es uno de los principales componentes del gasto sanitario y en el que más pueden incidir las políticas de control del mismo, tanto más necesarias en una situación como la actual caracterizada por una exigente reducción del gasto público. La contención y reducción del gasto farmacéutico es, por tanto, un objetivo a conseguir por la totalidad de las estructuras del Sistema Nacional de Salud»*. De este modo, dice el Tribunal *«las Administraciones públicas con competencias en la materia tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles a fin de garantizar la sostenibilidad del sistema público de salud favoreciendo el uso racional de los medicamentos e instaurando políticas de contención del gasto»*. Por ello, *«resulta congruente con tal objetivo que sea la Administración sanitaria, y no los particulares, quien resulte directamente beneficiaria de la minoración del precio de los medicamentos»*. Afirma también que es claro que *«el modelo estatal, con su preferencia por la prescripción por principio activo y la introducción del precio como criterio en la dispensación y sustitución de medicamentos, implica que va a ser siempre dispensada la presentación comercial de precio menor, con independencia de que sea la misma que hubiera venido tomando el paciente con anterioridad, sin que tampoco garantice el derecho a la dispensación de una determinada presentación comercial de un medicamento, pues es claro que la prestación farmacéutica del sistema nacional de salud no se configura en tales términos. Por el contrario, siendo el criterio general la prescripción por principio activo y la dispensación atendiendo al menor coste posible, no se alcanza a comprender, desde la perspectiva cautelar que ahora hemos de adoptar, que la concreción centralizada en toda la Comunidad Autónoma de la dispensación de determinados medicamentos señalados por su principio activo y atendiendo a criterios de coste del medicamento concreto a dispensar, suponga un perjuicio irreparable respecto al que deriva de un sistema en el que esa determinación corresponde al titular de la oficina de farmacia, pues ha de atenderse a consideraciones de precio del medicamento, ya que, en todo caso, ha de dispensarse el de menor precio y, en caso de igualdad del precio, el genérico»*.

²⁷ Y en el mismo sentido se recoge en el art. 91 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que ha venido a derogar a la Ley 29/2006, de 26 de julio.

²⁸ SSTC 37/1987, de 26 de marzo, 14/1998, de 22 de enero y 54/1990, entre otras.

total y absoluta en el nivel de las prestaciones sanitarias, pero sí que todas las comunidades autónomas contando con más recursos puedan llegar a que todos los ciudadanos tengan garantizada la igualdad en el servicio público sanitario, y concretamente, el farmacéutico.

Sobre esta cuestión, el TC ha establecido, en su sentencia 136/2012, que la decisión acerca de quienes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia. En efecto, la definición de quienes pueden considerarse asegurados y en consecuencia tener acceso al SNS, así como las concretas prestaciones sanitarias que deben ser garantizadas a todos ellos, por integrarse en la cartera común, permite establecer un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia. En consecuencia, forma lógicamente también parte del ámbito de lo básico la concreta definición de las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias comunes (básicas, suplementarias o de servicios accesorios). Además, también por aplicación de la jurisprudencia constitucional (SSTC 98/2004, de 25 de mayo y 22/2012, de 16 de febrero) cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las suplementarias y de servicios accesorios) pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o copago). En efecto, sostiene el Tribunal que *«la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio, constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional»*. Dichas bases habilitan un margen para el desarrollo por parte de las comunidades autónomas de su propia política sanitaria. Éstas podrán, respetando el mínimo formado por las carteras comunes, aprobar sus propias carteras de servicios y establecer servicios adicionales para sus residentes.

En cualquier caso, en el asunto que nos ocupa, el TC no ha entrado a enjuiciar la vulneración del art. 149.1.1 CE al entender que *«dada la función uniformadora que ha de cumplir la normativa básica, ha de señalarse que tal competencia [del art. 149.1.1 CE] queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad, que es más específica y puede dotarse también de un mayor contenido»* (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3). A ello hay que unir que el TC descarta también el título competencial relativo a la «legislación sobre productos farmacéuticos» (de competencia exclusiva del Estado conforme al 149.1.16 CE), por entender que no forman parte los preceptos impugnados *«de ese conjunto de normas que tiene por objeto la ordenación de los medicamentos en cuanto ‘sustancias’ cuya fabricación y comercialización está sometida –a través de las correspondientes actividades de evaluación, registro, autorización, inspección y vigilancia– al control de los poderes públicos, en orden a garantizar los derechos de los pacientes y usuarios que los consumen»* (STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5), puesto que, la norma andaluza al abordar la regulación de la selección de los medicamentos o productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia cuando se indiquen por principio activo o denominación genérica está regulando el medicamento en su dimensión de «prestación sanitaria» del sistema de salud. Por tanto, todo el análisis de la STC 210/2016, de 15 de diciembre, se centra en el análisis del título competencial de bases de la sanidad recogido en el art. 149.1.16.^a CE.

Además, no debemos perder de vista que la norma impugnada ha de someterse al contraste con los arts. 87 y 91 del TRLGURM de 2015 –antiguos arts. 85 y 88 de la Ley 29/2006, de 26 de julio–, pues dichos preceptos han experimentado diversas modificaciones desde que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad, y el análisis que hace el TC parte de la redacción vigente en el momento de dictar sentencia, pues aplica la doctrina de la inconstitucionalidad mediata (SSTC 161/2014, de 7 de octubre, y 171/2014, de 23 de octubre). Los efectos que de ello deriva son muy relevantes pues la Ley 29/2006, de 26 de julio, vigente en aquel momento, establecía en su art. 85.4 que cuando la prescripción se realice por principio activo, el farmacéutico dispensará el medicamento de precio más bajo de su agrupación homogénea y, en el caso de igualdad, el medicamento genérico o el medicamento biosimilar correspondiente. Sin embargo, con el sistema de subastas andaluz, que se hace atendiendo al menor coste, la dispensación de medicamentos por principio activo obligatoriamente se realiza entre los seleccionados en los concursos pudiendo no ser éstos medicamentos genéricos o biosimilares, lo que parece que podría vulnerar la normativa básica estatal en la materia vigente en aquel momento. Pero ahora, esa posible vulneración parece no ser tal, ya que el art. 87 del TRLGURM no exige en caso de igualdad escoger el medicamento genérico.

Pues bien, entrando en el análisis del título competencial de bases de la sanidad, debemos señalar que la selección de medicamentos y productos sanitarios por el Servicio Andaluz de Salud mediante un sistema de convocatoria pública afecta a la dispensación de productos farmacéuticos. Así, cuando un medicamento se prescriba por principio activo y un producto sanitario se prescriba por denominación genérica, las oficinas de farmacia deberán dispensar el medicamento o producto sanitario seleccionado por el Servicio Andaluz de Salud tras la correspondiente convocatoria pública. En consecuencia, parece claro que la dispensación de prestaciones farmacéuticas constituye un criterio básico en materia de sanidad²⁹.

Con ello, se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que se resida del territorio nacional y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud. Sin embargo, esa necesaria uniformidad mínima, que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las comunidades autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE)³⁰. Efectivamente, la Constitución Española no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las comunidades autónomas en virtud de sus respectivas competencias dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos.

Esto se concreta en el art. 23 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que establece que todos los usuarios del SNS tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en ella reconocidas en condiciones de igualdad efectiva. Y siendo una de las citadas prestaciones el medicamento, es evidente que el acceso al mismo en condiciones de igualdad presupone necesariamente una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español.

Para el TC, el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el SNS, se reconoce sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias (art. 91.1 TRLGURM), de tal modo que, no estando discutidas las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de sanidad, dice el TC que *«la cuestión se reduce a valorar si en su ejercicio ha desbordado los límites que impone el citado precepto de la Ley estatal (STC 211/2014, de 18 de diciembre, FJ 6), que, en cuanto aquí importa, se concretan en que la selección de un único medicamento para cada formulación de principio activo y de un único producto sanitario para cada grupo o tipo de producto sanitario o conjunto de intercambio no produzca diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos y productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud, catálogo de prestaciones y precio»*.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía de entre los medicamentos comercializados que tengan un precio autorizado igual o inferior al precio menor correspondiente establecido en el SNS, el Servicio Andaluz de Salud selecciona, mediante la correspondiente convocatoria pública, aquél que deberá ser dispensado por el farmacéutico cuando se le presente una receta médica u orden de dispensación, sin que en ningún caso las mejoras económicas que los laboratorios farmacéuticos ofrezcan al Servicio Andaluz de Salud afecten a los precios de los medicamentos seleccionados. Así, la oficina de farmacia sólo podrá dispensar el medicamento perteneciente al laboratorio farmacéutico que ha sido seleccionado en primer lugar y con el que el Servicio Andaluz de Salud habrá suscrito el correspondiente convenio. Es decir, en Andalucía respecto de los medicamentos sometidos a convocatoria pública, la selección de los medicamentos a dispensar cuando

²⁹ Así lo ha mantenido el TC en la STC 211/2014, de 18 de diciembre. En efecto, la prescripción y dispensación de medicamentos constituye un criterio básico en materia de sanidad, en primer lugar, *«porque se satisfacen las exigencias formales de la legislación básica por la inclusión de esta materia en una norma de rango legal, la Ley 29/2006, de 26 de julio. Y, en segundo lugar, porque se satisfacen las exigencias materiales de la legislación básica, pues la prescripción y dispensación de medicamentos es, ciertamente, un aspecto esencial o nuclear de la regulación de la prestación farmacéutica, al ser un presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad. Partiendo del carácter básico de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad, forzosamente se ha de afirmar que es al Estado al que corresponde su regulación, en tanto que el art. 149.1.16 CE le otorga la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de la sanidad»* (STC 211/2014, de 18 de diciembre, FJ 5).

³⁰ STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 7.

se prescriban por principio activo no la hace la oficina de farmacia, sino que la selección la hace el Servicio Andaluz de Salud. En el sistema estatal, por el contrario, es el farmacéutico el que hace la selección, debiendo dispensar, en caso de que existan varios, el medicamento de precio más bajo de su agrupación homogénea. De este modo, el destinatario de la prestación farmacéutica va a recibir en todo caso el medicamento de precio más bajo, tal y como prevé la norma estatal, la única diferencia es que en Andalucía la selección del precio más bajo la hace el Servicio Andaluz de Salud y en el resto del Estado la hace el farmacéutico, sin que ello suponga perjuicio alguno para el destinatario.

Por otro lado, es cierto que en Andalucía quedan fuera de la cartera de servicios comunes de la prestación farmacéutica aprobada por el SNS, las restantes presentaciones y productos que figuran en el nomenclátor estatal y que, sin embargo, no resulten seleccionadas a través del correspondiente concurso. Pero a este respecto, el TC señala que, por un lado, la inclusión de un medicamento en ese nomenclátor es condición necesaria pero insuficiente para su financiación en cada caso concreto, pues a ello ha de añadirse que para su dispensación es preciso que se trate del medicamento de menor precio dentro de los incluidos en la correspondiente agrupación homogénea, y, por otro que, en la actualidad, tal y como establece el art. 99 TRLGURM, la normativa estatal también excluye de la financiación por el Sistema Nacional de Salud a los medicamentos y/o productos sanitarios que superen el precio máximo financiable seleccionado a pesar de figurar en el nomenclátor.

En consecuencia, determina el TC que la selección por el Servicio Andaluz de Salud, a través de la correspondiente convocatoria pública, de los medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia no establece diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos financiados por el SNS, catálogo y precios. Queda claro, pues, que no hay vulneración ni de las condiciones de igualdad de los ciudadanos en el acceso a la prestación farmacéutica ni de las bases establecidas por el Estado en materia de bases de la sanidad.

4.4. Un apunte de futuro sobre las subastas de medicamentos

El procedimiento de subasta de medicamentos establecido en Andalucía, no sólo ha obtenido el respaldo jurídico, como hemos visto, con las recientes sentencias del TC, sino que además, parece que como medida de contención del gasto farmacéutico ha sido efectiva, pues según el Consejero de Salud, el ahorro acumulado desde la primera subasta de medicamentos ha sido de 425,8 millones de euros hasta enero 2017³¹. No es de extrañar, por tanto, que ya se hayan manifestado algunas Comunidades Autónomas interesadas en copiar el modelo. Así, por ejemplo, El Consejo de Gobierno de Asturias acaba de anunciar que prevé modificar en este año 2017 su Ley 1/2007, de 16 de marzo, de Atención y Ordenación Farmacéutica, para introducir la subasta de medicamentos³². En el mismo sentido, Castilla La Mancha, Extremadura y Valencia que anunciaron a finales de 2016 que estudiarían la implantación de la medida en sus respectivas Comunidades³³.

Sin embargo, las subastas de medicamentos también presentan algunas deficiencias que están siendo puestas de manifiesto por distintos agentes sociales. Los principales problemas están relacionados con el preocupante desabastecimiento de medicamentos seleccionados que sufren la farmacias andaluzas; el elevado porcentaje de subastas de medicamentos que se quedan desiertas; el auge de los laboratorios extranjeros que han desplazado a los laboratorios farmacéuticos nacionales en la fabricación de medicamentos en Andalucía; la calidad de los medicamentos que se dispensan; y el ahorro económico que parece no ser tan positivo como proclama la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

En lo que respecta al desabastecimiento de medicamentos, las últimas noticias publicadas señalan que de las 518 agrupaciones homogéneas en las que el Servicio Andaluz de Salud ha seleccionado alguna presentación para su dispensación en farmacias, en 158 se han presentado problemas de abastecimiento,

³¹ Datos aportados en su intervención en la Comisión de Salud parlamentaria celebrada el 9 de marzo de 2017 (http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/contenidos/Noticias/2017/03/dia09/Noticia32944?perfil=ciud&desplegar=&idioma=es&tema=temas_es/&contenido=/sites/csalud/contenidos/Noticias/2017/03/dia09/Noticia32944).

³² Pueden verse las siguientes noticias al respecto: <https://www.diariofarma.com/2017/03/08/subastas-asturias-la-modificacion-la-ley-ordenacion-sera-2017>; <https://www.diariofarma.com/2017/03/09/subastas-asturias-aefas-espera-ver-del-busto-los-grupos-politicos>; <https://www.diariofarma.com/2017/03/02/asturias-ya-esta-trabajando-implantar-subastas-medicamentos>.

³³ Véase: <http://www.castillalamancha.es/actualidad/notasdeprensa/el-presidente-garc%C3%ADa-page-propone-un-sistema-de-subasta-de-medicamentos-similar-al-de-andaluc%C3%ADa>; http://www.elglobal.net/hemeroteca/las-subastas-podrian-traspasar-la-frontera-andaluza-tras-el-vuelco-electoral-del-24-m-HQEG_913958.

lo que supone un porcentaje de un 30,5%, según los datos de la Confederación Empresarial de Oficinas de Farmacia de Andalucía (CEOFA)³⁴. Según los datos que maneja la Asociación de Farmacéuticos de Andalucía (AFARAN), el 46% de los medicamentos seleccionados por el sistema de subasta tienen problemas habituales de abastecimiento³⁵. El desabastecimiento parece, pues, que es habitual entre el listado de medicamentos cuya fabricación ha adjudicado la Junta de Andalucía en exclusivas a los laboratorios en virtud de las subastas. Laboratorios farmacéuticos que, por lo general, son empresas radicadas en Europa del este o Asia que han ofrecido precios muy bajos pero que parecen no tener suficiente capacidad de producción para atender toda la demanda de la Comunidad Autónoma. Y ello, a pesar de que el art. 60 bis de la LFA obliga a las empresas adjudicatarias a acreditar tanto una capacidad de producción previa suficiente de medicamentos, así como a declarar expresamente que asumen el compromiso de garantizar su adecuado abastecimiento.

La inactividad de la Administración sanitaria andaluza ante esta situación hizo que AFARAN planteara una queja ante el Defensor del Pueblo Andaluz en julio de 2016. En este procedimiento la Junta de Andalucía negó que existan desabastecimientos que hagan peligrar los tratamientos de los pacientes, ya que la normativa (tanto nacional andaluza), establece los mecanismos necesarios para solventar situaciones puntuales que pudieran producirse ante la falta momentánea de una presentación específica. En efecto, en caso de desabastecimiento se prevé la dispensación de otro preparado comercial con idénticas características dispensado por otra compañía diferente y con una penalización a los laboratorios adjudicatarios. Esta penalización consiste en seguir cobrando de las compañías adjudicatarias de las subastas las cuantías de mejora ofertadas, como si se hubiesen dispensado los medicamentos seleccionados. Por tanto, aunque una compañía adjudicataria no sirva una determinada presentación, el Servicio Andaluz de Salud cobra lo que tenía previsto ya que el laboratorio paga la misma cuantía de mejora por cada unidad dispensada de la agrupación homogénea que le correspondiera, independientemente de que el medicamento dispensado sea el suyo o el de otra compañía de genéricos diferente, a causa del desabastecimiento. Así, mientras los laboratorios adjudicatarios asuman ese pago como penalización, no existe causa para la resolución del contrato y mantienen la exclusividad cuando tengan producto disponible.

Otra de las deficiencias es el elevado porcentaje de presentaciones de medicamentos que quedan desiertas en las subastas. Desde que se inició el sistema de subastas en 2012, y en las seis primeras subastas que se celebran entre 2012 y 2014 sólo se adjudicó el 8% de las presentaciones convocadas³⁶. En las cuatro subastas restantes (celebradas de 2015 a 2016) los resultados son algo mejores. Así, en la séptima se cubre el 29,8%³⁷ y en la octava el 27,45%³⁸ de las licitaciones convocadas; en la novena se ha adjudicado el 16%³⁹ y en la décima el 34% de los lotes de principios activos que se han sacado a concurso⁴⁰. En cada subasta se convocan las presentaciones que han quedado desiertas en subastas anteriores y los medicamentos que han quedado liberados de la exclusividad al haberse extinguido los contratos. En cualquier caso, parece que el que las grandes compañías farmacéuticas no se presenten a estos procedimientos de subasta por no resultarles rentable los bajos precios de las subastas sería la causa del elevado porcentaje de subastas desiertas. Además, esta situación tiene otro efecto negativo pues el ahorro económico no está siendo el

³⁴ Véase: <https://www.diariofarma.com/2017/03/11/desabastecimiento-las-subastas-alcanza-305-158-presentaciones>.

Según CEOFA, los laboratorios adjudicatarios están obligados a acreditar tanto su capacidad de producción como de abastecimiento. Sin embargo, la falta de suministro adecuado se ha producido desde la primera subasta y se intensifica con la entrada de cada nueva convocatoria. Así, en abril de 2013, casi la mitad de los fármacos de las subastas carecían de un abastecimiento adecuado; un año más tarde, 55 moléculas no se suministraban, 28 de las cuales correspondían a un solo laboratorio. A finales de octubre de 2014 sólo estaba disponible el 38% de los medicamentos solicitados por los almacenes, existiendo cinco laboratorios (de los 12 adjudicatarios) que no servían ninguno. En enero de 2015, había 121 especialidades que tenían un suministro inferior al 50% del demandado, y uno de cada cinco referencias de las subastas abastecían menos del 30% de lo requerido por los almacenes de distribución farmacéutica y casi el 10% de las moléculas subastadas simplemente no se suministraban. En febrero los datos eran bastante similares, existiendo 42 medicamentos de las subastas sin suministrar ni un solo envase (<http://www.actasanitaria.com/aclaraciones-de-ceofa-sobre-el-desabastecimiento-de-medicamentos-en-las-subastas-andaluzas/>).

³⁵ Véase: <http://www.libertaddigital.com/espana/2017-01-09/el-desmadre-de-la-junta-de-andalucia-en-la-compra-y-subasta-de-medicamentos-1276590193/>.

³⁶ Así se recoge en el Informe de 2015 de la consultora Antares Consulting. Véase: <https://www.diariofarma.com/2015/05/16/antares-cifra-el-ahorro-de-las-subastas-andaluzas-en-solo-el-28-del-previsto>.

³⁷ <https://www.diariofarma.com/2015/07/16/andalucia-adjudica-a-16-laboratorios-168-presentaciones-en-las-septimas-subastas>.

³⁸ <https://www.redaccionmedica.com/secciones/farmacia/andalucia-solo-cubre-el-27-45-de-los-farmacos-de-la-octava-subasta-686>.

³⁹ <https://www.diariofarma.com/2016/10/01/sas-adjudica-solo-16-los-lotes-la-novena-subasta-andaluza>.

⁴⁰ <https://www.diariofarma.com/2016/12/15/sas-adjudica-solo-34-decimas-subastas-22-laboratorios>.

esperado. En efecto, el gasto farmacéutico en Andalucía ascendía a 2.500 millones de euros por año antes de la entrada en vigor del sistema de subastas, y el objetivo de esta medida era reducir dicho gasto en un 50%, llegando a un ahorro de 200 millones de euros por año. Sin embargo, el ahorro obtenido de las seis primeras adjudicaciones ha alcanzado únicamente el 28%, es decir, 219 millones de euros⁴¹. Y en las cuatro adjudicaciones restante el ahorro económico asciende a 209 millones de euros. Por tanto, se observa un ahorro total en las diez subastas realizadas muy por debajo de la previsión de partida.

A todo lo anterior debemos unir el hecho de que las principales compañías farmacéuticas que concurren a los procedimientos de subasta son empresas extranjeras. Es decir, están obteniendo la exclusividad en la producción de los medicamentos andaluces, principalmente, laboratorios indios, alemanes, eslovenos y suecos. Desde la primera subasta, celebrada en enero de 2012, los laboratorios que más concesiones han adquirido son el sueco Bluefish Pharma, la alemana Aristo Pharma y los laboratorios de origen indio Aurobindo S. L. y Ranbaxy⁴². Este origen de los fármacos no ofrece seguridad a los pacientes andaluces, colegios de farmacéuticos y otros agentes sanitarios, que señalan una merma en la calidad y efectividad de los medicamentos, tal y como ha señalado la Defensora del Pueblo Andaluz⁴³. Además, sería conveniente analizar las consecuencias económicas y productivas que para el sector farmacéutico nacional tiene esta expansión de los laboratorios extranjeros en la producción de los medicamentos andaluces, pues existen ya algunos ejemplos de deslocalización en la producción de fármacos en otros países en los que también existe esta medida, como por ejemplo, en Nueva Zelanda y Alemania⁴⁴.

En consecuencia, creemos que todas estas cuestiones deben ser objeto de una profunda reflexión y análisis antes de iniciar un proceso de adaptación del modelo de subasta de medicamentos en otras Comunidades Autónomas, pues sólo así se evitarán que estos problemas se trasladen y se repitan también en otras regiones.

No obstante, y ante la posible expansión del modelo de subasta de medicamentos es preciso destacar la regulación por el Estado del sistema de precios seleccionados de los medicamentos introducido por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y actualmente previsto en el art. 99 TRLGURM de 2015. Este sistema permite establecer el precio máximo seleccionado para los medicamentos y productos sanitarios financiados por el SNS y sujetos a precios de referencia, teniendo en cuenta a) El consumo del conjunto; b) El impacto presupuestario; c) La existencia de, al menos, tres medicamentos en el conjunto; y d) Que no se produzca riesgo de desabastecimiento. Valorados estos criterios, el Ministerio de Sanidad comunica a los proveedores el inicio de un procedimiento de precio seleccionado, con comunicación del precio máximo de financiación que se propone para que manifiesten sus intenciones. En base a las comunicaciones recibidas, el Ministerio elaborará su propuesta que debe ser autorizada por la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, teniendo en cuenta que aquellos medicamentos y/o productos sanitarios que superen el precio máximo financiable quedarán excluidos de la financiación por el SNS. El precio seleccionado tendrá una vigencia de dos años durante los cuales no podrá ser modificado. Este sistema se actualizará, para los casos en los que no haya sido aplicado con anterioridad, con periodicidad anual, de forma simultánea a la actualización del sistema de precios de referencia.

La aplicación de este sistema supone la exclusión de la financiación pública de aquellas presentaciones que no resulten seleccionadas, por el tiempo de vigencia del precio seleccionado. Los laboratorios titulares

⁴¹ Así se recoge en el Informe de 2015 de la consultora Antares Consulting. Véase: <https://www.diariofarma.com/2015/05/16/antares-cifra-el-ahorro-de-las-subastas-andaluzas-en-solo-el-28-del-previsto>.

⁴² La prensa señala que el laboratorio indio Ranbaxy fue multado por la FDA –Agencia de Alimentos y Medicamentos de EE UU– por la vulneración de la ley de seguridad de los medicamentos y por no cumplir las normas de calidad de los medicamentos, por lo que se prohibió la comercialización de cualquier producto proveniente de este laboratorio. No obstante, en Europa se verifica que los compuestos procedentes de la India cumplen con los estrictos controles de calidad de la Agencia Europea del Medicamento, ya que el país asiático es fabricante de parte de muchos de los medicamentos que se comercializan en Europa. Véase, en este sentido: <http://www.larazon.es/atusalud/medicamentos-genericos-del-tercer-mundo-para-los-pacientes-andaluces-YC9260364>; http://www.granadahoy.com/granada/botica-deja-negocio-rentable_0_967403363.html.

⁴³ Véase: <http://www.elmundo.es/andalucia/2016/12/27/586154edca474170468b4581.html>.

⁴⁴ Así lo ha señalado YAGÜE SÁNCHEZ, J. R., Director del Departamento de Relaciones con las Comunidades Autónomas de Farmaindustria en su intervención en la Jornada “Modalidades de contratación para la adquisición de medicamentos: el debate sobre las subastas en Andalucía”, celebrada en Málaga en junio de 2015 y organizada por la Asociación Andaluza de Derecho Sanitario. En ella señaló que Nueva Zelanda lleva realizando subastas desde 1997 y sólo queda un fabricante local de genéricos y son empresas extranjeras las que resultan adjudicatarias de prácticamente todas las subastas que se realizan en este país. Y en Alemania los resultados han sido parecidos, pues las subastas han traído consigo la deslocalización de la producción de genéricos hacia países de bajo nivel de costes.

de la autorización de comercialización de las presentaciones de los medicamentos y las empresas ofertantes de las presentaciones de los productos sanitarios que resulten finalmente seleccionadas deberán asumir el compromiso de garantizar su adecuado abastecimiento mediante declaración expresa al efecto.

Por tanto, podemos apreciar ciertas similitudes entre el sistema de precios seleccionados y el sistema de subastas andaluz. Ambos responden a una finalidad de contención del gasto farmacéutico y en ambos la Administración pública interviene en la determinación del precio de los medicamentos a través de un procedimiento abierto en el que participan los laboratorios farmacéuticos pero sin ningún margen de beneficio económico. En cambio, la principal diferencia radica en que el sistema de precios seleccionados no es excluyente, pues no limita la dispensación de los medicamentos de las agrupaciones homogéneas afectadas siempre que se ajusten al precio seleccionado, mientras que en las subastas andaluzas existe exclusividad del laboratorio farmacéutico para la fabricación del medicamento. Es cierto que la puesta en funcionamiento del sistema estatal requiere aún del correspondiente desarrollo reglamentario. En estos momentos, se encuentra en fase de información pública el proyecto de Real Decreto por el que se regula la financiación y fijación de precios de medicamentos y productos sanitarios y su inclusión en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, publicado en septiembre de 2015, y en el que se desarrolla el sistema de precios seleccionados. Tendremos que esperar si finalmente este proyecto ve la luz para poder analizar la efectividad de esta medida y para valorar si esta iniciativa reduce los problemas de abastecimiento y calidad que están teniendo las subastas, en cuyo caso, quedará por ver si la misma supone el fin del sistema de subasta de medicamentos andaluz. Lo que parece claro es que se trataría de una medida de racionalización homogénea para todo el territorio nacional sin distorsiones en el mercado único de medicamentos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALBA ROMERO, S., COMAS-MATA MIRA, C. y OLAY LORENZO, T. (coords.), *Informe CEDEF sobre conocimiento práctico del genérico: su regulación, tecnología y calidad*, Centro de Estudios de Derecho Europeo Farmacéutico, Madrid, 1998.
- ALEGRE PÉREZ, E. y LASTRES GARCÍA, J. L., *Normativa legal sobre las especialidades farmacéuticas publicitarias en España y su situación en el entorno europeo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública: Sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Ed. Comares, 2007.
- “La ordenación farmacéutica en Andalucía”, en PÉREZ MONGUIÓ, J. M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coords.), *El derecho de salud pública y políticas sociales e igualdad de Andalucía*, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2016.
- ALVARGONZALEZ FIGAREDO, M.: “Mercado interior y productos farmacéuticos: patentes y autorizaciones de comercialización”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 148, 1997.
- AMARILLA GUNDÍN, M. (coord.), *Derecho Farmacéutico Actual*, Aranzadi, Navarra, 2009.
- BARRANCO VELA, R., (dir.), *El acceso al medicamento. Retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho a la salud*, Ed. Comares, Granada, 2009.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y la Ley del medicamento”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 11, 1991.
- BOMBILLAR SÁENZ, F., *Intervención administrativa y régimen jurídico del medicamento en la Unión Europea*, Ed. UGR, 2010.
- CENTENERA, J. I., “Importancia de los medicamentos genéricos en el control del gasto”, en LÓPEZ GUZMÁN, J. (coord.), *Medicamentos genéricos: una aproximación interdisciplinar*, EUNSA, Pamplona, 2007.
- MARTÍN MATEO, R., “La ordenación de las oficinas de farmacia”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 3, núm. 1, 1995, pág. 167.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Gasto farmacéutico y otras reformas del SNS”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 9, núm. 2, 2001.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “La competencia de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 20, 1995, págs. 69 a 94.
- TAMAYO LORENZO, P. A., “El gasto farmacéutico y la industria” en GIMENO ULLASTRES, J. A. (dir.), *Economía de la Salud: Fundamentos*, Ed. Díaz de Santos, 2013.
- VIDA FERNÁNDEZ, J. “Precio y financiación de los medicamentos” en *Curso básico de derecho farmacéutico: 100 cuestiones esenciales*, Asociación Española de Derecho Farmacéutico, Madrid, 2005.
- “La prestación farmacéutica como subsistema prestacional sanitario” en MONEREO PÉREZ, J. L., *Comentarios a la legislación reguladora de la sanidad en España. Régimen jurídico de la organización sanitaria, personal sanitario y prestaciones sanitarias*, Ed. Comares, 2007.

Autores

Authors

FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS

Catedrático de Derecho Administrativo (desde 2004) y Director del Máster en Derecho Urbanístico de la Universidad de La Laguna (desde 2005). Líneas de investigación: Derecho administrativo en general, de forma particular Derecho Administrativo Económico, Derecho Urbanístico, Derecho Local y Derecho Sanitario.

FEDERICO A. CASTILLO BLANCO

Federico A. Castillo Blanco es doctor en Derecho por la Universidad de Granada. En la actualidad, es Catedrático de Derecho Administrativo en esa Universidad y dirige varios proyectos de investigación sobre empleo público y lucha contra la corrupción. Ha publicado varias monografías y numerosos artículos en revistas especializadas en el campo del Derecho Administrativo. Sus áreas de especialización son el empleo público, el gobierno local y los principios generales del derecho, en especial, la seguridad jurídica.

J. M. GIMENO FELIU

Catedrático de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza). Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (desde marzo de 2011). Miembro del Consejo Asesor del Ministerio de Fomento (julio 2015). Director de la Cátedra de Derecho Local de Aragón desde marzo de 2010 a diciembre de 2012. Director de la Catedra Estrategia e Innovación en contratación pública en el ámbito de la salud (UNIZAR), desde junio de 2016.

MARCOS VAQUER CABALLERÍA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid. Autor de seis monografías (la última: *El discreto encanto del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2016) y de más de cincuenta artículos en revistas científicas y capítulos en libros colectivos. Ha desempeñado los cargos de Subsecretario de Vivienda y Presidente de la Entidad Pública Empresarial de Suelo SEPES (2008-2010), Director General de Urbanismo y Política de Suelo del Ministerio de Vivienda (2004-2008) y miembro del bureau del Comité de Vivienda y Gestión de Suelo de UNECE en Naciones Unidas (2006-2008).

ENRICO CARLONI

Departamento de Ciencia Política. Profesor asociado de Derecho Administrativo. Acreditado como Catedrático.

JOAQUÍN TORNOS MAS

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas por la Universidad de Barcelona. Doctor en derecho por la Universidad de Bolonia, Italia. Catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y Presidente del Consell de Garan-

ties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya. Es autor de numerosas publicaciones en materia de derecho administrativo, con especial atención a las materias de organización territorial, justicia y derecho administrativo económico, es miembro de diversos Consejos de Administración de Revistas de derecho administrativo, y miembro de la Junta directiva de la Asociación española de profesores de derecho administrativo.

FRANCISCO JAVIER DURÁN GARCÍA

Doctor en Fundamentos del Derecho, Derecho Económico y Derecho de la Empresa por la Universidad de Comillas (ICADE), y funcionario de carrera como Letrado Asesor Jurídico del Ayuntamiento de Villafranca de los Barros. Su trayectoria como experto en Administración y Hacienda local viene avalada por la publicación de diferentes libros, ponencias y artículos sobre la materia, así como por la participación continuada como asesor en programas de cooperación municipal entre España y América Latina /Oriente Medio.

ELSA ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. Doctora en Derecho desde 2006. Premio Extraordinario de Doctorado.

Líneas de investigación: Derecho Sanitario, Derecho sociosanitario de los gerontoinmigrantes, Patrimonio Cultural Subacuático, Derecho urbanístico y Derecho medioambiental. Autora de numerosas publicaciones sobre estas materias, siendo investigadora principal del Proyecto Nacional de I+D+I del Programa Estatal de Investigación “Nuevos Retos de la Gerontoinmigración: Innovación Social en Perspectiva Jurídica” (2014-2018).