

Artículos

- La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa
Transparency as the backbone of public procurement: the meaning and problematic of normative articulation
 ISABEL GONZÁLEZ RÍOS 6-25
- Los requisitos de solvencia técnica-profesional. La experiencia
The technical-professional solvency requirements. The experience
 ASUNCIÓN NICOLÁS LUCAS 26-51
- Urbanismo y género: del informe de impacto de género al principio de igualdad de trato como inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano
Urbanism and gender: from the gender impact report to the principle of equal treatment as an inspiration for the new conception of urban development
 ESTHER RANDO BURGOS 52-71
- El procedimiento para la remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LRBRL
The procedure for the remunicipalization of public services. On articles 85 and 86 of the Spanish Law on Local Government
 MIGUEL LEÓN ACOSTA 72-96

Estudios breves

- El *soft law* como instrumento para dirigir al gobierno local
Soft law to align local governments
 JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ 97-110
- Los encargos a sociedades mixtas en la actual Ley de Contratos del Sector Público
Orders to mixed companies in the current Public Sector Contract Law
 JUAN ALEMANY GARCÍAS 111-125

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

- La protección del denunciante: Regulación autonómica actual y propuestas de futuro
Plaintiff's protection: Regional regulation, regulatory changes and future trends
 ANDREA GARRIDO JUNCAL 126-151
- Nulidad radical de un Acuerdo municipal de apoyo al proceso soberanista catalán (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2088/2019, de 26 de junio)
Automatic nullity of a municipal act supporting the Catalanian Procès (Spanish Supreme Court's Sentence 2088/2019, of 26th June)
 GUSTAVO MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ 152-164
- La STC 137/2018 de 13 de diciembre: un recordatorio sobre la constitución de sociedades mercantiles locales y una oportunidad para reflexionar sobre su gobierno
The Constitutional Court Judgment n.º 137/2018 of 13 December: a reminder of the constitution of local public companies and an opportunity to consider its governance
 DIEGO RODRÍGUEZ CEMPELLÍN 165-180



reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **12**
Nueva época
Octubre-Marzo, **2019**



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE POLÍTICA TERRITORIAL
Y FUNCIÓN PÚBLICA

INAP
INSTITUTO NACIONAL DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ISSN: 1989-8975
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i12>
<https://inap.es>
<https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA>

Directora del INAP: María Isabel Borrel Roncalés
(Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado)

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: 278-19-015-5
Depósito legal: M-1.582-1958

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

José María Baño León (Director), Universidad Complutense de Madrid (España). 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 Barcelona (España). Silvia Díez Sastre, Universidad Autónoma de Madrid (España). Lucía Alarcón Sotomayor (Secretaría), Universidad de Córdoba (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 Cobrerros 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 (abril-octubre) 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

La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa <i>Transparency as the backbone of public procurement: the meaning and problematic of normative articulation</i>	
ISABEL GONZÁLEZ RÍOS	6
Los requisitos de solvencia técnica-profesional. La experiencia <i>The technical-professional solvency requirements. The experience</i>	
ASUNCIÓN NICOLÁS LUCAS	26
Urbanismo y género: del informe de impacto de género al principio de igualdad de trato como inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano <i>Urbanism and gender: from the gender impact report to the principle of equal treatment as an inspiration for the new conception of urban development</i>	
ESTHER RANDO BURGOS	52
El procedimiento para la remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LRBRL <i>The procedure for the remunicipalization of public services. On articles 85 and 86 of the Spanish Law on Local Government</i>	
MIGUEL LEÓN ACOSTA	72

Estudios breves

El <i>soft law</i> como instrumento para dirigir al gobierno local <i>Soft law to align local governments</i>	
JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ	97
Los encargos a sociedades mixtas en la actual Ley de Contratos del Sector Público <i>Orders to mixed companies in the current Public Sector Contract Law</i>	
JUAN ALEMANY GARCÍAS	111

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

La protección del denunciante: Regulación autonómica actual y propuestas de futuro <i>Plaintiff's protection: Regional regulation, regulatory changes and future trends</i>	
ANDREA GARRIDO JUNCAL	126

Nulidad radical de un Acuerdo municipal de apoyo al proceso soberanista catalán (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2088/2019, de 26 de junio) <i>Automatic nullity of a municipal act supporting the Catalanian Procès (Spanish Supreme Court's Sentence 2088/2019, of 26th June)</i> GUSTAVO MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ	152
La STC 137/2018 de 13 de diciembre: un recordatorio sobre la constitución de sociedades mercantiles locales y una oportunidad para reflexionar sobre su gobierno <i>The Constitutional Court Judgment n.º 137/2018 of 13 December: a reminder of the constitution of local public companies and an opportunity to consider its governance</i> DIEGO RODRÍGUEZ CEMBellÍN	165
Recensiones	
José Luis REVERTER VALLS, <i>Los conflictos en defensa de la autonomía local</i> . Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018. 309 págs. José Luis REVERTER VALLS, <i>Los conflictos en defensa de la autonomía local</i> . Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018. 309 pp. DARÍO BADULES IGLESIAS	181
Autores	184



La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa¹

Transparency as the backbone of public procurement: the meaning and problematic of normative articulation

Isabel González Ríos
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8833-6427>
Universidad de Málaga (España)
isa_gonzalez@uma.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. Entre sus líneas de investigación destacan: los bienes públicos; la sanidad animal y la seguridad alimentaria; las energías renovables y la eficiencia energética; el turismo; los servicios de interés general; la racionalización administrativa y el procedimiento administrativo.

RESUMEN

El objeto de este trabajo es delimitar y concretar el significado del término transparencia aplicado a la contratación pública y despejar las dudas que plantea el sistema de fuentes con incidencia en la materia (la ley de contratos del sector público, la legislación de transparencia de 2013 y la ley de procedimiento administrativo común), proponiendo una interpretación integrada del mismo.

El concepto de transparencia en materia de contratación pública deriva de su configuración en el derecho de la Unión Europea como principio abstracto que favorece la buena gobernanza y la participación ciudadana, y que se orienta a lograr el mercado único. Pero su plasmación a nivel interno en varias normas con rango de ley exige clarificar las obligaciones que conlleva y su régimen de control, eliminando confusiones de articulación normativa.

PALABRAS CLAVE

Transparencia; contratación pública; procedimiento administrativo.

ABSTRACT

The purpose of this work is to define and specify the meaning of the term transparency applied to public procurement and to clear the doubts posed by the system of sources with an impact on the subject (the law of public sector contracts, the transparency legislation of 2013 and common administrative procedure law), proposing an integrated interpretation of it.

The concept of transparency in the field of public procurement came from its configuration in the law of the European Union as an abstract principle that benefits good governance and citizen participation, and which aims to achieve the single market. But its internal expression in several norms with the rank of law requires clarification of the obligations that it entails and its control regime, avoiding confusion of normative articulation.

KEYWORDS

Transparency; public procurement; administrative procedure.

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia DER2017-86637-C3-2-P; financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, AEI/FEDER, UE.

SUMARIO

1. ÁMBITO COMPETENCIAL Y ENCUADRE NORMATIVO. 2. LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN. 2.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR «ACTIVIDAD PÚBLICA» TRANSPARENTE? 2.2. LOS CONTRATOS COMO MATERIA OBJETO DE PUBLICIDAD ACTIVA Y PASIVA. 3. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MECANISMOS DE TRANSPARENCIA. 3.1. LA RELACIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: SU INCIDENCIA EN LA TRANSPARENCIA PÚBLICA. 3.2. EL SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO. 3.2.1. La transparencia en la contratación pública como garantía del Mercado Único. 3.2.2. La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública en la Ley 9/2017 CSP. 4. EL CONTROL DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 5. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

1. ÁMBITO COMPETENCIAL Y ENCUADRE NORMATIVO

El estudio de la contratación pública transparente² exige que, siquiera sea someramente, nos refiramos a las entidades con competencias en la materia y a su marco normativo regulador. Aunque ello requiere que nos centremos en el sector de la contratación pública, no podemos obviar otras materias relacionadas que, sin duda, vienen a condicionar el entendimiento de dicha transparencia contractual. Nos referimos a la transparencia propiamente dicha, como principio de actuación de las Administraciones públicas y entidades relacionadas, y al procedimiento administrativo como garantía para los interesados de que la Administración ajusta su actuación a la Ley, lo cual en sí mismo es la mayor muestra de transparencia en la actuación administrativa³.

En consecuencia, contratación, transparencia pública y procedimiento administrativo son las materias que enlazamos en este estudio. El papel y la intensidad regulatoria que corresponde a la Unión Europea

² La transparencia en la contratación administrativa ha sido ampliamente abordada por la doctrina desde varias perspectivas: a) bien por su relación con la utilización de medios electrónicos (*vid.* COTINO HUESO, L. (2017): “La regulación del uso de medios electrónicos en la difusión activa de información pública y el ejercicio del derecho de acceso”, en MARTÍN DELGADO, I. (dir.): *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP; GALLEGO CÓRCOLES, I. (2017): “Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública”, en MARTÍN DELGADO, I. (dir.): *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP; MARTÍN DELGADO, I. (2018): “El uso de los medios electrónicos en la contratación pública”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.): *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi; b) por su importancia en la lucha contra el fraude y la corrupción (al respecto, entre otros: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2016): “Las compras abiertas y la prevención de la corrupción”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, GAPP, núm. 15; GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2017): “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, REALA. Nueva Época, núm. 7, págs. 47 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2014): *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*. Navarra: Civitas; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2016): *Contratación pública y transparencia: medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. Las Rozas, Madrid: Wolters Kluwer. El Consultor de los Ayuntamientos; MEDIDA ARNAIZ, T. (2016): “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitza Euskal Aldizkaria*, RVAP, núm. 104-2, págs. 77-113; TOLIVAR ALAS, L. (2019): “Contratación pública: corrupción y transparencia en una sociedad digital”, en DEL GUAYO CASTIELLA, I. y FERNÁNDEZ-CARBALLAL, A. (coords.): *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI: libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP.; y c) como derecho ciudadano y sus límites (*vid.* VV.AA (2017): *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP; FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2017): “La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, RGDA, núm. 45; RAMS RAMOS, S. (2016): “El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, RGDA, núm. 41; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a (2018): “El principio de confidencialidad en la contratación pública”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, págs. 867-911. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Estudios más generales sobre la transparencia en la contratación pública son: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2017): *Contractació oberta*. [Barcelona]: Generalitat de Catalunya; IGLESIAS REY, P. (2018): “Transparencia en la contratación pública”, en MESTRE DELGADO, J. F. y MANENT ALONSO, L. (dirs.) y TENHAEFF LACKSCHEWITZ, S. (coord.): *La Ley de Contratos del Sector Público Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos*, págs. 295-329. Valencia: Tirant lo Blanch; MALARET I GARCÍA, E. (2016): “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, págs. 21 y ss.; MELLADO RUIZ, L. (2017): *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch.

³ La importancia de arbitrar un procedimiento administrativo en la lucha contra el fraude ha sido puesto de manifiesto por FUERTES LÓPEZ, M. (2014): “La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude. (A propósito de la Oficina Europea de Lucha contra el fraude, OLAF)”, en *Revista de Administración Pública*, RAP, núm. 195, págs. 269 y ss.

(UE), al Estado y a las Comunidades autónomas en las mismas (CCAA) difiere según su ámbito de competencias. Así, la UE realiza una regulación directa de la contratación pública, mientras que la transparencia y los procedimientos administrativos los aborda de manera sectorial. A nivel comunitario la contratación se configura como elemento transversal para la satisfacción de las diferentes políticas con las que se pretende alcanzar el mercado único europeo, a través –como indica el art. 26 TFUE– de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Para ello se hacen necesarias «medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros...» (Art. 114 TFUE). Este es el fundamento normativo para que la UE haya dictado la vigente normativa de contratación pública. A nivel interno, la Constitución Española de 1978 (CE) dispone que el Estado tiene competencia exclusiva para dictar la legislación básica en materia de contratación pública. Esta atribución de competencia ha llevado a todas las Comunidades Autónomas (CCAA) a asumir en sus correspondientes Estatutos de Autonomía las competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado (Gamero y Fernández, 2018: 802; Sánchez, 2017:596).

Por lo que respecta a la transparencia pública, el TFUE la configura como un principio, al que también denomina «principio de apertura», de actuación de los órganos, organismos y entidades de la UE, el cual deriva del principio de «buena gobernanza» y del «principio de participación ciudadana» (art. 15, apartado 1.º, del TFUE). Más específicamente, este principio se manifiesta en la publicidad de las sesiones del Parlamento, en el derecho de acceso a los documentos de la UE, en la transparencia de sus trabajos (apartados 2.º y 3.º del art. 15); y en una amplia participación ciudadana, que encuentra su cauce en la posibilidad de expresar su opinión en todos los ámbitos de actuación de la UE y a través de consultas públicas a las partes interesadas (art. 11 del Tratado de la UE). Por su parte, a nivel interno, la falta de un reconocimiento expreso de la transparencia en la Constitución Española (CE) como materia objeto de distribución de competencias no ha impedido al Estado su regulación con apoyo en títulos competenciales como “[L]a regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (art. 149.1.1), “[B]ases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (art. 149.1.13) y “[L]as bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” (art. 149.1.18), como ha analizado Velasco Rico (Velasco, 2014)⁴. Ello no es óbice para que aspectos de esa transparencia pública como «el acceso a la información pública» encuentre su encaje constitucional en el art. 105 b) (acceso a los archivos y registros) o –como ha sostenido Fernández Ramos y Piñar Mañas– en los derechos informativos del art. 20 de la CE⁵.

Íntimamente relacionada con la materia «transparencia pública» se encuentra el procedimiento administrativo –como tempranamente pusiera de manifiesto Rodríguez Arana (Arana, 1995:447 y ss), como si del núcleo duro de la misma se tratara, por cuanto permite la participación ciudadana en los asuntos públicos y la realización del principio de contradicción. En esta materia el Parlamento Europeo viene impulsando la elaboración de una Ley de Procedimiento Administrativo en la UE, que hasta el momento no ha sido bien acogida por la Comisión Europea⁶; por lo que a falta de ese procedimiento administrativo común comunitario, ampliamente reclamado por la doctrina (Agudo, 2013:61; Barnés, 1993; Martín, 2010:99; Fuertes, 2012; Parejo y Vaquer, 2018; Parejo, 2000:229), hemos de acudir a los distintos procedimientos que la UE regula en las materias en las que ostenta competencias. A nivel interno, el art. 149.1.18 CE atribuye al Estado competencia exclusiva

⁴ Véase la Disposición Final Octava de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que fundamenta su publicación en dichos títulos competenciales.

⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2018): “La transparencia pública: pasado, presente y futuro”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública, RArAP*, núm. 51, págs. 213-243; PIÑAR MAÑAS, J. L. (2014): “Transparencia y derecho de acceso a la información pública: algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013 de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 49, págs. 5 y 7, considera este derecho imprescindible para la construcción de una sociedad democrática y participativa.

⁶ Para ello aprobó una primera Resolución, de 15 de enero de 2013, con recomendaciones a la Comisión Europea, en la que le pide que presente una propuesta de Reglamento sobre la Ley de Procedimiento Administrativo de la UE, acompañando una serie de propuestas como Anexo. A dicha Resolución le siguió la Resolución de 9 de junio de 2016, para una Administración de la UE abierta, eficiente e independiente, en la que pide de nuevo a la Comisión que elabore una propuesta legislativa para su inclusión en su programa de trabajo del año 2017. Ambas Resoluciones pueden consultarse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52013IP0004>. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0279+0+DOC+XML+V0//ES>.

La respuesta oficial de la Comisión Europea a esta Resolución ha sido su falta de convencimiento sobre la necesidad de aprobar un único instrumento legal en materia de procedimiento, considerando que la propuesta del Parlamento no estaba «suficientemente respaldada por un análisis de evaluación de impacto y de coste-beneficio». Ante esta situación el Parlamento solicitó un estudio para evaluar el posible impacto de la propuesta.

para la regulación del procedimiento administrativo común, lo que no ha estado exento de debate doctrinal por su confusión en parte con las «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» (Baño, 2015; Martín Retortillo, 1993: 7; Martín Rebollo, 2015: 2; Díez, 2017: 484; Huergo, 2015; Gamero, 2017:171). Como aportación destacada, el profesor López Menudo (2016: 21) viene sosteniendo que el Estado debe considerar común toda garantía esencial, ya se encuentre en un procedimiento administrativo general o especial, sea de competencia sustantiva o autonómica. Al respecto el Tribunal Constitucional ha clarificado que el Estado ostenta una competencia plena y exclusiva sobre el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de que las CCAA puedan regular procedimientos especiales en materias en las que tengan competencias legislativas, aunque estos procedimientos deben respetar en todo caso las reglas de procedimiento establecidas en la legislación del Estado (STC 227/1988, STC 23/1993; STC 166/2014; 33/2018 y 55/2018, entre otras)⁷.

Con base en esta distribución multinivel de competencias, el bloque normativo más directamente relacionado con la transparencia en la contratación pública lo integra la normativa sobre contratación pública, la relativa a la transparencia pública y la que contiene el régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. El vigente marco normativo de la contratación pública en España lo integran las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE; 2014/55/UE (Fernández y Valcárcel, 2014; Gimeno, 2013:39; Medina, 2016:77; Razquin, 2015:97)⁸. Los postulados de estas Directivas han sido transpuestos al derecho interno a través de la *Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público* (en adelante *Ley 9/2017 CSP*)⁹, sin que se haya aún incorporado la Directiva 2014/25/UE, a pesar de contar con legislación interna en esta materia. Este relevante bloque normativo sobre contratación pública no es ajeno al principio de transparencia, que debe regir la adjudicación del contrato y que debe ser respetado en aquellos contratos de elevada cuantía para garantizar su conocimiento fuera de las fronteras nacionales, a nivel comunitario. Este es el significado que impregna la normativa española, con la que además se tratan de atajar otros problemas como la corrupción ligada al empleo de fondos públicos en la contratación.

A nivel interno, y con el objetivo de integrar la transparencia en la actividad de todas aquellas entidades que manejan fondos públicos, por tanto, con una regulación muy pegada a objetivos de control presupuestario, pero también con el objeto de visibilizar la actuación pública y favorecer un mejor conocimiento de cómo actúa el poder público, se ha aprobado la *Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (en adelante *Ley 19/2013 TBG*)¹⁰. Esta norma viene a «ampliar y reforzar la transparencia en la actividad pública» (art. 1) y lo hace a través de la regulación de la publicidad activa, del derecho al acceso a la información pública y exigiendo dicha transparencia en la actuación de los miembros del Gobierno y Altos cargos¹¹. Posteriormente, ha sido la *Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público* (en adelante *Ley 40/2015 RJSP*)¹² la que consagra el principio de transparencia en la actuación administrativa (art. 3.1.c); y lo hace asumiendo el contenido del art. 103 de la CE que dispone que las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo, entre otros, con el principio de eficacia. Eficacia en la actuación de la administración pública que no sería reconocible sin una actuación transparente. Indisolublemente unida a la citada Ley, se aprueba *Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas* (en adelante *Ley 39/2015 PACAP*)¹³, que no solo afecta a la transparencia por las

⁷ STC núm. 227/88, de 29 de noviembre (Pte. D. Jesús Leguina villa, F.J. 32.º); STC núm. 23/93, de 21 de enero (Pte. D. Miguel Rodríguez Piñero, F.J. 3.º); STC núm. 166/2014, de 22 de octubre (Pte. D. Ricardo Enriquez Sancho, F.J. 5.º); STC núm. 33/2018, de 12 de abril (Pte. D. Ricardo Enriquez Sancho, F.J. 5), b); y STC núm. 55/2018, de 24 de mayo (Pte. D. Andrés Ollero Tassara).

⁸ Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre Contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; y Directiva 29014/55/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

⁹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Nuestro marco normativo interno se completa con el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrollaba parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, la cual fue derogada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, hoy derogado por la vigente Ley 9/2017. Además, en lo que no contradiga la vigente Ley se aplica el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (disposición que desarrollaba la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas).

¹⁰ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

¹¹ La mayoría de las Comunidades Autónomas cuentan con su propia legislación sobre Transparencia pública (Andalucía, Madrid, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Castilla y León, Castilla La Mancha, Extremadura, Canarias, La Rioja, Aragón, Cantabria, Murcia, Navarra y Asturias).

¹² Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

¹³ Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones pública.

expresas remisiones que realiza a la Ley 19/2013 TBG¹⁴, sino porque el procedimiento administrativo común –imbuido de las exigencias de tramitación electrónica– al proyectarse sobre los procedimientos administrativos especiales *ratione materiae* es un mecanismo clave para la transmisión de la transparencia a todas las Administraciones públicas, ámbito subjetivo neurálgico del desarrollo de la transparencia.

De este último bloque normativo, que de forma directa o tangencialmente aborda la transparencia pública nos interesa resaltar su incidencia en el ámbito de la contratación pública. Para ello vamos a analizar cómo se configura la transparencia pública en la legislación de transparencia y su relación con la legislación de contratos del sector público. A continuación abordaremos la problemática relativa a la relación entre la legislación de procedimiento administrativo común, en la que se recogen importantes aspectos referidos a la transparencia administrativa, y la legislación de contratos del sector público; para acabar determinando el significado y alcance de la transparencia pública en esta última y los efectos que derivan de su incumplimiento.

2. LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN

2.1. ¿Qué se entiende por «actividad pública» transparente?

Para abordar el principio de transparencia en la actividad pública se debe previamente determinar qué se entiende por «actividad pública», de tal manera que podamos indicar si en la misma se incluye la contratación pública; y a renglón seguido concretar cuál es el contenido de esa transparencia. Al respecto, hemos de partir de la normativa específica reguladora de esta materia, la Ley 19/2013 de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno –abordada con profusión por la doctrina (Guichot, 2016:89 y 2014; Fernández y Pérez, 2017; Rodríguez y Sendín, 2014, Troncoso, 2017; Valero y Fernández, 2014), sin que proceda en este momento profundizar en la normativa autonómica.

Si realizamos una interpretación sistemática de la Ley 19/2013 TBG, cuyo Título I se intitula “Transparencia de la actividad pública”, refiriéndose los arts. 2 y 3 al ámbito subjetivo de aplicación, hemos de concluir afirmando que esa «actividad pública», y consecuentemente la transparencia pública, se extiende más allá del estricto ámbito de las Administraciones públicas¹⁵, siendo aquella exigible a instituciones constitucionales y autonómicas, así como a entidades de naturaleza privada. De «amplio y complejo» ha calificado Barrero Rodríguez dicho ámbito subjetivo (Barrero, 2016:241; 2014, 63 y ss); que al incluir a entes privados haría más oportuno que dicho Título I aludiera a “Transparencia de la actividad de *interés público*”. Pero al margen de los citados sujetos, ¿cabe exigir transparencia al Gobierno y a los altos cargos; a las autoridades propiamente dichas? Su exclusión del Título I de la Ley 19/2013 TBG no significa que no deban cumplir las exigencias de transparencia. Lo que ocurre es que en este caso el legislador prefiere hablar de «buen gobierno», en sentido más amplio, teniendo en cuenta sus funciones de dirección de la Administración pública¹⁶. Así, el buen gobierno es exigible a los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y resto de altos cargos de la Administración General del Estado y entidades vinculadas o dependientes de aquella, así como a los altos cargos o asimilados de las Comunidades autónomas o entes locales (art. 25). Ese «buen gobierno» se asocia a una serie de principios de actuación entre los que se sitúa «la transparencia en la gestión de los asuntos públicos» (art. 26).

Partiendo de ese concepto amplio de actividad pública, ¿cuál es el contenido de la transparencia pública? La Ley 19/2013 TBG lo identifica con dos aspectos: a) la publicidad activa, que se refiere a la publicación de forma periódica y actualizada de la información que resulte relevante sobre la actuación pública de que se trate (art. 5.1); y b) el derecho de acceso a la información pública (Barrero, 2016:245), o sea, a los contenidos o documentos que obren en poder de los sujetos a los que se aplica esta ley¹⁷, y que hayan sido elaborados

¹⁴ Véanse los arts. 13 d) y 71 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas que regulan respectivamente el derecho de acceso a la información pública, a los archivos y registros, que es manifestación del principio de transparencia; y el impulso de oficio de los procedimientos respetando el principio de transparencia y publicidad. Al mismo tiempo, los arts. 129 y 132 son manifestación del principio de transparencia en la elaboración y aprobación normativa.

¹⁵ El art. 2.2 de la LTBG las circunscribe a las Administraciones territoriales, Administraciones institucionales e independientes y Universidades.

¹⁶ A la transparencia como elemento clave del buen gobierno y las «virtudes» que derivan de la misma se ha referido acertadamente FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2018): “La transparencia pública: pasado, presente y futuro”, *op. cit.*, págs. 223 y ss. Sobre los códigos de buen gobierno aplicables a los cargos políticos y altos cargos, por todos, véase: PRIETO ROMERO, C. (2011): “Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o buen gobierno”, en *Anuario de Gobierno Local*, núm. 1, págs. 315-347.

¹⁷ Excluidos los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales y entidades beneficiarias de ayudas públicas, como se deduce del art. 2.1 y a *sensu contrario* del art. 3.

o adquiridos en el ejercicio de sus funciones (arts.12 y 13)¹⁸. Por su parte, el contenido de la transparencia en la actuación del Gobierno y altos cargos queda algo indefinido en la LTBG que solo establece que “[A]ctuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general” y que “[D]esempeñarán sus funciones con transparencia” (art. 26.2.a) 1.º, b) 7.º), sin clarificar los concretos parámetros a través de los cuales garantizarán una actuación transparente y sin que la misma venga representada por la publicidad activa o el derecho de acceso a la información pública.

De ello se deduce que la transparencia pública va referida a la actividad «pública» (pública y en algunos casos privada), más allá del sujeto «Administración pública», tanto cuando no existe relación directa con el ciudadano, o sea, a través de la mera publicidad de aquella actuación, como cuando deriva de una relación con el mismo, mediante el derecho de acceso a la información pública. Y por otro lado, esa transparencia se predica, aunque de forma más indeterminada, de la actuación del Gobierno y de los altos cargos.

2.2. Los contratos como materia objeto de publicidad activa y pasiva

La Ley 19/2013 TBG reconoce la existencia al momento de su publicación de normas sectoriales que inciden en la transparencia pública, como la relativa a *la contratación pública*, a las subvenciones, a los altos cargos, entre otras¹⁹. Pero no se trata en este momento de analizar cómo se configura la transparencia pública en la legislación de contratación del sector público, sino de abordar si las exigencias de transparencia pública que derivan de la Ley 19/2013 TBG (y, en su caso, de la correspondiente normativa autonómica en la materia) son aplicables respecto de la actividad contractual pública.

Para ello debemos atender al ámbito de aplicación de esta Ley 19/2013 TBG, comparándolo con los sujetos obligados por la Ley 9/2017 CSP, y a lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 19/2013 TBG. Atendiendo al ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de transparencia pública, y comparándolo con lo previsto en el art. 3 de la Ley 9/2017 CSP, observamos una importante coincidencia entre las Administraciones, organismos y entidades sujetos a ambas normativas. ¿Supone eso que el sector público cuando realiza la actividad contractual debe respetar las obligaciones de «publicidad activa» y de «acceso a la información pública» que establece la Ley 19/2013 TBG? La respuesta debe ser positiva, con algunas puntualizaciones.

En primer lugar, en materia de publicidad activa, todas las entidades que se sitúan en el ámbito de aplicación de la Ley 19/2013 TBG tienen obligaciones genéricas de publicidad sobre su actuación²⁰ y obligaciones específicas respecto a contratación pública. En este último ámbito material, el art. 8.1.a) recoge la obligación de hacer públicos «todos los contratos»²¹, «las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos» y «datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público»; estas exigencias son aplicables a todos los sujetos que el art. 2 de la Ley 19/2013 TBG recoge en su ámbito de aplicación²².

La obligación de dar publicidad a los contratos, como parte de la publicidad activa, se hace extensible a los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales y entidades privadas que perciban en

¹⁸ Hemos de tener en cuenta que la propia Ley 19/2013 TBG en su Disposición Adicional Primera remite a la normativa reguladora del concreto procedimiento cuando sean los interesados los que quieran acceder a los documentos del procedimiento que se está tramitando. Al mismo tiempo, aquellas materias que tengan un régimen específico de acceso a la información se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la Ley 19/2013 de TBG.

¹⁹ Exposición de motivos de la Ley 19/2013, de 9 de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

²⁰ Así lo recogen los arts. 6 a 8 de la Ley 19/2013 TBG, que establecen la obligación de publicar información sobre sus funciones, normativa aplicable y estructura organizativa; de que las Administraciones públicas publiquen además sus planes y programas anuales y plurianuales, su desarrollo y resultados, así como, información con relevancia jurídica; publicar información económica, presupuestaria y estadística.

²¹ Pormenoriza este artículo los datos a publicar: el objeto, duración, importe de la licitación y de la adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores que han participado, la identidad del adjudicatario y las modificaciones del contrato.

²² Para facilitar esta exigencia de publicidad activa relativa a la contratación pública, se impone a los adjudicatarios de contratos del sector público la obligación de suministrar toda la información que resulte necesaria, en los términos previstos en el respectivo contrato (art. 4 Ley 19/2013 TBG). Esta imposición muestra la necesidad de incluir una cláusula en el contrato para dar cumplimiento a esta exigencia legal, si bien es cierto que si tenemos en cuenta los datos que deben publicarse (objeto del contrato, duración, importe...), todos ellos han de ser conocidos por la Administración Pública, haciéndose superflua aquella «obligación de suministrar información» por parte de los adjudicatarios, salvo quizás en lo relativo a «las modificaciones del contrato».

el periodo de un año subvenciones o ayudas en cantidad superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos tengan el carácter de ayuda o subvención pública, y alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros, «cuando se trate de contratos o convenios celebrados con una Administración Pública» (art. 8.2 Ley 19/2013 de TBG).

Para dar cumplimiento a la obligación de publicidad activa, se requiere del correspondiente soporte. El art. 5.4 de la Ley 19/2013 TBG establece que dicha publicidad se hará efectiva en las correspondientes sedes electrónicas, y de manera clara, estructurada y entendible²³.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la transparencia pública a través del derecho de acceso de cualquier persona a los contenidos o documentos (información pública) que obren en poder de los sujetos a los que resulta de aplicación la Ley 19/2013 TBG, que tiene su fundamento constitucional en el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (art. 105, apdo. b)²⁴, y al específico procedimiento de acceso que se recoge en dicha ley²⁵, hay que tener en cuenta las dos previsiones que se contienen en la Disposición Adicional Primera, de la que derivan dudas de articulación normativa (Piñar, 2014:9): a) la aplicación supletoria de la Ley 19/2013 TBG en aquellas materias que cuenten con una normativa específica de acceso a la información²⁶; y b) «la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en el procedimiento en curso a los documentos que se integren en el mismo».

En lo que respecta a la aplicación supletoria de la Ley²⁷, cabe plantearse qué ocurre si se aprueba una norma autonómica en sentido divergente a lo previsto en la Ley 19/2013 TBG. En tal caso entendemos que hemos de estar a los títulos competenciales en los que se fundamenta la aprobación de la Ley 19/2013 TBG, entre los que se encuentra el art. 149.1.18 CE, para sostener que no cabe que la legislación autonómica contradiga lo dispuesto en esta norma en cuanto al procedimiento de acceso a la información pública. Y ello, máxime cuando el art. 13.d) de la Ley 39/2015 PACAP se remite a la Ley 19/2013 TBG en cuanto al derecho de acceso a la información, a los archivos y registros, en una suerte de configuración como procedimiento administrativo común. En esta línea, aunque limitándolo a un aspecto concreto de ese procedimiento de acceso a la información pública, la producción del silencio administrativo, se ha pronunciado la STC 104/2018²⁸. En esta sentencia el Alto Tribunal sostiene que el silencio negativo en resoluciones presuntas de solicitudes de acceso a aquella información que establece la Ley 19/2013 «cumple una función típica de las normas de “procedimiento administrativo común”»: garantizar un tratamiento común de los administrados ante todas las Administraciones públicas”. De ahí que considere que se produce la inconstitucionalidad mediata de una ley autonómica que establecía el silencio positivo en tal tipo de procedimientos. Otra cuestión relevante en cuanto a la aplicación supletoria de la Ley 19/2013 TBG es si la regulación contenida en la Ley 9/2017 CSP puede considerarse como normativa específica en materia de acceso a la información

²³ Para facilitar el acceso a toda esa información la Administración General del Estado, en aplicación del art. 10 de la Ley 19/2013 TBG, ha desarrollado el Portal de Transparencia, dependiente del Ministerio de la Presidencia, que contiene información relativa a su ámbito de actuación, disponible en: <https://transparencia.gob.es/>.

Como complemento a este Portal de Transparencia en el que podemos encontrar información sobre contratos públicos, el art. 347 de la Ley 9/2017 CSP regula la Plataforma de Contratos del Sector Público, de carácter electrónico, que permite la difusión de los perfiles del contratante de los órganos del sector público; en línea: <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/perfilContratante>.

²⁴ A la vinculación a esta previsión constitucional y no al derecho fundamental a recibir información del art. 20.1.d) de la CE, se refiere CARRILLO, M. (2015): “Transparencia y derechos de acceso a la información en las Administraciones Públicas”, en *Parlamento y Constitución: anuario*, núm. 17, pág. 275.

²⁵ Respecto a la relación entre el procedimiento de acceso a la información pública y el procedimiento administrativo común, hay que destacar que el art. 13.d) de la Ley 39/2015 PACAP remite a la Ley 19/2013 TBG la regulación del derecho de acceso a la información pública, a los archivos y registros.

Sobre el citado procedimiento de acceso, *vid.* MESEGUER YEBRA, J. (2014): “El procedimiento administrativo para el acceso a la información pública”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, págs. 1-34.

²⁶ Sobre los riesgos de vaciamiento del contenido de la Ley 19/2013 TBG en cuanto al derecho de acceso a la información pública, dado su carácter supletorio ante disposiciones específicas, han alertado autores como FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013): “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública, RArAP*, núm. 14, pág. 238; GUICHOT REINA, E. (2014): “Transparencia: aspectos generales”, en GUICHOT REINA, E. (coord.): *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos. pág. 55; CASADO CASADO, L. (2014): “Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, Reguladora del derecho de acceso a la información ambiental”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, RVAP*, núm. 99-100, págs. 823-824.

²⁷ Entendemos que hay que referir esa supletoriedad respecto a leyes estatales especiales.

²⁸ STC 104/2018, de 4 de octubre (Pte. J. José González Rivas, FJ. 5.º).

contractual. Al respecto, el Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno ha fijado un criterio interpretativo restrictivo respecto a dicha aplicación supletoria, exigiendo una regulación específica y detallada del acceso a la información²⁹. En esta línea, varios Consejos autonómicos de transparencia han afirmado que la legislación de contratos del sector público no establece un régimen específico de acceso a la información pública que desplace al régimen general de la Ley 19/2013 TBG³⁰. En esta línea, el art. 346, apartado 5.º, de la Ley 9/2017 CSP dispone que el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidencial y que no hayan sido previamente publicados de modo electrónico o a través de internet se facilitarán de conformidad con lo dispuesto en la Ley 19/2013 TBG. De lo que se deduce que el legislador en materia de contratos se remite en cuanto al acceso a la información contractual al régimen previsto en la legislación de transparencia pública.

Respecto al derecho de acceso como interesados en el procedimiento, por lo que ahora nos interesa, supone que cuando se esté tramitando un procedimiento de contratación pública, el acceso de quienes ostentan la condición de interesados en el mismo a los documentos del expediente de contratación se rige por lo dispuesto en la Ley 9/2017 CSP³¹.

Del carácter básico de la Ley 19/2013 TBG, de las interpretaciones que vienen realizando el Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno y los Consejos autonómicos podemos concluir que las solicitudes de acceso a la información pública se rigen por la Ley 19/2013 TBG, sin que sea de aplicación prioritaria la legislación de procedimiento administrativo común ni ninguna otra; salvo en el caso de que la materia sobre la que versa la solicitud esté regulada en normativa específica en materia de acceso, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera y tal como la ha interpretado el Consejo, y salvo procedimientos en curso, en cuyo caso si se es interesado se aplica la norma reguladora del concreto procedimiento³².

A continuación nos referimos a la relación y prevalencias aplicativas que se producen entre la Ley 39/2015 PACAP y la Ley 9/2017 CSP, lo que tiene especial interés en el acceso a la información contractual, como parte de la transparencia pública, y por los aspectos procedimentales que regulan ambas normas y que resultan elemento esencial en dicha transparencia.

3. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MECANISMOS DE TRANSPARENCIA

Antes de analizar los elementos de transparencia pública recogidos en la Ley 9/2017 CSP, procede que aclaremos la relación que esta normativa mantiene con la Ley 39/2015 PACAP. Y ello máxime cuando la propia Ley 19/2013 TBG remite a la concreta normativa procedimental la regulación del acceso a la información por parte de los interesados en los procedimientos administrativos que se estén tramitando (Disposición Adicional Primera); a la vez que la Ley 9/2017 CSP dispone que los procedimientos regulados en esta ley se rigen por lo dispuesto en ella y subsidiariamente por la Ley 39/2015 PACAP (Disposición Final Cuarta). En consecuencia, ¿resultan aplicables en materia de contratación pública las previsiones sobre transparencia

²⁹ Criterio interpretativo 008/2015, de 12 de noviembre de 2015 del Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno, según el cual el régimen de acceso a la información pública que recoge la Ley 19/2013 TBG se aplicará supletoriamente solo en el caso de que una norma concreta establezca un régimen específico, regulando aspectos tales como las características de la información que se solicita, los legitimados para acceder a la misma, las condiciones de acceso, etc.

Con más detalle se ha referido el Consejo en su Resolución de 25 de septiembre de 2017 (R/0309/2017), en la que exige que la regulación específica del acceso a la información pública prevea aspectos como: la forma de solicitar información, contenidos accesibles, personas legitimadas, plazos, límites legales, tramitación y forma de facilitar el acceso, resolución, recursos administrativos y, en general, cualquiera otra que ayude a configurar un procedimiento de acceso específico a la información en la materia. En el caso concreto, relativo a contratación pública, concluye que la regulación contenida en los pliegos de cláusulas particulares del contrato, que se remiten a una Instrucción administrativa que contenía las normas pertinentes de la legislación de contratos del sector público, no constituyen una verdadera regulación específica del derecho de acceso a la información, no resultando la Ley 19/2013 TBG de aplicación supletoria respecto de la normativa contractual.

³⁰ En este sentido se han pronunciado la Resolución de 12/09/2016 del Consejo de Transparencia de Aragón y la Resolución de 8-09-2017 de la Comisión de Garantía del derecho de acceso a la información pública de Cataluña.

³¹ El Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno viene sosteniendo que en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 19/2013 TBG, si el acceso a la información se solicita por un interesado en el curso de un procedimiento, dicho acceso se rige por la normativa reguladora del correspondiente procedimiento; en consecuencia, no es posible la aplicación de la Ley 19/2013 TBG (entre otras, las reclamaciones RT/496/2017, de 6 de noviembre; RT/ 448/2017, de 4 de diciembre; RT/496/2017, de 23 de marzo; RT/0134/2018, de 3 de abril).

³² Así lo ha establecido, respecto a la información pública contenida en expedientes administrativos, la Resolución del Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno de 19 de enero de 2016 (RT/0219/2016).

administrativa (relacionadas con el derecho de acceso a archivos y registros; sobre utilización de medios electrónicos...), e incluso el propio procedimiento administrativo común –como garantía de transparencia en la actuación administrativa– de la Ley 39/2015 PACAP?

3.1. La relación entre el procedimiento administrativo común y el procedimiento de contratación pública: su incidencia en la transparencia pública

El Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina jurisprudencial sobre la distribución de competencias en materia de procedimiento administrativo común y respecto a los principios y normas que definen dicho procedimiento (González, 2018:146). Esta doctrina jurisprudencial permite clarificar la relación que existe entre el procedimiento administrativo común y el procedimiento de contratación pública. Se trata de situarnos en la normativa correcta a la hora de determinar el contenido y los efectos que derivan del principio de transparencia pública en materia de contratación. Al respecto hemos de partir de la pionera STC 227/1988³³ –doctrina ampliamente reiterada y pormenorizada en posteriores sentencias (SSTC 175/2003, 132/2013, 166/2014, 33/2018 y 55/2018)³⁴– en la que se reconoce la competencia exclusiva del Estado para regular el procedimiento administrativo común ex art. 149.1.18 CE, al tiempo que admite que las Comunidades autónomas (CCAA) tienen competencia sobre procedimiento administrativo en aquellas materias en las que ostenten competencia legislativa por razón de la materia, debiendo en todo caso respetar las reglas de procedimiento administrativo común que marque el Estado.

Pero, ¿cuál es el contenido, cuáles son los trámites que conforman el procedimiento administrativo común? El Tribunal Constitucional viene sosteniendo que el contenido del procedimiento administrativo común lo integran los principios o normas que: a) definen la estructura general del procedimiento que debe seguir la Administración en su actuación; y especialmente el establecimiento de un plazo máximo de resolución, las consecuencias de su incumplimiento y el cómputo de dicho plazo; y b) que determinan la forma de elaboración, la validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos; y las garantías de los interesados en el procedimiento administrativo (entre otras, SSTC 130/2013³⁵ y 166/2014³⁶).

Al mismo tiempo, el Estado ostenta competencias respecto a procedimientos especiales por razón de la materia, que pueden calificarse como «comunes» (Gamero, 2017:171), pues resultan aplicables a todas las Comunidades autónomas y resto de Administraciones públicas. Así, el Tribunal Constitucional sostiene que el hecho de ostentar una competencia más específica por razón de la materia, que la competencia sobre procedimiento administrativo común, habilita al Estado para aprobar procedimientos con una regulación propia y específica (sería el caso de los *procedimientos de contratación* o expropiación forzosa (STC 55/2018)³⁷). Al mismo tiempo, cuando al Estado le corresponde una competencia sustantiva básica, la misma también se ha considerado por el Alto Tribunal que le permite intervenir en procedimientos administrativos especiales, con ciertas limitaciones³⁸.

³³ STC núm. 222/88, de 29 de noviembre (Pte. D. Jesús Leguina villa, FJ. 32.º).

³⁴ STC núm. 175/2003, de 30 de septiembre (Pte. D. Eugeni Gay Moltalvo, FJ. 10.º); STC núm. 132/2013, de 5 de junio (Pte. D. Ramón Rodríguez Arribas); STC núm. 166/2014, de 22 de octubre (Pte. D. Ricardo Enriquez Sancho, FJ. 5.º); STC núm. 33/2018, de 12 de abril (Pte. D. Ricardo Enriquez Sancho, FJ. 5, b); y STC núm. 55/2018, de 24 de mayo (Pte. D. Andrés Ollero Tassara).

³⁵ STC núm. 130/2013, de 4 de junio (Pte. D. Manuel Aragón Reyes).

³⁶ STC 166/2014, de 22 de octubre (Pte. D. Ricardo Enriquez Sancho, FF.JJ. 4.º, 5.º, 6.º y 7.º). En esta sentencia se reitera la doctrina sentada en las sentencias 227/1988, de 27 de noviembre, FJ. 32; 98/2001, de 5 de abril, FJ. 8 y 130/2013, de 4 de junio, FJ. 7. Este pronunciamiento ha sido posteriormente reiterado en la STC núm. 143/2017 (Pte. D.ª Encarnación Roca Trías). También el Tribunal Supremo viene asumiendo esta doctrina constitucional, sirvan como muestra las sentencias de 26 de enero de 2012 (Pte. D. Ángel Aguillo Avilés); de 2 de octubre de 2014 (Pte. D. Antonio Montero Fernández).

³⁷ La STC núm. 55/2018, de 24 de mayo (Pte. D. Andrés Ollero Tassara) sostiene que: «Se sitúan extramuros del título “procedimiento administrativo común”» (art. 149.1.18 CE) las regulaciones que, aun aplicables a clases enteras de procedimientos, se han adoptado en ejercicio de una competencia estatal más específica. Es el caso, por ejemplo, de los procedimientos de preparación y adjudicación de contratos públicos o de expropiación forzosa; respecto de estos el Estado cuenta con competencias normativas de diverso alcance en materia de contratación administrativa (art. 149.1.18 CE; STC 237/2015, de 19 de noviembre, FJ. 7) y expropiación forzosa (art. 149.1.18 CE; STC 251/2006, de 25 de julio, FJ. 5), respectivamente”.

³⁸ STC núm. 55/2018, de 24 de mayo (Pte. D. Andrés Ollero Tassara), en la que se dispone: «No obstante, las bases de una materia “pueden alcanzar algún aspecto de estos procedimientos especiales si imponen criterios directamente vinculados a los objetivos sustantivos” de esa legislación básica, “sin descender a la previsión de trámites de pura gestión; las normas ordinarias de tramitación no pueden considerarse básicas” [STC 54/2017, FJ. 7 b), refiriéndose a la legislación básica, en general; y las SSTC 45/2015, FJ. 6 c), 53/2017, de 17 de mayo, FF.JJ. 3 y 5 b), y 143/2017, FJ. 23, refiriéndose a las “bases medioambientales”, en particular]».

Atendiendo a esta doctrina constitucional, y teniendo en cuenta que el art. 149.1.18 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular «la legislación básica sobre contratos...», y que se trata de una materia más específica que la relativa al procedimiento administrativo común, podemos concluir que el procedimiento de contratación administrativa cuenta con una regulación específica y básica del Estado en la Ley 9/2017 CSP; no resultando de aplicación el procedimiento más genérico y abstracto previsto en la Ley 39/2015 PACAP. De lo que se deduce que el significado del principio de transparencia administrativa en la contratación pública hemos de localizarlo, además de en las previsiones ya analizadas de la Ley 19/2013 TBG, en la legislación específica de contratación pública. El principio de transparencia pública, entendido como «publicidad activa» y como «acceso a la información pública» –según su configuración en la Ley 19/2013 TBG– hemos de precisarlo con lo dispuesto en la legislación de contratación pública. En la misma, esa transparencia se concreta en obligaciones para el sector público contratante que van orientadas a la ciudadanía en general, y más concretamente, a los interesados en los procedimientos de contratación.

La relación existente entre la legislación de contratos del sector público y la legislación de procedimiento administrativo común no ha sido una cuestión ajena a la doctrina científica (Martín, 2017:10; Gil, 2018) ni a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Recientemente en la STS de 21 de mayo de 2019, el Alto Tribunal sostiene que en aquellos aspectos de la regulación contractual que carezcan de un procedimiento específico y diferenciado no procede la aplicación supletoria de la legislación de procedimiento administrativo común³⁹. A las razones que aporta el Tribunal, orientadas a la existencia de una regulación mínima en la legislación especial de contratación, sería oportuno añadir su doctrina sobre la distribución de competencias en materia procedimental más arriba analizada.

El carácter común especial del procedimiento de contratación pública, que obliga a ceñir las exigencias sobre transparencia pública en la contratación a lo dispuesto en la Ley 9/2017 CSP, no es óbice para que esta se remita en aspectos puntuales de dicho procedimiento a la aplicación de la Ley 39/2015 PACAP⁴⁰. Es más, la declaración de aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015 PACAP respecto a los procedimientos regulados en la Ley 9/2017 CSP⁴¹ obliga a entender que solo es aplicable en defecto de regulación específica en esta ley; no para completar o pormenorizar una regulación más escueta y específica de la propia legislación de contratos.

3.2. El significado y alcance del principio de transparencia en la contratación del sector público

3.2.1. La transparencia en la contratación pública como garantía del Mercado Único

El principio de transparencia en la contratación pública no aparece referenciado en las Directivas comunitarias de contratación pública de la década de los 70 ni de los 90⁴². Su falta de plasmación normativa se va a

³⁹ La STS de 21 de mayo de 2019 (Pte. José Luis Requero Ibáñez) resuelve un recurso de casación en el que se plantea si ante la falta de previsión en la LCSP de 2007 de un procedimiento para imponer penalidades en caso de incumplimiento de un contrato resulta o no aplicable lo dispuesto en la legislación de procedimiento administrativo común (más concretamente respecto a la caducidad del procedimiento, o si se trata de un acto administrativo de trámite del procedimiento de ejecución contractual). Al respecto la Sala estima que la imposición de penalidades por incumplimiento contractual no está sujeta a plazo de caducidad, por un lado, porque esas penalidades no responden al ejercicio de la potestad sancionadora, por lo que no se sigue un procedimiento sancionador, ni este se aplica supletoriamente; y por otro lado, dicha penalidad pretende reaccionar ante incumplimientos del contratista y «carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, y se configura como una suerte de cláusula penal contractual...cuya razón radica en el interés público que se satisface con el contrato...». Además, añade el Tribunal «[E]n lo procedimental la imposición de penalidades se ubica sistemáticamente en la LCSP...en sede de ejecución contractual, sin que se prevea para su ejercicio un procedimiento específico y diferenciado...». Se concluye por el Tribunal que la regulación mínima que sobre imposición de penalidades contiene la LCSP agota la regulación y «no precisa, por tanto, la aplicación supletoria de la Ley 30/92...». En definitiva, acaba afirmando el Alto Tribunal que en la imposición de penalidades contractuales al amparo del vigente art. 194.2 de la Ley 9/2017 no son aplicables las previsiones sobre caducidad del procedimiento de la legislación de procedimiento administrativo común.

⁴⁰ Tal es el caso de las causas de nulidad y anulabilidad del contrato –arts. 39 y 40–; revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación del contrato y en la suspensión en la ejecución de actos de los órganos de contratación –art. 41–; impugnación de actos de contratación no susceptibles de recurso especial o procedentes de entidades sin consideración de poder adjudicador –arts.44.6 y 321.5–; lugares de presentación del recurso especial y su tramitación –arts.51.3 y 56.–

⁴¹ La Disposición Final Cuarta de la Ley 9/2017 dispone, en su apartado primero: «Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015...».

⁴² Así lo demuestra el hecho de que la Directiva 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971 sobre Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no contuviera ninguna referencia al término; y que la Directiva 77/62/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de sumi-

ir paliando cuando se empieza a ahondar en la implantación del mercado único de la UE, y se ve la necesidad de incidir en la contratación pública; así para Malaret Garcia (Malaret, 2016:32), la UE maneja un concepto más económico que presupuestario de la contratación pública. En esta línea, la primera Directiva comunitaria que generosamente se refiere al citado principio es la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, de suministros y de servicios⁴³; y lo hace como principio derivado—junto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, de reconocimiento mutuo y de proporcionalidad— de los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios que inspiran la UE⁴⁴.

Como ha puesto de manifiesto Cerrillo i Martínez (Cerrillo, 2018:121), el TJUE ha venido exigiendo transparencia en la contratación pública como garantía de apertura a la competencia y a la libre concurrencia (SSTJUE de 12 de septiembre de 2000 y de 7 de diciembre de 2000) y como antídoto de la corrupción y de la arbitrariedad (STJUE de 12 de marzo de 2008). Con este sentido se ha plasmado la transparencia en la Directiva 2014/24/CE, sobre contratación pública, que se refiere a ella en su primer considerando como uno de los principios que deben respetar las autoridades competentes en la adjudicación de los contratos⁴⁵. La UE, consciente de la influencia que tiene la contratación pública en la libre circulación de mercancías, en la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios impone que la adjudicación de los contratos se realice de forma transparente con el objeto de que la misma se abra a la competencia. El Preámbulo de esta Directiva se encuentra jalonado de expresas referencias al principio de transparencia en las diferentes fases de la contratación pública⁴⁶, lo que a su vez tiene su correspondiente reflejo en el articulado de la norma⁴⁷. Especial importancia en la determinación del concepto, a falta de una concreta definición en el texto de la Directiva, resulta el Título II, referido a las “[N]ormas aplicables a los contratos públicos”, cuyo Capítulo III dedicado al desarrollo del procedimiento incluye una Sección 2.ª titulada “[P]ublicación y transparencia” (arts. 45 a 55). Esta Sección 2.ª contiene, por un lado, la regulación de la publicidad (anuncios de información previa a la contratación; de licitación; de adjudicación del contrato; y los criterios de publicación a nivel nacional de los citados anuncios), lo que entendemos forma parte de la llamada publicidad activa; y por otro lado, medidas relacionadas con el acceso a la información sobre el contrato. Entre estas se incluyen: a) la obligación de los poderes adjudicadores de facilitar el acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos de contratación, a través de medios electrónicos, con los requisitos y límites que establece el art. 53.1; igualmente facilitar información adicional sobre los pliegos de contratación o cualquier documentación complementaria siempre

nistros, se refiriera de forma absolutamente tangencial a la transparencia, al prever que el establecimiento de idénticas condiciones de participación en los contratos de suministros públicos a nivel comunitario garantiza la transparencia y con ella el control del respeto a la libre circulación de mercancías (considerando 2.º). Por su parte, el término transparencia no es utilizado por la Directiva 92/50/CEE, del Consejo de 18 de junio de 1992, sobre Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, orientada a la adopción de medidas para la implantación progresiva del mercado interior en el que se garantice la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; ni por la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre Coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros; ni tampoco por la Directiva 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

⁴³ En términos prácticamente idénticos se pronunciaba la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la Coordinación de los procedimientos de adjudicación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

⁴⁴ Considerando 2.º de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

⁴⁵ Sobre la relevancia de los principios de transparencia, igualdad de trato, objetividad, imparcialidad o equidad en la conformación de un derecho administrativo global en materia de contratación pública, véase: RODRÍGUEZ ARANA, J. (2016): “Los principios del derecho global de la contratación pública”, en *Revista Española de Derecho Administrativo, REDA*, núm. 179, págs. 29-54.

⁴⁶ La necesidad de su observancia en los procedimientos de licitación para evitar la «opacidad» y, a la postre, la arbitrariedad, lleva al legislador comunitario a reivindicar la transparencia en los procedimientos de licitación con negociación (considerando 45); en el uso de medios de información y comunicación electrónicos, como métodos de comunicación e intercambio de información; en las comunicaciones orales con los operadores económicos previas a la valoración de las ofertas (considerando 58); en las agregaciones de la demanda que realicen los compradores públicos para obtener ventajas de las economías de escala (considerando 59); en los acuerdos marco de contratación (considerando 61); en la compra electrónica (considerando 68); en las normas de contratación conjunta transfronteriza (considerando 73); en la tramitación de los procedimientos, respecto de las decisiones que vaya adoptando el poder adjudicador, respecto de los interesados (considerando 82); en la adjudicación del contrato (considerando 90); en la subcontratación pública (considerando 105); en las resoluciones del contrato por deficiencias en su ejecución (considerando 110); en los contratos de servicios a personas (considerando 114); en el acceso a los documentos de las personas interesadas en el procedimiento (considerando 126).

⁴⁷ Al término transparencia se refiere la Directiva 2014/24/UE como principio de actuación de los poderes adjudicadores (art. 18); como límite a las consultas preliminares del mercado antes de iniciar el procedimiento de contratación (art. 40); como exigencia en los procedimientos en los que se otorgue una etiqueta que acredite características de tipo medioambiental, social u otro en obras, suministros o servicios (art. 43.1.c); como principio a tener en cuenta en la selección y adjudicación del contrato (arts. 56 y 76).

que se solicite previamente a la fecha límite de recepción de las ofertas (art. 53.2); b) la invitación a los candidatos en aquellos procedimientos que no sean abiertos (restringidos, de diálogo competitivo, asociaciones para la innovación, de licitación con negociación), con indicación de la dirección electrónica donde pueden consultarse los pliegos de contratación (art. 54); c) la comunicación a los candidatos y licitadores de las decisiones tomadas en torno a la celebración de un acuerdo marco, a la adjudicación del contrato, a la admisión a un sistema dinámico de adquisición (art. 55.1).

En la misma línea, la Directiva 2014/23/CE, relativa a la adjudicación de Contratos de concesión también contiene importantes alusiones a la transparencia en este tipo de contratos. Especialmente relevante resulta el art. 3 por cuanto consagra el principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, en el que se vuelve a incidir en la necesidad de que los poderes adjudicadores den un trato igualitario y no discriminatorio a los operadores económicos y actúen de «forma transparente y proporcionada»; a su vez, fija como objetivo de los poderes adjudicadores «garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y de la ejecución del contrato» respetando al mismo tiempo los deberes de confidencialidad⁴⁸. Dicha actuación transparente en el procedimiento de adjudicación de las concesiones se hace efectiva a través del anuncio de la concesión (art. 31); del anuncio de la adjudicación (art. 32); del acceso electrónico a los documentos relativos a las concesiones (art. 34); de la exigencia a los poderes adjudicadores para que tomen medidas contra el fraude, el favoritismo y para luchar contra los conflictos de interés (art. 35); imponiendo garantías procedimentales de transparencia en la determinación de: a) las especificaciones técnicas y funcionales de las obras y servicios objeto de concesión, con el objeto de no restringir la competencia (art. 36); y b) los criterios de adjudicación de la concesión (art. 37 y 41)⁴⁹.

En definitiva, la Unión Europea relaciona la transparencia en la contratación pública con la libertad de circulación (de mercancías, servicios, capitales y personas); y tiene como objetivo garantizar la libre competencia y concurrencia en dicho sector, como mecanismo para el establecimiento del Mercado Único. Dicha transparencia se hace efectiva mediante medidas como la publicidad de las actuaciones contractuales y la garantía del acceso electrónico al procedimiento de contratación.

3.2.2. La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública en la Ley 9/2017 CSP

La transposición al Derecho interno de las Directivas 2014/23/CE y 2014/24/CE a través de la Ley 9/2017 CSP nos permite profundizar en las obligaciones de transparencia pública que se exigen en el Derecho interno español, que –como ha sostenido Gimeno Feliu (Feliu, 2017:48)– ha venido adoleciendo de un déficit de transparencia. Sin perjuicio de las obligaciones de publicidad activa relativa a los contratos y del genérico derecho de acceso a la información pública que regula la Ley 19/2013 TBG –como elementos configuradores de la transparencia pública–, la concreción de qué deba entenderse por la citada transparencia en la contratación pública hemos de buscarla en la Ley 9/2017 CSP (Gimeno, 2018:34). Del Preámbulo y del art. 1 de dicha disposición se deduce que la transparencia en la contratación pública se erige en uno de los objetivos y fines⁵⁰ que pretende alcanzar el legislador de 2017 y, en consecuencia se concibe como un logro a conseguir con el tiempo; constituye uno de los motivos por los que aprueba la Ley; y de forma más concreta es un principio básico de actuación en la contratación. Así, para que esa transparencia en la contratación pública sea efectiva se arbitran mecanismos como la publicación electrónica del Perfil del Contratante; el fomento de la contratación electrónica; y la inscripción registral de los contratos –como instrumento al servicio de la publicidad y de la transparencia (Ortega, 2006:93)–; elementos que podemos considerar transversales a todo procedimiento

⁴⁸ El art. 28 de la Directiva 2014/23/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, se refiere a esos deberes de confidencialidad respecto a la información facilitada por los operadores económicos que estos designen como confidencial, a salvo de las obligaciones relativas a la publicidad de los contratos de concesión adjudicados y de la información que debe facilitarse a candidatos y licitadores.

⁴⁹ Completando el marco normativo de la UE en materia de transparencia en la contratación pública, la Directiva 2014/25/CE relativa a la Contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, de forma homóloga a la Directiva 2014/23/CE, contiene continuas referencias a la transparencia en este tipo de contratos. Su Título II, relativo a las normas aplicables a los contratos, en su Capítulo III dedicada al desarrollo del procedimiento de contratación incluye la Sección 2.^a sobre “Publicación y transparencia” (arts. 67-75) con similar contenido al previsto en la Directiva 2014/23/CE.

⁵⁰ Entre la variedad de fines que recoge el art. 1 de la Ley 9/2017 CSP (garantizar principios como la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato a los licitadores, el principio de integridad; la estabilidad presupuestaria y control del gasto; la salvaguarda de la libre competencia; selección de la oferta más ventajosa; incorporación de criterios sociales y medioambientales; acceso a la contratación de pymes...) se incluye el «principio de publicidad y transparencia de los procedimientos».

de contratación pública y que de hecho se reiteran a lo largo del articulado de la Ley 9/2017 CSP. Junto a ellos se prevén concretas exigencias de transparencia pública insertas en el procedimiento de contratación.

Por lo que respecta al primer aspecto, de especial interés resulta la regulación de la figura del Perfil del Contratante, que como señala el Preámbulo de la Ley cumple «un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad». Como indica el art. 63.1 Ley 9/2017 CSP, la publicidad a través de internet del perfil del contratante (que agrupa información y documentos sobre su actividad contractual) tiene por objeto asegurar la «transparencia y el acceso público a los mismos». Este acceso será libre y estará accesible durante un periodo no inferior a 5 años. Este ejemplo de publicidad activa en materia de contratación pública se refuerza con la posibilidad de acceder a expedientes anteriores a los últimos 5 años mediante solicitud de información. El principio de transparencia se hace efectivo a través de la difusión de «cualesquiera datos y documentos» de la actividad contractual, y en todo caso, la información general para relacionarse con el órgano de contratación (puntos de contacto, números de teléfono y fax, dirección postal, dirección electrónica), informaciones, anuncios y documentos generales, y la información particular sobre los contratos que celebre⁵¹; la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato; la interposición de recursos... Del conjunto de información y documentos que deben publicarse en el Perfil del Contratante merece especial atención la necesidad de indicar el cargo de los miembros de las Mesas de contratación y Comités de expertos, sin que sirvan alusiones genéricas o indeterminadas; como técnica que contribuye a la visibilidad de la actuación pública y a evitar la corrupción. A mayor transparencia menor posibilidad de incurrir en corrupción.

Respecto al fomento de la contratación electrónica, la cual viene a garantizar la difusión del Perfil del contratante, elemento clave en la transparencia en la contratación pública, se crea la Plataforma de Contratación del Sector Público –PCSP– (art. 347)⁵² que, dependiente de la Dirección General del Patrimonio del Ministerio de Hacienda y Función Pública, debe ponerse a disposición de todos los órganos de contratación del sector público. Las Comunidades autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla pueden establecer servicios de información similares, lo que no les exime de publicar en la PCSP la convocatoria de todas las licitaciones y comunicaciones⁵³.

A la transparencia en la contratación pública también contribuye la regulación en los arts. 346 y siguientes de la Ley 9/2017 CSP del Registro de Contratos del Sector Público, que se concibe como «sitio oficial central de información sobre la contratación pública en España», en el que se registran todos los contratos adjudicados, debiendo comunicarse para ello los datos relativos a los contratos por importe igual o superior a 5.000 euros. Depende del Ministerio de Hacienda y Función Pública (actual Ministerio de Hacienda). Además de garantizar la publicidad activa de los contratos, sirve a la publicidad pasiva o derecho de acceso público a los datos que no tengan carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo electrónico y a través de internet.

Veamos de forma pormenorizada cómo se plasma normativamente la exigencia de transparencia en la contratación pública. Las concretas exigencias que impone la Ley 9/2017 CSP sirven para reducir la discrecionalidad, dificultan la desviación de poder y, a la postre, la arbitrariedad y la corrupción en la contratación pública, como ha apreciado un destacado sector doctrinal (Mellado, 2017:209; Gimeno, 2017:47; Cerrillo, 2014)⁵⁴. Así, la regulación más detallada y exigente en esta materia se centra en los contratos que celebran las Administraciones públicas⁵⁵ regulados en el Libro Segundo, Título I, y se plasma durante toda la vida del contrato, desde la preparación y adjudicación hasta la fase de ejecución y

⁵¹ En cuanto a la información particular relativa a los contratos que celebre debe publicarse: la memoria justificativa del contrato, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación si no se utiliza el procedimiento abierto o el restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas; el documento de aprobación del expediente; el objeto detallado del contrato, su duración y presupuesto de licitación; los anuncios de información previa, la convocatoria de licitaciones, de adjudicación, etc (art. 63.3).

⁵² A la Plataforma de Contratación del Sector Público y a las Plataformas de contratación que utilizan algunas Comunidades Autónomas se encuentran disponibles en: <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>.

⁵³ Sobre la práctica de notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos, *vid.*, la Disposición Adicional Decimoquinta y Disposición Adicional Decimosexta.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2018), "Datos masivos y datos abiertos para una gobernanza inteligente", en *El Profesional de la Información*, núm. 5, págs. 1.118-1.135, anuda el avance de la gobernanza inteligente a la disposición de datos de calidad y a su fácil utilización.

⁵⁴ Véase nota núm. 2.

⁵⁵ El principio de transparencia también debe presidir la aprobación de instrucciones en las que, las entidades del sector público que no tengan carácter de poderes adjudicadores, regulen los procedimientos de contratación. Dichas instrucciones además de ponerse a disposición de todos los interesados en los procedimientos de adjudicación de los contratos que regulen, han de publicarse en el Perfil del Contratante de la entidad (art. 321 LCSP).

extinción (Moreno, 2016:26). En la *preparación del contrato*, las consultas preliminares a los operadores económicos deben realizarse sin falsear la competencia o vulnerar los principios de no discriminación y de transparencia (art. 115.2). Como garantía de esa transparencia, el órgano de contratación debe hacer constar las consultas y demás actuaciones realizadas en un informe, que formará parte del expediente de contratación y al que debe darse publicidad en el Perfil del Contratante del órgano de contratación (art. 115.3). Tampoco es ajena la exigencia de transparencia administrativa por lo que respecta al expediente de contratación. La resolución motivada por el órgano de contratación, por la que se aprueba el citado expediente, y que conlleva la apertura del procedimiento de adjudicación, debe ser objeto de publicación en el Perfil del Contratante (art. 117.1)⁵⁶.

Siguiendo con el procedimiento de contratación, la transparencia como principio informador de la contratación pública (Razquin, 2018:195; Moreno, 2017:2799) debe regir en la *adjudicación del contrato*, en la relación entre los órganos de contratación y los licitadores y candidatos (art. 132.1)⁵⁷. Pero la transparencia en la adjudicación también conlleva obligaciones relacionadas con la publicidad. En primer lugar, la publicación del anuncio de información previa (de carácter potestativo, para dar a conocer los contratos sujetos a regulación armonizada que tengan proyectado adjudicar –art. 134–) y del anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones públicas en el Perfil del Contratante (art. 135)⁵⁸. En segundo lugar, la publicación en el Perfil del Contratante, por un lado, de la resolución de adjudicación (que debe contener los candidatos descartados y los excluidos y su justificación; el nombre de los adjudicatarios y características y ventajas de su proposición) –art. 151–, publicación que debe acompañarse con la comunicación a candidatos y licitadores de las decisiones tomadas en orden a la adjudicación del contrato –art. 155.1–; y por otro lado, de la formalización del contrato, aunque excepcionalmente se permite no publicar determinados datos de celebración del contrato⁵⁹. La amplitud y laxitud, en algunos casos, de los supuestos en los que el órgano de contratación puede decidir la no publicación de datos contractuales (cuando se pueda obstaculizar la aplicación de una norma; resulte contrario al interés público; perjudique intereses comerciales legítimos o la competencia; en contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales, etc) muestra la «debilidad» de la transparencia en la contratación pública y el conflicto siempre latente entre la transparencia y la confidencialidad de datos contractuales, a los que se ha referido Razquin Lizarraga y Medina Guerrero (Razquin, 2018:1.615; Medina, 2018:33)⁶⁰.

Como manifestación del derecho de acceso a la información pública, el art. 138 LCSP recoge el acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos y demás documentación complementaria, a través del Perfil del Contratante, desde la fecha de publicación del anuncio de licitación o desde el envío de la invitación a los candidatos seleccionados. Excepcionalmente, el acceso podrá no ser electrónico (cuando circunstancias técnicas lo impidan; por razones de confidencialidad, por motivos excepcionales de seguridad en concesiones de obras y servicios). Además, los candidatos y licitadores descartados tienen derecho a acceder a la información relativa a los motivos de la decisión, y los licitadores que hayan presentado una oferta admisible a conocer las ventajas y características de la oferta seleccionada (art. 155. 2 LCSP)⁶¹.

⁵⁶ Tratándose de contratos menores el expediente de contratación debe realizarse al menos trimestralmente, debiendo publicarse en el Perfil del Contratante al menos su objeto, duración, importe de adjudicación, el adjudicatario; se exceptúan de esta publicidad los contratos por valor estimado inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago fuera el anticipo de caja u otro sistema similar (arts. 63.4 y 118.4 LCSP). Esta última excepción abre la puerta a la quiebra de la transparencia en los contratos públicos.

⁵⁷ De forma más concreta, el principio de transparencia debe tenerse en cuenta al establecer los criterios de adjudicación del contrato, que figuran en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación. Sin embargo, no se aclara qué elementos o características configuran dicho principio, si bien el hecho de que el legislador establezca que los criterios de adjudicación «no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada» (art. 145.5 LCSP), parece indicar que el principio de transparencia se orienta a limitar la discrecionalidad en el establecimiento de los criterios de adjudicación.

⁵⁸ Publicados también en el *BOE* cuando se trate de contratos celebrados por la Administración General del Estado o entidades vinculadas, y en el *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)* cuando sean contratos sujetos a regulación armonizada.

⁵⁹ El art. 154 LCSP permite en supuestos tasados previstos en su apartado 7.º, no publicar determinados datos de celebración del contrato exigiéndose un previo informe del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sobre si prevalece el derecho de acceso a la información pública o no sobre los bienes que se tratan de salvaguardar con la no publicación.

⁶⁰ El Informe 11/2013, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación de la Generalitat de Cataluña dispone que la confidencialidad en la contratación pública debe compatibilizarse con las exigencias de transparencia, mediante la realización de una ponderación de los bienes jurídicos a proteger.

⁶¹ También la comunicación a los licitadores o candidatos de datos relativos a la celebración del contrato puede no llevarse a cabo por varias razones (cuando la divulgación pueda obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos o la competencia leal entre empresarios) –art. 155.3 Ley 9/2017 CSP–.

También en la regulación de los procedimientos de adjudicación del contrato⁶² (procedimiento abierto, procedimiento abierto simplificado, procedimiento restringido, procedimientos con negociación, procedimiento negociado sin publicidad...) podemos resaltar como aspecto relacionado con la transparencia pública la posibilidad de los licitadores que hayan presentado una oferta admisible de solicitar por escrito que se les comunique el desarrollo de las negociaciones, debiendo facilitarse esa información, sin perjuicio de no comunicar datos que se consideren confidenciales (art. 171, que reitera lo dispuesto en el art. 155.1.d).

Más escuetas resultan las referencias a la transparencia pública en lo relativo a la *ejecución y extinción del contrato*. Al margen de la publicación en el Perfil del Contratante de aspectos relevantes relacionados con estas fases contractuales como las modificaciones de que sea objeto el contrato, la interposición de recursos y la suspensión con motivo de los mismos (art. 63); o que en el Registro de Contratos del Sector Público se hagan constar «...las modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, importe final y extinción de aquellos» (art. 346.3).

4. EL CONTROL DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La transparencia en la contratación pública es una exigencia que se predica del sector público, y especialmente de las Administraciones públicas, en los términos dispuestos en la Ley 9/2017 de CSP. En consecuencia, los incumplimientos en esta materia pueden dar lugar: a) a la presentación del recurso especial en materia de contratación, cuando el incumplimiento de actuaciones de transparencia se refiera a los contratos y actos recogidos en el art. 44; b) a la interposición del recurso de alzada o potestativo de reposición cuando afecten a actos de preparación, adjudicación, ejecución o extinción del contrato que no sean susceptibles del recurso especial (art. 44.6). Tanto en los supuestos referidos en el apartado a) como en el b), las resoluciones administrativas de esos recursos son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. A tal efecto, hay que tener en cuenta que el art. 38 de la Ley 9/2017 CSP considera un vicio de invalidez de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores «cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de Derecho Administrativo». Y entre las causas de nulidad de pleno derecho específicas de la contratación pública, por lo que ahora nos interesa, procede referirse a «la falta de publicación del anuncio de licitación en el Perfil del Contratante», en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el art. 135, según dispone el art. 39 c)⁶³. A su vez, como causas de anulabilidad que pueden derivarse de incumplimientos en materia de transparencia pública en la contratación se encuentran las «disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración» (art. 40 b).

Al mismo tiempo, y sin perjuicio de los efectos y medidas que se deducen de la Ley 9/2017 CSP, ante actuaciones contractuales «carentes de la debida transparencia» procede también la aplicación de los mecanismos que arbitra la Ley 19/2013 TBG con ciertas puntualizaciones. Así, pues, de conformidad con el art. 9 de esta ley corresponde al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno controlar el cumplimiento por la Administración General del Estado de las obligaciones de publicidad activa (entre las que recordemos se sitúa las relativas a los contratos)⁶⁴. Para ello podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan (art. 9.2); constituyendo infracción grave «el incumplimiento reiterado» de las obligaciones de publicidad activa, procediendo la aplicación a los responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora (art. 9.3). Por tanto, actuación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno –u órgano equivalente autonómico– para que cesen los incumplimientos relativos a la falta de transparencia en la contratación pública y posible inicio del procedimiento disciplinario⁶⁵. Ahora bien, cuando

⁶² Arts. 156 y siguientes de la Ley 9/2017 CSP.

⁶³ La nulidad por incumplimiento de publicidad, y su afectación a la transparencia, ha sido reivindicada por GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2017): «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública», *op. cit.*, pág. 59.

⁶⁴ Competencias que ostentan los órganos homólogos de las Comunidades Autónomas respecto a actuaciones de la Administración autonómica y local (v. gr. El consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía que controla el cumplimiento de la publicidad activa según el art. 23 de la Ley 1/2014, de 24 de junio de Transparencia Pública de Andalucía).

⁶⁵ La aplicación del régimen disciplinario, el cual tiene como destinatarios a los funcionarios públicos y al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, conlleva una rémora en la contratación pública transparente, que deriva del hecho de que constituya una infracción muy grave «la publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o haya tenido acceso por

aquella no publicación vaya referida al acto de formalización del contrato, respecto a algunos de sus datos, las funciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se limitan a la emisión de un informe⁶⁶.

Cuando las infracciones en materia de transparencia se refieran a la denegación del derecho de acceso a la información pública en materia contractual⁶⁷, reconocido en el articulado de la Ley 9/2017 CSP, ¿puede el interesado al que se le deniegue el acceso, de forma expresa o presunta, presentar reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en los términos dispuestos en el art. 23 y siguientes de la Ley 19/2013 TBG? En el caso de impugnación de actuaciones que afecten al derecho de acceso a la información contractual por parte de un interesado en un procedimiento que se esté tramitando no resulta admisible la doble vía, la prevista en la Ley 19/2013 TBG y la que recoge la Ley 9/2017 CSP, o sea, la utilización de la reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno –u órgano autonómico– y el sistema de recursos que arbitra la Ley 9/2017 CSP. Así lo dispone la propia Ley 19/2013 TBG, en cuya Disposición Adicional Primera remite a la específica legislación de procedimiento (en este caso la Ley 9/2017 de CSP). En caso contrario, la solución a un mismo problema relacionado con la transparencia pública (acceso a la información contractual) podría tener distintas resoluciones según que los interesados acudieran al Consejo de Transparencia o al órgano competente en materia contractual, lo que dificultaría la unidad de criterio. Ello no impide que quienes no ostenten la condición de interesados en el procedimiento, y en el caso de procedimientos ya finalizados, tanto los anteriores interesados como cualquier persona, puedan utilizar las vías de impugnación a que se refiere la legislación de transparencia. Aunque también es cierto que esta posibilidad resultará más limitada dada la amplia obligación de publicidad activa que se predica de toda actividad contractual, lo que garantiza el acceso público.

5. CONSIDERACIONES FINALES

1. La transparencia pública es una exigencia que el TFUE anuda a la buena gobernanza y a la participación ciudadana, en un reconocimiento abstracto y general respecto a toda la actuación pública. Podemos decir que la transparencia tiene dos caras, una interna, que afecta a la actuación de las Administraciones públicas y otras entidades públicas y privadas (que ha de ser transparente, visible), y otra, externa, que se predica de la relación con la ciudadanía, y que se manifiesta en el derecho a conocer la actuación pública y a participar en los asuntos públicos.

Pero ese reconocimiento genérico que se realiza a nivel comunitario se concreta en materia de contratación pública, quedando la transparencia circunscrita al fortalecimiento del mercado interior, de tal manera que la contratación pública transparente va a garantizar la libre circulación (de mercancías, personas, servicios...). A sensu contrario, una contratación pública falta de transparencia dificulta o impide el desarrollo del mercado interior europeo y consecuentemente vulnera el TFUE.

2. Con apoyo en lo dispuesto en el TFUE y en nuestra CE que consagra el principio de eficacia –en el que se integraría la transparencia– en la actuación administrativa, nuestro Ordenamiento jurídico viene desarrollando todo un marco normativo con el que poder garantizar la transparencia pública; como hito más relevante la Ley 19/2013 TBG y sus similares leyes autonómicas. Marco normativo general que hay que complementar con el previsto en aquellos sectores íntimamente relacionados con el gasto público, como la contratación pública. Así, en la Ley 9/2017 CSP encontramos las manifestaciones, los mecanismos específicos y los concretos objetivos de la transparencia pública en este ámbito material.

3. De la Ley 19/2013 de TBG tenemos que resaltar que haya hecho extensiva la exigencia de transparencia pública no solo a entes del sector público (Administraciones públicas y otras entidades públicas y

razón de su cargo o función», «la negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido» (art. 29.1, d) y e) de la Ley 19/2013 TBG; en los mismos términos se pronuncia el art. 95.2. e) y f) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público); y como infracción grave «no guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio» (art. 29.2.d) Ley 19/2013 TBG).

⁶⁶ El art. 154.7 Ley 9/2017 CSP dispone que la formalización del contrato debe ser objeto de publicación; pero podrán no publicarse datos relativos a la celebración del contrato para garantizar aspectos de confidencialidad. En tales supuestos se debe pedir un informe al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sobre si prevalece el derecho de acceso a la información pública o los bienes que se tratan de salvaguardar con la no publicidad de datos.

⁶⁷ Tengamos en cuenta que, sin ceñirse exclusivamente al ámbito de la contratación pública, el art. 20.6 de la Ley 19/2013 TBG dispone que el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo las solicitudes de acceso se considera infracción grave a efectos de aplicar el correspondiente régimen disciplinario.

privadas), sino también, a órganos constitucionales y autonómicos y a entes privados. ¿Y el Gobierno y altos cargos? ¿Están sujetos a obligaciones de transparencia? Las exigencias de buen gobierno que establece la Ley 19/2013 TBG recoge el principio de transparencia en la gestión de los asuntos públicos, a lo que se suma la legislación específica sobre altos cargos.

A esa expansión subjetiva de la transparencia se une su extensión objetiva o material, como ocurre en el ámbito de la contratación pública, donde la Ley 19/2013 TBG impone unas exigencias de transparencia, que podemos calificar de «mínimas», que se han visto superadas y pormenorizadas por la Ley 9/2017 de CSP, por exigencia del derecho de la Unión Europea.

4. Por lo que respecta a la relación entre la Ley 39/2015 PACAP y la Ley 9/2017 CSP, de la distribución constitucional de competencias en materia de procedimiento administrativo común y en contratación pública y de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional se deduce que la regulación del procedimiento administrativo de contratación pública obedece a una competencia estatal básica y específica que determina la aplicación de la Ley 9/2017 de CSP en detrimento de la Ley 39/2015 PAC. Ello a salvo de las remisiones que en materia de contratación se realizan a dicha legislación procedimental común. En consecuencia, los aspectos relacionados con la transparencia pública en la contratación tienen su sede habitual en la legislación de contratación del sector público, sin que el principio de subsidiariedad que plasma la Disposición Final Cuarta de la Ley 9/2017 CSP respecto a la legislación de procedimiento administrativo común pueda ser entendido a modo de supletoriedad –lo que chocaría con el propio carácter de procedimiento común especial que tiene el procedimiento de contratación–, sino en el sentido de que podrá acudir a las previsiones de la Ley 39/2015 PAC cuando el procedimiento de contratación «no pueda por sí solo alcanzar los objetivos de transparencia que derivan del derecho de la Unión Europea y del derecho interno».

5. ¿Pero qué debe entenderse por transparencia en la contratación pública? A falta de su definición en las Directivas de Contratación Pública, hemos de deducir su concepto de su configuración en las mismas y en el Derecho interno. Las Directivas comunitarias vinculan la transparencia con la visibilidad, la apertura al conocimiento público de la celebración del contrato y con la participación de candidatos y licitadores a través del uso de medios electrónicos. En el Derecho interno, la Ley 9/2017 CSP configura la transparencia con carácter subjetivo y abstracto al consagrarse como principio de actuación de los órganos contratantes. Subjetividad que se objetiviza con la previsión de concretas obligaciones de publicidad activa y de respeto al derecho de acceso a la información contractual; principalmente a través de medios electrónicos. Se reduce así el margen de discrecionalidad administrativa en la contratación pública, y con ella el riesgo de arbitrariedad y corrupción.

No obstante, las excepciones a la publicidad de los contratos menores y las exigencias de respeto a la confidencialidad, unido a las responsabilidades disciplinarias en las que puede incurrir el personal al servicio de las Administraciones públicas por uso indebido de la información pública, pueden relativizar las exigencias de transparencia. Pero el amplio reconocimiento legal de exigencias concretas en materia de transparencia abre el camino a la consolidación de una buena administración en esta materia y con ella una limitación o freno para las actuaciones de corrupción en altos cargos y en el Gobierno.

6. En materia de recursos contra actuaciones que falten al deber de transparencia en la contratación pública sería conveniente que el legislador en la Ley 9/2017 CSP clarificara cómo se articula la aplicación del régimen de impugnaciones previsto en la misma con el sistema de control que prevé la Ley 19/2013 de TBG. Al respecto, si bien no vemos inconveniente en la aplicación simultánea de ambas normas respecto a reclamaciones en materia de publicidad activa; aquel doble régimen de control no resulta admisible en el caso de denegación del derecho de acceso a la información pública a interesados en un procedimiento contractual en curso, por el riesgo de posibles resoluciones administrativas contradictorias en materia de transparencia en la contratación pública. Tampoco se admitiría la doble vía de impugnación, limitándose exclusivamente a la prevista en la legislación de transparencia pública, cuando la denegación del acceso venga referida a una solicitud realizada por un no interesado en el procedimiento o respecto de procedimientos contractuales ya concluidos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2013): “Sobre la europeización del derecho y la evolución de la teoría del procedimiento administrativo”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 45, págs. 61-111.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coord.) (1993): *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Madrid: Civitas.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2016): “Transparencia de la actividad pública. En particular, el derecho de acceso a la información”, en *TRIA. Revista Archivística de la Asociación de Archiveros de Andalucía*, núm. 20, págs. 239-253. URL: <https://www.archiverosdeandalucia.org/wp-content/uploads/2019/04/concepcion-barrero-tria-20-10.pdf>.

- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2014): “Transparencia: ámbito subjetivo”, en GUICHOT REINA, E. (coord.): *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, págs. 63-96. Madrid: Tecnos.
- CARRILLO, M. (2015): “Transparencia y derechos de acceso a la información en las Administraciones Públicas”, en *Parlamento y Constitución: anuario*, núm. 17, págs. 267-284.
- CASADO CASADO, L. (2014): “Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, Reguladora del derecho de acceso a la información ambiental”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria, RVAP*, núm. 99-100, págs. 819-846.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2018): “Contratación electrónica y transparencia: fundamentos necesarios de la contratación abierta”, en *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, núm. 48, págs. 121-149.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2017): *Contractació oberta*. [Barcelona]: Generalitat de Catalunya. 1.ª ed. Colección Govern obert, 4. Disponible en: http://governobert.gencat.cat/es/que-es/Publicacions/colleccio-govern-obert/4_contractacio-oberta-agusti-cerrillo-i-martinez/.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014): *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Navarra: Thomson Reuter Aranzadi.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2016): “Las compras abiertas y la prevención de la corrupción”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas, GAPP*, núm. 15. DOI: <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i15.10314>.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2018), “Datos masivos y datos abiertos para una gobernanza inteligente”, en *El Profesional de la Información*, núm. 5, págs. 1.118-1.135.
- COTINO HUESO, L. (2017): “La regulación del uso de medios electrónicos en la difusión activa de información pública y el ejercicio del derecho de acceso”, en MARTIN DELGADO, I. (dir.): *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, págs. 397-432. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (2017): “Consideraciones críticas a propósito de los planteamientos generales de las Leyes 39 y 40 de 2015 y el procedimiento seguido para su elaboración”, en LAGUNA DE PAZ, J. C., SANZ RUBIALES, I. y DE LOS MOZOS TOUYA, I. (coords.): *Derecho Administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz: Tomo I. El ser de la Administración Pública*, págs. 471-490. Madrid: Reus.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCARCEL FERNÁNDEZ, P. (dirs.) (2014): *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2018): “La transparencia pública: pasado, presente y futuro”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública, RArAP*, núm. 51, págs. 213-243. URL: http://bibliotecavirtual.aragon.es/bva/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=3717846.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2017): “La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública”, en *Revista General de Derecho Administrativo, RGDA*, núm. 45.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013): “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública, RArAP*, núm. 14, págs. 233-298. URL: http://bibliotecavirtual.aragon.es/bva/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=3712809.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.ª (2017): *El Derecho al Acceso a la Información Pública en España*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- FUERTES LÓPEZ, M. (coord.) (2012): *Un procedimiento administrativo para Europa*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- FUERTES LÓPEZ, M. (2014): “La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude. (A propósito de la Oficina Europea de Lucha contra el fraude, OLAF)”, en *Revista de Administración Pública, RAP*, núm. 195, págs. 269-301. URL: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1331&DA=37173>.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2017): “Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública”, en MARTIN DELGADO, I. (dir.): *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, págs. 323-342. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP.
- GAMERO CASADO, E. (dir), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.) (2017): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, págs. 171 y ss. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2018): *Manual básico de Derecho Administrativo*, pág. 802. Madrid: Tecnos.
- GIL CONDÓN, M. A. (2018): “La nueva regulación del procedimiento administrativo y su proyección e incidencia en los procedimientos en materia de contratación”, en GIMENO FELIÚ, J. M.ª (dir.): *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, págs. 1.715-1.767. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- GIMENO FELIÚ, J. M.ª (2017): “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, REALA. Nueva Época*, núm. 7, págs. 45-67. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i7.10419>.

- GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2018): “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente”, en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 153, págs. 34-39.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2013): “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, en *Revista Española de Derecho Administrativo, REDA*, núm. 159, págs. 39-106.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2014): *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*. Navarra: Civitas.
- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2018): “La vis expansiva del concepto «procedimiento administrativo común» en nuestros días”, en *Revista de Administración Pública, RAP*, núm. 207, págs. 127-175. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.06>.
- GUICHOT REINA, E. (2016): “Reflexiones acerca de la aplicación de la nueva normativa sobre transparencia pública”, en *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública, RAAP*, núm. 94, págs. 89-106. URL: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/servlet/download?up=112053>.
- GUICHOT REINA, E. (coord.) (2014): *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos.
- GUICHOT REINA, E. (2014): “Transparencia: aspectos generales”, en GUICHOT REINA, E. (coord.): *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, págs. 35-62. Madrid: Tecnos.
- HUERGO LORA, A. J. (2015): “Las leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 63, págs. 4-13.
- IGLESIAS REY, P. (2018): “Transparencia en la contratación pública”, en MESTRE DELGADO, J. F. y MANENT ALONSO, L. (dirs.) y TENHAEFF LACKSCHEWITZ, S. (coord.): *La Ley de Contratos del Sector Público Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos*, págs. 295-329. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ MENUDO, F. (2016): “Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma”, en LÓPEZ MENUDO, F. (dir.): *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y régimen jurídico del sector público*, págs. 13-39. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla.
- MALARET I GARCÍA, E. (2016): “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, págs. 21-60. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n15.04>.
- MARTÍN DELGADO, I. (2017): “Contratación pública y procedimiento administrativo común: una reflexión general sobre el uso obligado de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación”, en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 147, págs. 10-17.
- MARTÍN DELGADO, I. (2018): “El uso de los medios electrónicos en la contratación pública”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.): *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, págs. 1.657-1.714. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍN DELGADO, I. (2010): “El procedimiento administrativo en el Derecho de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, págs. 99-143. URL: <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:REDUE-2010-19-5050>.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2016): *Contratación pública y transparencia: medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. Las Rozas, Madrid: Wolters Kluwer. El Consultor de los Ayuntamientos.
- MEDIDA ARNAIZ, T. (2016): “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, RVAP*, núm. 104-2, Monográfico: La lucha contra la corrupción política, págs. 77-113.
- MEDINA GUERRERO, M. (2018): “La transparencia y la protección de datos en la encrucijada”, en *Revista Española de Transparencia, RET*, núm. 6, págs. 33-36. URL: <https://revistatransparencia.com/ojs/index.php/ret/article/view/33/22>.
- MELLADO RUIZ, L. (2017): “Contratación pública y corrupción: a la búsqueda de la regeneración democrática mediante la transparencia”, en GÓMEZ RIVERO, M. C. y BARRERO ORTEGA, A. (dirs.): *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, págs. 209-252. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MELLADO RUIZ, L. (2017): *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MESEGUER YEBRA, J. (2014): “El procedimiento administrativo para el acceso a la información pública”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, Monográfico: Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Análisis de la cuestión tras la Ley 19/2013. URL: <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/1215245063566/1284319346975/Redaccion>.
- MORENO MOLINA, J. A. (2019): “Los principios generales de la LCSP 2017”, en *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, vol. I, núm. Extra 1 Un año de compra pública con la LCSP, pág. 21-34. URL: <https://gabilex.castillalamancha.es/numeros/no-extraordinario-un-ano-de-compra-publica-con-la-lcsp-volumen-i>.

- MORENO MOLINA, J. A. (2017): “Novedades en relación con los principios generales de la contratación pública”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 23, págs. 2.799-2.811.
- ORTEGA CARBALLO, C. (2006): “Los registros administrativos como instrumentos de publicidad y transparencia en la gestión de la contratación pública”, en *Documentación Administrativa, DA*, núm. 274-275, págs. 93-113. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i274-275.9569>.
- PAREJO ALFONSO, L. (2000): “El procedimiento administrativo comunitario”, en PAREJO ALFONSO, L.: *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, págs. 229-278. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- PAREJO ALFONSO, L. (1993): “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento común”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (dirs.): *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*. Madrid: Tecnos.
- PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M. (dirs.) (2018): *Estudios sobre el procedimiento administrativo I: Derecho comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. (2014): “Transparencia y derecho de acceso a la información pública: algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013 de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 49, pág. 1-19. DOI: <http://dx.doi.org/10.2436/20.8030.01.29>.
- PONCE SOLÉ, J. (2016): “Mecanismos de resolución alternativa de conflictos y su aplicación en el ámbito de la Administración tributaria”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.): *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, págs. 204-232. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP.
- PRIETO ROMERO, C. (2011): “Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o buen gobierno”, en *Anuario de Gobierno Local*, núm. 1, págs. 315-347. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1256>.
- RAMS RAMOS, S. (2016): “El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, en *Revista General de Derecho Administrativo, RGDA*, núm. 41.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a (2015): “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transposición en España”, en *Revista Administración Pública, RAP*, núm. 196, págs. 97-135. URL: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1339&IDA=37303>.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a (2018): “Los principios generales de la contratación pública”, en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.): *Tratado de Contratos del Sector Público*, págs. 195-208. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a (2018): “El principio de confidencialidad en la contratación pública”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, págs. 867-911. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. (1995): “La transparencia en la Administración Pública”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria, RVAP*, núm. 42, págs. 447-466.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. (2016): “Los principios del derecho global de la contratación pública”, en *Revista Española de Derecho Administrativo, REDA*, núm. 179, págs. 29-54. DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.v0i13.1218>.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN GARCÍA, M. A. (2014): *Transparencia, acceso a la información y Buen Gobierno: comentarios a la Ley 19-2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Granada: Comares.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2017): *Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- TOLIVAR ALAS, L. (2019): “Contratación pública: corrupción y transparencia en una sociedad digital”, en DEL GUAYO CASTIELLA, I. y FERNÁNDEZ-CARBALLAL, A. (coords.): *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI: libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, págs. 895-914. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP.
- TRONCOSO REIGADA, A. (dir.) (2017): *Comentarios a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (coords.) (2014): *Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- VELASCO RICO, C. I. (2014): “La cuestión competencial en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: ¿de qué margen disponen las CCAA en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno?”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, Monográfico: Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Análisis de la cuestión tras la Ley 19/2013. URL: <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/1215245063566/1284319395584/Redaccion>.
- VV.AA (2017): *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP.



Los requisitos de solvencia técnica-profesional. La experiencia¹

The technical-professional solvency requirements. The experience

Asunción Nicolás Lucas

Universidad de Oviedo (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5039-3488>

anicolas@uniovi.es

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciada en Derecho por la Universidad de Oviedo (1989). Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo (1996). Profesora titular de Universidad (desde 1999). Sus líneas de investigación se centran en los contratos administrativos, sanciones administrativas, responsabilidad patrimonial y empleo público. Actualmente trabaja en el ámbito de la protección de datos. Miembro de varios proyectos de investigación tanto a nivel nacional como regional.

RESUMEN

La entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 ha introducido alguna modificación en el ordenamiento jurídico español, en materia de contratación pública, por exigencias del Derecho comunitario, en aspectos relativos, por ejemplo, a la experiencia exigida a los licitadores como requisito para participar en los procedimientos de licitación. Aspectos que no pueden olvidar que la normativa comunitaria en materia de contratación pública se ha centrado fundamentalmente en las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos con el fin de garantizar los principios de transparencia en los procedimientos de adjudicación, la igualdad entre los licitadores y la apertura a la competencia de los procedimientos de adjudicación, sobre todo cuando los contratos superan determinados umbrales económicos.

Una de las anheladas consecuencias de estas últimas modificaciones se centra en la concreción de la competencia, permitiendo que PYMES y empresas de nueva creación accedan con más facilidad a los procedimientos de licitación, rebajando los plazos necesarios para acreditar la experiencia previa, o permitiendo integrar su propia solvencia a través de medios externos a las mismas.

Un supuesto especial se plantea, como veremos, en relación con los contratos de prestación de servicios jurídicos, enmarcado en un contexto jurídico que difiere en su regulación respecto a la establecida a nivel comunitario y que plantea problemas específicos para acreditar la solvencia y la experiencia de los posibles prestadores de estos servicios.

PALABRAS CLAVE

Contratos; solvencia; experiencia; selección; servicios jurídicos.

ABSTRACT

The entry into force of the new Law on Public Sector Contracts of 2017 has introduced some modifications in the Spanish legal system, in terms of public procurement, by requirements of Community law, in some

¹ Este trabajo se realiza en el Grupo de Investigación "Derecho Administrativo (DA)", de la Universidad de Oviedo y en el marco del Proyecto de investigación FC-GRUPIN-IDI/2018/000202 de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo del Principado de Asturias.

aspects related, for example, to the experience demanded of the bidders as a requirement to participate in tendering procedures. That aspects cannot forget that Community legislation on public procurement has focused mainly on the stages of preparation and awarding of public contracts to guarantee the principles of transparency in award procedures, equality between tenderers and the opening of award procedures to competition, especially when the contracts exceed certain economic thresholds.

One of the desired consequences of these latest changes is focused on the specification of competition, allowing SMEs and start-up companies to access tender procedures more easily, reducing the time required to accredit previous experience, or allowing the integration of their own solvency through external means.

A special assumption arises, as we shall see, in relation to contracts for the provision of legal services, framed in a legal context that differs in its regulation from what is established at Community level and that also raises specific problems to accredit the solvency and experience of the possible providers of these services.

KEYWORDS

Contrats; solvency; experience; selection; legal services.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL. EL REQUISITO DE LA EXPERIENCIA. 2. LOS REQUISITOS DE SOLVENCIA COMO CRITERIOS DE SELECCIÓN. 3. LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS. 4. LOS MEDIOS PARA ACREDITAR LA SOLVENCIA TÉCNICA. 5. FORMA DE ACREDITAR LA SOLVENCIA. 6. UN SUPUESTO ESPECIAL: LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS. CONCLUSIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Todavía es relativamente reciente la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, la Ley 9/1917, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Sin embargo, son muchas ya las líneas que se han escrito sobre los cambios introducidos por la misma, sus pros y sus contras, sus aciertos y sus errores. En las páginas que siguen intentaremos desentrañar algunos de los problemas que afectan a uno de los muchos temas que se regulan en una Ley tan extensa, cual es el de la solvencia técnica, profesional, de los licitadores, precisamente en la fase de licitación del procedimiento de contratación y, más concretamente, el aspecto relativo a la experiencia exigida a los licitadores, que ha sufrido algún que otro cambio con esta última regulación normativa. Analizaremos para ello, aparte de la doctrina en la materia, tanto la jurisprudencia del TJUE como de nuestros propios tribunales, Resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, Informes de las Juntas Consultivas de Contratación, así como los pliegos de contratación que nos pueden interesar en este estudio.

De acuerdo con el art. 65 LCSP, podrán contratar con las Entidades que conforman el sector público quienes reúnan las siguientes condiciones de aptitud, condiciones *sine qua non*, cuyo incumplimiento permite la exclusión del licitador que no cumple del procedimiento de adjudicación: la personalidad jurídica y la capacidad jurídica, que se deducen de su propio carácter de persona, tanto física como jurídica, españolas o extranjeras; la capacidad de obrar plena; la habilitación empresarial o profesional; la solvencia económica, financiera y la solvencia técnica o profesional², así como la clasificación cuando lo exija la ley (regulada en

² La doctrina general en materia de solvencia, respecto a los requisitos exigidos, se resume en la Resolución del TACRC 288/2015, de 29-03-2015, exigencias que se configuran como un requisito o condición *sine qua non*, cuyo incumplimiento justifica la exclusión de la licitación. También se pueden consultar, entre otros, el informe de la JCCA del Estado 53/10, de 10 de diciembre, o de la JCCA de la Generalitat de Cataluña 6/2011, de 5 de julio, que estiman que la acreditación de la solvencia es un soporte fundamental del sistema de selección del candidato para la adjudicación del contrato, permitiendo elegir las empresas más idóneas, y conseguir un pleno acierto en la elección de las mismas en beneficio del propio interés público que representa el órgano de contratación. La Resolución TACRC 33/2015, de 14-01-2015 señala, por su parte, y en este mismo sentido, que «la necesidad de garantizar al mismo tiempo el buen fin de los contratos a celebrar, permite a los órganos de contratación asegurarse de que el empresario que concurra a

los artículos 77 y ss. LCSP). Destaca, en este punto y como tendremos ocasión de volver a analizar, como novedad más importante, la reducción de plazos en temas como la acreditación del volumen anual de negocios o la relación de obras ejecutadas avaladas por certificados de buena ejecución, así como la integración de la solvencia a través de medios externos.

Siguiendo con los requisitos exigidos por el art. 65 que hemos mencionado, es necesario que los licitadores no incurran en prohibición de contratar, prohibiciones que recoge el artículo 71 en una larga lista que no presenta carácter exclusivo. Por último, todos aquellos requisitos específicos que puedan venir requeridos por la normativa aplicable.

Estos requisitos, que podríamos decir, son requisitos generales de capacidad del empresario, persona física o jurídica que quiere contratar con las entidades del Sector Público, pretenden cumplir con una serie de principios, impuestos desde las Directivas comunitarias: el primero de ellos, el de libertad de concurrencia, que no es sino una particularidad del principio más genérico de igualdad y que persigue una doble finalidad. Por un lado, proteger los intereses económicos de los mismos y de las Administraciones, suscitando la máxima competencia posible; en segundo lugar, garantizar la igualdad de acceso a la contratación entre ellos. Se articula todo ello en una acción de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea dentro de un contexto de globalización económica³, siendo uno de los ámbitos donde mejor se refleja la consolidación de este Derecho Administrativo global, precisamente, el de contratación pública. Esto mismo conlleva una cierta liberalización por parte de las Directrices que, como señalaremos, no cierra por completo todos los aspectos relativos a la contratación, en favor de objetivos de simplificación y eficiencia.

El principio de igualdad, la no discriminación, en general, vienen recogidos ya con carácter previo en la normativa comunitaria (desde los Tratados Fundacionales hasta el Derecho derivado actual y, más concretamente, en materia de contratos, las Directivas de contratos), pero también en nuestro propio texto fundamental a nivel interno. Vincula, incluso, a otros principios, como el de transparencia, así reconocido

la licitación reúna unas condiciones mínimas de solvencia, pero esas condiciones, que a tenor de lo dispuesto en la conocida STJUE dictada en el asunto “Succhi di Frutta” (Asunto C-496/99 P, Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS *Succhi di Frutta SpA*) puede fijar libremente el órgano de contratación, deben ser especialmente respetuosas con los denominados principios comunitarios» (art. 74.2 LCSP, que exige que tales requisitos estén vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo). Además de los principios de transparencia e igualdad de trato, base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (Sentencias del TJUE *Parking Brixen*, de 13-10-2005, asunto C-458/03, y Sentencia *Michaniki*, de 16-12-2008, asunto C-213/07). Se puede consultar, MARTÍNEZ HELLÍN, J. (2011) “La adecuada determinación de los criterios de solvencia del contratista. Especial referencia al respeto a los principios de no discriminación e igualdad de trato” en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 15-16, pág. 1.872 y ss. Sobre la aplicación de los principios derivados del Derecho comunitario a los contratos públicos se puede consultar también MORENO MOLINA, J.A. (2006) *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bormarzo, Albacete; del mismo autor (2012) “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación”, en el libro colectivo *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas-Thomson, Pamplona, pág. 3.492 y ss.; del mismo autor (2013) “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 115 y ss.; GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2013): “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, pág. 39 y ss.; del mismo autor (2014) *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta de liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor; del mismo autor (2017), “La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades”, en *Documentación Administrativa, DA*, Nueva Época, núm. 4, pág. 7 y ss.; CARLÓN RUIZ, M. (2010) “El principio de proporcionalidad”, en el libro colectivo *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, en especial, pág. 209 y ss.; MEDINA ARNÁIZ, T. (2015) “La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Observatorio de los Contratos Públicos, núm. monográfico especial sobre Las nuevas Directivas de Contratación Pública* (Ponencias Sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), Thomson Reuters Aranzadi, primera edición, pág. 383 y ss.; CUNILLERA BUSQUETS, M. M. (2013) “A vueltas con los requisitos de solvencia en las licitaciones administrativas. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de octubre de 2012”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 2, pág. 159 y ss.

³ En general, puede verse el estudio de SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016) “Contratos del sector público y derecho de la Unión”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pág. 83 y ss.; del mismo autor (2013), “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, pág. 25 y ss. MORENO MOLINA, J. A. (2018) “Globalización en el derecho de la contratación pública”, en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, vol. II, VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA, A. M. y DESCALZO GONZÁLEZ, A. (coords.), Tirant lo Blanch, pág. 1.743 y ss.; HUERGO LORA, A. (2005) “El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 126, pág. 217 y ss., quien afirma en la pág. 234 que «...las Directivas sobre contratación pública pretenden garantizar el cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia en la adjudicación de los contratos públicos, con independencia de las reglas aplicables a su ejecución, con independencia de que el contrato sea más o menos importante para el interés público y con independencia, también, de que se le califique como de Derecho Público o de Derecho privado...».

tanto por la doctrina como por la jurisprudencia⁴. El principio de concurrencia, por su parte, está también vinculado al de igualdad y no discriminación, así como al de publicidad, puesto que a través de esta se garantiza que conozcan la existencia de los procedimientos de licitación el mayor número posible de licitadores y puedan presentar sus ofertas a los mismos. Implican que 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 todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance, así como que la entidad adjudicadora pueda comprobar que todas las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios exigidos para el contrato de que se trate⁵. Con ello se controla la imparcialidad en los procedimientos de adjudicación. La primera fórmula para conseguir cumplir con dichos principios es la publicación oficial a través, en primer lugar, del Perfil del Contratante, que tendrá que estar alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en páginas similares de las Comunidades Autónomas; en segundo lugar, a través de los Boletines Oficiales de los distintos Estados miembros de la Unión y, en algunos supuestos, a través del Diario Oficial de la Unión Europea. La transparencia también se puede canalizar a través del acceso a los distintos registros en los que deben inscribir los diferentes datos relativos a los contratos y los licitadores: el propio Registro de Contratos del Sector Público, el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o la Plataforma de Contratación del Sector Público, que aglutina toda la información recogida en los perfiles de contratación de las distintas Entidades del Sector Público.

Por otro lado, la LCSP crea, incluso, a estos efectos, un órgano encargado precisamente de promover la concurrencia, cual es la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (art. 332). Este organismo, adscrito orgánicamente al Ministerio de Hacienda, recibirá el texto de los contratos para examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas, reforzando con ello los principios a los que estamos haciendo alusión y previniendo supuestos de corrupción y/o clientelismo. Contribuye a esa prevención, que se permita a los interesados acceder a la documentación, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos, así como que este órgano pueda dictar instrucciones, aunque no tiene competencias de anulación o sanción.

⁴ RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M.^a (2018) “Los principios generales de la contratación pública”, en *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. I, GAMERO CASADO, E. y GALLEGÓ CÓRCOLES, I. (dirs.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 181 y ss., que cita Sentencia del TJUE 12-03-2015, asunto C-583/13, órgano jurisdiccional que afirma: «33. El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en un contrato público, obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores» (y cita el propio Tribunal las Sentencias Comisión/CAS *Succhi di Fruta*, asunto C-496/99, apartado 10 y *Cartiera dell'Adda*, asunto C-42/13, apartado 14). Para seguir el propio Tribunal afirmando: «44. La obligación de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador respecto de determinados licitadores o de determinadas ofertas» (y vuelve a citar el Tribunal las mismas sentencias antes mencionadas). En la importante STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Reino de España contra Comisión) el Tribunal afirma en su considerando 67 que «... el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani (...) y Comisión/Chipre (...)). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS *Succhi di Frutta* ...) y controlar la imparcialidad en los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia *Parking Brixen* ...)». También se pueden citar las Sentencias del TJUE de 13-07-2017, asunto C-76/16, que matiza diciendo que el principio de igualdad, cuyo corolario es el 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, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate», o la de 11-05-2017, asunto C-131/16, o la de 14-09-2017, asunto C-223/16, en la cual aporta otro dato revelador entre la relación de dichos principios y la posible negociación entre el poder adjudicador y el licitador, para rechazarla rotundamente: afirma que dichos principios «se oponen, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, a toda negociación entre el poder adjudicador y un licitador, lo que implica que, en principio, una oferta no pueda ser modificada después de su presentación, ni a propuesta del poder adjudicador ni del licitador. De ello se deduce que el poder adjudicador no puede solicitar aclaraciones a un licitador cuya oferta considere imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones». Por vulneración del principio de igualdad y no discriminación, el TACRC, en su Resolución 407/2017, de 05-05-2017, entiende que la exigencia impuesta en los pliegos para la conservación y mantenimiento de los jardines de un municipio de Alicante de que los posibles licitadores tengan inscrito en el Registro la huella de carbono, favorecería a las empresas residentes en España frente a las no residentes y, consecuentemente, anula dicho criterio recogido en los pliegos. Sobre el tema del arraigo territorial tendremos ocasión de volver también más adelante.

⁵ A ellos hace alusión el Acuerdo del TACP de Aragón 76/2013, de 17 de diciembre, cuando afirma que «el principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene como objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora ... y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación» y cita las sentencias del TJUE *Succhi di Fruta* y *Parking Brixen*, ya aludidas.

Igualdad, no discriminación, transparencia, concurrencia, se articulan para evitar uno de los males mayores contra los que lucha desde hace tiempo la Unión Europea, la corrupción en la contratación pública. Resulta significativo a este respecto un *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, de 3 de febrero de 2014⁶. Analizando el informe, y teniendo en cuenta todo el procedimiento de contratación, se señala que dicha corrupción se puede producir antes de la licitación, durante la misma, o en la fase de ejecución. En la fase previa se señalan como defectos más destacados en estos aspectos que se analizan: 1. El establecimiento de especificaciones a medida para favorecer a determinados licitadores; 2. La participación de los propios licitadores en el diseño de los pliegos; 3. El establecimiento de criterios de selección poco claros y discriminatorios, criterios de selección que, por otra parte, los órganos de contratación tienden a confundir con los criterios de adjudicación (y que resulta reiteradamente desacreditado tanto por informes de las Juntas Consultivas como por Resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales⁷); 4. El uso de criterios de selección injustificados y desproporcionados, entre otros. Al servicio de estos principios, otro que ahora se recoge en el art. 1 LCSP, el de integridad. De hecho, desde la perspectiva de este principio de integridad, la normativa comunitaria en materia de contratación pública se ha centrado fundamentalmente en la regulación de las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos con el fin de garantizar la transparencia en los procedimientos de adjudicación, la igualdad entre los licitadores y la apertura a la competencia de los procedimientos de adjudicación, sobre todo cuando los contratos superan determinados umbrales económicos.

Aquí podemos encontrar una de las justificaciones del estudio de esta materia en la páginas que siguen: partiendo del análisis particular de pliegos contractuales, podríamos decir que «a medida» de los licitadores, por lo menos en algunos casos, y de los informes de las Juntas Consultivas y Resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales, veremos cómo estos órganos al analizar, bien los pliegos, bien los actos de exclusión de alguno de los candidatos, van perfilando las condiciones o requisitos que deben reunir estos y velan por que todo el procedimiento de contratación cumpla con todos los principios exigidos por la normativa nacional y comunitaria.

Otra de las cuestiones que pondremos de manifiesto en las páginas que siguen son los criterios medioambientales en la medida en que puedan servir para acreditar la experiencia de los posibles licitadores en estos aspectos. El art. 1.3 LCSP incorpora la obligación de tener en cuenta valores transversales relativos al valor social y ambiental, así como la protección a las PYMES, enmarcado en una acción positiva de las políticas públicas. Ya las Directivas 2004/17 y 2004/18 incorporaban consideraciones en torno a los

⁶ Ya se había elaborado una Comunicación previa, de 2011 sobre la lucha contra la corrupción que establecía la necesidad de elaborar este Informe. En general, se puede consultar GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2015) "Integridad en la contratación pública: Patologías al uso. A propósito del informe de la Comisión Europea sobre la lucha contra la corrupción", en *Observatorio de los Contratos Públicos*, núm. monográfico especial sobre *Las nuevas Directivas de Contratación Pública* (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), Thomson Reuters Aranzadi, primera edición, pág. 253 y ss.; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2018) *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Thomson Reuters Aranzadi, 2.ª edición. Es significativo este autor cuando afirma, pág. 58 que «Los numerosos y reiterados casos de corrupción de los que dan noticia los medios de comunicación en el ámbito de la contratación pública nos indican que este es un ámbito propenso a la proliferación de prácticas corruptas. De hecho, la mayoría de los principales casos de corrupción juzgados en los últimos años en España han estado ligados a la contratación pública». Véase también GIMENO FELIU, J. M. (2017), "Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública", en *REALA. Nueva Época*, núm. 7, pág. 45 y ss., que analiza, entre otros extremos, la importancia de la aplicación de los principios de integridad y transparencia a la contratación pública, así como el papel de la recién creada Oficina Independiente de control y supervisión de la contratación pública y de prevención de la corrupción. Sobre este tema, véase también TEJEDOR BIELSA, J. (2018), *La contratación pública en España ¿Sobrerregulación o estrategia? Causas y consecuencias de su problemática aplicación*, Thomson Reuters Proview, Navarra, quien afirma, por ejemplo, en la pág. 21 que «La LCSP responde a dos principios no explícitos, que explican también parte de su contenido y que, en cierto modo, tienen su origen en dos prejuicios, la presunción de una corrupción generalizada, agravada por un ambiente social, económico y político tóxico, y la concepción de lo público como mera traba administrativa a la eficiencia del mercado». En particular, sobre la transparencia, pág. 124 y ss. De la lucha contra la corrupción y el papel que pueden tener las prohibiciones para contratar en este aspecto, se ocupa MEDINA ARNAIZ, T. (2018), *Las prohibiciones de contratar desde una perspectiva europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, primera edición.

⁷ Ya el TJUE había diferenciado estas dos cuestiones, los criterios de selección y los criterios de adjudicación (a ello nos referiremos también posteriormente). Los criterios de selección cualitativa tienen por cometido la comprobación de la aptitud de los licitadores que es llevada a cabo por las entidades adjudicadoras con arreglo a la capacidad económica, financiera y técnica o profesional, mientras que los criterios de adjudicación están relacionados, ahora, con la oferta económicamente más ventajosa en relación con el objeto del contrato. SSTJUE de 24 de enero de 2008, *Linakis*, asunto C-532/06, apartado 27; 18 de diciembre de 2014, *Ambisig*, asunto C-601/03; de 1 de marzo de 2018, *Tirkkonen*, asunto C-9/17, apartado 36. Así lo hizo también el TACRC en sus Resoluciones 220/2012, de 3 de octubre; 290/2012, de 14 de diciembre y 361/2017, de 21 de abril.

objetivos ambientales en el régimen de contratación pública. La contratación pública sostenible y la compra verde forman parte de las principales políticas europeas como se refleja, por ejemplo, en la Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible de 2008.

En el nuevo paquete normativo, concretamente en la Directiva 2014/24 se amplían las consideraciones sobre los criterios ambientales⁸, fomentando alternativas sostenibles a los productos y servicios ofrecidos hasta ese momento. Ya su art. 18.2 había dejado establecido que «los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones del Derecho Internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X».

La Estrategia Europa 2020⁹ resalta igualmente la contratación pública verde para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y conseguir una mayor eficiencia en el gasto de los fondos públicos.

Estos criterios ambientales también tienen que estar vinculados con el objeto del contrato y resultar acordes con el principio de proporcionalidad¹⁰, permitiendo medios de prueba alternativos equivalentes. Así la Directiva de 2014 se refiere al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental (EMAS) o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos¹¹ y que son incorporados a nuestra LCSP.

Una cuestión que se ha planteado también a nivel de pliegos de contratación y que luego resolvieron nuestros órganos contractuales, fue que dichos pliegos exigían los requisitos ambientales bien como criterio de solvencia bien como criterio de adjudicación. En el primer caso, se estaría incluyendo un obstáculo de entrada impidiendo que aquellas empresas que no reúnan estos requisitos no pudieran presentarse a la licitación. En el segundo supuesto, cualquier empresa podría presentarse a la licitación y los poderes adjudicadores podrán elegir la oferta que más convenga desde el punto de vista económico y que incluya también la mejor calidad ambiental. Esto afectaría fundamentalmente a la desproporción que en algunos pliegos puede presentarse respecto a las exigencias de estos requisitos medioambientales, porque, efectivamente, algunos van a exigir unos requisitos de solvencia muy desproporcionados en relación con los necesarios para la ejecución del contrato¹².

Sabemos, además, que la falta de estos requisitos mencionados son causas de nulidad de derecho administrativo del contrato de acuerdo con el art. 39.2.a) LCSP, sin perjuicio de lo cual si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público podrá disponerse en el propio acuerdo la continuación de los efectos del contrato bajo las mismas cláusulas hasta que se adopten las medidas urgentes necesarias para evitar el perjuicio (art. 42.3 LCSP). Y que las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de

⁸ LÓPEZ TOLEDO, P. (2014) “La contratación pública verde y su nueva regulación en el Derecho de la Unión Europea”, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 134, pág. 15 y ss.; GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2013), “Novedades en la nueva normativa comunitaria sobre contratación pública”, en *Revista de Estudios Locales*, núm. 161, pág. 15 y ss. Del mismo autor, (2013) “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *op. cit.*; SARASÍBAR IRIARTE, M. (2015) “La contratación pública se tiñe de verde”, en *Observatorio de los Contratos Públicos*, núm. monográfico especial sobre *Las nuevas Directivas de Contratación Pública* (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), Thomson Reuters Aranzadi, primera edición, pág. 317 y ss.; MORENO MOLINA, J. A. (2014) “La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español”, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 129, pág. 16 y ss.

⁹ Señala el crecimiento inteligente, sostenible e integrador como manera de superar las deficiencias estructurales de la economía europea, mejorar su competitividad y productividad y sustentar una economía social de mercado sostenible.

¹⁰ PERNAS GARCÍA, J. J. (2014) “La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público”, vol. Colectivo de FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VARCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P. (Directores), titulado *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Thomson Reuters, Cizur Menor, pág. 345 y ss.; GALLEGO CÓRCOLES, I. (2014) “Aplicación de medidas de gestión medioambiental como requisito de acreditación de solvencia técnica”, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 134, pág. 53 y ss.

¹¹ El TACRC, en la Resolución al recurso 126/2012, de 20-09-2012 permitió que se utilizasen, incluso, otros certificados si no se podía acceder a los exigidos por la normativa y el licitador demostraba la equivalencia a los certificados exigidos. En el mismo sentido Resolución al recurso 490/2013, de 20-09-2013, donde afirma que «la acreditación del cumplimiento de los sistemas de gestión ambiental puede serlo mediante los tales certificados “o equivalentes”, siendo así que, con arreglo a dicha expresión, deberán reconocerse como válidos los certificados equivalentes emitidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y aceptarse cualesquiera otras pruebas equivalentes de medidas de gestión medioambiental o de garantía de la calidad que presenten los licitadores». Sentencia del TSJ Valencia 07-05-2005 (recurso 1082/2005), que exige que el certificado de gestión ambiental exigido esté relacionado con el objeto del contrato. El respeto al principio de proporcionalidad se exige, por ejemplo, en Resoluciones del TA-CRC de 16-02-2011 (recurso 14/2011), 11-10-2012 (recurso 209/2012).

¹² Por ejemplo, en la Resolución del TARC de Madrid 113/2014, de 09-07-2014, se afirma que los requisitos mínimos de solvencia que ha de reunir el empresario deben estar vinculados con el objeto del contrato y ser proporcionados al mismo para así garantizar el libre acceso de las empresas a la licitación pública, la igualdad de trato y la máxima concurrencia.

presentación de ofertas¹³ y subsistir en el momento de perfección del contrato, de acuerdo con el art. 140.4 LCSP. Momento de la perfección que será el de formalización del contrato (art. 36.1 LCSP). Por su parte, el art. 40.2.b) LCSP permite presentar recurso especial en relación con la decisión de la mesa o del órgano de contratación de admitir o inadmitir un licitador por incumplimiento de estas circunstancias¹⁴.

1. LA SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL. EL REQUISITO DE LA EXPERIENCIA

Pero habíamos dicho que nos centraríamos en los aspectos relativos a la solvencia técnica y profesional. Con estos términos se hace referencia a un conjunto de requisitos de idoneidad que debe poseer cualquier posible contratista para atender el objeto del contrato de una forma adecuada y hace referencia, también, a los medios técnicos y humanos con que se cuenta, la experiencia previa, la competencia técnica y profesional, la habilidad necesaria, la cualificación profesional de su personal. Se exige a todos los licitadores en la fase de selección del contratista y tiene que tener relación con el objeto del contrato y las especificaciones técnicas incluidas en los pliegos y ser proporcionado al mismo. A este requisito, junto al de solvencia económica y financiera se refiere el art. 74.1 de la LCSP cuando afirma que «para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley».

El requisito de la solvencia técnica-profesional (y dentro de él, la exigencia de experiencia a los licitadores) no está armonizado en la UE, lo que deja un amplio margen a los poderes adjudicadores. El art. 58 de la Directiva 2014/24/UE al regular los criterios de selección y referirse a la solvencia técnica y profesional, establece que «los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad», que podrán exigir, en particular, que «los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado» y que «en los procedimientos de contratación de suministros que requieran operaciones de colocación o instalación, servicios u obras, la capacidad profesional de los operadores económicos para prestar dichos servicios o ejecutar la instalación o las obras podrá evaluarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficiencia, experiencia y fiabilidad». Y cierra el artículo autorizando a los poderes adjudicadores a que indiquen «las condiciones exigidas para la participación, que podrán expresarse como niveles mínimos de capacidad, así como el medio de prueba adecuado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés». Por su parte el art. 60.1 de la Directiva deja entrever que el órgano de contratación tiene un amplio margen de apreciación para elegir los medios de prueba, aunque luego se remite a los recogidos en el Anexo XII.

La LCSP, en el mismo sentido, deja margen de apreciación al órgano de contratación, pero de entre los requisitos recogidos en los arts. 88 a 91, que distinguen, en lo que a solvencia técnica o profesional se refiere, entre la que se exige para los contratos de obras (art. 88), contrato de suministro (art. 89), contrato de servicios (art. 90), u otro tipo de contratos (art. 91). No es que sean, tampoco, tan diferentes de los recogidos en el TRLCSP¹⁵, excepto, quizás, en una mayor concreción de la competencia, permitiendo

¹³ La distintas Juntas Consultivas de Contratación venían interpretando tradicionalmente que los requisitos de aptitud debían cumplirse en el momento en que finaliza el plazo de presentación de ofertas, independientemente de que el licitador la hubiera presentado con anterioridad a la finalización de dicho plazo. Por su parte el TACRC, en su Resol. 308/2012, de 28-12-2012, analiza un supuesto de revocación de clasificación que se produce antes de la adjudicación y concluye que estos requisitos de aptitud se tendrían que dar tanto en el momento de la licitación (momento de presentación de la oferta) como en el momento de la perfección del contrato administrativo. Decisión acertada y evidente que ahora hace suya ese párrafo 4 del art. 140 LCSP cuando añade que debe «subsistir en el momento de perfección del contrato».

¹⁴ STJUE de 5 de abril de 2017, C-291/2015, pone en tela de juicio la anterior normativa española de contratos que no permitía presentar recurso especial en estos supuestos.

¹⁵ Ya por entonces, la JCCAE en su Informe 36/07, de 5 de julio, señalaba que los medios de acreditación de la solvencia que fijara el órgano de contratación deberían cumplir una serie de requisitos: que figuraran en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato; que sean determinados; que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato; que se encuentren entre los enumerados en la Ley en función del tipo de contrato y, por último, que no produzcan efecto discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con que unos licitadores puedan cumplir con las exigencias establecidas y otros no. En parecidos o idénticos términos, encontramos las más recientes Resoluciones del TACRC 715/2016, de 16 de septiembre; 597/2017, de 30 de junio; 362/2018, de 13 de abril; 464/2018, de 11 de mayo; o la 713/2018, de 27 de julio.

que PYMES y empresas de nueva creación accedan con más facilidad a los procedimientos de licitación, rebajando los plazos necesarios, como señalaremos, para acreditar la experiencia previa [arts. 88.1.a); 89.1.a) y 90.1.a) LCSP].

En la regulación anterior, con el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (arts. 62 a 64 y 74 a 82) y el desarrollo de esta cuestión a través del artículo 11 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹⁶, la acreditación de la experiencia resultaba un auténtico calvario en ocasiones para, fundamentalmente, las pequeñas y medianas empresas, máxime si tenemos en cuenta los artículos 58 y siguientes de la Directiva 2014/24 que, con un efecto directo, relajaban notablemente los requisitos a favor de una mayor aplicación del principio de concurrencia entre los posibles licitadores, por ejemplo en el período de tiempo a tener en cuenta para acreditar la experiencia en contratos similares¹⁷.

Quiero destacar en este momento un problema jurídico que plantea el tema relativo a la experiencia que estamos analizando. El art. 44. tres de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización introdujo una nueva letra d) en el art. 32 TRLCSP, creando un nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho de los contratos públicos y sus actos preparatorios. De acuerdo con dicha redacción, serían causas de nulidad de derecho Administrativo, «d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración». Sin embargo, dicho apartado desaparece de la nueva redacción de la LCSP, pasando al art. 40, pero como causa de anulabilidad de Derecho Administrativo con una redacción similar: «todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier Poder Adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración».

Ahondando más aún en esa eliminación de ventajas discriminatorias, el art. 45 de la Ley 14/2013 establece también que «en sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración».

Y la cuestión es que estos artículos no han sido derogados expresamente. ¿Cómo conciliarlo con la nueva redacción de la LCSP? Evidentemente, la LCSP es posterior en el tiempo y habría que aplicar la derogación genérica de cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a la misma para encontrar la solución. Pero el cambio de criterio plantea otro problema y es que el regularlo como causa de nulidad o anulabilidad tiene sus diferencias, puesto que la nulidad de pleno derecho produce una serie de efectos (art. 42 LCSP) que puede declarar la propia Administración en un procedimiento de revisión de oficio, mientras que los mismos efectos ante un supuesto de anulabilidad solo pueden ser declarados en la sentencia que ponga fin a un procedimiento contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad de conformidad con el art. 71 de la LJCA. Si lo que se quería era incorporar a la LCSP los criterios favorecedores que la Ley de emprendedores de 2013 había introducido, esto supone, evidentemente, un retroceso.

¹⁶ Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, modificado por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, que continuará en vigor en todo lo que no contradiga lo dispuesto en la LCSP.

¹⁷ Respecto a dicho margen temporal, y antes de la reducción experimentada en la redacción actual de la Ley de Contratos del Sector Público, el Informe 17/2013, de 26 de junio, de la JCCA de la Comunidad de Aragón, en previsión de la redacción que después tendría la Directiva 2014/24 ya afirmaba que «... dentro de esta libertad de configuración, y desde una interpretación sistemática y funcional del actual TRLCSP, puede concluirse que los plazos de cinco y tres años previstos en los artículos 76.a), 77.a) y 78.a) pueden modularse –siempre que sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia y concurrencia–, ampliándolos, atendiendo a las circunstancias concretas de cada licitación». En este párrafo transcrito habla de ampliación, pero ya antes había hablado de que los poderes adjudicadores no podían verse limitados por los plazos, ni como mínimo ni como máximo y en este párrafo en concreto se habla de la libertad de configuración del órgano, lo que nos induce a pensar que, sin ningún problema, también pueden reducirse dichos plazos. Por otro lado, en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 5/2006, de 24 de marzo de 2006, en sus conclusiones plantea «1. Que la expresión últimos años que utilizan los artículos 17 b), 18.a) y 19.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas deber ser interpretada en el sentido de comprender el mismo año de la convocatoria de licitación» y «2. Que, no obstante, para ello es preciso que el contrato se haya ejecutado, sin que sea suficiente la adjudicación» (se gana en plazo por la primera conclusión, pero es más severa la segunda). Sin embargo, en relación con esta segunda conclusión, el TACRC en su resolución 1157/2015, recurso 1198/2015, realiza una interpretación más favorable, ya que considera suficiente la adjudicación del contrato público para acreditar la solvencia, «siendo razonable la interpretación del órgano de contratación de que lo relevante es el importe adjudicado, y no lo facturado, pues es lo adjudicado lo que muestra la entidad del contrato, acreditativa de la capacidad del licitador».

La experiencia, exigida como forma de acreditación de la solvencia de los empresarios, ha sido rechazada en varias ocasiones por el propio TS por resultar contraria al principio de libre competencia¹⁸. De esta forma lo que se estaría haciendo es favorecer a aquellos licitadores que hubieran prestado servicios previamente a cualquier Administración. Ello no quiere decir, necesariamente, que con esa experiencia previa el licitador no pueda demostrar que puede cumplir mejor el objeto del contrato, pero nada impide que el licitador que no la tenga, no pueda cumplirlo exactamente igual o mejor.

Efectivamente, en numerosas ocasiones nuestro alto Tribunal reconoce que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa, así como de las directrices en materia de contratación de la Unión Europea, por lo que no debería ser consignado este requisito en los Pliegos de Condiciones Particulares, procediendo a anularse tanto pliegos de condiciones como acuerdos de adjudicación¹⁹.

Por su parte, el TACRC, en su Resolución 207/2014, de 14 de marzo, analizaba un requisito de solvencia que consistía en haber sido adjudicataria de al menos tres contratos adjudicados por Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, por alguno de los procedimientos indicados en el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 3/2011 (abierto, restringido, negociado, diálogo competitivo y el específico para el concurso de proyectos), a excepción de los contratos menores que no se tendrán en consideración a estos efectos, cuyo objeto sea similar al que allí se valoraba²⁰. La cláusula se eliminó por desproporcionada, al igual que en el Acuerdo 9/2014, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que aplica, en este caso, el art. 45 de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores.

No resulta descabellado pensar que tal especificación en los requisitos de experiencia exigidos a los licitadores es porque la Administración que licita el contrato quiere contar con el mismo o similar contratista, que no se pone en duda puede ser porque el objeto del contrato se realizó correctamente, pero también induce a pensar en intereses no tan loables. Precisamente la corrupción en materia de contratación es uno de los argumentos aducidos para las modificaciones que ha sufrido este sector de nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel nacional como comunitario, normativa que ha apostado claramente por una mayor apertura del mercado a cuantos más oferentes mejor, para conseguir mejoras en las condiciones de contratación y nada impediría pensar que quien no reúna características tan específicas de experiencia no pueda realizar su cometido igual o mejor que quien sí las cumpla.

Consecuentemente, habrá que seguir entendiendo que los entes, organismos y entidades integrantes del sector público, no podrán otorgar ventajas directas o indirectas a las empresas que previamente hayan contratado con cualquier Administración, de acuerdo a lo establecido en el art. 45 de la Ley de emprendedo-

¹⁸ SSTs de 07-06-2012, 4371/2012, donde puede leerse en su F. J. 4.º que «... esta Sala viene declarando reiteradamente que la valoración de la experiencia contraviene el principio de libre competencia para la contratación administrativa que rige en nuestro Derecho de conformidad con lo dispuesto en la normativa de la hoy Unión Europea...». Así lo recuerda la sentencia de 11 de julio de 2006 (Casación 410/2004), que se expresa así: «(...) este Tribunal en su sentencia de 24 de mayo de 2004, recurso de casación 7759/1999, ha sostenido que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación»; o en las de 16-02-2010, 1047/2010; de 21-03-2007, 2307/2007, por ejemplo.

¹⁹ Así pasaba en una sentencia de 10 de mayo de 2004, recurso de casación 44/1999 (RJ 2004/3495), donde el TS desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento frente a sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que anulaba el pliego de condiciones económico administrativas y el acuerdo de adjudicación de un concurso impugnado por un licitador dado que se exigía una experiencia mínima de tres años en la gestión de los servicios municipales de abastecimiento de agua potable, lo que infringía el principio de libre concurrencia ya establecido en el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado de 1965. Pero se pueden citar muchas más: SS 25-09-2000 (casación 7065/1994; RJ 2000, 8416); 24-05-2004 (casación 7759/1999 (RJ 2004/413); 28-02-2005 (casación 161/2002; RJ 2005/3453); 23-03-2005 (casación 2129/2002; RJ 2005, 3460); 28-04-2005 (casación 418/2003; RJ 2005/4702); 24-01-2006 (casación 7645/2000, RJ 2006/2726).

²⁰ Como señala HUERGO LORA, A. (2017) "La experiencia como requisito para contratar con el sector público y sus límites. Casos recientes", en la página web http://estudiojuridicoip.com/la_experiencia_requisito_solvencia_tecnica_profesional_contratos_sector_publico_limites_casos_recientes/, pág. 3, la cláusula se anuló entendiendo que era desproporcionada. En la resolución del Tribunal se afirmaba que «la concreta exigencia de un número de contratos de objeto similar celebrados con Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, en concreto tres, formulada con carácter absoluto, sí que afecta a la libre concurrencia y produce el efecto de restringir de modo desproporcionado el acceso a la licitación. Desde luego, la cifra de 20.000 habitantes es razonable y justificada, al ser, no sólo el segmento de población en que se sitúa el municipio licitador, que cuenta con más de 31.000 habitantes, sino porque se trata de uno de los umbrales que para la prestación de servicios se contempla en la Ley de Bases de Régimen Local, artículo 26. C)». Sin embargo, entiende que una exigencia tan detallada «excluye, de forma definitiva a quienes no reúnan dicho requisito, convirtiendo, de hecho, esta exigencia en una especie de clasificación, de modo que, quien no la tenga no podrá acceder a los contratos, que quedan reservados para quien cumpla este requisito. Debiendo señalarse, por otro lado, que si se cumple este requisito es porque, en alguna licitación, por vez primera, no se le exigió, lo cual encierra, en cierto modo, sobre una incongruencia, una discriminación».

res de 2013, aunque el hacerlo será ahora con la nueva LCSP determinante de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho de los contratos públicos y sus actos preparatorios.

2. LOS REQUISITOS DE SOLVENCIA COMO CRITERIOS DE SELECCIÓN

Los requisitos de solvencia desde el punto de vista que los analizamos en estas páginas, serán estudiados como criterios de selección, sin que nos detengamos a analizar su posible aplicación en la adjudicación del contrato, fases distintas en el procedimiento de contratación y que ya el propio TJUE había distinguido, constituyendo los criterios de selección una fase de carácter previo que, superada, permitiría entrar en la fase de valoración y adjudicación²¹. La solvencia hace referencia a las características de las empresas licitadoras que les permitirían presentarse a la licitación de los contratos. Los criterios de adjudicación²² se refieren concretamente al contenido de la oferta, que tiene que ver más específicamente con el objeto del contrato.

Como sabemos, además, estos criterios de selección están íntimamente relacionados con la capacidad de obrar, la habilitación económica o profesional, la solvencia económica, y las prohibiciones para contratar. Quiero aclarar en este momento que, aunque la identidad de términos puede hacer similares la habilitación y la solvencia técnica-profesional, en el primer caso se hace referencia a la aptitud legal para ejercer una profesión, actividad o prestación, que serán luego las que se oferten a las entidades del sector público para la realización del objeto del contrato. Los requisitos de habilitación afectan más bien a la capacidad de obrar, porque acreditan la aptitud legal para el ejercicio, y cumple, por lo tanto, una finalidad distinta de los criterios de solvencia, ya que esta se refiere a la condición para ser parte en un procedimiento de licitación²³. Evidentemente será un requisito mínimo que deberá reunir previamente la persona física o jurídica que quiera contratar con alguna entidad del sector público y no será exigible para toda profesión, actividad o prestación que se realice, porque ello dependerá de la normativa sectorial aplicable. Pero será diferente de la solvencia técnica o profesional que se exigirá al empresario para la realización del concreto contrato que se licita y que, en función del objeto del mismo, nos hace pensar que dichos requisitos de solvencia pueden resultar perfectamente superiores a los exigidos por la normativa de habilitación profesional.

²¹ JCCA del Estado, Informes 53/1997, de 02-03-1998; 36/2001, de 09-01-2002; 45/2002, de 08-02-2003, que hace suya la doctrina del TJUE. El informe 36/2001 afirma que «la JCCA ha sentado los criterios, siguiendo fundamentalmente la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (asunto C 31/1987 – “Beentjes”), de que en los procedimientos de adjudicación de contratos hay que considerar fases distintas, con requisitos también distintos, la de selección de los contratistas y la de adjudicación del contrato, distinción recogida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al referirse a la primera fase los artículos 15 a 19 y la segunda el art. 86... sin que los criterios de selección, entre ellos la experiencia, pueda ser utilizado como criterio de adjudicación ...». Por su parte, el informe 45/2002, mencionado, afirma literalmente que «el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJUE) advierte que, en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una de ellas ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas y regidas por normas diferentes». Se puede acudir también a la STJUE de 19 de junio de 2003, GAT, asunto C315/01; de 24 de enero de 2008, Lianakis, asunto C-532/06; de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni*, asunto C-94/12; de 10 de julio de 2014, *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*, asunto C-385/12, apartado 31 y Sentencia de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, asunto C-376/08, apartado 44. Se puede consultar, haciéndose eco de esta misma doctrina, GARCÍA SANTOS, J. y JURADO JIMÉNEZ, J. C. (2018), “Aptitud para contratar con el sector público. Capacidad y solvencia del empresario”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I., (dirs.), vol. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 1.043 y ss. En general, sobre la solvencia, VÁZQUEZ MATILLA, F. J. (2018), “La solvencia en la nueva LCSP”, en *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público* (coord. GIMENO FELIU, J. M), edit. Thomson Reuters ProView, 1.ª edición, capítulo 18, pág. 715 y ss. MORENO MOLINA, J. A. (2000), “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 151, pág. 319 y ss.; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.ª (2000), “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública”, en *Justicia administrativa*, núm. 6, pág. 5 y ss.; del mismo autor (2015), “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, pág. 97 y ss.; MORENO MOLINA, J. A. y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P. (2014), “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en el libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, pág. 139 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C. (2011) “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas” en *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, pág. 33 y ss.

²² Aunque nada impediría que pudieran establecerse criterios semejantes. STS de 21 marzo 2007, RJ 2007/4044.

²³ De acuerdo con la Resolución TACRC 366/2016, de 13-05-2016, el título habilitante a que se refiere el art. 65 LCSP se configura como requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Diferencian ambos conceptos también la Resolución 40/2013, de 6 de marzo, del TACPCM; la 279/2016, de 4 de noviembre, del TARCJA; la 465/2016, de 17 de junio, del TACRC. Así como por varios informes de la JCCA del Estado, 1/2009, de 25 de septiembre; 6/2010, de 21 de diciembre, de la de Madrid.

Como ya hemos señalado anteriormente, la referencia a estas cuestiones se realiza ahora en el art. 74 LCSP (equivalente art. 62 TRLCSP), con un amplio margen de apreciación a favor del órgano de contratación, aunque con una serie de límites que hacen referencia a la necesidad de que se especifiquen en el pliego del contrato; el criterio de proporcionalidad; y la vinculación al objeto del contrato.

Esta regla de la proporcionalidad ha planteado numerosos conflictos²⁴, afecta directamente a la libre concurrencia como principio aplicable a la contratación pública, y la aplicación de la misma permitiría que los empresarios solventes pudieran acudir libremente a la licitación. Todo lo contrario, es decir, exigir unos requisitos desproporcionados impediría que pudieran presentarse algunos empresarios que no reúnen los requisitos exigidos en los pliegos pero que, sin embargo, son plenamente solventes y hubieran podido dar cumplimiento al objeto del contrato sin ningún tipo de problema.

Respecto a este requisito de la proporcionalidad, son significativas algunas Resoluciones de nuestros Tribunales de Recursos Contractuales. En una Resolución TARCJA 237/2015, de 07-07-2016, se planteaba el requisito de exigir 44 idiomas para acreditar la solvencia a los licitadores, resolviendo el Tribunal que «si bien es cierto que el adjudicatario debe estar en condiciones de ejecutar el objeto del contrato en todos los idiomas incluidos en el Anexo II del PPT, como así se establece en éste, este Tribunal considera desproporcionado que se requiera la acreditación de todos ellos como requisito previo de solvencia, ya que a nuestro juicio infringe el principio de libre concurrencia, motivo por el que deberá ser modificado. Por ello, este Tribunal considera que debería limitarse la acreditación del conocimiento de idiomas como requisito de solvencia a aquellos respecto a los que se hace un mayor número de traducciones y ello sin perjuicio de prever la subcontratación del resto de idiomas para el caso de ser necesario el empleo de los mismos». Consecuentemente, la solvencia y la proporcionalidad ligada a ella, determina que los requisitos tampoco deben ser excesivos, máxime cuando, como en este caso, sería previsible que la traducción a 44 idiomas se produciría en muy contadas ocasiones, solo en algunos supuestos y el ser tan exigentes y desproporcionados se estaría excluyendo, además, a empresarios que con toda probabilidad estarían en condiciones de cumplir el objeto del contrato.

Algo similar ocurre en una Resolución del TACRC 217/2012, de 03-10-2012, que analiza un supuesto donde los pliegos exigían a las empresas licitadoras que contasen con una plantilla de mil vigilantes en plantilla en el momento de presentación de las ofertas, para cubrir solamente plazas para cincuenta y ocho vigilantes. El Tribunal considera que hay una desproporción y, consecuentemente, una falta de relación entre las exigencias del pliego y el objeto del contrato²⁵. Y esta situación ha ocurrido no solamente desde un punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo, por exigencia, por ejemplo, de un número de años de experiencia desproporcionado en relación con el concreto objeto del contrato²⁶. O bien por pedir que la experiencia se limite exclusivamente a haber desarrollado funciones contenciosas. También encontramos otras Resoluciones que se refieren al supuesto de que la experiencia se exija respecto a entidades locales o municipios de más de 50.000 habitantes, porque se está limitando el principio de

²⁴ Por ejemplo, en la Resolución del TACRC 249/2012, de 07-11-2012, se afirma que los criterios de solvencia «deben ser objetivos y garantizar el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y no discriminación (...) lo que debe determinarse en cada caso (...) evitando así que se produzca el efecto de discriminación entre empresas capacitadas para la ejecución del contrato, contrario a los principios de concurrencia e igualdad que deben presidir la contratación administrativa (...) habiéndose pronunciado en numerosas ocasiones la Junta Consultiva de Contratación Administrativa acerca de la posibilidad de exigencia de experiencia a las empresas licitadoras, como criterio para medir su solvencia técnica, cuestión que generalmente ha planteado dudas en aquellos casos en que se ha incluido la experiencia entre los criterios de adjudicación del contrato, posibilidad rechazada por la JCCA, en aplicación de la normativa comunitaria, habiendo declarado en múltiples ocasiones que la experiencia puede ser utilizada como criterio de solvencia técnica, pero no de adjudicación».

²⁵ Otro supuesto similar se planteaba en la Resolución 548/2014, de 18 de julio, del TACRC que anulaba la licitación para la contratación de un vehículo de reconocimiento destinado a la UME (Unidad Militar de Emergencias), puesto que exigía la necesidad de contar el licitador con un licenciado en biología, siendo el caso que dicha especialidad resultaba ajena al objeto del contrato. O la Resolución 288/2011, de 21 de septiembre, que anula una licitación de TRAGSA, que exigía como criterio de solvencia contar con una plantilla de más de 11 vigilantes cuando solo eran necesarios 6 para el desarrollo del contrato.

²⁶ Por ejemplo, Resolución del TARC de Castilla y León 79/2016, de 16-11-2016. En la misma el Tribunal entiende, por ejemplo, que es desproporcionado que la única forma que se permita para acreditar la experiencia profesional en el ámbito administrativo es haber estado colegiado como abogado ejerciente durante un tiempo de 10 años, siendo así que también pueden tener amplios conocimientos jurídico-administrativos quienes los hayan adquirido como funcionarios públicos o cualquier otra profesión jurídica, aunque no necesite colegiación. Sí se entiende, sin embargo, que es proporcional, que la exigencia de que la experiencia en el asesoramiento consultivo y contencioso a un Ayuntamiento solo pueda acreditarse mediante servicios prestados únicamente a entes de la Administración Local, por las singularidades que presenta en su régimen de contratación, personal, sistema tributario, disciplina y régimen urbanístico, recursos, etc., y que «la alegación de los recurrentes de que consideran indiferente que la experiencia para acreditar la solvencia técnica o la profesional se haya prestado en el sector público o en el privado no es atendible por dicha circunstancia».

libre concurrencia en la contratación pública, siempre y cuando no se ofrezcan alternativas que permitan acceder a otros licitadores con experiencia suficiente aunque sea en municipios de población inferior: «... debiendo señalarse, por otro lado, que si se cumple este requisito es porque, en alguna licitación, por vez primera, no se le exigió, lo cual encierra, en cierto modo, sobre una incongruencia, una discriminación... (y que) el órgano de contratación debe introducir fórmulas que, a la par que satisfagan la acreditación de la solvencia, permitan abrir la contratación a otros licitadores, sin merma de la exigencia de solvencia técnica o profesional»²⁷.

Otro supuesto práctico similar lo fue la licitación de un contrato de servicios de asesoramiento jurídico y tributario para una Autoridad Portuaria, exigiéndose a los licitadores haber realizado durante los últimos cinco años prestaciones de servicio de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto de este contrato, debiendo acreditar, la realización de al menos 3 servicios de asesoramiento tributario a Autoridades portuarias, incluyendo asesoramiento en el Impuesto sobre Sociedades²⁸. Limitaciones que merman y mucho la capacidad de concurrencia a posibles licitadores.

Cierto es, también, que no hay una fórmula matemática que permita medir la proporcionalidad, como señala la Resolución TACRC 206/2014, de 07-03-2014, por lo que habrá que acudir también a las circunstancias del caso y tener en cuenta todos los posibles factores que concurren.

3. LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS

El arts. 75 LCSP regula, también, la integración de la solvencia acudiendo a medios externos, permitiendo que el empresario pueda basarse en la solvencia y medios de otras entidades²⁹, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, lo que permitiría el acceso de las PYMES a la contratación pública, que de otra forma no podrían llegar a muchas licitaciones, porque se les permite a las empresas que concurren a través de Uniones Temporales de Empresas (art. 69 LCSP) o en solitario, siempre que demuestren que durante toda la ejecución del contrato van a contar con dichos medios y que esas otras empresas no están incursas en prohibiciones para contratar³⁰. Incluso los empresarios incluidos en las UTES podrían acudir a capacidades de empresas ajenas a la unión temporal. Respecto a estas Uniones Temporales, señalar que no procede exigir que los fines, el objeto y el ámbito de actividad de cada una de las empresas coincida con todas las prestaciones objeto del contrato, sino que habrá que estar a la parte del contrato que se desea acreditar a través de estos medios.

Parece que la nueva Ley quiere facilitar el terreno a este tipo de empresas, en un campo tradicionalmente dominado por las grandes empresas y donde se reparte una tarta de muchos millones de euros. Entre otras cuestiones, se les reduce también la carga administrativa, facilitado entre otras cosas por el Documento Europeo Único de Contratación, en el que aparecerán los datos relativos a la trayectoria profesional, solvencia y capacitación que posean, avalados por certificados e informes de trabajos anteriores. Y

²⁷ Como ya habíamos tenido ocasión de señalar anteriormente en relación con la Resolución del TACRC 207/2014, de 14 de marzo.

²⁸ La Resolución 41/2014, de 19 de mayo del TARC de Castilla y León entiende que no cabe establecer como criterio de solvencia la experiencia en contratos anteriores para la misma entidad. También se ha cuestionado la exigencia de acreditar la experiencia con un ente o tipo de Administración concreta, como en el acuerdo de TACP de Aragón 28/2014, de 12 de mayo, referido a un procedimiento en el que solo se admitían los que hubieran sido realizados para entidades locales. O la Resolución del TACP de Madrid 113/2017, de 5 de abril, que entiende es desproporcionado exigir un número de 5 certificados de trabajos similares sin identificar el importe anual, así como solicitar experiencia en trabajos similares solo en Ayuntamientos. La Resolución del TACRC 1009/2016, de 2 de diciembre también consideró limitativo exigir que todos los contratos acreditativos de la experiencia hubieran tenido que realizarse para entidades del sector público. O la Resolución del TACP de la Comunidad de Madrid 113/2007, de 5 de abril que considera desproporcionado exigir un número de cinco certificados de trabajos similares sin identificar el importe anual que deben alcanzar.

²⁹ Para acreditar la solvencia técnica o profesional puede utilizarse la experiencia previa de sujetos que colaboran con ella (empleados, integrantes de UTE, profesionales que se comprometen a colaborar con la empresa licitadora si obtiene la ejecución). Se puede consultar, BUDRÍA ESCUDERO, A. (2013) "La acreditación de la solvencia por medios externos", en *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 161 (extra), pág. 235 y ss.; CEA AYALA, A. (2016) "Requisitos de solvencia del empresario", en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 146, pág. 20 y ss.

³⁰ Por referencia a esos medios externos la empresa podrá acreditar la disponibilidad tanto del personal técnico cualificado como de medios materiales, maquinaria, instalaciones, equipos, como afirma el informe de la JCCA del Estado 45/2002, de 28-02-2003, o de la JCCA de Castilla La Mancha 6/2012, de 21-12-2012, y ello independientemente de la relación o contrato que la empresa licitadora tenga con las que van a prestar dichos medios, como afirma el TARC de la Junta de Andalucía 103/2013, de 02-08-2013.

fundamental, con otra cuestión a la que luego haremos también alusión, la reducción de años de experiencia exigidos, que pasan de 10 a 5 en los contratos de obras y de 5 a 3 en los de prestación de servicios.

Las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de esas otras entidades si las mismas van a ejecutar las obras o prestar los servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades y deberán demostrarlo al poder adjudicador mediante la presentación de un compromiso por escrito de dichas entidades. Compromiso que no se exigirá a todos los licitadores, sino solo a aquel que hubiera presentado la mejor oferta, por lo que el momento de la justificación será el momento de la clasificación de ofertas y la adjudicación del contrato, conforme al art. 150.2 LCSP, en relación con el art. 140.1.c), ambos de la LCSP. Aunque no será sólo el compromiso lo que hay que justificar sino todos los requisitos comprendidos en las letras a) a c) del citado art. 140.1³¹ (requisitos de capacidad, solvencia, no estar incurso en prohibiciones para contratar), salvo que el empresario esté inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como en un expediente virtual de la empresa, en un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o en un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, en cuyo caso, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares.

Como se afirma en GARCÍA SANTOS, J. y JURADO JIMÉNEZ, J. C.³², «la integración de la solvencia con medios externos ... ha sido fruto fundamentalmente de una construcción jurisprudencial por parte del TJUE, cuyos criterios han ido positivizándose, primero en las correspondientes Directivas y después en nuestra ley nacional».

En estos supuestos, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta, incluso solidaria, de acuerdo con el art. 75.3 LCSP. Se presupone que si la responsabilidad es conjunta o mancomunada, previamente el contratista y las empresas que aportan los medios externos habrán tenido que establecer a través de acuerdos privados y ajenos a las entidades del sector público con quien se contrata, cuál será la proporción de responsabilidad que corresponde a cada uno de los empresarios. Supone una novedad con respecto al TRLCSP puesto que este texto solo exigía al subcontratista que pusiera sus medios al servicio del contratista principal, un compromiso de puesta a disposición, pero no una responsabilidad compartida.

Además, de acuerdo con el apartado 4.º de este mismo art. 75 LCSP, «en el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera». Indicación concreta, pero no porcentual³³ como ha afirmado el propio TJUE, aunque parecería lógico exigir que un mínimo de los trabajos fuera realizado directamente por el licitador.

Por su parte, el art. 76 LCSP, en su párrafo tercero, incorpora como novedad, aunque esté relacionado más bien con la acreditación de la solvencia por medios externos, que «la adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación». Volvemos a encontrar referencias, nuevamente a la proporcionalidad, la razonabilidad, como principios generales que afectan a la contratación administrativa.

³¹ El TACRC distingue entre acreditar la solvencia, que debería hacerse en la oferta y la acreditación de la disponibilidad efectiva de medios, que debería hacerse cuando ya se ha elegido la oferta económicamente más ventajosa y justo antes de la adjudicación. Resoluciones 274/2014, de 28-03-2014; 409/2014, de 23-05-2014; 837/2016, de 21-10-2016; 870/2016, de 28-10-2016.

³² (2018), *op. cit.*, pág. 1.078 y ss., que citan una abundante jurisprudencia del TJUE: STJUE de 02-12-1999, *Holst Italia*, (Asunto C-176/98); STJUE de 10-10-2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*, (Asunto C-94/12); STJUE de 07-04-2016, *Partnert Apelski Dariusz*, (Asunto C-324/14); SSTJUE de 14-01-2016, *Ostas celtnieks, SIA*, (Asunto C-324/14) y la de 02-06-2016, *Pippo Pizzo*, (Asunto C-27/15), sentencias estas dos últimas que admiten un sistema amplio de medios acreditativos para justificar la disponibilidad de los medios externos. También STJUE de 14-09-2017, *Casertana Costruzioni, Srl*, (Asunto C-223/16) en la que se exigen dos importantes condicionantes: uno, que para recurrir a dichos medios externos es necesario que esas otras empresas vayan a ejecutar las obras o prestar los servicios para los que se acreditan sus medios; dos, que si no cumplieran los criterios de selección o existe algún motivo de exclusión obligatoria, el poder adjudicador podría exigir su sustitución.

³³ En la STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-406/14, se señala, interpretando la anterior Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que un poder adjudicador «no puede exigir mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo».

4. LOS MEDIOS PARA ACREDITAR LA SOLVENCIA TÉCNICA

Se regulan en la nueva LCSP en los artículos 86 y ss. en función de los distintos tipos de contratos. Hacen referencia a la experiencia, los medios humanos y materiales, la subcontratación, así como medidas de gestión medioambiental. Se producen en estas cuestiones algunas novedades con respecto al TRLCSP.

El art. 86 LCSP (anterior art. 74 TRLCSP) sigue diferenciando entre contratos sometidos a regulación armonizada y los que no, respecto a la aportación de los documentos necesarios para acreditar los requisitos de solvencia, que serán los que determine el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la Ley para el caso de los contratos sometidos a regulación armonizada y, para los que no lo están, el órgano de contratación podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba. Pero, esa opción, en la regulación anterior se daba respecto a entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la condición de Administraciones Públicas y ahora la nueva Ley no distingue por clase de sujetos del sector público.

Otra diferencia es que mientras que para acreditar la solvencia económica o financiera y técnica o profesional se deja a criterio del órgano de contratación³⁴ la determinación de los medios, cuando es para la clasificación de empresas, los documentos serán los que vengan reglamentariamente establecidos. Respecto a la clasificación, si con la regulación anterior era para la celebración de contratos del mismo tipo, con la nueva LCSP se añade además que tienen que ser del mismo importe.

Se añade, también, que cuando se trata de contratos de concesión de obras y concesiones de servicios en los que puedan identificarse sucesivas fases de ejecución para las que se requieran medios y capacidades distintas, los pliegos podrán diferenciar requisitos de solvencia distintos y los licitadores podrán acreditarlos con anterioridad al inicio de la ejecución de cada una de las fases. Y que, si no acreditaran su solvencia antes de la ejecución de la correspondiente fase, se resolverá el contrato por causas imputables al empresario.

Si nos centramos ya en la solvencia técnica y los distintos aspectos que pueden hacer referencia a la experiencia, son varias también las novedades de la Ley por referencia al anterior TRLCSP.

Respecto a la solvencia técnica en los *contratos de obras*, el art. 88 LCSP rebaja de diez a cinco últimos años la relación de obras ejecutadas, aunque a continuación se especifica que cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de las obras pertinentes efectuadas más de cinco años antes. Estas obras tendrán que venir avaladas por certificados de buena ejecución, los cuales indicarán el importe, las fechas y el lugar de ejecución de las obras y se precisará si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen término, con la previsión que ya hemos indicado de que puede irse más allá de los cinco años.

Se admite, para acreditar la experiencia, las obras ejecutadas por una sociedad extranjera filial del contratista, con la misma consideración que las que han sido ejecutadas directamente por él, siempre que este ostente directa o indirectamente el control de aquella en los términos del art. 42 CCo. Si no se cumple esta condición, sólo se reconocerá como experiencia atribuible al contratista la obra ejecutada por la sociedad participada en la proporción de la participación de aquel en el capital social de esta.

³⁴ Eso sí, cumpliendo una serie de requisitos recogidos por la JCCA del Estado (Informes 51/2005, de 19-12-2005; 36/2007, de 05-07-2017), y por el TACRC (Resoluciones 16/2012, de 13-01-2012; 212/2013, de 05-06-2013; 791/2014, de 24-11-2014), como que figuren en el pliego del contrato y en el anuncio de licitación, la determinación, la relación con el objeto y el importe de los contratos, la relación con los exigidos por la Ley en función del tipo de contrato y que no produzcan discriminación (aunque no será tal que alguno de los candidatos no pueda alcanzar el nivel de solvencia exigido). Además, «no basta, pues, con que el anuncio fije el requisito mínimo y se remita a la ley respecto al medio de acreditación, sino que es necesario que ambos se expresen en el anuncio de forma breve y escueta, pero, a la vez, suficiente para que cualquier licitador pueda conocer estos aspectos sin tener que acudir a otra fuente de información. La indicación nunca puede satisfacerse por remisión, sino por una breve descripción o reseña que, obviamente, no tiene que alcanzar el nivel de detalle y explicación del pliego» (Resolución TARCJA 151/2016, de 01-07-2016). Los medios exigidos para acreditar la solvencia no deben ser irracionales o inadecuados (Resolución TACRC 32/2011, de 16-02-2011; 271/2012, de 30-11-2012; de 01-04-2016, JUR 2016/246393, en relación con un contrato de servicios de redacción del proyecto de remodelación del edificio del Banco de España y la dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud de las obras de reorganización de los espacios bancarios, afirma que «la concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos», sin que sea factible, que el propio Pliego de Condiciones deje plena discrecionalidad al órgano de contratación, «lo cual es contrario al principio de transparencia que, como garantía de la libre competencia, preside la contratación pública», razón por la cual anula las previsiones del Pliego de Condiciones en tal sentido). O la Resolución TACJCL 30/2016, de 05-05-2016, que entiende que la concreción de la solvencia no puede ser desproporcionada respecto a la complejidad técnica del contrato, con su dimensión económica o vinculada a la misma, porque en tal caso, sería un elemento de restricción indebida de la competencia.

Y que en los contratos cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 €, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a f) del mismo artículo, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un determinado número de obras. Aunque lo cierto es que en la letra a) se refiere al número de años, pero no de obras, habla de *relación de obras* ejecutadas, no realmente de número de ellas. Hay que tener en cuenta también que estos requisitos se refieren a contratos de obras de cuantía inferior a 500.000 €, ya que si es superior la empresa debería estar clasificada. Novedad importante, entiendo, puesto que elimina el requisito de la experiencia por el número de obras ejecutadas en relación con las empresas de nueva creación, lo que favorecerá, evidentemente, su entrada en el mercado contractual con los entes del sector público. La contrapartida a esta ventaja, que se trata de contratos de escasa cuantía.

Aparte de la relación de obras ejecutadas, otros medios harán referencia a los siguientes aspectos: la relación del personal técnico u organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa, de los que la misma disponga para la ejecución de las obras, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes; los títulos académicos y profesionales del empresario, directivos, así como responsable o responsables de las obras y de los técnicos encargados directamente de la misma, eso sí, siempre que no se evalúen como criterio de adjudicación; las medidas de gestión medioambiental, aunque dependerá del contrato puesto que la LCSP hace referencia a aquellos casos que sean adecuados; la declaración sobre la plantilla media anual y el número de directivos durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente cuando le sea requerido; la declaración sobre la maquinaria, material y equipo técnico del que va a disponer para la ejecución de las obras, acompañado de la misma forma por la documentación acreditativa pertinente.

Estos medios se especificarán en el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos, con los valores mínimos exigidos. Respecto a la concreción de esos requisitos mínimos, el art. 92 LCSP determina que tendrán que concretarse las magnitudes, los parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. No obstante, y cuando no sea exigida la clasificación, la acreditación de la solvencia técnica se efectuará mediante la relación de obras ejecutadas en los últimos cinco años, que sean del mismo grupo o subgrupo de clasificación que el correspondiente al contrato, o del grupo o subgrupo más relevante para el contrato si este incluye trabajos correspondientes a distintos subgrupos, cuyo importe total acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato.

Para aquellos supuestos en que sí que se acredite la solvencia a través de la clasificación del empresario en un determinado grupo o subgrupo, se tendrá por prueba bastante la misma para aquellos contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo, y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a su categoría de clasificación en el grupo o subgrupo. A estos efectos, en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos se deberá indicar el código o códigos CPV correspondientes al objeto del contrato, los que determinarán el grupo o subgrupo de clasificación en que se considera incluido el contrato.

Respecto a la solvencia técnica en los contratos de *suministro*, el art. 89 LCSP rebaja, de igual forma que anteriormente habíamos comentado, de cinco a tres últimos años la relación de suministros realizados, aunque a continuación se especifica que cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los suministros pertinentes efectuados más de tres años antes. Y que en los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a g), es decir, el resto de requisitos a los que haremos alusión, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), a la que ahora hacemos alusión, relativo a la ejecución de un determinado número de suministros³⁵. Aunque lo cierto es que en la letra a) se refiere al número de años, pero no de suministros, habla de relación de los principales suministros realizados, sin especificar o exigir un número concreto.

³⁵ Volvemos a encontrar nuevamente la medida a la que ya hemos hecho alusión y que deriva de la Directiva 2014/24 para favorecer el acceso a las PYMES de nueva creación. Véase GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2012) “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, pág. 25 y ss.

Lo que sí que deja claro la LCSP es cuándo se entiende que un suministro es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato: en estos casos, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación Central de Productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Sector Público podrá efectuar recomendaciones para indicar qué Códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública.

El resto de los requisitos son similares a los que hemos hecho referencia anteriormente al referirnos al contrato de obras, aunque adaptados al objeto contractual de esta modalidad. Respecto al personal técnico o unidades técnicas, las exigencias son las mismas³⁶, aunque con expresa mención de los encargados del control de calidad. Habrá que describir las instalaciones técnicas, las medidas empleadas para garantizar la calidad, así como los medios de estudio e investigación de la empresa. El control público sobre los productos a suministrar cuando estos sean complejos o deban responder a un fin particular³⁷. Se podrán exigir muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, así como certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, con competencia reconocida. Se añade un requisito adicional en la letra g) relativo a la indicación de los sistemas de gestión de la cadena de suministro, incluidos los que garanticen el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, y de seguimiento que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

La concreción de cuáles de estos medios van a ser exigidos para acreditar la solvencia se realizará en el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato y, en su defecto, la acreditación se efectuará mediante la relación de los principales suministros efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza, con un importe anual acumulado en el año de mayor ejecución que sea igual o superior al 70 % de la anualidad media del contrato.

En relación con la solvencia técnica en los contratos de *servicios*, el art. 90 LCSP rebaja nuevamente de cinco a tres últimos años la relación de suministros realizados, pero se exige que sean de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato³⁸ y a continuación se especifica que cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes. Y que, en los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) que se referencian en el mismo artículo, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un determinado número de servicios. Aunque, y volvemos a repetirnos, lo cierto es que en la letra a) se refiere al número de años, pero no de servicios, ya que habla de relación de los principales servicios o trabajos realizados.

Además, se especifica que para determinar que un trabajo o servicio es de *igual o similar naturaleza* al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir ade-

³⁶ Resolución del TACP de la Comunidad de Madrid 925/2016, de 11 de noviembre, donde se considera que la limitación de cualificación a arquitectos e ingenieros de caminos, canales y puentes, con exclusión de los ingenieros industriales, infringe el principio de concurrencia. Respecto a este personal también se han analizado por nuestros Tribunales de Contratos la cuestión relativa al número de años de experiencia: en la resolución del TACRC 55/2016, de 17 de marzo, se consideró ajustado a derecho el criterio de la solvencia por estar vinculado con el objeto del contrato y respetar el principio de proporcionalidad. En el supuesto planteado se había exigido un determinado número de años de experiencia del equipo de personal adscrito a la ejecución del contrato, concretamente en la realización de campañas formativas/informativas en las que hayan intervenido personas con reconocida repercusión mediática o social.

³⁷ En la Resolución del TACRC 109/2014, de 14-02-2014, se planteaba un supuesto en que se exigía en el pliego de condiciones que los licitadores que habían contratado previamente con el Organismo Autónomo de referencia aportaran un certificado de buena ejecución expedido concretamente por este, lo que suponía, a juicio del Tribunal, una restricción a la facultad que confiere a los licitadores el anterior art. 89.1 a) LCSP para escoger, de entre sus contratos anteriores los que estimaran pertinentes o adecuados para acreditar la solvencia y que, de esta forma, se estaría instaurando «una suerte de prohibición para contratar cuya aplicación queda al albur de la propia Administración Pública que licita el contrato y que operaría al margen de los casos y del procedimiento regulado en los artículos 60 y 61 TRLCSP». En la Resolución TARC de la Junta de Andalucía de 01-04-2016, 2016/250953, se establece también que, para evitar obstáculos injustificados a la libre concurrencia, la referencia a los certificados debe acompañarse de la mención «o equivalente».

³⁸ «La exigencia de una experiencia mínima como criterio de selección (que no de adjudicación) se admite legalmente aunque a priori no puedan cumplirla todos los potenciales licitadores, ya que no se considerará discriminatorio siempre que existan fundados motivos y razones para ello, de lo cual deberá dejarse constancia en el expediente de contratación» como afirman GARCÍA SANTOS, J. y JURADO JIMÉNEZ, J. C. (2018), *op. cit.*, pág. 1.103.

más de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación Central de Productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado podrá efectuar recomendaciones para indicar qué Códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública (idéntica previsión que para los contratos de suministros).

Una diferencia con respecto a la regulación anterior es que la acreditación de los servicios ahora se hará cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación. De la misma forma que la documentación correspondiente a la declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y el número de directivos durante los tres últimos años, o sobre la maquinaria, material y equipo técnico del que dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones. El resto de los requisitos que, en su caso, podrán ser exigidos para acreditar la solvencia son similares a los recogidos con respecto a los contratos anteriores.

Serán nuevamente los anuncios de licitación, la invitación a participar en los procedimientos y los pliegos del contrato los que especifiquen los medios de acreditación de la solvencia, aunque en su defecto, la acreditación «se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato»³⁹.

Por otra parte, dentro de la tónica general de clausulado medioambiental y social de la nueva LCSP, se hace referencia expresa a la indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato y se añade un nuevo apartado con específicos requisitos de solvencia técnica o profesional, cuando el objeto contractual requiriese aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad u otras análogas, y es la concreta experiencia⁴⁰, conocimientos y medios en las referidas materias, lo que deberá acreditarse por los medios que establece el apartado 1 de este artículo.

³⁹ HUERGO LORA, A. (2017), *op. cit.*, pág. 2 maneja el proyecto de la nueva LCSP, que resulta un poco diferente en su redacción y nos dice que en este último párrafo que comentamos que «no es un criterio imperativo para los pliegos, sino supletorio». Lo que se deduce, a mi entender, de la redacción del art. 90 LCSP es que los pliegos pueden contener otros medios de acreditación de la solvencia y que sólo en defecto de regulación expresa en los mismos jugará la acreditación especificada expresamente en la Ley. En relación también con la experiencia, la STSJ de Aragón 89/2013, de 15 de junio de 2016, anuló un acuerdo del TACP de Aragón 9/2013, de 18 de febrero, considerando que no es admisible establecer como medio de acreditación de la solvencia técnica sólo la acreditación de la experiencia porque de esta forma sería imposible que accedieran entidades empresariales que no tuvieran experiencia previa de gestión, siendo así que la legislación de contratos establece diferentes formas de acreditar la solvencia técnica además de la experiencia. Y la Resolución 333/2016, de 29 de abril, del TACPM, considera que no se puede exigir como requisito de solvencia técnica y profesional el haber sido abogado colegiado durante los últimos 10 años, así como haber sido adjudicatario de tres contratos anteriores similares al que se licitaba con Ayuntamientos de 20.000 habitantes. El Tribunal entiende en este caso que estas exigencias limitan la concurrencia y son desproporcionadas, y que pueden utilizarse fórmulas alternativas en el ámbito local.

⁴⁰ Respecto a la experiencia ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos, en concreto en el tema de la proximidad. En la Resolución 21/2012, de 16 de octubre de TACRC de Castilla y León se reafirma en la prohibición de «los criterios de solvencia, o de adjudicación, que primen los aspectos relativos a la nacionalidad o regionalidad de la empresa, como ha señalado de modo reiterado la jurisprudencia comunitaria, entre otras, STJUE de 27 de octubre de 2005» (asunto C-185/03: en ella, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 43 CE y 49 CE, al incluir, en los pliegos de condiciones de diversas licitaciones convocadas por el Instituto Nacional de la Salud –en lo sucesivo, «Insalud»– para la prestación de servicios de terapias respiratorias domiciliarias, unos criterios de admisión, de valoración y de desempate entre dos licitadores con la misma puntuación que hacen referencia al hecho de disponer, en el momento de la presentación de las ofertas, de determinadas instalaciones en territorio español o en un radio de 1.000 km de la provincia en que se haya de prestar el servicio, así como al hecho de disponer previamente de oficinas de atención al público en determinadas localidades. Precisamente el tema del domicilio social o arraigo territorial de la empresa entienden nuestros organismos que no pueden estar relacionados con el requisito de la experiencia: informe JCC del Estado 36/07, de 05-07-2007, que se refiere a la exigencia de que la experiencia se acredite mediante el desarrollo de trabajos en una región o estado determinados; o la 9/2009, de 31 de marzo; o la Resolución del TACRC 275/2017, de 12-05-2017, en aplicación de la Directiva de contratación 2014/24; 359/2017, de 21 de abril; 426/2017, de 12 de mayo; 328/2018, de 6 de abril; 462/2018, de 11 de mayo.

En otra STJUE de 22-10-2015, asunto C-552/13, se examinaba un contrato de servicios de salud sometido a la Directiva 2004/18, licitado por el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, en la que se exigía que la ejecución de las prestaciones se efectuara exclusivamente en el término municipal de Bilbao, y en este caso el Tribunal estimó que la proximidad no garantizaba un acceso igual y no discriminatorio de todos los posibles licitadores y que por lo tanto vulneraba el art. 23, apartado 2 de la citada Directiva.

Sin embargo, como afirma MEDINA ARNÁIZ, T. (2017), «El requisito de solvencia en la Ley de Contratos del Sector Público», en *Observatorio de los contratos públicos*, GIMENO FELIÚ, J. M.^a (Director), Thomson Reuters Aranzadi, pág. 204: «en atención al novedoso artículo 90.3 de la LCSP, uno de esos supuestos (se refiere a la modulación de la prohibición absoluta del arraigo territorial como requisito de solvencia técnica) podría darse cuando se trate de adjudicar contratos de prestación de servicios sociales personalísimos,

La Directiva 2014/24 regula los criterios de selección en su artículo 58 y, cuando se refiere a la capacidad técnica y profesional, en su apartado 4.º permite que los poderes adjudicadores impongan requisitos para asegurar que los operadores económicos posean la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios⁴¹ para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad. Exigiendo, incluso, la demostración de la experiencia mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado, pero dejando un amplio margen a los poderes adjudicadores para concretar cómo valorar dicha experiencia.

Por otro lado, en los arts. 89.1.a) y 90.1.a) LCSP, referidos a los contratos de suministros y servicios, respectivamente, se utiliza la expresión *de igual o similar naturaleza* para justificar la experiencia previa del operador económico. No dependerá exclusivamente de la apreciación subjetiva del órgano de contratación, sino que se delimita por los códigos CPV⁴². Como afirma el TACRC, en su Resolución 207/2018, de 2 de marzo (y en la 442/2018, de 27 de abril, «para apreciar la similitud ente el objeto de los servicios o contratos realizados y los que son objeto del contrato, toda vez que se trata de acreditar la solvencia técnica de la empresa, ha de atenderse a una valoración de las condiciones técnicas exigidas a aquellos trabajos comparándolos con las exigidas en el contrato objeto de licitación, atendiendo para ello a los pliegos de prescripciones técnicas toda vez que a ellos está reservado especificar las características técnicas que haya de reunir la realización de las prestaciones del contrato»⁴³.

Respecto al *resto de los contratos*, el art. 91 LCSP establece que podrá realizarse por los documentos y medios previstos para los contratos de servicios.

Del resto de los artículos hay pocas modificaciones, aunque relevantes: en cuanto a la concreción de los requisitos y criterios de solvencia, el art. 92 LCSP se remite ahora no al reglamento⁴⁴ para suplir los establecidos en los anuncios de licitación, invitación a participar en el procedimiento y pliegos de condiciones, sino directamente a los establecidos en los artículos 87 a 90 de la Ley para cada tipo de contratos. Con ello se está elevando a rango legal una materia que antes estaba regulada por el reglamento, constituyendo uno de los ejemplos por los cuales se levantan críticas respecto a esta Ley, precisamente la excesiva regulación de cuestiones que tendrían cabida perfectamente en una regulación reglamentaria.

Por otro lado, el art. 93, introduce entre los certificados para acreditar el cumplimiento de las normas de garantía de la calidad⁴⁵, una especificación respecto a la accesibilidad para las personas con discapacidad. Y en lo relativo al medio ambiente, hacer una referencia en primer lugar al art. 1.3 de la Ley que ya reconoce dentro del objeto y finalidad de la Ley los criterios medioambientales y sociales, que deben ser incorporados de manera transversal y preceptiva en toda la contratación pública. Pues bien, para materia medioambiental⁴⁶, este art. 93 no solo admite el sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS)

servicios de proximidad u otros análogos entre cuyas características se encuentre, por ejemplo, el arraigo de la persona en el entorno de atención social, y siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio».

⁴¹ Respecto a las categorías profesionales y titulaciones concretas para acreditar la solvencia técnica del operador económico, las resoluciones de los Tribunales administrativos de recursos contractuales han rechazado la necesidad de que se trate de una profesión o titulación determinada, y lo dejan abierto a un nivel de conocimientos técnicos suficientes. Resoluciones TACRC 153/2017, de 10 de febrero; 517/2017, de 8 de junio; 302/2018, de 23 de marzo.

⁴² Ya se refería a ello el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, modificado por RD 773/2015, de 28 de agosto, de desarrollo de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas, aunque se refería a dos códigos (art. 67) y no a tres como hace ahora la LCSP.

⁴³ En el mismo sentido, Acuerdo 38/2018, de 6 de junio del TACP de Navarra. E informe de la JCCA de la Comunidad de Madrid 7/2016, de 22 de diciembre.

⁴⁴ En el Dictamen del Consejo de Estado 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, que informó el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, el órgano consultivo llegaba a la conclusión que el texto resultaba prolijo en cuanto a su regulación e, incluso, farragoso en ocasiones. Que resultaba excesivamente reglamentario en numerosas de sus previsiones porque regulaba cuestiones que podrían deferirse sin dificultad a disposiciones de rango inferior, aunque en otros preceptos el texto incurre en demasía a remisiones a normas reglamentarias de manera injustificada, defiriendo a estas determinaciones que deben hacerse en la norma consultada.

⁴⁵ Nuevamente recordar, que debemos entenderlos como requisitos de capacidad y no como criterios de adjudicación. Resolución TARC Junta de Andalucía 105/2015, de 17-03-2015. Informes JCCA del Estado 73/2014, de 15-03-2014 y 502/2006, de 11-12-2006.

⁴⁶ Se puede consultar, entre otros, HERNANDO ACEVEDO, R. (2017) “Los retos ambientales de las nuevas directivas. La contratación pública como herramienta”, en *Nueva contratación pública, Mercado y Medio Ambiente* (dir. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.ª), Thomson Reuters Aranzadi, primera edición, pág. 77 y ss., en especial, pág. 114-122; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.ª (2017), “Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos”, en *Nueva contratación pública, mercado y medio ambiente*, recoge las Ponencias al Congreso Internacional Nueva Contratación Pública: mercado y medio ambiente 2016, RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.ª y ALENZA GARCÍA, J. F. (coordinadores), en especial, pág. 163-167, referido a los criterios de selección y capacidad de los contratistas. Anterior en el tiempo, ALONSO GARCÍA, M.ª C. (2015) “Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE en la contratación pública verde”, en *Observatorio de los Contratos Públicos, núm. monográfico especial sobre Las nuevas Directivas de Contratación Pública* (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), Thomson Reuters Aranzadi, primera edición, pág. 279 y ss., que hace alusión al Libro Verde de la Comisión Europea titulado *La contratación pública*

como medio de acreditación, sino también otros reconocidos de conformidad con el art. 45 del Reglamento (CE) núm. 1221/2009 de 25 de noviembre de 2009. También se aceptará una descripción de las medidas de gestión medioambiental ejecutadas, siempre que el licitador demuestre que dichas medidas son equivalentes a las exigidas con arreglo al sistema o norma de gestión medioambiental aplicable (art. 94 LCSP). También se exige que se reconozcan otros certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y que el órgano de contratación o el órgano auxiliar de este puede recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o bien requerirle para la presentación de otros complementarios⁴⁷. Si se concurriera a través de una UTE cada una de las entidades debe estar en posesión de los mismos, salvo que se refieran a partes de la prestación del contrato a realizar exclusivamente por una de las empresas, no siendo posible suplir la falta con los certificados de otras empresas, aunque sean del mismo grupo.

5. FORMA DE ACREDITAR LA SOLVENCIA

En relación con este último apartado que se ha abordado, queda una cuestión por tratar relativa a la forma en que los licitadores acreditan la solvencia y es que la presentación de las ofertas por los distintos licitadores que concurren no exige desde el principio la presentación de toda la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos anteriores. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores⁴⁸, había introducido una importante simplificación administrativa para acreditar la aptitud para contratar⁴⁹, modificando el TRLCSP e introduciendo la *declaración responsable*, que favorecía la reducción de aportación de la documentación acreditativa de dicha aptitud en la fase preliminar del procedimiento de selección, llevándola a un momento posterior, cuando el licitador fuera propuesto como adjudicatario. Un paso más lo supuso la creación del denominado *Documento Europeo Único de Contratación* (DEUC)⁵⁰, que agiliza aún más el procedimiento al tratarse de un modelo normalizado. No obstante cuando la LCSP habla de los medios para acreditar la solvencia establece la posibilidad de que determinada documentación justificativa «se adjuntará o acompañará, cuando le sea requerido por los servicios depen-

en la UE: reflexiones para el futuro (1996), concretado en las Directivas de contratación de 2004, en la Comunicación de la Comisión Europea sobre *Contratación pública para un medio ambiente mejor* (2008), cuestiones de las que ya se había hecho eco nuestra Ley de Contratos de 2007, así como el Texto Refundido de 2011. Previamente un Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de mayo de 2006 había creado una Comisión Interministerial para la Incorporación de Criterios Ambientales en la Contratación Pública, que elaboró un Plan de Contratación Pública Verde para la Administración General del Estado, aprobado por Orden/Pres 116/2008, de 21 de enero. Vid. también PERNÁS GARCÍA, J. (2012) “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, en *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Aranzadi, Navarra, pág. 299 y ss. y, más concretamente, pág. 311-314. También SARA-SÍBAR IRIARTE, M. (2015) “La contratación pública se viste de verde”, en *Observatorio de los Contratos Públicos ...*, op. cit., pág. 317 y ss. En relación a las cláusulas sociales, ALMODÓVAR IÑESTA, M. (2019), “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, en *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (Directores), Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 387 y ss.

⁴⁷ Ya el Informe de la JCCA del Estado 1/2006, de 14-12-2006, en relación a las buenas prácticas medioambientales a considerar en la contratación de obras públicas, y en aplicación del principio de proporcionalidad entre las exigencias de dichos certificados y el objeto del contrato nos decía que podían utilizarse como criterios de selección una experiencia determinada en aspectos medioambientales o la exigencia de que los contratistas actuasen en el marco de un sistema de gestión medioambiental (por ejemplo, la ISO 14001, o similar). Respecto al principio de proporcionalidad y relación con el objeto del contrato, nuevamente, Resoluciones TARC de la Junta de Andalucía 50/2016, de 10-03-2016; 83/2016, de 21-04-2016. Y que para evitar discriminaciones, esos otros certificados equivalentes deben venir especificados en el pliego, conforme Resoluciones TACRC 125 y 126/2012, de 04-07-2012.

⁴⁸ La Ley pretendió introducir una serie de reformas favorables al crecimiento y a la reactivación económica, mediante una mayor valoración de la actividad emprendedora, intentando otorgar beneficios a todas las empresas «con independencia de su tamaño y de la etapa del ciclo empresarial que la que se encuentren» (como dice en su Exp. de Motivos, II). Esas son las razones por las que se introducen una serie de medidas para impulsar la contratación pública con los emprendedores, eliminando posibles obstáculos, considerando como tales las situaciones de ventaja que podían tener en los procedimientos de contratación pública determinados contratistas que previamente ya habían contratado con las Administraciones Públicas.

⁴⁹ La tendencia a la simplificación ya venía siendo exigida tanto por las Resoluciones del TACRC como por los informes de la JCCA del Estado. Ejemplo, Resolución TACRC 278/2012, de 05-12-2012, informes JCCA del Estado 13/92, de 07-05-1992; 1/94, de 03-02-1994; 26/97, de 14-07-1997. Incluso Sentencias del TS de 05-06-1971 (RJ1971, 3120); 27-11-1984 (RJ 1984, 6617); 06-07-2004 (RJ 2004, 5101).

⁵⁰ Sobre la declaración responsable y el DEUC, se puede consultar MEDINA ARNÁIZ, T. (2016) “El Documento Europeo Único de Contratación. Un paso más para reducir la carga burocrática en la contratación pública”, en *Observatorio de los contratos públicos 2015*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, pág. 247 y ss.; del mismo autor (2019), “Avanzando en la reducción de las cargas administrativas vinculadas a la selección del contratista”, en *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, op. cit., pág. 101 y ss.

dientes del órgano de contratación», sin especificar ni concretar el cuándo, lo que obligaría realmente a los licitadores a tener disponible dicha documentación⁵¹ en cualquier momento por si le pudiera ser requerida. Con carácter general, no obstante, la disponibilidad tiene que darse desde el primer momento, antes incluso de la finalización del plazo para la presentación de las ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato, es decir, el de su formalización (art. 140.4 y 36 LCSP).

Respecto al DEUC, se introduce por el art. 59 de la Directiva 2014/24, de 26 de febrero, sobre contratación pública y es desarrollado por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7, de la Comisión, de 5 de enero, que estableció el formulario normalizado de Documento y permite acreditar por parte del licitador y referido al momento de presentación de ofertas, los siguientes aspectos: a) la concurrencia o no de los motivos de exclusión del art. 57 de la Directiva; b) el cumplimiento de los criterios de selección del art. 58 de la Directiva, relativos a la habilitación para ejercer la actividad profesional; la solvencia económico-financiera y la capacidad técnica y profesional; c) el cumplimiento de las normas y los criterios del art. 65 de la Directiva (referido a la reducción del número de candidatos cualificados a los que se invita a participar); y d) lo relativo a terceras empresas a cuyos medios se recurra, conforme al art. 63 de la Directiva.

El DEUC supone una declaración formal, en formato electrónico, que realiza el operador económico, en el que se indica que no es de aplicación motivo alguno de exclusión y/o que cumple los criterios de selección pertinentes, y facilitará la información requerida por el poder adjudicador. Indicará, además, la autoridad pública o el tercero encargado de establecer los documentos justificativos e incluirá una declaración formal en el sentido de que el operador económico podrá, previa petición y sin demora, facilitar dichos documentos justificativos.

6. UN SUPUESTO ESPECIAL: LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS

Ya hemos visto anteriormente cómo la LCSP incorpora algunas novedades en cuanto al régimen jurídico de los contratos, en general, de los servicios⁵², en particular y también en temas de solvencia técnica, como se ha señalado. Si nos centramos en el contrato de servicios, una particularidad se produce en relación con la contratación de los servicios jurídicos, fundamentalmente por la distinta regulación de la Directiva 2014/24/UE y la LCSP, puesto que nuestro legislador no ha transpuesto de igual forma dicha norma europea, distanciándose así de su regulación y de lo establecido en otros países de la Unión Europea que han sido más fieles a la regulación comunitaria. Y esta situación ha provocado, en poco tiempo, la reacción de nuestros órganos contractuales internos e, incluso, del propio TJUE.

La situación que se plantea es la siguiente: la Directiva 2014/24/UE contempla los servicios jurídicos como contratos de servicios específicos del anexo XIV, entendiéndose que para estar sometidos a regulación armonizada su importe tiene que ser superior a 750.000 €, salvo que se trate de servicios concretamente excluidos. Y excluye de su ámbito de aplicación determinados servicios jurídicos, en el art. 10.d) de la misma, concretamente aquellos que tengan como objeto:

- i) «Representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (Considerando 25) en:
 - un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o
 - un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.
- ii) Asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el inciso i) de la presente letra, o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE.

⁵¹ Respecto a dicha documentación, el TJUE admite que se presenten documentos que no figuraban en la oferta inicial cuando constituyan una mera aclaración puntual o una corrección de errores materiales manifiestos, porque de lo contrario se podría entender que se está produciendo una modificación sustancial de la oferta inicial (STJUE de 7 de abril de 2016, asunto C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*).

⁵² CASTIÑEIRA PIÑEIRO, J. C. (2018), “Los contratos de servicios en la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Revista de Estudios Locales CUNAL*, núm. 205, pág. 318 y ss.; RUBIO BELTRÁN, J. (2019), “La contratación de los servicios jurídicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, en *REALA, Nueva Época*, núm. 11, pág. 184 y ss.

- iii) Servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario.
- iv) Servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos proveedores sean designados por un órgano jurisdiccional en el Estado miembro en cuestión o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.
- v) Otros servicios jurídicos que en el Estado miembro de que se trate estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público».

La justificación de esta exclusión se encuentra en el considerando 25 de la propia Directiva cuando afirma que «...Dichos servicios jurídicos son prestados normalmente por organismos o personas nombrados o seleccionados mediante un procedimiento que no puede regirse por las normas de adjudicación de los contratos, como ocurre, por ejemplo, en algunos Estados miembros, con el nombramiento del Ministerio fiscal. Por consiguiente, estos servicios jurídicos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva». Aunque el ejemplo que utiliza la Directiva no sirve precisamente para justificar, por la misma razón, los servicios de defensa y dirección letrada en cualquier tipo de proceso judicial o extrajudicial así como el asesoramiento previo a cualquier Entidad del Sector Público⁵³, puesto que no es la misma la forma de elección del Ministerio Fiscal que en los casos de servicios de defensa y dirección letrada.

En el Derecho interno, los servicios jurídicos no tienen una regulación específica diferente al resto de servicios. Partiendo de la definición general del contrato de servicios que da el art. 17 LCSP, en los artículos 11.2 y 3 solamente se excluye de la aplicación de la Ley, «... las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general», así como «los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación». El resto de contratos de servicios jurídicos, incluidos los que la Directiva excluye, quedan sometidos a los preceptos de la LCSP, aunque con un régimen especial precisamente para aquellos que son excluidos por dicha Directiva. Se trata del art. 19.2.e), que excluye de la regulación armonizada aquellos contratos que tengan por objeto alguno de los siguientes servicios jurídicos:

«1.º La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.

2.º El asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior de la presente letra, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado.

3.º Los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público.

4.º Los servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos prestadores sean designados por un órgano jurisdiccional o designados por Ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.

5.º Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público».

Sobre esta regulación, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha elaborado su Informe 4/2019, sobre consulta planteada por el Presidente de la Diputación Provincial de Guadalajara, haciendo suyas las argumentaciones de la Abogacía General del Estado en su informe Ref: A. G.- ENTES PÚBLICOS 45/2018 (R-436/2018), con cita de otros informes precedentes (de 20 de febrero de 2018, referencia A. G. Varios 1/2018, R-176/2018), así como la aplicación de los principios generales a los que alude la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable a la adjudicación de contratos no

⁵³ SAZ CORDERO, S. (2019), «La contratación de los servicios jurídicos por las entidades del sector público», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1, pág. 88 y ss. entiende que un posible motivo de exclusión puede ser la presión de la profesión en el ámbito europeo.

cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública, publicada en el diario Oficial de la Unión Europea de 1 de agosto de 2006. Sería esta, a juicio de la Abogacía General del Estado y de la propia JCCA, la normativa aplicable, que garantiza la aplicación de unos principios generales que flexibilizan considerablemente el procedimiento de adjudicación⁵⁴, sin que ello impida la aplicación de cualesquiera de los procedimientos de adjudicación que regula la LCSP.

En este caso, entiende la Junta Consultiva en el Informe analizado, que la contratación deberá efectuarse de forma conjunta, mediante la adjudicación de un solo contrato, teniendo en cuenta la cuantía global de todos los juicios o prestaciones jurídicas que comprenda, o en su caso el plazo de duración del servicio de defensa legal, con respeto absoluto por los principios de publicidad y libre concurrencia, por lo que es aconsejable la celebración de un único contrato de representación y defensa en juicio y no de uno por cada juicio que se celebre. Aunque, dada la especificidad o excepcionalidad de determinados casos, que pueden requerir una especialización jurídica determinada, también se puede contratar de forma singular para un pleito determinado, previa justificación de esta peculiaridad en el expediente.

Sobre esta cuestión, que dará sin lugar a dudas pie para muchas más páginas de doctrina y decisiones de nuestros Tribunales, se ha pronunciado también recientemente la STJUE de 6 de junio de 2019 (asunto C-264/18), que resuelve una cuestión prejudicial en la que se plantean si el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v) de la Directiva comentada es compatible con el principio de igualdad, en relación con el principio de subsidiariedad y con los artículos 49 y 56 TFUE, por relación a la exclusión de los servicios jurídicos de su ámbito objetivo de aplicación que realiza la normativa belga de transposición de la Directiva.

En esta sentencia el Tribunal entiende que la Directiva no infringe el principio de igualdad precisamente por la mutua confianza y la confidencialidad como rasgos que caracterizan a estos servicios jurídicos, lo que los distingue de otros servicios de carácter intelectual y justifica su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva⁵⁵. Son la mutua confianza y la confidencialidad los rasgos que justifican tanto la no vulneración del principio de igualdad, como la exclusión de un procedimiento ordinario de contratación, línea a la que apunta en último lugar el Informe de la JCCA comentado, con una cierta contradicción con la STJUE⁵⁶.

⁵⁴ Reproducimos aquí algunos párrafos del Informe 4/2019: afirma la JCCA, en su apartado 4 que «...cuando la Directiva decide excluir de su ámbito propio a un determinado servicio no cabe duda de que el legislador español actúa correctamente excluyendo estos servicios de la regulación armonizada, que representa el máximo nivel de sujeción al derecho público. Sin embargo, la anterior conclusión no quiere decir que estos contratos tengan que ser obligatoriamente excluidos del ámbito de aplicación de la legislación interna. Antes al contrario, el legislador interno goza de potestad de permitir su regulación por la norma contractual pública del Estado miembro en cuestión, a pesar de que por expresa indicación del derecho comunitario no estén sujetos a la Directiva».

Por lo tanto, en el caso que nos atañe, esto es, la prestación de servicios consistentes en la defensa legal de las Administraciones Públicas mediante abogado, tal prestación nunca puede ser calificada como contrato sujeto a regulación armonizada cualquiera que sea su valor estimado, pero eso no implica que no puedan calificarse como contratos de servicios a los efectos de la aplicación de las reglas sobre contratación pública que fueran procedentes en cada caso.

Esta decisión del legislador español es perfectamente congruente con el texto y el espíritu de la Directiva y no puede calificarse como una incorrecta transposición de la misma.

Y después de declarar la aplicación de esos principios generales de la Comunicación comunitaria a la que hemos hecho referencia, señala que es indiferente la naturaleza pública o privada de la entidad contratante y del carácter administrativo o privado del contrato resultante, continúa afirmando que «...corresponderá a la entidad adjudicadora del contrato decidir si el mismo encierra potencialmente interés para los operadores económicos de otros Estados de la Unión Europea. Si así fuese deberían tenerse en cuenta los criterios establecidos en la Comunicación que exigen la publicación del anuncio en el sitio web de la entidad adjudicadora, la descripción no discriminatoria del objeto del contrato, igualdad de acceso para los operadores económicos y plazos adecuados para la presentación de ofertas. Si, por el contrario, carece el contrato de interés para los operadores económicos de otros Estados miembros, sería admisible prescindir del requisito de publicidad y limitar el número de empresas a las que se solicite ofertas». Y esta conclusión no excluye que pueda ser utilizado cualquier de los procedimientos de adjudicación de la LCSP «pues la legislación comunitaria y la LCSP constituyen una normativa de mínimos que no impide la aplicación de un procedimiento más riguroso».

⁵⁵ Entiende el Tribunal que los «...servicios prestados por un abogado solo se conciben en el marco de una relación intuitu personae entre el abogado y su cliente, marcada por la más estricta confidencialidad» y que dicha relación, caracterizada por la libre elección que el cliente hace de su abogado «dificulta la descripción objetiva de la calidad esperada de los servicios que hayan de prestarse». Entiende el Tribunal que dicha confidencialidad trata tanto de salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos de defensa de los justiciables, como de proteger la exigencia de que todo justiciable tenga la posibilidad de dirigirse con entera libertad a su abogado y que la misma «podría verse amenazada por la obligación del poder adjudicador de precisar las condiciones de adjudicación de ese contrato y la publicidad que debe darse a tales condiciones».

⁵⁶ En un comentario a esta sentencia TEJEDOR BIELSA, J. (2019), «La frustrada flexibilidad en España de los servicios jurídicos promovida por la normativa europea», en la página web (consultada el 08-07-2019), <https://www.administracionpublica.com/la-frustrada-flexibilidad-en-espana-de-los-servicios-juridicos-promovida-por-la-normativa-europea/#>, entiende que la forma en que el legislador español de contratos ha llevado a nuestra LCSP la exclusión que hace la Directiva comunitaria «no resulta coherente con las razones que llevaron al legislador europeo a excluirlos para que tuviesen un régimen más flexible. El resultado es incoherente, algo demasiado habitual en nuestra normativa básica contractual».

La mutua confianza, la confidencialidad, entre el cliente, público o privado, y el profesional, que caracterizan al contrato de servicios jurídicos, como hemos señalado, afectan también a la solvencia técnica, en especial al requisito de la experiencia que hemos analizado en páginas precedentes. Dicha experiencia se demuestra, bien por haber presado servicios en el ámbito local⁵⁷, bien en un ámbito específico de la jurisdicción⁵⁸, aunque ya hemos visto también que en ocasiones se han exigido un número excesivo de años, o de asuntos, lo que ha sido calificado por nuestros órganos contractuales como desproporcionado. En otras ocasiones no ha sido considerado así por el propio TACRC que ha considerado válido, desestimando el recurso especial correspondiente, que la solvencia relativa a los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza puede acreditarse aportando copias simples de sentencias que así lo acrediten, por tratarse de un medio opcional que no excluye otras formas de acreditación⁵⁹. Entiende el Tribunal que en este supuesto el criterio establecido en los pliegos ni es desproporcionado ni supone una restricción injustificada de la competencia o del principio de igualdad entre los posibles licitadores. En otra resolución, el Tribunal, partiendo del análisis de la regulación comunitaria sobre los contratos de servicios jurídicos, como hemos tenido ocasión de establecer en párrafos anteriores, analiza también criterios de solvencia técnica exigidos en los pliegos de la licitación, pero para llegar en este caso a la conclusión de que los licitadores no cumplían el mínimo de experiencia exigido por dichos pliegos⁶⁰, sin que se hubiera planteado ninguna duda sobre la legalidad del clausulado de los mismos.

Nada impediría, evidentemente, el demostrar la experiencia a través de los títulos académicos y profesionales del personal relacionado en este caso con el abogado que presta los servicios jurídicos, así como integrar dicha experiencia a través de medios profesionales externos, pero, entiendo, sin que sea admisible la subcontratación, dada esa especial relación de confianza a la que se ha hecho alusión.

CONCLUSIONES FINALES

La nueva LCSP ha supuesto importantes modificaciones en materia de contratación pública, entre otros aspectos, en el tema de la solvencia técnica y la valoración de la experiencia de los licitadores, que

⁵⁷ Por ejemplo, en poblaciones de población superior a 20.000 habitantes, aunque como ya hemos visto, los Tribunales de contratación entienden que estas exigencias limitan la concurrencia y son desproporcionadas, y que pueden utilizarse fórmulas alternativas para el ámbito local. Resolución 333/2016, de 29 de abril, del TACPM, mencionada anteriormente.

⁵⁸ Por ejemplo, la contencioso-administrativa, o haber estado colegiado como abogado ejerciente durante un tiempo superior a 10 años, siendo así que los funcionarios públicos también han podido adquirir en su vida laboral amplios conocimientos jurídico administrativos. Entre otras, Resoluciones del TACRC 207/2014, de 14 de marzo y 238/2016, de 1 de abril. Y Resolución del TARC de Castilla y León 79/2016, de 16-11-2016, mencionada también con anterioridad.

⁵⁹ El supuesto se planteaba en la Resolución del TACRC 1021/2018, de 12 de noviembre, en un recurso especial frente a los pliegos de contratación de unos servicios de asistencia jurídica y defensa judicial del Ayuntamiento de Denia. La resolución analiza si resulta válido un criterio que consiste en atribuir 10 puntos, 0,5 por cada sentencia favorable, recogido en los pliegos, y concluye que, aunque sea imperfecto, es válido y adecuado. El recurrente había señalado que la atribución de esa puntuación por sentencias favorables es contraria a la Ley porque la obtención de una sentencia favorable no depende exclusivamente de la labor profesional del abogado, sino que depende de una infinidad de factores ajenos a la calidad del trabajo de este. Afirma el Tribunal lo siguiente: «...En este caso vemos que la exigencia de la solvencia profesional que se cuestiona aparece en el anuncio de licitación y en el pliego y, siendo un contrato de servicios de asistencia jurídica, se puede considerar perfectamente válido y vinculado a su objeto, que se presenten las sentencias judiciales en el número exigido por el pliego, favorables...pero es también cierto que, dentro de su imperfección, constituye un indicio objetivo y muy valioso para evaluar la calidad profesional de la actuación de los abogados en el ámbito procesal que se trata de valorar. En este caso, a la aportación de sentencias favorables se le da una puntuación de 10 sobre 60, en concreto de 0,5 puntos a cada sentencia favorable, hasta llegar al máximo de los 10 puntos, lo que implica que, en definitiva, se van a valorar hasta un tope de 20 sentencias favorables, y correspondientes todas ellas a dos años (2016 y 2017). A juicio de este Tribunal no parece desproporcionada la exigencia de que se aporten un mínimo de 20 sentencias favorables obtenidas en dos años, teniendo en cuenta, además, que no se trata de un umbral técnico, es decir, no es un tope mínimo sin el cual no se pueda admitir al licitador que no las presente, sino que opera tan solo como un criterio de valoración, de manera que no limita ni restringe el derecho o la condición del licitador, sino que solo atribuye mayor puntuación al licitador que acredite haber obtenido mayor número de sentencias favorables...Por lo tanto, es opinión de este Tribunal que este criterio de valoración resulta plenamente válido, sin suponer una restricción injustificada de la competencia o del principio de igualdad en la presente licitación, ya que no limita los derechos de los licitadores, ni supone una carga desproporcionada para los mismos, por todo ello, este criterio, a juicio de este Tribunal, cumple con lo dispuesto dentro de la LCSP».

⁶⁰ Se trata en este caso de la Resolución del TACRC 715/2018, de 27 de julio, sobre servicio de asesoría y representación jurídica en el ámbito de la seguridad social, civil y penal vinculado a los accidentes de trabajo in itinere o en misión para MAZ, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y los criterios de solvencia técnica exigidos eran los siguientes: demostrar con un certificado de buena ejecución haber prestado este tipo de servicios en el ámbito de la Seguridad Social; y aportar currículum vitae que acreditara un mínimo de cinco años de colegiación y un mínimo de cinco años de ejercicio profesional en el ámbito de la Seguridad Social, concretamente en la defensa de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

ha sido precisamente el objeto de estudio de este trabajo. Se han analizado numerosas resoluciones de órganos contractuales, tanto de las Juntas Consultivas de Contratación, bien de la estatal o de las distintas Comunidades Autónomas, como de los Tribunales de Recursos Contractuales, así como jurisprudencia de nuestros Tribunales y del TJUE, observándose, en general, una interpretación más favorable a la contratación que la que había sido exigida previamente por los pliegos de contratación analizados, que vulneraban en ocasiones los principios de proporcionalidad, igualdad, no discriminación, concurrencia e integridad.

Esta interpretación más favorable se producía ya con anterioridad, incluso, a la entrada en vigor del nuevo paquete normativo comunitario de 2014 y que dio lugar a la última modificación de la legislación en materia contractual. Como consecuencia de la misma, y dentro de una acción positiva de las políticas públicas, se introdujeron en la nueva LCSP medidas tendentes a proteger a las PYMES, en la fase de licitación que aquí se analiza, en cuanto a requisitos de solvencia técnica y experiencia exigidas a las mismas, reduciendo el número de años a tener en cuenta para acreditar dicha experiencia. Medida que se implementa también para las empresas de nueva creación, que no pueden, precisamente por dicha circunstancia, demostrar experiencia previa. Se ha analizado, además, favoreciendo a mayores esta situación, la acreditación acudiendo a medios externos, así como los valores transversales relativos al valor social y ambiental y el papel que pueden jugar en dicha acreditación.

Por último, una precisión respecto a la regulación de la prestación de servicios jurídicos, con la paradoja inicial que se encuentra cualquier estudioso de esta materia, de que la regulación nacional es distinta a la comunitaria. No es que esta evidencia resulte novedosa respecto a la forma de actuar de nuestro legislador en otras ocasiones, pero pensemos que si la pretensión comunitaria es favorecer una mayor competencia al excluir determinados contratos de servicios jurídicos del ámbito de la aplicación de la Directiva, ello no se consigue, si nuestro legislador los sigue sometiendo al ámbito de aplicación de la LCSP, bien que lo haga excluyéndolos del ámbito de aplicación de la regulación armonizada, con las implicaciones que ello conlleva. En relación con este tema, tampoco será una medida favorecedora de las PYMES la exigencia que nuestra Junta Consultiva de Contratación Pública del Sector Público hace de que la contratación se efectúe de forma conjunta a través de un único contrato en contradicción con la división por lotes por la que apuesta la nueva LCSP, aunque dicha división tampoco garantiza en realidad que las PYMES puedan acceder más y mejor al procedimiento de contratación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMODÓVAR IÑESTA, M. (2019): “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (dirs.): *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, pág. 387 y ss. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALONSO GARCÍA, M.ª C. (2015): “Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE en la contratación pública verde”, en GIMENO FELIÚ, J. M.ª, GALLEGO CÓRCOLES, I., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y MORENO MOLINA, J. A.: *Observatorio de los Contratos Públicos. Las nuevas Directivas de Contratación Pública: (Ponencias Sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, núm. monográfico especial, pág. 279 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- BUDRÍA ESCUDERO, A. (2013): “La acreditación de la solvencia por medios externos”, en *Revista de Estudios Locales CUNAL*, núm. 161 (extraordinario), pág. 235 y ss.
- CARLÓN RUIZ, M. (2010): “El principio de proporcionalidad”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, pág. 209 y ss. Madrid: La Ley.
- CASTIÑEIRA PIÑEIRO, J. C. (2018): “Los contratos de servicios en la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Revista de Estudios Locales CUNAL*, núm. 205, pág. 318 y ss.
- CEA AYALA, A. (2016): “Requisitos de solvencia del empresario”, en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 146, pág. 20 y ss.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2018): *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (2011): “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.); y DEL OLMO ALONSO, J. (coord.): *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, pág. 33 y ss. Valladolid: Lex Nova.
- CUNILLERA BUSQUETS, M. (2013): “A vueltas con los requisitos de solvencia en las licitaciones administrativas. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de octubre de 2012”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 2, pág. 159 y ss.

- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2014): “Aplicación de medidas de gestión medioambiental como requisito de acreditación de solvencia técnica”, en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 134, pág. 53 y ss.
- GARCÍA SANTOS, J. y JURADO JIMÉNEZ, J. C. (2018): “Aptitud para contratar con el sector público. Capacidad y solvencia del empresario”, en GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLES, I. (dir.): *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. II, pág. 1.043 y ss. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2012): “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.): *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, pág. 25 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2013): “Novedades en la nueva normativa comunitaria sobre contratación pública”, en *Revista de Estudios Locales CUNAL*, núm. 161, pág. 15 y ss.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2013): “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, pág. 39 y ss.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia: El contrato público como herramienta de liderazgo institucional de los poderes públicos*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2017): “La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades”, en *Documentación Administrativa, DA. Nueva Época*, núm. 4, pág. 7 y ss. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10493>.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2017): “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, REALA. Nueva Época*, núm. 7, pág. 45 y ss. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i7.10419>.
- GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2015): “Integridad en la contratación pública: patologías al uso. A propósito del informe de la Comisión Europea sobre lucha contra la corrupción”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a, GALLEGU CÓRCOLES, I., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y MORENO MOLINA, J. A.: *Observatorio de los Contratos Públicos. Las nuevas Directivas de Contratación Pública: (Ponencias Sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, núm. monográfico especial, pág. 253 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- HERNANDO ACEVEDO, R. (2017): “Los retos ambientales de las nuevas directivas: la contratación pública como herramienta”, en RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a (dir.): *Nueva contratación pública: Mercado y Medio Ambiente*, pág. 77 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- HUERGO LORA, A. (2005): “El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 126, pág. 217 y ss.
- HUERGO LORA, A. (2017): “La experiencia como requisito para contratar con el sector público y sus límites. Casos recientes”, en *Estudio Jurídico Ius Publicum: Expertos en Derecho Administrativo* (consultado 18-05-2019). URL: <http://estudiojuridicoip.com/la-experiencia-requisito-solvencia-tecnica-profesional-contratar-sector-publico-limites-casos-recientes/>.
- LÓPEZ TOLEDO, P. (2014): “La contratación pública verde y su nueva regulación en el Derecho de la Unión Europea”, en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 134, pág. 15 y ss.
- MARTÍNEZ HELLÍN, J. (2011): “La adecuada determinación de los criterios de solvencia del contratista. Especial referencia al respeto a los principios de no discriminación e igualdad de trato”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 15-16, pág. 1.872 y ss.
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2015): “La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a, GALLEGU CÓRCOLES, I., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y MORENO MOLINA, J. A.: *Observatorio de los Contratos Públicos. Las nuevas Directivas de Contratación Pública: (Ponencias Sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, núm. monográfico especial, pág. 383 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2016): “El Documento Europeo Único de Contratación. Un paso más para reducir la carga burocrática en la contratación pública”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.): *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, pág. 247 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2017): “El requisito de solvencia en la Ley de Contratos del Sector Público”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.): *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, pág. 167 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2018): *Las prohibiciones de contratar desde una perspectiva europea*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2019): “Avanzando en la reducción de las cargas administrativas vinculadas a la selección del contratista”, en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (dirs.): *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, pág. 101 y ss. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORENO MOLINA, J. A. (2000): “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 151, pág. 319 y ss.
- MORENO MOLINA, J. A. (2006): *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*. Albacete: Bomarzo.

- MORENO MOLINA, J. A. (2012): “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.): *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, pág. 3.492 y ss. Madrid: Thomson Reuters.
- MORENO MOLINA, J. A. (2013): “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.): *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, pág. 115 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- MORENO MOLINA, J. A. (2014): “La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español”, en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 129, pág. 16 y ss.
- MORENO MOLINA, J. A. (2018): “Globalización en el derecho de la contratación pública”, en VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA, A. M. y DESCALZO GONZÁLEZ, A. (coords.): *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, vol. II, pág. 1.743 y ss. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORENO MOLINA, J. A. y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P. (2014): “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (dirs.): *La contratación pública a debate: presente y futuro*, pág. 139 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- PERNAS GARCÍA, J. J. (2012): “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, pág. 299 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- PERNAS GARCÍA, J. J. (2014): “La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público”, en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (dirs.): *La contratación pública a debate: presente y futuro*, pág. 345 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a (2000): “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública”, en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 6, pág. 5 y ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a (2015): “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, pág. 97 y ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a (2017): “Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos”, en RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y ALENZA GARCÍA, J. F. (coords.): *Nueva contratación pública, mercado y medio ambiente. Congreso Internacional Nueva Contratación Pública: mercado y medio ambiente 2016*, pág. 147 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a (2018): “Los principios generales de la contratación pública”, en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.): *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. I, pág. 181 y ss. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RUBIO BELTRÁN, J. (2019): “La contratación de los servicios jurídicos en la le 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, REALA. Nueva Época, núm. 11, pág. 184 y ss. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i11.10570>.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016): “Contratos del sector público y derecho de la Unión”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pág. 83 y ss. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.200.05>.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2013): “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, pág. 25 y ss.
- SARASÍBAR IRIARTE, M. (2015): “La contratación pública se tiñe de verde”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a, GALLEGO CÓRCOLES, I., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y MORENO MOLINA, J. A.: *Observatorio de los Contratos Públicos. Las nuevas Directivas de Contratación Pública: (Ponencias Sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, núm. monográfico especial, pág. 317 y ss. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- SAZ CORDERO, S. (2019): “La contratación de los servicios jurídicos por las entidades del sector público”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1, pág. 88 y ss.
- TEJEDOR BIELSA, J. (2018): *La contratación pública en España ¿sobreabundancia o estrategia?: Causas y consecuencias de su problemática aplicación*. Madrid: Thomson Reuters.
- TEJEDOR BIELSA, J. (2019): “La frustrada flexibilidad en España de los servicios jurídicos promovida por la normativa europea”, en *El blog de esPublico. Mejor blog nacional público* (consultado 08-07-2019). URL: <https://www.administracionpublica.com/la-frustrada-flexibilidad-en-espana-de-los-servicios-juridicos-promovida-por-la-normativa-europea/#>.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J. (2018): “La solvencia en la nueva LCSP”, en GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, pág. 715 y ss. Navarra: Thomson Reuters.



Urbanismo y género: del informe de impacto de género al principio de igualdad de trato como inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano

Urbanism and gender: from the gender impact report to the principle of equal treatment as an inspiration for the new conception of urban development

Esther Rando Burgos
Universidad de Málaga (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4832-3610>
erando@uma.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctora en Derecho por la Universidad de Málaga. Licenciada en Derecho y Licenciada en Ciencias del Trabajo por la Universidad de Málaga. Diplomada en Ordenación del Territorio y Máster en Regulación Económica y Territorial: especialidad Urbanismo, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. Sus líneas de investigación se centran en el ámbito del urbanismo y la ordenación del territorio, así como en la jurisdicción contencioso-administrativa.

RESUMEN

El avance de las políticas urbanas en el marco del derecho a la ciudad y la paulatina inclusión del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, lleva a que cada vez estén más presentes aspectos como la perspectiva de género, la sostenibilidad, la cohesión social o la participación, en suma, la búsqueda de ciudades más inclusivas, más humanas y más habitables. En no demasiado tiempo, se ha pasado de tratar de garantizar el cumplimiento de determinados aspectos en el planeamiento a través de los correspondientes informes, trámite formal desde el punto de vista procedimental, a la inclusión de criterios en los nuevos modelos de desarrollo territorial y urbano con la incorporación de medidas concretas dirigidas a su efectividad. El trabajo se centra por un lado en analizar cuándo es exigible el informe de impacto de género a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y por otro la novedad que supone el expreso reconocimiento en sede jurisdiccional del derecho a la ciudad y el principio de igualdad de trato, inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano y territorial sostenible, así como su paulatina inclusión en los marcos legislativos autonómicos.

PALABRAS CLAVES

Urbanismo; principio de igualdad de trato; derecho a la ciudad; desarrollo territorial y urbano sostenible; control judicial.

ABSTRACT

The advance of urban policies within the framework of the right to the city and the gradual inclusion of the principle of territorial and sustainable urban development means that aspects such as the gender perspective, sustainability, social cohesion or participation are increasingly present, in short, the search for more inclusive, more humane and more livable cities. In not too much time, it has gone from trying

to guarantee the fulfillment of certain aspects in the planning through the corresponding reports, formal procedure from the procedural point of view, to the inclusion of criteria in the new models of territorial and urban development with the incorporation of concrete measures aimed at their effectiveness. The work focuses, on the one hand, on analyzing when the gender impact report is required in the light of the recent jurisprudence of the Supreme Court and, on the other hand, on the novelty of the express recognition in jurisdictional headquarters of the right to the city and the principle of equal treatment, inspiring the new conception of sustainable urban and territorial development, as well as its gradual inclusion in the autonomous legislative frameworks.

KEYWORDS

Urbanism; principle of equal treatment; right to the city; sustainable territorial and urban development; judicial control.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. SOBRE EL INFORME DE EVALUACIÓN DE IMPACTO DE GÉNERO EN LOS PLANES URBANÍSTICOS Y LAS CONSECUENCIAS DE SU OMISIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA. 1.1. CONTEXTO DE PARTIDA. 1.1.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2015: Nulidad del POTS de la Costa del Sol. 1.1.2. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2016: Informe de impacto de género en el Reglamento de la Ley de Costas. 1.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2018: FIJACIÓN DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA EXIGIBILIDAD DEL INFORME DE IMPACTO DE GÉNERO EN PLANES URBANÍSTICOS. 1.2.1. Antecedentes: la dificultad de Boadilla del Monte para dotarse de un PGOU y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. 1.2.2. El recurso de casación ante el Tribunal Supremo y la doctrina fijada. 2. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO COMO INSPIRADOR DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DESARROLLO URBANO. 2.1. PREVISIONES EN EL MARCO LEGISLATIVO ESTATAL. 2.2. INCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO POR LAS LEGISLACIONES URBANÍSTICAS AUTONÓMICAS. 2.3. UN PASO MÁS: DE LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES A LA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO EN LAS LEGISLACIONES URBANÍSTICAS AUTONÓMICAS. 2.3.1. La memoria social de los planes urbanísticos. 2.3.2. Determinaciones específicas en el contenido sustantivo de los planes. 2.3.3. Criterios y reglas para la planificación con perspectiva de género: la apuesta valenciana. 2.3.4. Los criterios de sostenibilidad y su concreción en la perspectiva de género: el reto extremeño. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores problemas a los que se vienen enfrentando en los últimos años tanto los instrumentos de planificación territorial como de planeamiento urbanístico es su declaración de nulidad de pleno derecho por los Tribunales. En la mayoría de ocasiones, además, derivado de cuestiones formales y en consecuencia sin entrar a valorar la idoneidad del modelo previsto en aquéllos, el plano sustantivo de los instrumentos sometidos a revisión jurisdiccional.

Esta situación es de tal magnitud que ha llegado incluso a «rizar el rizo» con municipios que se han enfrentado hasta en dos ocasiones a la anulación de sus planes urbanísticos, con la consecuente inseguridad jurídica tanto para los ciudadanos para también para los propios municipios que se han visto durante décadas sin un instrumento que dotara de seguridad jurídica el marco de desarrollo del modelo de ciudad previsto sus planes¹. El motivo se sustenta en la consideración de los planes urbanísticos y territoriales como normas de carácter reglamentario a las que les resultan de aplicación las reglas de nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho. Numerosos trabajos se han ocupado de analizar esta cuestión, desde hace años en el «candelero» de la polémica por los devastadores efectos que produce y por el elevado número de instrumentos que se han visto afectados por la aplicación de esta doctrina jurisprudencial que mantiene nuestro Alto Tribunal². Aunque

¹ A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:623), venía a declarar nulo por segunda vez el Plan General de Ordenación Municipal del municipio gallego de Verín, aprobado en el año 2012.

² Sobre el particular véase, entre otros, los trabajos de SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016): "Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes", en *Práctica Urbanística*, núm. 141.; GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2018): "Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas legislativas al respecto",

es difícil concretar el número de planes que se han visto afectados³, pese a los intentos de aproximarse a su cuantificación, las elevadas cifras y las graves consecuencias que se generan hace precisa una solución que se viene predicando como urgente. Sólo por omisión de la Evaluación Ambiental Estratégica, RAMOS cuantificaba en 2017, en más de noventa los planes urbanísticos anulados, el mismo autor, señalaba idéntica cifra al referirse a los planes de urbanismo anulados por no justificar la disponibilidad de recursos hídricos⁴.

La casuística, como decimos, es enorme. Ahora bien, en este contexto general, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 10 de diciembre de 2018⁵ (STS de 10 de diciembre de 2018), aborda diversas cuestiones de interés que van mucho más allá del mero pronunciamiento sobre la posible nulidad de un plan urbanístico por la omisión de un trámite formal. Por un lado, porque tras numerosas resoluciones en las que se anulaban instrumentos de planeamiento, no pocas motivadas por la carencia de alguno de los informes preceptivos exigidos por la legislación sectorial o urbanística, de manera casi sorprendente, el Tribunal Supremo (TS) parece dar un cambio de rumbo (o al menos, deja ver un hilo de luz), revocando la nulidad de un Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) que ya había sido anulado en la instancia, precisamente motivado en la carencia de uno de estos informes, en concreto el informe de impacto de género. Pero además, y precisamente por la particularidad de la materia, esta Sentencia lleva al TS a realizar por primera vez ciertas reflexiones sobre la importancia del principio de igualdad de trato en tanto inspirador de la nueva concepción del derecho a la ciudad.

Si bien el punto de partida se encuentra en la citada resolución judicial, no se trata de realizar un comentario a lo allí señalado, sino a partir de la doctrina que fija y tomándola como referente, por un lado, concretar cuánto será preciso dar cumplimiento a este trámite formal y por otro, tratar de ir un paso más allá, centrándonos en la segunda lectura de lo que allí se apunta: la inclusión del principio de igualdad de trato en la nueva concepción del desarrollo urbano y territorial.

El principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, tiene un carácter transversal que obliga a dirigir un mandato a las diferentes políticas públicas con competencias sobre el suelo para el uso racional de los recursos naturales, armonizando los requerimientos de otras tantas funciones como la economía, el empleo, la salud o la protección del medio ambiente, pero también otras metas como la cohesión social, la seguridad de las personas o la igualdad de trato y de oportunidades. De ahí que el logro, o siquiera avance, hacia este modelo de desarrollo urbano sostenible obligue a conjugar de manera adecuada cada una de ellas y avanzar en las mismas de manera propia pero interrelacionada con la meta que se propugna.

Es muy necesario conocer los pronunciamientos contenidos en la meritada resolución judicial así como los antecedentes de mayor relevancia que han llevado a la misma. Para ello, el trabajo se centra en las dos cuestiones apuntadas, en el plano formal, el criterio doctrinal fijado en relación a la obligatoriedad de incluir el informe que valore el impacto de género en los planes urbanísticos y, en el sustantivo, el reconocimiento del principio de igualdad de trato como inspirador del nuevo modelo de desarrollo sostenible para, a partir del mismo, analizar cómo se viene imbricando paulatinamente en las legislaciones urbanísticas y cómo, de manera novedosa, algunas Comunidades Autónomas vienen optando por fijar criterios concretos dirigidos a, en efecto, lograr ciudades y territorios más inclusivos, más humanos, más habitables, o simplemente, si se quiere, ciudades «vivibles», para vivirlas y disfrutarlas.

en *Documentación Administrativa*. Nueva Época, núm. 5, págs. 46-68.; GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2017): "Límites a la declaración de nulidad del planeamiento", en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. J. (coords.): *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, págs. 411-459.; BASSOLS COMA, M. (2017): "La asimilación de los planes de urbanismo a normas reglamentarias y problemática jurídica de su anulación", en SORIA MARTÍNEZ, G. y BASSOLS COMA, M. (coords.): *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, págs. 27-102.; BAÑO LEÓN, J. M. (2016): "Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico", en GIFREU i FONT, J., BASSOLS COMA, M. y MENÉNDEZ REXACH, A. (dirs.): *El derecho de la ciudad y el territorio: estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, págs. 859-871.; BAÑO LEÓN, J. M. (2017): "El plan urbanístico en ruina: un esbozo de reconstrucción", en *Práctica Urbanística*, núm. 144.; BAÑO LEÓN, J. M. (2017): "Un plan jurídico de reforma para los planes urbanísticos", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 311, págs. 43-56.; GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (2016): "Los efectos de la nulidad de los planes urbanísticos en Andalucía y su repercusión en las edificaciones ilegales", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 96, págs. 47-84.; RENAUF AUBELL, F. (2016): "La nulidad «radioactiva» de los planes urbanísticos por defectos en el procedimiento de aprobación". Noticias Jurídicas, artículos doctrinales.

³ Sobre esta cuestión, GONZÁLEZ SANFIEL señala que, aunque a través de la jurisprudencia se han ido conociendo la gran cantidad de planes y actos administrativos de contenido urbanístico que han sido anulados en nuestro país, «no existen estadísticas, ni cifras ciertas». En GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2018): "Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos..." *cit*.

⁴ RAMOS MEDRANO, J. A. (2017): "Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no realizar la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE)", en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 73 y RAMOS MEDRANO, J. A. (2017): "Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no justificar la disponibilidad de los recursos hídricos", en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 67.

⁵ ECLI:ES:TS:2018:4087.

1. SOBRE EL INFORME DE EVALUACIÓN DE IMPACTO DE GÉNERO EN LOS PLANES URBANÍSTICOS Y LAS CONSECUENCIAS DE SU OMISIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

1.1. Contexto de partida

Hasta la reciente STS de 10 de diciembre de 2018, se había tenido ocasión de conocer el criterio mantenido por el Alto Tribunal ante la inexistencia del conocido como «informe de impacto por razón de género», principalmente, en dos resoluciones judiciales, la STS de 6 de octubre de 2015 que anuló el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol (POTS de la Costa del Sol) y la STS de 27 de octubre de 2016 que resolvía el recurso planteado frente al Reglamento de la Ley de Costas.

1.1.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2015: Nulidad del POTS de la Costa del Sol

Ya en 2015, este motivo fue uno de los dos que determinó la nulidad del POTS de la Costa del Sol. Así, la STS, Sala de lo Contencioso, de 6 de octubre de 2015⁶, venía, tras casi una década de vigencia, a anular el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 142/2006, de 18 de julio, por el que fue aprobado⁷.

La Sentencia se centra en determinar si, como alega la demandada, la falta del informe de evaluación de impacto de género era o no preceptivo como trámite exigible en la elaboración y aprobación del plan. La razón de su decisión se encuentra en la previsión del art. 139.1 de la Ley andaluza 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, que establecía que todos los proyectos de ley y reglamentos aprobados por el Consejo de Gobierno debían tener en cuenta de forma efectiva el objetivo de la igualdad por razón de género y, a tal fin, en la tramitación de las citadas disposiciones debía emitirse un informe de evaluación de impacto por razón de género del contenido de las mismas. Posteriormente desarrollado por el Decreto 93/2004, de 9 de marzo, por el que se regula el informe de evaluación de impacto de género en los proyectos de ley y reglamentos aprobados por el Consejo de Gobierno, cuyo art. 2 determina que el cumplimiento de sus previsiones afecta a todos los proyectos de ley y reglamentos aprobados por el Consejo de Gobierno, a la vez que en los arts. 3 y 4, regula el órgano competente para emitirlo y su contenido, respectivamente. Al entender de la Sala, la aprobación del POTS de la Costa del Sol mediante Decreto 142/2006, de 18 de julio, tuvo lugar cuando tanto la Ley 18/2003 como el Decreto 93/2004, estaban vigentes, entendiéndose que el informe era preceptivo. De esta forma, sustenta su posición en la Ley estatal 30/2003, de 13 de octubre, que modificó el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, para introducir en su aptdo.1.b) la exigencia de un informe de impacto por razón de género en el procedimiento de elaboración de reglamentos, de aplicación supletoria, en virtud de la previsión de la disposición transitoria, aptdo. 2, de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía⁸.

Estos motivos son, en síntesis, los que llevan a la Sala a concluir que en el procedimiento de elaboración del POTS Costa del Sol debió emitirse un informe de evaluación de impacto por razón de género. Pese a que insiste en otras normas posteriores a la entrada en vigor del plan, como la Ley 12/2007, de 2 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía (precisamente, cuyo art. 6 prevé la obligatoriedad de que se incorpore de forma efectiva el objetivo de la igualdad por razón de género en todos los proyectos de ley, reglamentos y planes que apruebe el Consejo de Gobierno, a través de un informe de evaluación del impacto de género del contenido de las mismas), la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, o el propio Decreto autonómico 17/2012, de

⁶ ECLI:ES:TS:2015:4382.

⁷ Esta cuestión fue abordada en nuestro trabajo (2016) «La relevancia del procedimiento de tramitación de los instrumentos de planificación territorial: la nulidad del *Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol de Málaga* por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2015». Ponencia VII Congreso Internacional de Ordenación del Territorio: nuevos tiempos, nuevos objetivos. Fuerteventura 25, 26 y 27 de mayo de 2016, págs. 925-936. También sobre nulidad de planes territoriales, nos hemos referido en (2018) «La anulación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: ¿nuevas dificultades en la planificación territorial de Andalucía?». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*: Nueva Época, núm. 10, págs. 109-131.

⁸ Precepto que disponía «Igualmente, es de aplicación la legislación del Estado, supletoria o analógicamente, para el régimen jurídico procesal, previsto para el mismo en la legislación vigente, y al correspondiente al de los contratos, los bienes, la responsabilidad patrimonial, los funcionarios y demás aspectos no regulados en esta ley, hasta tanto no se produzca la legislación correspondiente de la Comunidad Autónoma de Andalucía».

7 de febrero, que regula la elaboración del informe de impacto de género, ninguna relevancia tienen al objeto enjuiciado ya que, como reconoce la propia Sentencia, no se encontraban vigentes al momento de entrada en vigor del plan territorial.

Obvia, sin embargo, el momento en que formalmente se acuerda la elaboración y tramitación del plan, con el Decreto 8/2004, de 20 de enero⁹, momento en que no estaba vigente aún el Decreto 93/2004¹⁰. No así, el magistral voto particular de la Sentencia formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. José Juan Suay Rincón, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Marino de Oro Pulido y López, que, con un pormenorizado análisis disiente de tal entender, indicando que «...no comparto que el informe de evaluación de impacto de género resultara exigible y constituya un imperativo insoslayable, de tal manera que su omisión desembocara en las consecuencias que la sentencia extrae de ella.... Al menos, al tiempo en que vino a tramitarse y aprobarse el instrumento de ordenación territorial sometido a nuestro enjuiciamiento...».

En primer lugar, parece obviarse el carácter bifásico de tramitación de los planes urbanísticos o territoriales. En concreto, el que ocupa, efectivamente, se formula antes de la aprobación y entrada en vigor del Decreto 93/2004. Es a partir de este momento cuando comienza formalmente la elaboración del instrumento que se completará en una fase posterior cuando, redactado y cumplimentado los preceptivos trámites, será finalmente aprobado.

El voto particular contiene otros pronunciamientos relevantes referidos a aspectos como la transversalidad del informe de impacto por razón de género y su alcance horizontal; el eje en torno al que realmente gira la controversia: el carácter reglamentario de los planes; o, el encaje del debate en la normativa autonómica vigente.

En relación al principio de transversalidad, como fundamento de la exigibilidad del informe de impacto por razón de género, se reconoce su proyección general y su propio germen en el Tratado de Amsterdam pero, pese a su relevancia, atendiendo a la normativa andaluza vigente en el momento de aprobación del plan, el voto particular precisa que «...el informe de impacto por razón de género no se proyecta sobre la totalidad de los instrumentos puestos a disposición de la Comunidad Autónoma para el desarrollo de su acción de gobierno, sino que dicho informe contrae su ámbito de aplicación, señaladamente, a los proyectos de leyes y reglamentos cuya aprobación corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ».

Se confirma el alcance horizontal del principio de transversalidad que se extiende a los distintos sectores de la actividad administrativa precisamente por su carácter transversal, si bien, conforme al tenor literal de la normativa señalada, limitado a los proyectos de leyes y reglamentos. Y aquí se encuentra el eje principal de la cuestión a dilucidar, en determinar si el POTS Costa del Sol constituye o no un reglamento, lo que determinará su exigencia. Con un detallado análisis, el voto particular se centra en clarificarlo. Parte del carácter de disposición general que se predica tanto de los planes territoriales como urbanísticos, recordando la jurisprudencia que en su día precisó que «...los planes urbanísticos tenían una naturaleza jurídica asimilada a la de las disposiciones de carácter general» y aun sin cuestionar su esencia normativa, sí pone sobre la mesa la peculiaridad de los mismos, en cuanto disponen de una regulación específica y completa en el ordenamiento jurídico en que se integran que incluso se reconoce en la propia normativa general (con remisión a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que distingue entre potestad reglamentaria y de autoorganización y potestad de programación o planificación).

Reconociendo «la inexistencia de una identidad completa en la sujeción de los reglamentos a las mismas normas procedimentales», por lo que «en todo caso, que se convenga en la consideración de los planes urbanísticos y territoriales como disposiciones de carácter general no quiere decir que les resulten de aplicación sin más las mismas previsiones normativas sin excepción de ningún género». Abundando en esta idea recuerda, cómo ni siquiera la potestad reglamentaria en sentido estricto está sujeta exactamente a las mismas reglas. Y es tajante al afirmar que, aun en el caso de reconducir los planes a alguna de las dos categorías básicas y primarias de normas y actos, se encuadran en las primeras, sin que ello sea óbice para que los planes tengan que atender a «...una recepción absoluta de las normas reguladoras de los reglamentos estatales y autonómicos...», para concluir que «...para la exigibilidad del informe de impacto por razones de género, dicho informe ha de venir exigido por la correspondiente normativa urbanística».

Para terminar, el voto particular se ocupa de analizar «el posible surgimiento de la controversia, en cualquier caso, a partir de una normativa autonómica posterior», reconociendo que, a lo sumo, la controversia podría plantearse a partir de la normativa vigente (posterior a la aprobación del plan), en la medida en

⁹ BOJA núm. 29, de 12-02-2004.

¹⁰ BOJA núm. 50, de 12-03-2004.

que la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, dictada en cumplimiento del mandato contenido en el Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007¹¹, sí se refiere expresamente, al exigir el informe de impacto por razón de género, no sólo a los reglamentos, sino también a los planes aprobados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Coincidimos plenamente que dicha matización del legislador al optar por incluir junto a los reglamentos y proyectos de ley, expresamente los «planes aprobados por el Consejo de Gobierno», es esencial y clarifica de manera indubitada la distinción que abunda en la idea de que, en efecto, al momento de aprobación del plan territorial no estaba expresamente prevista la obligación para los mismos.

1.1.2. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2016: Informe de impacto de género en el Reglamento de la Ley de Costas

Entre las resoluciones sobre el preceptivo informe sobre el impacto por razón de género, es también referente la STS de 27 de octubre de 2016¹². El pronunciamiento se centra en diferentes reproches jurídicos contra el Reglamento General de la Ley de Costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre. Entre otros, por la demandada, se alega la inexistencia de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el Reglamento, infringiéndose la previsión del art. 24.1.b) de la ya citada Ley 50/1997, así como el art. 2.1.d) del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) y el art. 19 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres¹³.

Pues bien, en este caso, el Alto Tribunal, desestima el motivo, sustentado en que «El impacto de género se considera cuando no existiendo desigualdades de partida en relación a la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, no se prevea modificación alguna de esta situación». Reprocha la Sentencia que si bien como reconoce la recurrente «...la MAIN elaborada...señala que “[e]l impacto en función del género del proyecto es nulo...”, si bien con ello se infringe de forma grosera la Guía Metodológica redactada por el Ministerio de Presidencia, al confundir la conclusión del análisis con el análisis de impacto de género...», por parte de ésta no se «ha puesto de manifiesto la existencia de argumento alguno para desmontar el juicio contenido en la MAIN del RGC en el sentido de que la incidencia del mismo en las políticas de género no sea “nulo”». Y continúa su motivación indicando que «...la recurrente no acierta a determinar cuáles serían las incidencias del nuevo RGC en el régimen de la igualdad entre hombres y mujeres, por cuanto, como hemos expresado, la incidencia del RGC sobre la población o las zonas litorales resultan genéricas y poco cercanas a la afectación de las políticas de género...».

A la luz de esta Sentencia se parece moderar el criterio sostenido, exigiéndose la concreción de la incidencia del Reglamento sobre la igualdad entre hombres y mujeres, incluso afirmándose la escasa o, en palabras de la STS, «genérica» incidencia sobre la población o las zonas litorales de esta norma legal cuyo objeto es precisamente desarrollar las previsiones de la Ley de Costas. Tanto es así que desestima el motivo y reprocha a la recurrente la carencia de argumentos que lleven a conocer la incidencia de la norma en las políticas de género, distanciándose con ello del criterio sostenido en la STS de 6 de octubre de 2015 que anula el POTS Costa del Sol en el que la recurrente tampoco parece precisar la incidencia que las determinaciones del plan puedan tener para la igualdad propugnada entre hombres y mujeres, según alega la Administración demandada que también señala la no emisión del informe por la inexistencia en el plan de determinaciones con incidencia en materia de género (FD Cuarto).

1.2. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2018: fijación de doctrina jurisprudencial sobre la exigibilidad del informe de impacto de género en planes urbanísticos

La reciente STS de 10 de diciembre de 2018, como se indicaba, aborda diversas cuestiones de interés. En primer lugar, y desde el plano formal, el criterio doctrinal fijado relativo a la obligatoriedad de incluir el informe que valore el impacto de género en los planes urbanísticos, cuestión sobre la que el Tribunal Supremo fija:

¹¹ En concreto, su art. 114 establece que «En el procedimiento de elaboración de las leyes y disposiciones reglamentarias de la Comunidad Autónoma se tendrá en cuenta el impacto por razón de género del contenido de las mismas».

¹² ECLI:ES:TS:2016:4762.

¹³ Precepto que dispone «Los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género».

...la cláusula de aplicación supletoria del derecho estatal no permite sostener la exigencia a las Comunidades Autónomas de un requisito, como es el informe de impacto de género, en materia de ordenación urbanística, que no figura previsto en su propia legislación.

Parece con ello resolverse la controversia que venía produciéndose en torno a si por la aplicación supletoria de la previsión contenida a nivel estatal en el art. 24.1.b.) de la Ley 50/1997, en su redacción dada por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, resultaba exigible el informe de impacto por razón de género en el procedimiento de elaboración de reglamentos y, por extensión de aquéllos, de planes urbanísticos o territoriales.

1.2.1. Antecedentes: la dificultad de Boadilla del Monte para dotarse de un PGOU y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid

Se apuntaba con anterioridad, el auténtico periplo (o «labor titánica» como lo denomina el TSJ de la Comunidad Valenciana en Sentencia de 5 de diciembre de 2011¹⁴) que supone la tramitación y aprobación de un instrumento de planeamiento urbanístico general. A lo que se suma, con la doctrina actual, un segundo «filtro»: superar con éxito la revisión por los órganos jurisdiccionales del referido instrumento¹⁵.

Boadilla del Monte es un claro ejemplo de ello. Es uno de los municipios que se ha enfrentado hasta en dos ocasiones a la anulación de su Plan General de Ordenación Urbana (PGOU). En 2001, el municipio aprobaba el PGOU, declarado nulo por el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de noviembre de 2010¹⁶. El motivo traía causa en la STS de 5 de febrero de 2003, recaída en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales frente al Acuerdo de aprobación provisional del plan «...al haberse producido una vulneración del artículo 23 de la Constitución por cuanto se sustrajo a determinados concejales el acceso a una documentación que era relevante, lo que les impidió el normal ejercicio de su labor de control y fiscalización de la actividad municipal...».

Tras la tramitación de un nuevo instrumento, sería mediante Acuerdo de 20 de octubre de 2015, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, cuando se aprobaría el PGOU de Boadilla del Monte. Recurrido en la instancia, la demandada alega tres motivos impugnatorios, entre ellos, la omisión en el procedimiento de aprobación del PGOU de un informe sobre impacto de género. Desestimados los restantes, es éste último el acoge la Sala que falla, con estimación del recurso, declarando su nulidad.

La STSJ de Madrid, de 19 de abril de 2017¹⁷, realiza un pormenorizado análisis que parte de un recorrido doctrinal y de diferentes instrumentos y acuerdos internacionales, para más tarde reproducir «para mayor claridad de nuestros propios fundamentos jurídicos», buena parte de los razonamientos contenidos en la STS de 6 de octubre de 2015, realizando casi un análisis de contraste entre los hechos enjuiciados en ambas.

Parte para ello del análisis del Estatuto de Autonomía de Madrid y la previsión en el mismo, en materia de igualdad, de un mandato contenido en el art 7.4 que, en consonancia con el art. 9.2 de la Constitución Española (CE), atribuye a los poderes autonómicos, en el ámbito de su competencia, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, así como la atribución a la Comunidad Autónoma de la competencia exclusiva en materia de promoción de la igualdad respecto a la mujer que garantice su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural. Así como su desarrollo en dos leyes autonómicas (Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y No Discriminación y Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual), optando por entender que al no ser éstas últimas aplicables en aquel momento, su ausencia justifica la aplicación supletoria del entonces vigente art. 24 de la Ley 50/1997, abundando en la previsión contenida en el art. 33 del Estatuto de Autonomía que «...prevé el carácter, en todo caso, supletorio del Derecho del Estado respecto del propio de la Comunidad de Madrid».

¹⁴ Vid. RENAU FAUBELL, F. (2016): «La nulidad «radioactiva» de los planes urbanísticos...», *cit.*

¹⁵ Sobre las «perversas consecuencias de los conflictos jurídicos y la creciente litigiosidad» de los planes, nos hemos referido con mayor detenimiento en nuestro trabajo, *Régimen Jurídico de la Gestión Territorial*. Tirant Lo Blanch, en prensa.

¹⁶ ECLI:ES:TS:2010:6338.

¹⁷ ECLI:ES:TSJM:2017:3416.

Esta Sentencia, como era de esperar, no pasó desapercibida. Como plantea Fuertes, trayendo a colación un debate de actualidad en torno a las nefastas consecuencias de la omisión de trámites formales en la tramitación de los planes urbanísticos, «... ¿No parece desproporcionado que la inexistencia de tal informe eche por tierra años de trabajo? Luchar por la igualdad, lo mismo que atender a las personas más vulnerables y dependientes, o preocuparse y cuidar del entorno son presupuestos que debe atender todo Ayuntamiento. Pero me parece algo exagerado que sin acreditar qué menoscabos concretos para las mujeres, qué perjuicios reales existen para el desenvolvimiento de sus actividades se declare la nulidad de todo un Plan general de ordenación urbana...»¹⁸. En efecto, coincidimos en que el logro de unas ciudades integradoras, inclusivas o habitables, tanto desde el punto de vista de la igualdad de género como desde la perspectiva de la búsqueda de la igualdad para personas vulnerables o dependientes, no puede reducirse a un simple trámite administrativo consistente en la cumplimentación de un informe, es una cuestión de mayor calado que precisa dotarse de los mecanismos adecuados que hagan efectiva y real la meta planteada.

1.2.2. El recurso de casación ante el Tribunal Supremo y la doctrina fijada

Tanto la Comunidad de Madrid como el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, presentaron sendos recursos de casación frente a la meritada resolución judicial, reprochando la indebida aplicación supletoria del art. 24 de la Ley 50/1997 y del art. 19 de la Ley Orgánica 3/2007, en relación con el art. 33 del Estatuto de Autonomía, en tanto parte del bloque de constitucionalidad en conexión con el art. 149.3 de la CE.

Admitido el recurso por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, conстриendo a la determinación por el TS de «en qué medida la cláusula de aplicación supletoria del derecho estatal permite sostener la exigencia a las Comunidades Autónomas de un requisito, como es el informe de impacto de género, en materia de ordenación urbanística, que no figura previsto en su propia legislación».

La Sentencia, en su FD Séptimo, es tajante al aclarar que su función no es pronunciarse sobre la conveniencia u oportunidad de que los instrumentos de planeamiento urbanístico incorporen o no un informe de perspectiva de género, sino centrarse en el caso concreto y determinar si para el PGOU sometido a debate era requisito incorporarlo, así como si su ausencia podría dar lugar a la nulidad del mismo.

Y en este punto centra su pronunciamiento, en la supletoriedad del derecho estatal, recordando que dicha cláusula es una previsión constitucional emanada de la Constitución y dirigida al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento jurídico cuando las haya. Ahora bien, la cláusula de supletoriedad no permite que el derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia.

No si antes recoger alguno de los análisis de las Sentencias en que ya tuvo ocasión de pronunciarse y del propio voto particular suscrito frente a la STS de 10 de octubre de 2015, se centra en dilucidar la cuestión sometida a su debate. Y parte de la tesis central de la Sentencia recurrida que mantiene que debía observarse el art. 24 de la Ley 50/1997, modificado por la Ley 30/2003, ya que, en ausencia de normativa específica autonómica, el art 33 del Estatuto de Autonomía establece el carácter, en todo caso, supletorio del derecho estatal respecto del propio derecho autonómico para, a continuación, relacionar diferentes STC que se pronuncian sobre la supletoriedad del derecho estatal, trayendo a colación, entre otras, la STC 118/96 y recordando que «La cláusula de supletoriedad es... una previsión constitucional emanada de la Constitución que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya... Una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas, pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye; en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que, por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna... la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del Derecho... de lo contrario, la ley estatal sería aplicable en el ámbito reservado al Derecho autonómico sobre la ase de la mera ausencia de regulación autonómica...».

¹⁸ FUERTES LÓPEZ, M. (2017): "Sentencias que anulan planes urbanísticos". *El blog de esPublico* (<https://www.administracion-publica.com/sentencias-que-anulan-planes-urbanisticos/#>).

Como colofón, el TS reconoce que, en efecto, la previsión del art. 24 de la Ley 50/1997, constriñe su ámbito de aplicación a la potestad reglamentaria del Gobierno, no pudiéndose reputar procedimiento administrativo común a los efectos del art. 149.1.18 CE y tampoco puede constituir derecho supletorio conforme al art. 149.3 CE, para concluir que «...la cláusula de supletoriedad que se invoca para aplicar el artículo 24 de la Ley del Gobierno en relación con la elaboración del Plan de Ordenación, y por lo tanto exigir el informe de impacto de género como elemento esencial para la aprobación de dicho instrumento urbanístico, no tiene soporte en la actual jurisprudencia que analiza el señalado principio», estimando las pretensiones de las recurrentes en casación y fijando como doctrina que «...la cláusula de aplicación supletoria del derecho estatal no permite sostener la exigencia a las Comunidades Autónomas de un requisitos, como es el informe de impacto de género, en materia de ordenación urbanística, que no figura en su propia legislación...».

En síntesis, la Sentencia no hace sino reconocer el principio de competencia en la articulación de las relaciones entre el ordenamiento estatal y los autonómicos que supone la aplicación de la norma por quien ostente la competencia, limitando la predicada supletoriedad del art. 149.3, *in fine*, de la CE. Como afirma el profesor Rebollo, en referencia al principio de competencia y las matizaciones derivadas de la posible supletoriedad del derecho estatal, «El principio de competencia supone que sólo será aplicable la norma, estatal o autonómica, aprobada por quien tenga la competencia para ello, sea el Estado o sea una Comunidad Autónoma», clarificando el diferente alcance y sus consecuencias, según sea la norma autonómica o la estatal, la que regule las competencias asignadas a la otra Administración territorial, lo que para el caso de normas estatales que regulen aspectos competencia de una Comunidad Autónoma, el autor distingue dos consecuencias jurídicas: su nulidad en unos casos y su validez pero como norma supletoria de la regulación de la Comunidad Autónoma, en otros¹⁹.

2. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO COMO INSPIRADOR DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DESARROLLO URBANO

Se señalaba con anterioridad que la relevancia de la STS de 10 de diciembre de 2018, viene dada, en buena medida, en que por primera vez nuestro Alto Tribunal, acogiendo las formulaciones de la Sentencia del TSJ de Madrid que revoca, se refiere propiamente al derecho a la ciudad y al principio de igualdad de trato como inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano.

Cada vez más imperante, el derecho a la ciudad no es, ni por asomo, algo desconocido. Propiamente, se remonta al año 1968 cuando Henri Lefebvre acuñó el término que dió nombre a su libro “El derecho a la ciudad”²⁰ con el que ponía sobre la mesa la reivindicación del derecho de los habitantes urbanos a construir, decidir y crear la ciudad, haciendo de ésta un espacio privilegiado. Décadas después, nuevamente se encuentra en el centro del debate, lo que para autores como Molano se debe a «...la explosión de nuevas luchas urbanas contra las expresiones espaciales del dominio del capital financiero, como la gentrificación o la degradación ambiental, pero también, al esfuerzo de los habitantes por lograr una mayor injerencia en la definición de las políticas urbanas»²¹.

Años más tarde, en 2004, la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad²², amplía el entendimiento del derecho a la ciudad, dotándolo de un articulado en el que se precisa el concepto y se fija su contenido; se establecen los principios y fundamentos estratégicos del derecho a la ciudad; se enumeran los derechos relativos al ejercicio de la ciudadanía y a la participación en la planificación, producción y gestión de la ciudad; así como los derechos de la ciudadanía en relación al desarrollo económico, social, cultural y ambiental de la ciudad. El derecho a la ciudad lo conceptúa como aquel por el que «Todas las personas tienen derecho a la ciudad sin discriminaciones de género, edad, condiciones de salud, ingresos, nacionalidad, etnia, condición migratoria, orientación política, religiosa o sexual, así como a preservar la memoria y la identidad cultural en conformidad con los principios y normas que se establecen en esta Carta», pero va más allá, reconociéndolo como derecho colectivo de los habitantes de las ciudades «en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos».

¹⁹ REBOLLO PUIG, M. (2017): “Relaciones entre el ordenamiento estatal y los autonómicos”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. J. (dirs.): *Derecho Administrativo, vol. I: Conceptos Fundamentales, Fuentes y Organización*. Madrid: Tecnos.

²⁰ LEFEBVRE, H. y GAVIRIA, M. (1969): *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Península.

²¹ MOLANO CAMARGO, F. (2016): “El derecho a la ciudad: de Henri Lefebvre a los análisis sobre la ciudad capitalista contemporánea”, en Folios: *Revista de la Facultad de Humanidades*, núm. 44, págs. 3-19.

²² HABITAT INTERNATIONAL COALITION (2012): “Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad”, en *Revista de Paz y Conflictos*, núm. 5, págs. 184-196.

También otros documentos se han encargado de ir perfilando y dotando de contenido este derecho, es el caso de la Carta-Agenda Mundial de Derechos Humanos en la Ciudad de 2011, adoptada por el Consejo Mundial de CGLU (Ciudades y Gobiernos Locales Unidos) y auspiciada por la Comisión de Inclusión Social, Democracia Participativa y Derechos Humanos de CGLU, cuyo objetivo viene dado por «...la promoción y consolidación de los derechos humanos de todas las personas que habitan todas las ciudades del mundo». En realidad, se está ante algo de mayor entidad, nos encontramos ante una manifestación del proclamado desarrollo urbano sostenible. En este sentido, Lora-Tamayo apunta como ya en el año 1997, en el marco del documento aprobado por la Comisión “Hacia una política urbana de la Unión Europea”, se establecen una serie de objetivos encaminados a coordinar y orientar las políticas comunitarias a los problemas urbanos, permitiendo de esta forma una intervención puntual y la financiación de programas, campañas y proyectos de enfoque más claro, y es aquí, como destaca la autora, donde se fijan como objetivos del desarrollo urbano sostenible, entre otros, «el fomento de la igualdad, la integración social y la regeneración en zonas urbanas especialmente en aquellas áreas y colectivos que sufren discriminación, exclusión social, marginación y de convivencia»²³.

Más reciente en el tiempo, la Agenda Urbana 2030 para el Desarrollo Sostenible²⁴, en la que se definen 17 objetivos de aplicación universal para todos los países dirigidos al logro de un mundo sostenible con la meta del año 2030. Entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), el ODS 5 está dedicado a «Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas»²⁵.

En síntesis, éstos y otros documentos, pese a su carácter jurídicamente no vinculante, cada vez insisten con más fuerza en la necesidad y objetivo común de materializar el principio de igualdad del conjunto de la ciudadanía que habita en las diferentes ciudades a usarla, desenvolverse y disfrutar de la misma en condiciones de igualdad. Este derecho lleva a que de manera particular se deba atender a aquellos ciudadanos que por diversas circunstancias (edad, salud, vulnerabilidad u otras), mayores dificultades presentan para desenvolverse en la misma en condiciones de igualdad. Éste parece ser el sentido de «grupos vulnerables» a los que se refiere explícitamente la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad.

2.1. Previsiones en el marco legislativo estatal

La Ley Orgánica 3/2007, lidera el grupo normativo dedicado a regular la igualdad efectiva de mujeres y hombres, desarrollando los arts. 14 y 9.2 de la CE e inspirado por un nutrido grupo de normas internacionales²⁶, completado por un cada vez más amplio conjunto de normas autonómicas²⁷. De manera muy reciente,

²³ LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2006): *Derecho urbanístico y medio ambiente: hacia el desarrollo urbano sostenible*. Madrid: Dykinson.

²⁴ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2015): *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*.

²⁵ Vid. PÉREZ DEL PRADO, D. (2018): “Una aproximación a los indicadores de cumplimiento de los ODS desde la perspectiva de género”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 17, págs. 175-194.

²⁶ La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diferentes textos internacionales sobre derechos humanos, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre de 1979, ratificada por España en 1983), pero también por otras Conferencias internacionales auspiciadas por las Naciones Unidas sobre la mujer, como Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) o Beijing (1995). La igualdad también se instituye en principio fundamental de la Unión Europea, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de desigualdades se alza en objetivo que ha de integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de los Estados miembros.

²⁷ Entre la normativa autonómica sobre igualdad puede citarse, sin ánimo de exhaustividad: Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía; Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres de Baleares; Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres; Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha; Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León; Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (Cataluña); Decreto Legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad; o, Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres (País Vasco). Aunque buena parte de las Comunidades Autónomas optan por regular de manera separada su marco regulatorio en materia de igualdad, otras Comunidades Autónomas lo hacen de manera conjunta con la regulación sobre violencia de género. A modo de ejemplo, es lo que hacen Asturias con la Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género, Extremadura con la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura o Murcia mediante la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia.

Precisamente sobre la normativa sobre violencia de género tanto en el marco estatal como autonómico, hace un riguroso análisis y valoración LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2019): “Una aproximación a la normativa sobre violencia de género desde el derecho administrativo”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.

acaban de publicarse la Ley cántabra 2/2019, de 7 de marzo, que lleva por título idéntico nombre al de la norma estatal²⁸ y la Ley foral 7/2019, de 4 de abril, de igualdad entre mujeres y hombres de Navarra²⁹.

El objeto de esta Ley es, precisamente, hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición y en cualquiera de los ámbitos de la vida, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural, con la meta de alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria. Para ello, y al amparo de la atribución constitucional al Estado de la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.º CE) aunque, como reconoce expresamente, dedicando una regulación más detallada a aquellos ámbitos de competencia, básica o legislativa plena, del Estado, se promulga este cuerpo legal dirigido a la generalidad de las políticas públicas, tanto estatales como autonómicas y locales³⁰.

Entre los instrumentos básicos que establece la Ley Orgánica 3/2007, en el ámbito de la Administración General del Estado, además de un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, la creación de una Comisión Interministerial de Igualdad con responsabilidades de coordinación o los informes y evaluaciones periódicos sobre la efectividad del principio de igualdad, también se establecen los informes de impacto de género regulados por el art. 19 y que obligan a incorporar este documento tanto a los proyectos de disposiciones de carácter general como a los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros.

Por su parte, el art. 31 está dedicado precisamente a las políticas urbanas, de ordenación territorial y vivienda. El precepto establece que las políticas y planes de las Administraciones públicas en materia de acceso a la vivienda deben incluir medidas para hacer efectivo el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, principio básico de la norma que enuncia en el art. 3 como aquel que «supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de las obligaciones familiares y el estado civil». Igualmente, las políticas urbanas y de ordenación del territorio deben tomar en consideración las necesidades de los distintos grupos sociales y de los diversos tipos de estructuras familiares, y favorecer el acceso en condiciones de igualdad a los distintos servicios e infraestructuras urbanas. De manera singular, el aptdo. 3 del art. 31, se refiere a la inclusión de la perspectiva de género en el diseño de la ciudad, en las políticas urbanas, y en la definición y ejecución del planeamiento urbanístico para lo que aboga por el empleo de mecanismos e instrumentos que fomenten y favorezcan la participación y la transparencia. Sin embargo, no concreta cuáles hayan de ser esos mecanismos o instrumentos a los que hace referencia en sintonía con su propia exposición de motivos que, consciente del marco competencial, ya adelanta la intención de la Ley Orgánica 3/2007 de conjugar la competencia del art. 149.1.1.º dirigida a establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles con los ámbitos de competencia básica o legislativa plena del Estado. Por contra, sí apunta el marco en que han de desenvolverse, el de la participación ciudadana y la transparencia.

Profundizando en la inclusión de este principio en el marco de las políticas urbanas y territoriales desde la normativa estatal es referencia obligada el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU)³¹. El TRLSRU acoge el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible en su art. 3, estableciendo como fin común de las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo, la utilización del mismo conforme al interés general y al principio de desarrollo sostenible. El principio de desarrollo territorial y urbano sostenible fija como objetivo general el «propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente», pero también establece un mandato dirigido a los poderes públicos para que formulen y desarrollen en el medio urbano, las políticas de su competencia conforme a los principios de competitividad y sostenibilidad económica, so-

²⁸ BOC extraordinario, núm. 5, de 08-03-2019.

²⁹ BON, núm. 71, de 11-04-2019.

³⁰ Sobre la aplicación y eficacia de la Ley Orgánica 3/2007, *vid.* VENTURA FRANCH, A. y GARCÍA CAMPÁ, S. (dirs.) (2018): *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

³¹ Con anterioridad, la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, ya incorporaba en su art. 2 el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible.

cial y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, orientado hacia dos cuestiones concretas: un medio urbano «suficientemente dotado» y en el que «el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma funcional».

Y en este contexto, el art. 3.3 del TRLSRU lo particulariza fijando cuestiones concretas para su materialización, entre otras, con acciones que aproximan el derecho de los ciudadanos, valga la redundancia, a la ciudad. Cuestiones como mejorar la calidad y la funcionalidad de las dotaciones, infraestructuras y espacios públicos al servicio de todos los ciudadanos y fomentar unos servicios generales más eficientes económica y ambientalmente; garantizar el acceso universal de los ciudadanos a los edificios de uso privado y público, y a las infraestructuras, dotaciones, equipamientos, transportes y servicios; integración en el tejido urbano de cuantos usos resulten compatibles con la función residencial para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión y la integración social, son enumerados en el citado cuerpo legal. Y finaliza el TRLSRU, en el aptdo. 4 del propio art. 3, estableciendo un mandato para todos los poderes públicos dirigido a garantizar los derechos y deberes de los ciudadanos, así señala «Los poderes públicos promoverán las condiciones para que los derechos y deberes de los ciudadanos establecidos en los artículos siguientes sean reales y efectivos, adoptando las medidas de ordenación territorial y urbanística que procedan para asegurar un resultado equilibrado, favoreciendo o conteniendo, según proceda, los procesos de ocupación y transformación del suelo».

El derecho a la ciudad interrelacionado con el principio de igualdad tiene diferentes vertientes en las que se materializa, entre ellas, esencial, la igualdad de trato, pero parece adecuado entenderla desde una perspectiva más amplia y extensible al conjunto de la ciudadanía, entre las que se incluye, por supuesto, la igualdad efectiva entre hombre y mujeres. El propio TRLSRU al regular los «criterios básicos de utilización del suelo», en el art. 20, y precisamente, como señala el precepto, «para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el título preliminar y en el título I, respectivamente, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, **deberán**», enumerando, entre otros, «atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente» (art. 20.1.c) TRLSRU).

Cierto que se está ante principios inspiradores y la dificultad que conlleva su efectiva implementación. De ahí la importancia de avanzar en este sentido, camino en el que resulta esencial no sólo el paulatino reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico sino también y junto a aquél, la exigencia por nuestros órganos jurisdiccionales. Y en este sentido, el interés de la STS de 10 de diciembre de 2018 en tanto supone un «paso de gigantes» al fijar como doctrina jurisprudencial en su FD Decimosexto:

...el principio de igualdad de trato es un principio inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano, que exige una ordenación adecuada y dirigida, entre otros fines, a lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, esto es, no es necesario el sometimiento del plan a un trámite específico para que esa perspectiva sea tenida en cuenta y para que, en otro caso, el citado plan pueda ser impugnado y el control judicial alcanzar a dichos extremos.

Se está ante una cuestión que va mucho más allá de su «control» vía informe preceptivo en la tramitación de un instrumento. El principio de igualdad en cuanto derecho a la ciudad es una filosofía que debe imbricarse en los propios modelos urbanos o territoriales establecidos por los planes. Si los planes obvian que la ciudadanía es el elemento esencial para el que se fija un determinado modelo de futuro, la que está llamada a usarla, disfrutarla y desenvolverse en ella, y la diversidad consustancial a esa ciudadanía, se alejará de la meta y objetivo al que están llamados.

Y en este sentido, la STS de 10 de diciembre de 2018 contiene pronunciamientos de gran relevancia. Así reconoce, en el FD Decimocuarto, que «...el principio de igualdad de género no resulta una cuestión neutral en materia de urbanismo», apuntando como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, reconoce la transversalidad del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres, o el propio art. 2 de la Ley del Suelo de 2007 (hoy recogido por el art. 3.2 del TRLSRU) que, como se indicaba con anterioridad, en virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas públicas deben incorporar cuestiones como la igualdad de trato y de oportunidades. Sin obviar que, a diferencia de

otros principios asociados al derecho territorial y urbano sostenible, en el caso del principio de igualdad de trato, la legislación estatal no incorpora ningún trámite específico para su concreción en el planeamiento urbanístico. A modo de ejemplo, el propio TRLSRU, en el art. 22 al regular la evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano, señala el sometimiento de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística a evaluación ambiental (aptdo. 1), o la emisión de determinados informes en la fase de consultas de los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, como el de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico (art. 22.3.a) TRLSRU); el de la Administración de costas sobre el deslinde y la protección del dominio público marítimo-terrestre (art. 22.3.b) TRLSRU); o, el de las Administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas, acerca de dicha afección y del impacto de la actuación sobre la capacidad de servicio de tales infraestructuras (art. 22.3.c) TRLSRU).

Sin embargo, la Sentencia va más allá y entiende lo que parece una cuestión de sentido común «...con independencia de los procedimientos específicos de elaboración de planes de urbanismo en cada una de las leyes autonómicas, las cuales pueden o no incorporar trámites específicos en materia de género, es lo cierto que el principio de igualdad de trato es un principio inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano, que exige una ordenación adecuada y dirigida, entre otros fines, a lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, esto es, no es necesario el sometimiento del plan a un trámite específico para que esa perspectiva sea tenida en cuenta y para que, en otro caso, el citado plan pueda ser impugnado y el control judicial alcanzar a dichos extremos». Con ello queda abierta la puerta a la impugnación de planes por vulneración del principio de igualdad de trato en los modelos urbanos planteados por los planes urbanísticos más allá de la cumplimentación de un trámite procedimental concreto, tal es la emisión del informe de impacto de género, reconociendo la enorme amplitud que esta cuestión engloba y que, insistimos, va mucho más allá de la inclusión de un documento en el procedimiento de elaboración del plan.

Sin embargo, hasta el momento, la inclusión de criterios o trámites específicos dirigidos a la concreción y consecución del principio de igualdad de trato en el planeamiento urbanístico por las leyes autonómicas suele, por lo general, quedar limitada a su enunciación como principios. Pero se avanza en ello, y empiezan paulatinamente a implantarse criterios concretos para su materialización efectiva en los planes urbanísticos y territoriales. Aunque de manera aún muy reciente y puntual, se aprecia una incipiente tendencia por parte de las legislaciones urbanísticas y en ordenación territorial hacia la materialización e implantación de manera efectiva en los instrumentos de este principio.

2.2. Inclusión del principio de igualdad de trato por las legislaciones urbanísticas autonómicas

Paulatinamente, diferentes Comunidades Autónomas han incorporado a las legislaciones urbanísticas el principio de desarrollo sostenible y dando un paso más allá, algunas han optado por incluir el principio de igualdad, afinando hacia la igualdad de trato e incluso la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres entre los principios y fines de la actividad urbanística. En este sentido, y sin carácter exhaustivo, Andalucía, Aragón, Castilla y León, Baleares o Extremadura.

Andalucía opta por fijar entre los fines de la actividad urbanística la integración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la CE³² pero junto a aquél, señala como principio de la ordenación urbanística que se establezca en los instrumentos de planeamiento, el de promoción de la igualdad de género³³.

Tanto Aragón³⁴ como Baleares³⁵ optan por incluir en sus correspondientes legislaciones urbanísticas el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, con una redacción casi literal a la prevista en TRLSRU, eso sí, en el marco de los principios inspiradores de la actividad urbanística.

De análoga forma, Extremadura enuncia como principio general de la ordenación territorial y urbanística «La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sin que pueda prevalecer desde el plano de la ordenación territorial discriminación de las personas con discapacidad o por razón alguna o circunstancia

³² Art. 3.1.h) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

³³ Art. 3.2.i) de la LOUA.

³⁴ Aragón incorpora, entre los principios de la actividad urbanística, el desarrollo sostenible en el art. 3.a) del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.

³⁵ Baleares, al señalar las finalidades y atribuciones de la actividad urbanística, incorpora el principio de desarrollo sostenible, con una transcripción casi literal a la del art. 3 del TRLSRU, en el art. 3 de la Ley 1/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Islas Baleares (LUIB).

personal o social, entendiendo que la función pública y el interés general en una sociedad diversa se fundamentan en la atención específica de las necesidades diferenciadas»³⁶. Mientras, Castilla y León incorpora de manera más general, también como objetivo de la actividad urbanística y en aplicación de los principios constitucionales de la política económica y social desarrollados en el marco estatal (se refiere a la Ley del Suelo de 2007), el principio de desarrollo sostenible, entre otros, «La igualdad de trato y de oportunidades para todas las personas, mediante el libre acceso a la información, el fomento de la participación social y la sensibilidad con las peculiaridades locales y los grupos sociales menos favorecidos»³⁷.

Aunque también optan por incorporar estos principios como inspiradores de sus respectivos marcos legislativos, Canarias y Comunidad Valenciana van un paso más allá. En principio, Canarias, entre los principios que enumera, contempla el «desarrollo sostenible» conformado, entre otros, por «la intervención pública en relación con la ordenación del suelo deberá atender y respetar el principio universal de igualdad entre hombres y mujeres»³⁸. También incorpora el interés general, la igualdad de género y la solidaridad intergeneracional al referirse a los «criterios de intervención» en relación a la ordenación de los recursos naturales³⁹, así como el principio específico inspirador de la propia ley en relación con la ordenación territorial y urbanística «La promoción del uso racional de los recursos naturales y territoriales, armonizando las exigencias derivadas de su protección y conservación con el desarrollo económico, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres y, en general, la mejora del nivel de vida de la ciudadanía, compensando de forma adecuada a quienes se comprometan a su costa con esos objetivos»⁴⁰. De manera más concreta, al regular los principios de ordenación del suelo, Canarias aboga por «...la ordenación de los usos del suelo deberá atender a los principios... de accesibilidad universal; de igualdad entre hombres y mujeres...»⁴¹, incluyendo entre los criterios de ordenación territorial del archipiélago, la consecución de «la configuración de un territorio equilibrado, organizado en un conjunto de centralidades escalonadas que permitan el acceso de la ciudadanía a unos servicios eficientes y una mejor calidad de vida, la consolidación de unas ciudades más dinámicas, el desarrollo endógeno de las áreas rurales y una mejor y más diferenciada articulación entre el medio rural y el medio urbano, incorporando criterios de cercanía y disminuyendo las necesidades de movilidad, así como la consecución de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres»⁴² o «la igualdad de acceso a las infraestructuras, los equipamientos, el conocimiento y la información»⁴³.

En este contexto, destacable, la Comunidad Valenciana, lo que se constata desde la propia concreción del objeto de la ley, al establecer como tal «...la regulación de la ordenación del territorio valenciano, de la actividad urbanística, de la utilización racional del suelo y de la conservación del medio natural, desde una perspectiva de género e inclusiva» (art. 1 de la LOTUPV). Y lo concreta al regular los «criterios de la ocupación racional del suelo», en particular, establece un conjunto de deberes a la planificación territorial y urbanística, como criterios generales de crecimiento territorial y urbano, dirigidos a procurar un desarrollo territorial y urbano sostenible que incorpore la perspectiva de género⁴⁴. Pero además, incluye expresamente el principio de igualdad al regular la «cohesión social, perspectiva de género y urbanismo»⁴⁵.

2.3. Un paso más: de los principios inspiradores a la instrumentalización de la igualdad de trato en las legislaciones urbanísticas autonómicas

Se avanza de manera paulatina pasando de la enunciación como principios a la materialización a través de concretas previsiones a incorporar en los instrumentos con la finalidad de conseguir una efectiva igualdad en las ciudades y territorios. En este escenario, es adecuado destacar algunas Comunidades Autónomas que vienen incorporando en sus legislaciones urbanísticas mecanismos concretos dirigidos hacia una efectiva y real consecución de lo que, en origen, se postula como principio.

³⁶ Art. 2.1.d) de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible de Extremadura (LOTUSE).

³⁷ Art. 4.b) 1.º) de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León (LUCyL).

³⁸ Art. 3.6 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (LSENPC).

³⁹ Art. 4.1. de la LSENPC.

⁴⁰ Art. 5.2.a) de la LSENPC.

⁴¹ Art. 81.1 de la LSENPC.

⁴² Art. 82.a) de la LSENPC.

⁴³ Art. 82.e) de la LSENPC.

⁴⁴ Art. 7.2 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana (LOTUPV).

⁴⁵ Art. 13, aptdos. 1 y 2, de la LOTUPV.

Nuevamente sin carácter exhaustivo, nos detendremos en algunas previsiones concretas como las establecidas por Baleares, Canarias, Cataluña, Extremadura y Valencia. Como denominador común, todas han optado por la inclusión de cuestiones precisas destinadas a garantizar la igualdad de trato entre las determinaciones que deben incluir sus diferentes instrumentos, no sólo urbanísticos, en algunos casos, también de ordenación territorial.

2.3.1. La memoria social de los planes urbanísticos

Baleares implanta lo que denomina «memoria social del plan». Los planes generales, instrumento de planeamiento urbanístico dirigido a establecer la ordenación integral y de carácter estructural del territorio que planifica, se integra por diversos documentos, entre ellos, la memoria informativa y justificativa⁴⁶. En este contexto, el art. 39 de la LUIB, al regular su contenido, establece en el aptdo. 3, la «memoria social del plan» que define como el documento «de evaluación y justificación de las determinaciones del plan relativas a las necesidades sociales de acceso a la vivienda, y también formará parte una evaluación del impacto de la ordenación urbanística propuesta en función del género, así como con respecto a los colectivos sociales que requieran atención específica, tales como las personas inmigrantes y las personas mayores, con el objeto de que las decisiones del planeamiento, a partir de la información sobre la realidad social, contribuyan al desarrollo de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, así como a favorecer a los otros colectivos merecedores de protección».

De manera similar, Cataluña incorpora la «memoria social», con la particularidad de pormenorizar el contenido concreto para evaluar el modelo urbanístico propuesto por el plan en función del género pero también atendiendo a otros colectivos merecedores de una especial atención. Ya la disposición adicional decimoctava del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña (TRLUC), señala la «incorporación de la perspectiva de género» en el desarrollo de la ley, y lo hace encomendando al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas su incorporación en dos ámbitos, en la representación paritaria en la composición de los órganos urbanísticos colegiados y en la evaluación del impacto de la acción urbanística en función del género. Con esta atribución, es el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, el que incorpora a una figura ya prevista en la propia ley, la «memoria social», ampliando el contenido atribuido a aquélla, la necesidad de evaluar el impacto de la ordenación urbanística propuesta en función del género, así como respecto a los colectivos sociales que requieren atención específica. Incorporada como documentación preceptiva en los planes de ordenación urbanística municipal, en concreto en la memoria, en la que se integra la «memoria social»⁴⁷ que, entre otros, debe contener «una evaluación del impacto de la ordenación urbanística propuesta en función del género, así como respecto a los colectivos sociales que requieren atención específica, tales como los inmigrantes y la gente de la tercera edad, al objeto que las decisiones del planeamiento, a partir de la información sobre la realidad social contribuyan al desarrollo de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, así como favorecer a los otros colectivos merecedores de protección». Pero además, detalla el contenido que habrá de integrarla, en concreto:

- Una diagnosis de la situación a partir del análisis de la información sobre la población a la que afecta el plan, la identificación de los roles de género de los diferentes colectivos afectados, las necesidades de bienestar y estrategias de mujeres y hombres y los otros colectivos en el ámbito.
- La valoración del impacto social y de género del plan, la cual comprende:
 - La justificación de la coherencia de la ordenación propuesta con las necesidades detectadas de las mujeres y los hombres y de los otros colectivos en lo que concierne en especial a los parámetros de accesibilidad, movilidad, seguridad y uso del tejido urbano, teniendo en cuenta particularmente las necesidades de las personas que realizan las tareas de cuidado y gestión doméstica, así como de las que reciben esta atención.
 - Medidas o determinaciones previstas en el plan que contribuyen al desarrollo de los objetivos de igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, así como entre los diversos grupos sociales.

⁴⁶ Art. 38 de la LUIB.

⁴⁷ Art. 69.5 del Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña.

- Previsión de como incidirá la ordenación propuesta sobre la situación originaria de mujeres y hombres y de los otros colectivos.

2.3.2. Determinaciones específicas en el contenido sustantivo de los planes

En el caso de Canarias, se precisa la perspectiva de la igualdad de género como contenido sustantivo en dos instrumentos, uno de ordenación de los recursos naturales y del territorio (planes insulares de ordenación) y otro de ordenación urbanística (normas técnicas de planeamiento). Entre los criterios que han de fijar las normas técnicas de planeamiento se encuentran los relativos a la determinación de estándares mínimos de suelo para equipamientos y dotaciones en los que se incluya la perspectiva de la igualdad de género⁴⁸. Para los planes insulares de ordenación, por su parte, se establece como contenido un diagnóstico que habrá de anteceder y que servirá para concretar las determinaciones de ordenación que han de integrarlo. Este diagnóstico territorial, ambiental y económico, analizará los recursos naturales, la población, con atención particular a la igualdad de género y el bienestar de las familias, así como al planeamiento vigente y la situación socioeconómica⁴⁹.

También la Comunidad Valenciana, además de los criterios generales que establece para el planeamiento urbanístico y territorial, cuestión que será abordada en el apartado siguiente, fija concretas determinaciones que habrán de incluir algunos de estos instrumentos. A modo de ejemplo, el plan general estructural⁵⁰, entre las determinaciones que debe integrar la ordenación estructural, incorpora el relativo a los «objetivos e indicadores de sostenibilidad, con perspectiva de género y de capacidad territorial...»⁵¹, de igual forma, en la memoria informativa del documento ha de justificarse el cumplimiento de los objetivos de género⁵².

2.3.3. Criterios y reglas para la planificación con perspectiva de género: la apuesta valenciana

La Comunidad Valenciana avanza de manera significativa con la inclusión de criterios y reglas concretas para incluir de manera efectiva la perspectiva de género en el planeamiento urbanístico. Es con la reciente modificación de la LOTUPV, operada por la Ley 1/2019, de 5 de febrero⁵³, cuando la Comunidad Valenciana incorpora, además de los principios enunciados anteriormente, previsiones concretas dirigidas a su inclusión en el contenido de los planes así como criterios y reglas orientados a la consecución de lo que la ley denomina como «planificación con perspectiva de género».

El propio art. 13 LOTUPV, antes denominado «cohesión social y urbanismo», modifica su rúbrica por la de «cohesión social, perspectiva de género y urbanismo», lo que ya adelanta la importancia que se confiere a la perspectiva de género pero, además lo hace, incluyéndola con un aspecto tan interrelacionado como es la cohesión social. Este precepto obliga tanto a las políticas como a los planes urbanísticos y de ordenación territorial a incluir medidas para hacer efectivo el principio de igualdad entre las personas, y lo particulariza con la inclusión de la perspectiva de género en el diseño, definición y ejecución del planeamiento urbanístico⁵⁴. Con dicho objetivo, remite a los criterios que enumera la ley en el anexo X⁵⁵, pero además relaciona un conjunto de elementos que define como «claves» para su logro, centrados en cinco pilares: las relaciones de proximidad; la sostenibilidad; la ciudad cuidadora de las personas; el derecho de información y la participación ciudadana; y el uso del lenguaje inclusivo.

Lo que se ha de poner en debida relación con el anexo XII de la LOTUPV, dedicado expresamente a establecer los criterios y reglas para la planificación con perspectiva de género, definiendo parámetros objetivos para hacerlo efectivo en cada uno de los diez aspectos concretos que señala, tratando con ello de conjugar diferentes ámbitos transversales hacia un objetivo común. Así apuesta por la inclusión de la perspectiva de género en aspectos como: urbanismo para las personas, red de espacios comunes, proximidad

⁴⁸ Art. 141.1.c) de la LSENPC.

⁴⁹ Art. 96.1 de la LSENPC.

⁵⁰ Instrumento de planeamiento urbanístico y territorial de ámbito municipal, cuya función es establecer la ordenación estructural de uno o varios municipios completos.

⁵¹ Art. 21.1.a) de la LOTUPV.

⁵² Art. 34.1.a) de la LOTUPV.

⁵³ Vigente desde el 08 de febrero de 2019.

⁵⁴ Art. 13.2 de la LOTUPV.

⁵⁵ El anexo X de la LOTUPV establece los criterios y reglas para la planificación de las actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

de las actividades de la vida cotidiana, combinación de usos y actividades, seguridad en el espacio público, habitabilidad del espacio público, equipamientos, vivienda, movilidad y transversalidad.

El «urbanismo para las personas» obliga a incluir en la memoria de los planes, programas y proyectos urbanísticos, un apartado con una caracterización cuantitativa (mediante técnicas de estudio demográficas y sociológicas, como pirámides de población, segregación por género, por edad, etc) y una caracterización cualitativa, a fin de identificar las necesidades y aspiraciones de la población afectada, estructurada por variables como edad, sexo y diversidad funcional.

Uno de los aspectos a los que se presta mayor atención es a la denominada «red de espacios comunes», con la que se señala la forma en que se define y conecta la red de espacios comunes que dan apoyo a las actividades diarias, «atendiendo especialmente a los desplazamientos de la vida reproductiva y de cuidados», constituida, entre otras, por espacios de relación (refiriéndose por tales a los jardines, plazas o calles); los equipamientos de uso diario destinados a la educación de las niñas y niños (las escuelas infantiles, centros para el cuidado o recreo de personas mayores, centros de salud, equipamientos deportivos...); los comercios y servicios cotidianos de productos básicos para la alimentación y el cuidado del hogar y del núcleo familiar; las paradas de transporte público; los viales que los comunican y conectan directamente; o, espacios para la gestión de residuos y reciclaje, mobiliario urbano, espacios para los animales de compañía, etc. Además de definir las cuestiones que integran la red de espacios comunes, fija el ámbito al que ha de atender la planificación para los mismos, el barrio o unidad morfológica y poblacional de características particulares, ámbitos que deben delimitarse en el plano de ordenación del plan de desarrollo urbanístico. La red de espacios comunes y los espacios públicos que conecta forman parte de la ordenación estructural de la red viaria.

También se atiende de manera precisa a aspectos como la «proximidad para la vida cotidiana», por ejemplo, fijando que todos los espacios de la red de espacios comunes se distribuyan con criterios de proximidad, entendiendo por tal la que permite el acceso a cada espacio desde una distancia máxima de diez minutos caminando o la disposición de «espacios de estar y de relación» vinculados a la red de peatones cada 300 metros; la «combinación de usos y actividades» (con un urbanismo inclusivo desde la perspectiva de género que combine usos, garantizando la inclusión de la totalidad de la población o la posibilidad de realización de actividades remuneradas en la vivienda); la «seguridad en el espacio público» (a modo de ejemplo, se apuesta por caminos escolares que fomenten la autonomía de movilidad de la infancia; la separación física de los carriles bici de los peatonales y del tráfico de vehículo a motor; incluso, la identificación de «sitios inseguros» para modificarlos y mejorarlos); la «habitabilidad del espacio público» (con espacios de peatones anchos, seguros y libres de conflictos con el tráfico de vehículos, incluso se fija que, como mínimo, el 75% de la superficie viaria que conforma la red de espacios para la vida cotidiana sean viales peatonales); los «equipamientos» (con reservas de suelo para la edificación de equipamientos y centros destinados a la atención de personas que necesiten espacios especializados como menores, personas mayores, personas con diversidad funcional o espacios para la inclusión social); «vivienda» (fomentando los diferentes tipos de viviendas que garanticen la combinación de usos y personas, atendiendo a los diferentes tipos de núcleos familiares, o la adaptación de las viviendas a «los ciclos evolutivos y vitales de quien los habite», así como favoreciendo «la vida reproductiva y personal»); o, la «movilidad» (favoreciendo cuestiones como el transporte público, la movilidad a pie y en bicicleta, que combina con otras más novedosas como la incorporación de la perspectiva de género en los planes de movilidad, atendiendo a diferentes situaciones de movilidad reducida o garantizando la seguridad en los itinerarios nocturnos mediante la iluminación adecuada y la ausencia de barreras físicas y visuales).

La última cuestión a la que atiende el anexo XII de la LOTUPV, viene referida propiamente a la «transversalidad», desde el entendimiento de que la implantación efectiva de la perspectiva de género en la práctica urbanística debe ser abordada de manera multiescalar, interdisciplinaria y participativa, para lo que plantea tres acciones:

- La perspectiva de género en la construcción y la gestión de la ciudad hay que desarrollarla en todas las escalas políticas, en todos los programas, planes y proyectos urbanísticos, desde la planificación hasta la gestión, desde la idea hasta su materialización, en acciones concretas que puedan ser percibidas y reconocidas por las personas a las que van dirigidas.
- La acción urbanística debe responder a las necesidades cotidianas y a la diversidad, y para hacerla efectiva es precisa la participación interactiva de profesionales de diferentes ciencias, sectores y procedencias, así como la participación de la ciudadanía, asegurando la paridad de mujeres y hombres.

- En el marco del plan de participación pública⁵⁶, hay que incorporar entre las personas interesadas en el proceso participativo, a los sectores de población correspondientes a los perfiles resultantes del análisis demográfico previsto por el propio anexo. Fomentando, especialmente, la participación de las mujeres en la elaboración de planes y proyectos urbanos con una doble función: incorporar al debate su forma de vivir la ciudad y disponer de su compleja visión formada desde la vinculación con otros grupos sociales que dependen de ellas, y que hace que su participación sea de especial interés en la ordenación del detalle de los planes y los proyectos de urbanización y de obra pública. Además, debe justificarse expresamente la participación de las personas de diferentes grupos sociales, los resultados de este estudio participativo y la incorporación a los documentos urbanísticos.

Sin duda, con la reciente modificación de la LOTUPV, la Comunidad Valenciana se instituye en un referente en el contexto comparado de las diferentes Comunidades Autónomas en la forma de establecer criterios y medidas concretas dirigidas al diseño de modelos urbanos y territoriales impregnados por el principio de igualdad de trato y en particular por la perspectiva de género que, además, de principio inspirador de estas políticas, pasa a tener la condición de determinaciones y contenido sustantivo en los instrumentos de obligada observancia en aquéllos.

2.3.4. Los criterios de sostenibilidad y su concreción en la perspectiva de género: el reto extremeño

El propio nombre de la recién promulgada Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible de Extremadura⁵⁷ (LOTUSE), ya anticipa su apuesta por la sostenibilidad. Su exposición de motivos adelanta la importancia que el texto confiere a la igualdad, particularizado en la perspectiva de género, desde el punto de vista del diseño de las ciudades, así señala «...el diseño de nuestras ciudades no es un diseño neutro, y el espectro de planificar las ciudades desde la perspectiva de género reconoce a aquellos grupos tradicionalmente olvidados a la hora de proyectar, aquellos conjuntos de personas de la sociedad considerados históricamente como “poco productivos económicamente” y, sin embargo, principales usuarios de nuestras ciudades, como lo son: la población infantil, las mujeres, las personas dependientes, las personas mayores, las personas con menos recursos, las personas con capacidades diversas... Es decir, si conseguimos dar visibilidad a estos colectivos, “ciudadanía de primera”, conseguiremos diseñar ciudades para todas y todos y, en definitiva, ciudades inclusivas...».

Coherente con ello, la LOTUSE dedica su art. 10 a lo que denomina «criterios de ordenación sostenible», con los que viene a fijar criterios concretos con los que lograr la sostenibilidad territorial, medioambiental y cohesión social que propugna. Estos criterios los engloba en seis: sostenibilidad; movilidad y accesibilidad; conservación del patrimonio cultural; eficiencia energética; perspectiva de género; y, participación ciudadana.

El logro de un modelo urbano y territorial sostenible se alza en meta, superando con ello el propio principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, conjugándose con otras metas estrechamente relacionadas con la misma, como la cohesión social o la propia vertebración del territorio. Y en este contexto, Extremadura determina los criterios concretos que posibiliten su logro pero además, y de manera particular, plantea acciones concretas dirigidas a la inclusión de criterios de sostenibilidad desde una perspectiva de género, en concreto cuatro:

- Los instrumentos de ordenación incorporarán en su análisis la perspectiva de género. A estos efectos deben incluir el denominado «mapa de riesgos» para el urbanismo desde la perspectiva de género con la localización de puntos, zonas o itinerarios considerados como «negros» para las mujeres y una propuesta de medidas para su corrección.
- Las determinaciones de los planes y la ordenación urbana están llamados a fomentar el libre movimiento de las personas mediante el diseño de espacios y conexiones seguros.
- El estudio de movilidad debe incluir planos de escala y detalle adecuado con trayectos y conexiones a las principales dotaciones, entre ellas centros docentes y asistenciales. Así mismo ha de detallar las características del transporte público, incluidas entre ellas sus frecuencias y horarios.
- A nivel organizativo, también se apuesta por procurar la representación paritaria en la composición de los órganos urbanísticos colegiados.

⁵⁶ Previsto en el art. 53.1 y el anexo I de la LOTUPV.

⁵⁷ Publicada en el *DOE*, núm. 250, de 27-12-2018, cuya disposición final segunda, pospone su entrada en vigor a los seis meses de su publicación en el *DOE*. Vigente desde el 27 de junio de 2019.

Particular relevancia, por su novedad, el «mapa de riesgos para el urbanismo desde la perspectiva de género». Aspectos como la escasa iluminación nocturna, la dificultad del tránsito peatonal, incluso, el excesivo follaje de los árboles, a menudo desapercibidos, pueden llevar a determinadas zonas a ser poco propicias para el tránsito no sólo de mujeres, también de niños o de personas de mayor edad.

REFLEXIONES FINALES

El logro de modelos urbanos y territoriales sostenibles parece que, por fin, muestra signos que evidencian avances hacia su materialización, pasando del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible al establecimiento de criterios y mecanismos concretos en algunos marcos legislativos autonómicos en urbanismo para alcanzarlo.

Pero bajo la generalidad de desarrollo urbano sostenible se cobijan diferentes cuestiones de tal envergadura que empiezan a tener su propio espacio en estos marcos legislativos. Aspectos como la cohesión social, la vertebración, la intermodalidad, la salud, la economía, el empleo u otros tantos, cada vez están más presentes en los mismos. Junto a ellos, una cuestión muy singular como el principio de igualdad de trato que aun englobado conjuntamente requiere, por su entidad, especial atención, en la medida en que se está ante un principio constitucionalmente reconocido con carácter de derecho fundamental y no ante una de otras tantas políticas públicas que inciden de manera más o menos directa en la configuración de nuestras ciudades.

Este principio de igualdad, en el marco del desarrollo sostenible, parece evidenciar el tránsito de una igualdad en sentido formal a una igualdad material o efectiva, en sus diversas manifestaciones, entre ellas, la igualdad de género. Se ha pasado del debate en torno a la necesidad de incluir trámites procedimentales específicos en los planes urbanísticos o territoriales, a través del informe de impacto de género y las consecuencias jurídicas de su omisión (con el referente de los casos analizados en el plan territorial de la Costa del Sol o el plan urbanístico de Boadilla del Monte) fruto de su carácter preceptivo en el procedimiento de tramitación y la doctrina jurisprudencial que sostiene el carácter reglamentario de los planes, al reconocimiento expreso por el propio Tribunal Supremo que, por primera vez, se refiere al derecho a la ciudad y en particular fija doctrina reconociendo que «el principio de igualdad de trato es un principio inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano, que exige una ordenación adecuada y dirigida, entre otros fines, a lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres», superando el propio debate sobre la necesidad o no de establecer un informe y extendiéndolo mucho más allá hacia una forma de hacer ciudad, con la definición de modelos impregnados por el principio de igualdad de trato e incluso abriendo la puerta a que la omisión de este mandato, por sí mismo, pueda ser objeto de impugnación y del consiguiente control judicial.

Pero además, abundando en esta idea, se observa como paulatinamente por parte de las legislaciones urbanísticas se comienza a pasar del reconocimiento del principio a la concreción y exigencia mediante el establecimiento de criterios y mecanismos concretos que impregnan una concepción más global y transversal del principio de igualdad en los modelos que a definir.

Aunque el camino es largo y el logro complejo, anima comprobar que estamos asistiendo a una efectiva implementación en los marcos legislativos de modelos urbanos que deberán incorporar una verdadera y efectiva igualdad de trato entre el conjunto de la ciudadanía con independencia de las posibles singularidades que la misma presente en su vida en la ciudad y de manera singular atendiendo a una de sus vertientes, la igualdad de género.

BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2015): *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, A/RES/70/1*. Septuagésimo período de sesiones. Temas 15 y 116 del programa. URL: https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf.
- BAÑO LEÓN, J. M. (2016): "Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico", en GIFREU I FONT, J., BASSOLS COMA, M. y MENÉNDEZ REXACH, A. (dirs.): *El derecho de la ciudad y el territorio: estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, págs. 859-871. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP.
- BAÑO LEÓN, J. M. (2017): "El plan urbanístico en ruina: un esbozo de reconstrucción", en *Práctica Urbanística*, núm. 144.

- BAÑO LEÓN, J. M. (2017): “Un plan jurídico de reforma para los planes urbanísticos”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 311, págs. 43-56.
- BASSOLS COMA, M. (2017): “La asimilación de los planes de urbanismo a normas reglamentarias y problemática jurídica de su nulidad”, en SORIA MARTÍNEZ, G. y BASSOLS COMA, M. (coords.): *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, págs. 27-102. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- FUERTES LÓPEZ, M. (2017): “Sentencias que anulan planes urbanísticos”, en *El blog de esPublico. Mejor blog nacional público*. URL: <https://www.administracionpublica.com/sentencias-que-anulan-planes-urbanisticos/#>.
- GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2017): “Límites a la declaración de nulidad del planeamiento”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. J. (coords.): *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, págs. 411-459. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP.
- GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2018): “Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas legislativas al respecto”, en *Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 5, págs. 46-68. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i5.10607>.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (2016): “Los efectos de la nulidad de los planes urbanísticos en Andalucía y su repercusión en las edificaciones ilegales”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 96, págs. 47-84.
- HABITAT INTERNATIONAL COALITION (2012): “Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad”, en *Revista de Paz y Conflictos*, núm. 5, págs. 184-196.
- LEFEBVRE, H. y GAVIRIA, M. (1969): *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Península.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2019): “Una aproximación a la normativa sobre violencia de género desde el derecho administrativo”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2006): *Derecho urbanístico y medio ambiente: hacia el desarrollo urbano sostenible*. Madrid: Dykinson.
- MOLANO CAMARGO, F. (2016): “El derecho a la ciudad: de Henri Lefebvre a los análisis sobre la ciudad capitalista contemporánea”, en *Folios: Revista de la Facultad de Humanidades*, núm. 44, págs. 3-19. DOI: <https://doi.org/10.17227/01234870.44folios3.19>.
- PÉREZ DEL PRADO, D. (2018): “Una aproximación a los indicadores de cumplimiento de los ODS desde la perspectiva de género”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 17, págs. 175-194.
- RAMOS MEDRANO, J. A. (2017): “Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no justificar la disponibilidad de los recursos hídricos”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 67.
- RAMOS MEDRANO, J. A. (2017): “Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no realizar la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE)”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 73.
- RANDO BURGOS, E. (2016): “La relevancia del procedimiento de tramitación de los instrumentos de planificación territorial: la nulidad del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol de Málaga por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2015”, en *Actas VII Congreso Internacional de Ordenación del Territorio: nuevos tiempos, nuevos objetivos*. Fuerteventura, 25, 26 y 27 de mayo de 2016, págs. 925-936. Asociación Interprofesional de Ordenación del Territorio, FUNDICOT.
- RANDO BURGOS, E. (2018): “La anulación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: ¿nuevas dificultades en la planificación territorial de Andalucía?”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, REALA. Nueva Época*, núm. 10, págs. 109-131. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10518>.
- RANDO BURGOS, E. (s. f.): *Régimen Jurídico de la Gestión Territorial*. Tirant lo Blanch, en prensa.
- REBOLLO PUIG, M. (2017): “Relaciones entre el ordenamiento estatal y los autonómicos”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. J. (dirs.): *Derecho Administrativo*, Vol. I: Conceptos Fundamentales, Fuentes y Organización. Madrid: Tecnos.
- RENAU FAUBELL, F. (2016): “La nulidad «radioactiva» de los planes urbanísticos por defectos en el procedimiento de aprobación”, en *Noticias Jurídicas, artículos doctrinales*. URL: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10946-la-nulidad-radioactiva-de-los-planes-urbanisticos-por-defectos-en-el-procedimiento-de-aprobacion/>.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016): “Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes”, en *Práctica Urbanística*, núm. 141.
- VENTURA FRANCH, A. y GARCÍA CAMPÁ, S. (dirs.) (2018): *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.



El procedimiento para la remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LRBRL

*The procedure for the remunicipalization of public services.
On articles 85 and 86 of the Spanish Law on Local Government*

Miguel León Acosta
Universidad de Córdoba (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5729-6832>
d32leacm@uco.es

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Doble Graduado en Derecho (2013-2018) y en Administración y Dirección de Empresas (2013-2019) por la Universidad de Córdoba. Actualmente ocupa el puesto de Técnico de Apoyo a la Investigación en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba, a la cual ha estado estrechamente ligado como alumno colaborador. Hasta la fecha ha estudiado la intervención de la Administración en la actividad económica y la actividad administrativa de servicio público. En particular, ha estudiado el fenómeno de la remunicipalización de los servicios públicos locales, y los procedimientos que deben seguir las Entidades locales para ejercer la iniciativa pública local. De hecho. Su Trabajo Fin de Grado de Derecho tuvo por objeto "El procedimiento para la remunicipalización de los servicios públicos. Estudio doctrinal y jurisprudencial".

RESUMEN

El presente trabajo estudia la vertiente procedimental del fenómeno de la (re)municipalización entendida como la recuperación de la gestión directa de servicios públicos locales que fueron gestionados por una Entidad local y, posteriormente, confiados a la gestión privada. A tal efecto, se estudia, primero, la necesidad de seguir el procedimiento establecido en los artículos 86 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y 97 del Texto Refundido del Régimen Local, relativo al ejercicio de actividades económicas; y, en segundo lugar, la incidencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local en el artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, donde se recogen los diferentes modos de gestión de los que dispone la Entidad local para prestar servicios públicos.

PALABRAS CLAVE

Remunicipalización; procedimiento; servicios públicos locales; gestión del servicio público.

ABSTRACT

The present work analyses, from a procedural perspective, the phenomenon of (re)municipalization understood as the recovery of the direct management of local public services which were managed by a local entity and, afterwards, through private management. For this purpose, it is first analysed the need of following the procedure established in the articles 86 of the Spanish Law on Local Government, which deals with the exercise of economic activities; and, secondly, the influence of the Spanish Law on local financial sustainability on article 85 of the aforementioned Law on Local Government, where the different management methods to provide local public services by local entities are established.

KEYWORDS

Remunicipalisation; procedure; local public services; management of public services.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROCEDIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 86 LRBRL Y 97 TRRL. 1. LOS TRÁMITES DEL PROCEDIMIENTO. 1.1. Para el ejercicio de «actividades económicas» por las Entidades locales. 1.2. Para el ejercicio de «actividades económicas» en régimen de monopolio. 2. SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 86 LRBRL Y 97 TRRL A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS ENTIDADES LOCALES. 2.1. La aplicación del procedimiento de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL a la asunción de servicios públicos por parte de la Corporación local. 2.2. La aplicación del procedimiento de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL a los cambios de gestión en la prestación de servicios públicos. III. SOBRE LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO: EL ARTÍCULO 85 LRBRL. 1. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 85 LRBRL Y LA REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA FORMA DE GESTIÓN. 1.1. Requisitos materiales del artículo 85 LRBRL: La sostenibilidad y eficiencia. 1.2. Requisitos formales del artículo 85 LRBRL. 2. CONSECUENCIAS DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 85 LRBRL. 2.1. De una potestad discrecional a una potestad reglada. 2.2. ¿La preferencia por la gestión indirecta frente a la directa? IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Los servicios públicos, y la responsabilidad de los poderes públicos sobre su prestación, constituyen uno de los pilares fundamentales de los actuales Estados de Bienestar. Así lo han afirmado con rotundidad nuestros tribunales, señalando que «la Constitución Española en su artículo 1.1 establece que “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho”, y los servicios públicos, como actividad prestacional realizada por la Administración, en tanto reportan utilidades y beneficios a los ciudadanos, integran el contenido esencial de ese Estado social»¹. Esta idea es aún más intensa en el ámbito local, donde los servicios públicos constituyen el núcleo central de las competencias municipales y «son la razón de ser, desde la perspectiva social, del Municipio mismo», utilizando las expresivas palabras de Ortega Bernardo².

Tradicionalmente se ha señalado que los servicios públicos podían clasificarse en dos grandes categorías: los servicios sociales o asistenciales –basados en la idea de solidaridad y cohesión social– y los servicios públicos económicos –que suponen la producción de bienes y servicios en un mercado, normalmente a cambio de una contraprestación económica–. El origen de estos últimos puede situarse en el contexto de la Revolución Industrial, cuando la invención de la máquina de vapor y la mecanización del campo produjeron un trasvase de mano de obra del mundo rural a la ciudad, generando «un importante crecimiento urbano que, a su vez, llevó al deterioro de las condiciones de vida en las ciudades, como resultado de la insuficiente provisión de servicios que devinieron esenciales»³.

A esta situación respondieron, no sin dificultades, los Municipios, asumiendo la prestación de estos incipientes servicios (públicos) de carácter económico: abastecimiento de agua potable, alumbrado por gas y luego por luz eléctrica, telefonía, transporte urbano, etc. En un primer momento, las Administraciones locales contrataron su provisión mediante privados, a través de la figura de los concesionarios interpuestos. Sin embargo, pronto surgieron problemas relacionados con la gestión privada de estos servicios y actividades, denunciándose «la incapacidad de las empresas privadas para poder satisfacer las necesidades colectivas esenciales que se vinculaban a esa vida social moderna, dada la distinta forma de actuar y los diversos fines que perseguían la gestión privada y la gestión pública»⁴. Por ello, muchos Municipios terminaron por asumir también la gestión de estos servicios.

Este proceso por el cual el Municipio asumió la responsabilidad de prestar este tipo de servicios y, más tarde, la gestión directa sobre los mismos se conoce como «municipalización de servicios públicos». Sobre él se discutió en toda Europa (Francia, Italia, Alemania y, en menor medida, España) entre finales del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX, generando amplios debates, a favor y en contra⁵.

¹ STSJ de Baleares 957/2010, de 29 de octubre (rec. 422/2005), FJ 3.

² ORTEGA BERNARDO, J. (2006): “Competencias, servicios públicos y actividad económica de los Municipios: (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 169, pág. 57. En el mismo sentido MALARET I GARCIA, E. (2003): “Servicio público, actividad económica y competencia: ¿presenta especificidades la esfera local?”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica REALA*, núm. 291, pág. 606.

³ MAGALDI, N. (2012): “La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos: en particular, la recepción de la doctrina extranjera por el profesor Gascón y Marín”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 39-40, pág. 167.

⁴ *Ibidem*, pág. 169.

⁵ *Ibidem*, págs. 182-186.

Sorprendentemente, más de un siglo después este debate se ha vuelto a poner sobre la mesa. En efecto, con la entrada de España en la Unión Europea se produjeron, en el ámbito estatal, numerosas liberalizaciones materiales, mientras que en el ámbito local fueron más comunes las privatizaciones organizativas, es decir, la externalización de los servicios públicos locales⁶, fenómeno que aumentó tras la crisis económica de 2008, como explican Ortega Bernardo y de Sande Pérez-Bedmar⁷. Frente a estas privatizaciones, que en muchos casos no han dado los resultados esperados⁸, ha surgido el movimiento conocido como la *remunicipalización de servicios*, al amparo sobre todo de fuerzas políticas de izquierdas⁹ y respaldado por parte de la opinión pública¹⁰ que defiende la bondad la gestión pública¹¹. En concreto, este movimiento remunicipalizador aboga por la recuperación de la gestión de los servicios públicos locales que habían sido gestionados directamente por el Municipio y que fueron luego confiados a privados.

Como hemos ya señalado, el término *municipalización* fue utilizado en sus orígenes para describir el proceso por el que los Municipios dejaron de tener un papel pasivo en la vida económica¹² y comenzaron a asumir la responsabilidad de prestar servicios y actividades que devinieron esenciales en los núcleos urbanos a partir de la Revolución Industrial. Y ello, con independencia de cómo se gestionara el servicio en cuestión: a través de las primeras fábricas municipales (lo que hoy llamaríamos gestión directa) o mediante contratos con privados (que acabaría derivando en el luego denominado contrato de concesión de servicios públicos)¹³. Algo más tarde, el término pasó a utilizarse, también y sobre todo, para aludir a los supuestos en los que los entes locales asumieron directamente la gestión de aquellos servicios confiados a particulares.

Esta última acepción parece ser la que recoge el legislador en el aún (parcialmente) vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante, RSCL) aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. Su artículo 45 define «municipalización» como «forma de desarrollo de la actividad de las Corporaciones locales para la prestación de los servicios económicos de su competencia, *asumiendo en todo o en parte el*

⁶ Sobre el posicionamiento favorable de la Unión Europea respecto a la cooperación público-privada véase GIMENO FELIU, J. M. (2017): “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, en *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, núm. 43, págs. 47-49.

⁷ ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (2015): “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, pág. 64. Esta ola de privatizaciones se basó en la pretendida mayor eficiencia en términos económicos de la gestión desarrollada por empresas privadas, debido a la optimización de recursos, la mayor productividad y las ventajas de la libre concurrencia empresarial.

⁸ Vid. FEDERACIÓN SINDICAL EUROPEA DE SERVICIOS PÚBLICOS (EPSU) (2012): Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización. Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos (PSIRU) de la Universidad de Greenwich. En este trabajo, más politológico que jurídico, se concluye que la gestión privada no ha demostrado ser significativamente más eficaz que la pública ni ha supuesto una mayor inversión a favor de los servicios públicos, denunciándose también el falseamiento de la competencia en las licitaciones públicas. Respecto a esto último, véase además WOLLMAN, H. (2013): “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un «retorno» a las gestiones públicas/municipales?”, en *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, núm. 31, pág. 75; y la nota de prensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC): “La CNMC sanciona con un total de 98,2 millones de euros a 39 empresas y tres asociaciones de gestión de residuos y saneamiento urbano”, Madrid, 26 de enero de 2015.

⁹ Podemos ver ejemplos en las ciudades de Madrid y Barcelona, gobernadas por «Ahora Madrid» y «En Comú Podem», en relación con el servicio de bicicletas municipales y el agua, respectivamente. Consúltense “Carmena quiere remunicipalizar BiciMad a través de las cuentas de la EMT”, en *TeleMadrid*, de 20 de noviembre de 2016; y Daniel Cordero Sánchez, “Colau apuesta por municipalizar el agua tras la anulación del contrato”, en *El País*, de 18 de marzo de 2016. El contrato al que alude la segunda noticia fue el celebrado por el Área Metropolitana de Barcelona y SGAB (Agbar), propiedad de la francesa Suez, para prestar el servicio mediante una Sociedad de economía mixta. Acuerdo que fue posteriormente anulado por el TSJ de Cataluña (vid. nota 86).

¹⁰ Es de destacar el referéndum de 2011 celebrado en Italia acerca de la derogación de normas que facilitaban encomendar la gestión de los servicios públicos locales a operadores económicos privados en el que más del 95% del electorado votó a favor de dicha derogación. Consúltense los resultados en la web <http://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=F&dtel=12/06/2011&tpa=Y&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S>.

¹¹ Como paradigmas del éxito de la recuperación de la gestión pública se suelen mencionar las reinternacionalizaciones del abastecimiento del agua en las ciudades de Berlín, París y Grenoble.

¹² Tornos Mas apunta que «el concepto de municipalización se vincula en sus orígenes de forma más directa a la idea de habilitar a los entes locales a realizar actividades de contenido económico. Estas actividades pueden tener además la naturaleza de servicios públicos si se trata de actividades de interés general que el ente local debe garantizar a sus ciudadanos». Vid. TORNOS MAS, J. (2017): “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, en FONT I LLOVET, T. y Díez Sánchez, J. J. (coords.): *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho administrativo*, págs. 23-26.

¹³ Esta es la idea de municipalización que defiende TORNOS MAS, J. (2017): “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, cit., pág. 44, cuando dice que, con la municipalización, el ente local «asume de forma efectiva la garantía de la prestación, para lo cual podrá optar entre una forma de gestión directa o indirecta». En este mismo sentido, COLOMÉ I NIN, A. y GRAU I ARNAU, S. (2017): “«Remunicipalización» de servicios locales y competencia”, en *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, núm. 43, pág. 128, quienes afirman que, «una vez municipalizado el servicio, el ente local deberá optar entre una forma de gestión directa (por él mismo) o indirecta, a través del encargo a operadores privados».

riesgo de la Empresa mediante el poder de regularla y fiscalizar su régimen». Esta «tenderá a conseguir que la prestación de los servicios reporte a los usuarios condiciones más ventajosas que las que pudiera ofrecerles la iniciativa particular y la *gestión indirecta*». Así lo confirmó el Tribunal Supremo cuando concluyó que:

El protagonismo de la Administración en la actividad económica adopta diversos grados: Reglamentación intensiva de la actividad económica, declaración de servicio público, y empresa pública. La municipalización pertenece a este último grupo, porque la Administración asume el riesgo de ganancia o pérdida convirtiéndose en empresario¹⁴.

En efecto, de acuerdo con el artículo 45 RSCL, *municipalización* es la asunción de la gestión directa de un servicio público *económico*¹⁵ que hasta entonces estaba gestionado por un sujeto privado. Y, por tanto, remunicipalización es la asunción de la gestión directa de un servicio público económico que venía gestionándose por un privado y que, previamente, ya había sido gestionado directamente por la Corporación local¹⁶.

No son pocos los trabajos que, en los últimos años, se han escrito sobre el fenómeno de la remunicipalización¹⁷. En la mayoría de los casos, sin embargo, se han centrado sobre todo en cuestiones conceptuales y sustantivas, olvidando en buena medida la vertiente procedimental de dicho fenómeno. A ella, precisamente, se dedica el presente estudio, que analiza el procedimiento para el ejercicio de «actividades económicas» establecido en los artículos 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) y 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL)¹⁸. En particular, se estudiará si dicho procedimiento es de aplicación a la municipalización en sus dos acepciones: como procedimiento para asumir la prestación de un servicio público de contenido económico, indistintamente del modo de gestión, y como procedimiento para la asunción de su gestión directa. Seguidamente se analizarán también los requisitos que el artículo 85 LRBRL exige para optar por una u otra forma de gestión del servicio; cuestión estrechamente vinculada al procedimiento remunicipalizador antes aludido, según se verá.

II. EL PROCEDIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 86 LRBRL Y 97 TRRL

En este epígrafe se analizará, en primer lugar, el procedimiento recogido en el artículo 97 TRRL, que desarrolla lo establecido por el artículo 86 LRBRL. Dicho precepto establece, en primer lugar, el procedimiento general para el ejercicio de actividades económicas por parte del ente local en concurrencia con los privados

¹⁴ STS de 21 de julio de 1987 (rec. 628/1980), FJ 4. Los conceptos de empresa y empresario se deben interpretar de manera amplia abarcando no solo las formas empresariales de gestión directa, sino también aquellas otras que no tienen tal naturaleza, pues en todos los casos de gestión directa es el Municipio quien asume el riesgo empresarial entendido este como la exposición real a las incertidumbres del mercado.

¹⁵ Resulta importante recalcar que en este contexto el objeto de la municipalización son servicios públicos de carácter económico, que deberán tener «naturaleza mercantil, industrial, extractiva, forestal o agraria» [artículo 46.1 a) RSCL]. El régimen jurídico de la prestación de un servicio social es muy diverso al del servicio económico pues para prestar el primero mediante gestión directa «basará el acuerdo de la Corporación en pleno» (artículo 42.1 RSCL). No obstante, distinguir estas categorías clásicas de servicio público económico y servicio público social puede resultar una tarea muy compleja en la práctica. Una misma actividad se podría calificar, de hecho, como uno u otro según cómo la Corporación local configure la misma. Vid. SÁNCHEZ DÍAZ, J. L. (2003): «Los servicios locales de naturaleza económica. Municipalización, concesión y autorización», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, REALA, núm. 291, págs. 1.047-1.048; y ORTEGA BERNARDO, J. (2006): «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los Municipios: (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)», cit., pág. 75.

¹⁶ Entre la doctrina, varios autores prefieren el término de «reinternalización» por entenderlo más correcto desde el punto de vista técnico-jurídico, al conceptualizar la «municipalización» como prestación de un servicio público y no como la asunción de su gestión. En esta línea, García Rubio defiende que «algo que nunca dejó de ser municipal, pues siempre se ha prestado por el Municipio, difícilmente puede volver a serlo». Vid. GARCÍA RUBIO, F. (2017): «Pros y contras jurídico-administrativos de la «reinternalización» (remunicipalización) de servicios públicos», en FONT I LLOVET, T. y DíEZ SÁNCHEZ, J. J. (coords.): *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho administrativo*, págs. 174-175; también TORNOS MAS, J. (2017): «La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», en *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, núm. 43, págs. 24-25; y COLOMÉ I NIN, A. y GRAU I ARNAU, S. (2017): ««Remunicipalización» de servicios locales y competencia», en *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, cit., págs. 126-127.

¹⁷ Y ello porque, pese al barniz ideológico que con frecuencia envuelve a este fenómeno, la remunicipalización es una cuestión también, y sobre todo, jurídica, como acertadamente afirma PONCE SOLÉ, J. (2016): «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», en *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, núm. 40, págs. 70-73 y 101-103.

¹⁸ Se debe de tener en cuenta que este articulado constituye legislación básica, pudiéndose desarrollar por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, (DA 1.ª y ss. LRBRL y DF 7.ª TRRL).

y, acto seguido, en el apartado segundo, añade unos trámites adicionales a dicho procedimiento para el caso de los servicios prestados en monopolio. Este procedimiento va dirigido a «acreditar la conveniencia y oportunidad de la medida» (artículo 86.1 LRBRL), es decir, de la iniciativa pública en la actividad económica (artículo 128 CE.2).

Una vez examinados los trámites que conforman este procedimiento pasaremos a cuestionarnos cuál es su ámbito objetivo, es decir, a qué actividades o servicios procede aplicar aquellos preceptos. En particular, analizaremos si la asunción de la prestación de un servicio público económico por una Entidad local –lo que buena parte de la doctrina denomina municipalización– entra dentro del ámbito de aplicación de la norma. Y, yendo aún más lejos, si el mero cambio de gestión del servicio está sometido o no a los trámites que aquí se expondrán. Cuestiones controvertidas y que han suscitado muchas dudas entre la doctrina debido a la escasa concreción de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL, que se refieren simplemente al desarrollo de «actividades económicas».

1. Los trámites del procedimiento

Como acaba de señalarse, es fundamentalmente el artículo 97 TRRL el que establece los distintos trámites procedimentales que deben seguirse para que una Corporación local pueda ejercer lo que el propio precepto denomina «actividades económicas», ya sea en concurrencia con otros privados o en monopolio.

Lo primero que llama la atención es que los trámites procedimentales que se establecen para el ejercicio de actividades económicas no son nuevos en nuestra historia de régimen local. En efecto, si se analiza la normativa anterior se observa cómo trámites prácticamente idénticos ya configuraban el procedimiento «municipalizador» que estableció en su artículo 171 el Estatuto Municipal de 8 de abril de 1924, primer texto normativo que reguló este tipo de procedimiento y al que le siguieron la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 y el posterior Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales¹⁹.

1.1. Para el ejercicio de «actividades económicas» por las Entidades locales

A) Acuerdo inicial, previa designación de una Comisión de estudio

El artículo 97 TRRL prevé, como primer trámite del procedimiento, «el acuerdo inicial, previa designación de una Comisión de estudio». Este acuerdo se adoptará por mayoría simple de los miembros presentes²⁰. En cuanto a la Comisión de estudio, esta deberá estar compuesta por miembros de la Corporación y por personal técnico. No obstante, habrá que estar, además, a lo que establezca la respectiva legislación autonómica, como apunta Esteve Pardo²¹. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, que ha anulado acuerdos una vez comprobado que la Comisión no cumplía con los requisitos de composición establecidos en la correspondiente normativa autonómica²². De la misma manera, cabría considerar la posibilidad de aplicar lo dispuesto por el artículo 56 RSCL, por ser desarrollo reglamentario del artículo 97 TRRL, y que reza:

Para la municipalización o provincialización de servicios se designará una Comisión especial, compuesta en la forma siguiente:

¹⁹ Sobre el procedimiento municipalizador del Estatuto Municipal de 1924 y de la Ley Municipal de 1935 véase MAGALDI, N. (2012): *Los orígenes de la municipalización de servicios en España: el tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública INAP, págs. 431-464.

²⁰ Artículo 47.1 LRBRL. La letra k) del apartado segundo requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones en caso de municipalización o provincialización de actividades en régimen de monopolio. *Contrario sensu*, debemos entender que será suficiente mayoría simple, que es la regla general, cuando el servicio se preste en concurrencia con privados.

²¹ Vid. ESTEVE PARDO, J. (2017): "Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios", en *Revista de Administración Pública*, núm. 202, pág. 323.

²² Así por ejemplo, la STSJ de Cataluña 1059/2007, de 28 de diciembre, (rec. 231/2004), FJ 7. El Ayuntamiento de Fogars de la Selva municipalizó en monopolio el servicio de abastecimiento domiciliario de agua. En su tramitación designó una Comisión de estudio compuesta por tres miembros de la Corporación y tres técnicos, cumpliendo con lo exigido por el artículo 97 TRRL, pero obviando lo establecido en el artículo 244 a) del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña y el artículo 183 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales (ROAS), los cuales exigen la participación (en la comisión) de representantes de los usuarios. Ello llevó al Tribunal a anular el acuerdo.

- 1.º Concejales o Diputados y técnicos de la Corporación en número igual a la mitad más uno de los miembros que hayan de componer la Comisión.
- 2.º Elementos técnicos en el número y con las calidades que se fijan en el artículo siguiente.
- 3.º Dos representantes de los usuarios, designados por las Cámaras Oficiales correspondientes, si las hubiere.

Sin embargo, no lo entendió así el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que en su sentencia de 28 de diciembre de 2012 afirmó que «está claro que el artículo 97.1.a) transcrito ha derogado en cuanto a la composición de la Comisión los artículos 56 y 57 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales»²³.

B) Redacción de la memoria

La memoria constituye el trámite central y, sin duda, esencial de todo el procedimiento lo que, en consecuencia, explica que sea la causa por la que más procedimientos para el ejercicio de actividades económicas se han recurrido ante los tribunales y más anulaciones de acuerdos ha conllevado. Es precisamente a través de la memoria, elaborada por la Comisión de estudio, donde debe acreditarse la «conveniencia y oportunidad de la medida» (artículo 86 LRBRL), lo que a su vez se concretará en la determinación de los «aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate», como señala expresamente el mencionado artículo 97 TRRL.

En cuanto al aspecto social, la Entidad Local deberá acreditar la utilidad pública que la prestación del servicio reportará a los vecinos. Se trata del aspecto decisivo para determinar la conveniencia y oportunidad de la medida. A propósito de estos conceptos, «el margen de apreciación y de decisión municipal acerca de la concurrencia de los mismos es extremadamente amplio, muy cercano, podría decirse, a la discrecionalidad»²⁴. Por ello, con el fin de acreditar suficientemente la decisión, deberán reflejarse los hechos concretos, expresados, a ser posible, con cifras y estadísticas. En palabras del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, «la iniciativa, y el expediente que la sustenta, tendrán que poner de relieve, no ya situaciones y estados de cosas teóricos, sino la verdadera ventaja que los vecinos y la comunidad local va a experimentar en términos objetivos y contrastables como resultado de esa injerencia pública en el libre mercado»²⁵.

Por último, el legislador también se preocupa por esta eventual injerencia en el mercado y exige que en el preceptivo análisis de mercado realizado al efecto se recojan «los posibles efectos sobre la concurrencia empresarial» (artículo 86.1 LRBRL *in fine*). Consecuentemente, habrá que realizar una ponderación entre la utilidad pública resultado del ejercicio de la actividad económica por parte de la Entidad local y el perjuicio que sobre los empresarios tenga esta²⁶.

En lo que afecta al aspecto jurídico, el artículo 97.1 TRRL menciona específicamente dos elementos. El primero es la determinación de la gestión, que se erige como uno de los elementos más importantes del procedimiento, principal—por razones obvias— cuando hablamos de (re)municipalización. De la forma de gestión escogida dependerá en buena medida la conveniencia y oportunidad de la decisión del ente local. Por su

²³ STSJ de Castilla y León 2260/2012, de 28 de diciembre (rec. 1435/2010). A nuestro entender, resulta curiosa esta interpretación pues la función del reglamento es el desarrollo de la Ley, como así hace el RSCL cuando especifica los requisitos que tienen que reunir los técnicos que componen la Comisión, si bien es verdad que nada dice el TRRL sobre los representantes de los usuarios. En cualquier caso, la omisión de representantes de los usuarios no parece ir en línea con el principio constitucional de participación ciudadana (artículo 9.2 CE), que se plasma en el ámbito local en el artículo 69 LRBRL. Lamentablemente, el TS, cuando examinó el recurso a esta sentencia, no se pronunció sobre este extremo en la STS de 23 de febrero de 2015 (rec. 595/2013), por no ser este el objeto del recurso.

²⁴ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2007): «Artículo 86», en REBOLLO PUIG, M. (dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, vol. II, pág. 2.308. Valencia: Tirant lo Blanch.

²⁵ STSJ de País Vasco 473/2014, de 27 de octubre (rec. 768/2013). La misma anuló, conforme al artículo 63.1 de la Ley 30/1992, el acuerdo de constitución de la Sociedad Blaia Servicios Funerarios Municipales de Irún, S. A. por considerar insuficientemente acreditada la conveniencia y oportunidad del acuerdo al basar estas en la simple situación monopolística de «Tanatorio del Bidasoa, S. A –TABISA–», sin «concluir razonada y concluyentemente que se promueve una iniciativa económicamente viable que vaya a redundar en un mejor y más asequible servicio para los demandantes locales del mismo». En la misma línea se pronunció con anterioridad el Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de octubre de 1989 (conocida como *Iniciativas*), FJ 4 a 8, en la que, al analizar la concurrencia de un interés público en la creación de la Sociedad Anónima municipal de Barcelona «Iniciativas, S. A.», se constata «la ambigüedad, inconcreción, vaguedad, generalidad, imprecisión...» del objeto de la empresa. Por ello, mantiene el Tribunal que «no queda acreditada ni justificada de ningún modo la oportunidad o conveniencia» de la creación de la empresa.

²⁶ De esta opinión son COLOMÉ I NIN, A. y GRAU I ARNAU, S. (2017): «Remunicipalización» de servicios locales y competencia», en *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, núm. 43, cit., págs. 147 y 156, quienes abogan por que «el ente local debería llevar un análisis del impacto competitivo de su decisión basado en los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión».

relevancia en el procedimiento, se le ha dedicado un epígrafe aparte. Por otro lado, se exige la concreción de los casos en que debe cesar la prestación de la actividad²⁷.

Con referencia al aspecto técnico, el expediente deberá contener todas las especificaciones necesarias para llevar a cabo la actividad. En este sentido, el RSCL exige un «anteproyecto de obras para la implantación del servicio, si este las requiriere, o bases de su planteamiento técnico, con el detalle suficiente para formar idea de la instalación o actividad de que se tratare» (artículo 61.1.º RSCL)²⁸.

Finalmente, son dos los aspectos que debemos destacar en relación con el elemento financiero que debe contener toda memoria. En primer lugar, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF) y la complementaria Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), que desarrollan el mandato del artículo 135 CE relativo al principio constitucional de *estabilidad presupuestaria*, centran su preocupación, precisamente en esta y en *la sostenibilidad financiera*²⁹. Consecuentemente, la LRSAL modifica la LRBRL, impregnándola de este principio. En concreto, se modifica el artículo 86.1, que queda redactado de la siguiente forma:

Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, *siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria 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*³⁰.

La estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera se configuran de esta manera como requisito indispensable para el ejercicio de una actividad económica, debiéndose realizar un análisis de mercado en el que se compruebe la ausencia de riesgo para la estabilidad y sostenibilidad de la Corporación. A este respecto, entendemos que este riesgo deberá valorarse por los tribunales, quienes lo deberán poner en relación con el interés general de la medida y ponderar ambos. En cualquier caso, todo hace prever –dado el alto nivel de exigencia mostrado en otros aspectos del procedimiento– que los tribunales también serán rigurosos cuando deban enjuiciar este requisito.

En segundo lugar, el legislador también especifica la necesidad de que a la memoria se le acompañe de un «proyecto de precios». Este será también pieza clave tanto para resolver sobre la conveniencia y oportunidad de la medida en su aspecto social (unos precios más bajos serían beneficiosos para los vecinos), como para resolver sobre la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera por motivos evidentes. El artículo aclara que «para la fijación de precios se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones»³¹. La formulación de este inciso final nos hace pensar que el legislador no prevé como fin principal de la actividad económica la mera recaudación, aunque sí la admite como una consecuencia «lícita» de la actividad³².

²⁷ Así por ejemplo, el artículo 103.2 TRRL establece que «cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social, será *obligatoria* la disolución de la Sociedad». Una vez producida esta, como es lógico, «la Corporación resolverá sobre la continuidad y forma de prestación del servicio».

²⁸ Con referencia a la importancia de este anteproyecto de obras se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en su Sentencia 957/2010, 29 de octubre (rec. 422/2005), FJ 3, en relación a la creación de la Entidad pública empresarial «Funeraria Municipal de Sóller», en la que el Tribunal considera indispensable en este caso el anteproyecto, por las características del servicio, para valorar la oportunidad y conveniencia del proyecto.

²⁹ En esta lógica, es natural acudir en primer lugar a la LOEPSF para saber qué debemos entender por ambos conceptos. En concreto, su artículo 3.2 define «estabilidad presupuestaria» como «la situación de equilibrio o superávit estructural». Por su parte, el artículo 4.2 establece que «se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea».

³⁰ Lo señalado en cursiva corresponde a lo añadido por la reforma efectuada por la LRSAL.

³¹ En esta línea, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, LRHL) no solo prevé la obtención de beneficios sino que establece que «el importe de los precios públicos deberá cubrir como mínimo el coste del servicio prestado o de la actividad realizada», pudiéndose fijar por debajo de este límite únicamente «cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen» (artículo 44).

³² Sobre la licitud de la obtención de beneficios económicos en la prestación de servicios públicos locales se ha discutido desde antiguo. Cfr. MAGALDI, N. (2012): *Los orígenes de la municipalización de servicios en España: el tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*, cit., págs. 338-343.

Por último, no está de más destacar que, en palabras del Tribunal Supremo, «la naturaleza y la finalidad de dicho expediente lo convierten en presupuesto procedimental esencial para legitimar la inmisión del poder público en la actividad económica privada, tal como aparece configurado en la Ley de acuerdo con los principios constitucionales. Por ello, (...) la ausencia de expediente previo implica la nulidad de pleno derecho»³³.

C) *Exposición pública de la memoria*

Una vez redactada la Memoria por la Comisión de estudio, y de que esta «sea tomada en consideración por la Corporación», se abrirá un trámite de exposición pública «por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades».

La jurisprudencia ha entendido que se trata de un trámite esencial, cuya omisión frustra los derechos de los ciudadanos particulares y entidades sociales vedándoseles la oportunidad de conocer la Memoria y participar en el «proceso deliberativo»³⁴, por lo que tiene como consecuencia jurídica la anulabilidad del acto conforme el actual artículo 48.2 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas (en adelante, LPACAP). La exposición de la memoria se configura de esta manera como una vía de participación ciudadana, en concordancia con el mandato constitucional del artículo 9.2 y que el legislador recoge, para el ámbito local, en el artículo 69 LRBRL.

Por lo que se refiere a la vía de exposición pública que debe emplear la Administración, la jurisprudencia mantiene que será suficiente, dado su ámbito local, la publicación de la Memoria en el Boletín Oficial de la Provincia (BOP) y el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente³⁵.

D) *Aprobación final del proyecto*

Transcurrido el plazo previsto de exposición pública y habiendo tenido en cuenta las alegaciones hechas, se procederá a la aprobación final por el Pleno del Ayuntamiento que, en ausencia de mención expresa por el artículo 97 TRRL y al igual que ocurría con el acuerdo inicial, será por mayoría simple (art. 47 LRBRL).

1.2. *Para el ejercicio de «actividades económicas» en régimen de monopolio*

En concordancia con el Derecho de la Unión Europea y, en particular el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), los servicios públicos que tengan un contenido económico serán prestados con pleno respeto a las normas de la competencia y en concurrencia con los sujetos privados. No obstante, cabe la existencia de razones que justifiquen establecer restricciones a la competencia o, incluso, extraer toda competencia de otros operadores económicos³⁶. Partiendo de esta

³³ STS de 1 de febrero de 2002 (rec. 6139/1996), FJ 5. Se discutía en esta sobre la legalidad de la creación de una sociedad municipal para hacerse cargo del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria sin haber seguido para dicha creación el expediente del artículo 97.1 TRRL y, por tanto, se declaró nulo el acuerdo por el que se implantaba el servicio a través de esta sociedad.

³⁴ STSJ de Canarias 114/2009, de 15 de septiembre (rec. 96/2009), FJ 3. En el presente caso, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife realizó un cambio de gestión de los servicios públicos municipales relacionados con el ciclo integral del agua, que venía prestando de forma directa la sociedad de capital íntegramente municipal denominada «Empresa Municipal de Aguas de Santa Cruz de Tenerife» (EMMASA), para establecer el modo de gestión indirecta a través de una Sociedad de economía mixta, de tal manera que EMMASA pasaba a integrarse en una sociedad de esta naturaleza mediante la venta a terceros de 212 acciones del total de 224 en que se hallaba dividido su capital social y reservándose solo 12 acciones. Esta venta de casi la totalidad de la sociedad municipal, previa al concurso para la adjudicación del contrato, equivalía, según el Tribunal, al ejercicio de una actividad económica y, por ende, al no contemplarse la exposición pública de la memoria [artículo 97.1 c) TRRL], debía declarar nulo el acuerdo. Esta sentencia fue confirmada por la STS de 20 de noviembre de 2012 (rec. 80/2009).

³⁵ STSJ de Castilla y León 2260/2012, de 28 de diciembre, FJ 5. El objeto de la controversia versó sobre la legalidad del cambio de gestión del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable del Municipio de León que ejercía directamente el Ayuntamiento a través del Servicio Municipalizado de Aguas, órgano especial de administración, para prestarse posteriormente mediante gestión indirecta a través de una Sociedad de economía mixta. En lo que aquí importa, la obligación de la publicación del trámite de información pública de la memoria en el BOE (artículo 63.1 RSCL) después de la entrada en vigor de la LRBRL se debe entender referida a la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma.

³⁶ En esta línea, véanse COLOMÉ I NIN, A. y GRAU I ARNAU, S. (2017): «Remunicipalización» de servicios locales y competencia», cit., págs. 132-134; ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (2015): «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», cit., págs. 63-64; y la AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA en su informe sobre el caso Santa María d'Oló (OB 19/2015), pág. 6.

idea, el legislador declara en el artículo 86.2 LRBRL, en desarrollo del artículo 128.2 CE, la reserva en favor de ciertos servicios (*servicios esenciales*)³⁷ con la que se posibilita la exclusión de la competencia.

Respecto a esta reserva, la doctrina³⁸ y la jurisprudencia³⁹ recuerdan que no opera de forma automática, sino que se deben distinguir al menos dos fases: primero, la habilitación legal, mediante el artículo 86.2 o ley sectorial; y, segundo, la declaración de voluntad de la Entidad Local haciendo efectiva la reserva, a través del procedimiento del artículo 97.2 TRRL, que se configura como un procedimiento «agravado» en el que, a los trámites examinados en el apartado inmediatamente anterior, se añaden otros complementarios. Veamos cuáles son.

A) Informe de la autoridad de competencia correspondiente

Este trámite ha sido una de las tantas novedades introducidas por la LRSAL. Sirviéndonos del estudio de los informes de estas autoridades realizado por Esteve Pardo, podemos afirmar que, en estos primeros años de vigencia de la norma, estas se han mostrado muy exigentes respecto a la necesidad de justificar detalladamente la conveniencia del monopolio y de la forma de gestión elegida, en línea con lo mantenido por la jurisprudencia en relación con la conveniencia y oportunidad de la medida⁴⁰. Respecto a la forma de gestión, se observa una clara preferencia de las diferentes autoridades de la competencia por la gestión indirecta. Si bien la prestación en régimen de monopolio supone *per se* una eliminación de la competencia empresarial, con la gestión indirecta todavía puede existir cierta competencia. En efecto, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía argumenta que con la gestión indirecta «los candidatos establecerán una suerte de competencia entre ellos para resultar finalmente elegidos, lo que a su vez debería producir un aumento en la eficiencia en la prestación del servicio»⁴¹. Es decir, se mantiene una competencia *por* el mercado, a pesar de haber eliminado la competencia *en* el mercado.

En todo caso, es conveniente señalar que este informe –que se emitirá en el plazo de diez días (artículo 80.2 LPACAP)– será preceptivo, pero no vinculante, de acuerdo al artículo 80.1 LPACAP. Por tanto, la Corporación local podrá actuar en sentido contrario a lo aconsejado en el informe⁴².

B) Acuerdos de la Corporación Local

Según el artículo 47.2.k) LRBRL, los acuerdos relativos a la municipalización o provincialización de actividades en régimen de monopolio requerirán el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. Así pues, tanto el acuerdo que da inicio al expediente, como el acuerdo que le pone fin una vez redactada y publicada la Memoria y habiéndose emitido el informe de la autoridad correspondiente, deberán ser aprobados por mayoría absoluta y no por mayoría simple como en el caso

³⁷ «El abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y el transporte público de viajeros» así como los que establezcan, mediante Ley, el Estado y las Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, el legislador andaluz efectuó idéntica reserva para los servicios de alumbrado público; limpieza viaria; y prevención y extinción de incendios [artículos 32.1 LAULA y 92.2 d) del Estatuto de Autonomía de Andalucía].

³⁸ Vid. TORNOS MAS, J. (2017): «La remunicipalización de los servicios públicos locales», cit., pág. 44; ORTEGA BERNARDO, J. (2006): «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los Municipios: (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)», cit., pág. 67; y ESTEVE PARDO, J. (2017): «Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios», cit., págs. 319-321, entre otros.

³⁹ Vid. STS de 21 de diciembre de 2000 (rec. 6448/1996), FJ 6; y la STSJ de Galicia 1724/2005, de 25 de noviembre (rec. 7359/2003), FJ 8.

⁴⁰ Tanto el informe de la Autoridad Catalana de la Competencia sobre el caso de Santa María d'Oló (OB 19/2015), pág. 6, como el del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de 20 de enero de 2009, págs. 4-5, consideran insuficientes las justificaciones dadas por la Corporación. En el primer caso, en relación a la municipalización del servicio del agua del Municipio de Santa María d'Oló a través de una sociedad anónima municipal, Aigües de Manresa, S. A., propiedad del Ayuntamiento de Manresa, mediante un convenio de colaboración entre ambos Municipios. El segundo caso, relativo a la prestación del servicio de gestión integral del ciclo del agua en el Municipio de Nerja, en régimen de monopolio y mediante gestión indirecta a través de la creación de una Sociedad de economía mixta.

⁴¹ Informe del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de 20 de enero de 2009, pág. 3. En la misma línea la Autoridad Catalana de Competencia, Informe de Santa María d'Oló, (OB 19/2015), pág. 8, advierte que «el uso sistemático de este instrumento de gestión directa puede llegar a provocar una posible pérdida de eficiencia derivada de la ausencia de tensión competitiva a la hora de fijar las condiciones de ejecución del encargo de gestión».

⁴² No obstante, en el caso de que la Administración se separe del criterio indicado por el órgano consultivo –en este caso el órgano de la competencia–, aquella deberá motivar explícitamente la actuación en el sentido contrario al aconsejado [artículo 35.1 c) LPACAP]. Vid. ALEMANY GARCÍAS, J. (2018): *La recuperación de los servicios públicos locales*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, págs. 157-159.

de la realización de actividades económicas en concurrencia con el mercado. La exigencia de este mayor consenso se explica por la mayor injerencia de la medida sobre el mercado.

C) Elevación del expediente al órgano competente de la Comunidad Autónoma

La propia Constitución reconoce la autonomía de los Municipios (artículos 137 y 140 CE) y de los demás entes locales, que «deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas» (artículo 142 CE). Por lo tanto, no caben, por parte de las Administraciones autonómicas ni de la Administración General del Estado, controles de oportunidad sobre las decisiones de las Administraciones Locales en el ámbito de sus competencias. Así las cosas, la elevación del expediente no tendrá otro fin que el de llevar a cabo un control de legalidad⁴³. El órgano competente deberá valorar si el acuerdo invade competencias legalmente atribuidas a la Comunidad Autónoma de que se trate, para lo que dispondrá de un plazo de tres meses. Para resolver sobre el mismo podrá solicitar «dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, donde existiese, en cuyo caso no se computará el tiempo invertido en evacuar la consulta»⁴⁴.

2. Sobre la aplicación de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL a la actividad económica de las Entidades Locales

De la lectura de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL, así como de cuanto se ha dicho en el epígrafe anterior, es posible extraer, de entrada, dos conclusiones respecto al ámbito de aplicación de aquellos. En primer lugar, si la Administración (local) decide emprender una actividad económica en sentido estricto, esto es, una actividad cuya prestación no responde a la satisfacción de una necesidad colectiva básica⁴⁵, deberá justificar la utilidad pública que esta genera, siguiendo el procedimiento descrito en el epígrafe anterior relativo a la iniciativa pública para actividades económicas. En segundo lugar, si la actividad que pretende desarrollar es la de un servicio público en régimen de monopolio, deberá seguir el procedimiento agravado de los artículos 86.2 LRBRL y 97.2 TRRL, al que también hemos aludido.

Partiendo de estas premisas –que no se discuten ni por la jurisprudencia ni por la doctrina–, surgen dudas en torno a la aplicación del procedimiento estudiado en dos situaciones determinadas: a) el ejercicio de una actividad calificada como servicio público y prestada en concurrencia con los particulares, y b) el cambio de gestión del servicio que se venía prestando con anterioridad.

⁴³ En este sentido, ESTEVE PARDO, J. (2017): “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, cit., pág. 328 y ORTEGA BERNARDO, J. (2006): “Competencias, servicios públicos y actividad económica de los Municipios: (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)”, cit., págs. 70-71; confirmándolo también la STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3.

⁴⁴ Dictamen que será, sin perjuicio de la normativa de los órganos consultivos autonómicos, no vinculante de acuerdo al artículo 2.2 Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

⁴⁵ Me refiero aquí a lo que el profesor Villar Palasí denominó *dación de bienes y servicios al mercado*, como categoría diferenciada de la de los servicios públicos. Vid. VILLAR PALASÍ, J. L. (1950): “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 3, págs. 60-61. Hoy se suele hablar más bien de *iniciativa pública económica* o de *gestión económica*. Vid. EZQUERRA HUERVA, A. (2017): “Sobre el procedimiento administrativo a seguir para la remunicipalización de servicios”, en *Diario La Ley*, núm. 8.982, pág. 5. No obstante, las categorías de servicio público (económico) y actividad económica en sentido estricto no son fáciles de delimitar en la práctica. Podríamos preguntarnos, por ejemplo, si unas clases de *aerobic* o de *fitness* pueden llegar a considerarse servicio público, cuestión que ya se le planteó al Tribunal Supremo, SSTS de 20 de junio de 2006 (rec. 9108/2003); y de 14 de febrero de 2007 (rec. 2621/2004). En ambos casos, la Asociación Aprovechó el cese de los servicios ofertados (clases de *aerobic* y *fitness*) por los Ayuntamientos de Burriana y Villareal, respectivamente, por ser contrarios a la libertad de empresa (artículo 38 CE). Para resolver este tipo de controversias los tribunales suelen acudir a las actividades y competencias recogidas en los artículos 25 y 26 LRBRL; toda actividad que se encuentra comprendida en estos artículos es calificada, normalmente, como servicio público. Vid. SSTS de 1 de febrero de 2002 (rec. 6139/1996), FJ 2, y de 4 de julio de 2003 (rec. 8954/1997), FJ 1, y los Tribunales Superiores de Justicia, STSJ de Canarias 114/2009, de 15 de septiembre (rec. 96/2009), FJ 1 y 2; y STSJ de Castilla y León 2260/2012, de 28 de diciembre (rec. 1435/2010), FJ 4. Partiendo de este razonamiento, el Tribunal Supremo en las SSTS de 20 de junio de 2006, FJ 5 y 6; y de 14 de febrero de 2007, mencionadas arriba, desestimó la pretensión de la Asociación Aprovechó, entendiendo que era suficiente que una ley (la Ley valenciana del Deporte) hubiera declarado que el deporte, y las instalaciones asociadas al mismo, constituirían un servicio público, FJ 7 y 9. No obstante, en vista de esta tendencia jurisprudencial, parece necesario recordar que las categorías «competencia» y «servicio público» no son siempre coincidentes. No basta con que una actividad de competencia local satisfaga un interés general –pues es requisito común e indispensable de toda actividad administrativa (artículo 103.1 CE)–, sino que debe responder a una necesidad pública, concepto más intenso que el «simple» interés general. Vid. ARANA GARCÍA, E. (1997): *Las sociedades municipales de gestión urbanística*. Madrid: Marcial Pons, págs. 55-57 y 112-115.

2.1. La aplicación del procedimiento de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL a la asunción de servicios públicos por parte de la Corporación Local

La cuestión que debemos plantearnos ahora es si resulta necesario llevar a cabo el procedimiento relativo al ejercicio de actividades económicas (artículo 97.1 TRRL), cuando la actividad en cuestión sea un servicio público de contenido económico. Un sector doctrinal en el que destaca Ortega Bernardo, amparándose en la normativa europea en materia de servicios de interés económico general, entiende que la distinción relevante radica en «la diferencia entre la referida iniciativa pública económica local (sometida a las normas de la competencia) y los servicios públicos (reservados o no)» siendo objeto de aplicación de los artículos referidos únicamente las primeras actividades⁴⁶. Esta posición fue acogida por el TS ya en una sentencia de 1997⁴⁷, y ha sido reiterada recientemente por los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía⁴⁸ y de Castilla y León⁴⁹. Respecto de este último, merece la pena transcribir la argumentación utilizada en tanto que hace suyo el razonamiento de la profesora Ortega Bernardo⁵⁰.

En el marco jurídico actual integrado con la normativa europea, la diferencia fundamental se encuentra entre la iniciativa pública económica local, sometida a las normas de la competencia, y los servicios públicos (reservados o no) que, si no se reservan, se pueden prestar en concurrencia con la actividad empresarial privada, pero no necesariamente en competencia con ella (*sic.*) (en expresión de la profesora Ortega Bernardo), trasladando la distinción del derecho europeo entre la actividad empresarial (pública o privada) sometida al cumplimiento de las normas de la competencia (art. 106.1 del TFUE) y la que no está sometida a estas normas de competencia, que son la excepción y tienen cobertura también en el art. 106.2 del TFUE. Lo fundamental es que la ley declare la actividad como servicio público o competencia municipal, como es el caso del abastecimiento y depuración de aguas, porque esta declaración puede comportar debido al interés público prevalente el quedar exonerado de las normas de defensa de la competencia por aplicación de la excepción del art. 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (...).

Dicha jurisprudencia, por lo tanto, excluye del ámbito del artículo 86 LRBRL la prestación de un servicio público para situarla en el ámbito de la potestad autoorganizativa del artículo 85 LRBRL, reservándose el artículo 86 para la mera actividad empresarial del ente local.

En realidad, la controversia se suscita en buena medida por la falta de concreción del ámbito objetivo de aplicación de la norma, pues al hablar el artículo 86 LRBRL de «actividades económicas» permite entender tanto que se refiere solo a la mera actividad empresarial de la Administración como, por el contrario, que abarca cualquier actividad o servicio que tenga un contenido económico, incluyendo por lo tanto también servicios públicos. Pensamos que una forma razonable de abordar esta compleja cuestión –que no puede

⁴⁶ ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (2015): “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, cit., pág. 71.

⁴⁷ STS de 23 de mayo de 1997 (rec. 6813/1991), FJ 5. El Ayuntamiento de Los Silos interesaba la nulidad de las resoluciones del Cabildo de Tenerife por las que se aprueba la gestión directa de la Balsa de la Montaña de Taco para el abastecimiento de agua para el riego. Ello sin seguir los trámites fijados en el artículo 97 TRRL. El Tribunal falló a favor de la legalidad de los acuerdos al entender que, tratándose de un servicio público, no debía de seguir los trámites del mencionado artículo que quedaría reservado a la «actividad industrial o comercial distinta de los servicios públicos locales» para la que «además del título habilitante se exige, por la trascendencia de la medida, un reforzamiento de las formalidades del expediente administrativo en los términos del invocado artículo 97 TRRL», recalcando que, por el contrario, no ocurre lo mismo con «los servicios públicos de la competencia de los Entes Locales».

⁴⁸ SSTSJ de Andalucía 355/2017, de 3 de abril (rec. 464/2016), y 362/2017, de 30 de marzo (rec. 642/2016). Ambas sentencias versan sobre la adquisición en 2009, por parte del Ayuntamiento de Almonte, de la sociedad Exclusivas Doñana, S. L., titular y gestora del campo de golf de Matalascañas. El Tribunal entendió que la gestión de este campo de golf, entre otros motivos por ser el único de la zona, constituía un servicio público de carácter obligatorio al ser una instalación deportiva de acuerdo con el artículo 26 LRBRL. Como consecuencia, no le eran de aplicación los artículos 86.1 LRBRL y 97.1 TRRL, declarando ajustado a derecho el acuerdo de adquisición del campo de golf como «servicio público turístico-deportivo».

⁴⁹ STSJ de Castilla y León 1241/2017, de 3 de octubre (rec. 360/2017), FJ 5. La sociedad Aguas de Valladolid recurre el auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo que deniega las medidas cautelares solicitadas en relación al acuerdo para el cambio de gestión del abastecimiento de aguas del Ayuntamiento de Valladolid, de una gestión indirecta mediante la empresa concesionaria Sociedad de Aguas de Valladolid a una gestión directa mediante la creación de una Entidad pública empresarial local. Uno de los motivos esgrimidos –y rechazados– fue no haber seguido el procedimiento de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL.

⁵⁰ Vid. Julia ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos”, cit., pág. 71.

resolverse desde la literalidad del precepto— es analizarla desde los demás criterios interpretativos que se desprenden del artículo 3.1 del Código Civil, particularmente desde los criterios sistemático y teleológico.

A) *Criterio sistemático*

Atendiendo al contexto normativo, el profesor Ezquerra Huerva⁵¹ apunta diferentes normas que pueden ser de utilidad para el debate. Así, en primer lugar, llama la atención sobre la propia estructura de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL, que describen el procedimiento a seguir cuando la Entidad local pretende realizar «una actividad económica» en concurrencia con los privados. En segundo lugar, se añaden unos requisitos a dicho procedimiento en el caso de que se quieran prestar en régimen de monopolio ciertos servicios (públicos) que la ley califica como *esenciales*. Así las cosas, parece que el legislador configura los trámites de dichos artículos como un único procedimiento que se agrava para el caso de servicios prestados en monopolio. Según este razonamiento, es plausible pensar que cualquier servicio público de contenido económico, aunque no se preste con exclusión de la iniciativa privada sino en concurrencia, deberá someterse al procedimiento referido.

En segundo lugar, es necesario mencionar el artículo 95.1 TRRL que parece bastante clarificador respecto a la cuestión discutida. Este dispone que «los servicios públicos locales, *incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril*, podrán ser gestionados directa o indirectamente». Esta norma encuadra a *ciertos* servicios públicos locales dentro de la iniciativa pública del artículo 86 LRBRL. Entendemos que el legislador se refiere a aquellos servicios públicos de carácter económico o, más concretamente, que puedan afectar a la competencia.

En tercer lugar, es importante mencionar el apartado 5 de la Disposición adicional tercera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Este dice expresamente que, en los contratos de concesión de obras y de servicios, el expediente del artículo 86.1 LRBRL se tramitará conjuntamente con el estudio de viabilidad regulado en la Ley de Contratos del Sector Público. Siendo el contrato de concesión el lógico heredero del extinto contrato de gestión de servicios públicos⁵², todo hace pensar, en línea con lo antes expuesto, que el legislador da por sentado la obligación de seguir el procedimiento del artículo 86 LRBRL cuando se prestan servicios públicos.

Por último, interesa también en esta sede rechazar los argumentos anteriormente señalados por Ortega Bernardo y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Andalucía y Castilla León en relación con la no aplicación de los artículos 86.1 LRBRL y 97.1 TRRL cuando se trata de un servicio público. A diferencia de lo que se indica en la sentencia mencionada, la interpretación del artículo 106 TFUE no nos lleva necesariamente a afirmar la exclusión de aquel procedimiento en el supuesto de que se quiera establecer un servicio público local en concurrencia con los privados.

Y ello porque del artículo 106 TFUE no se pueden extraer dos figuras totalmente opuestas, sujetas a regímenes jurídicos distintos, como son las actividades económicas en sentido estricto y los servicios de interés económico general. De hecho, lo que hace el apartado segundo de dicho precepto es remarcar la necesidad de acatar las normas de la competencia, también cuando se tratan de servicios de interés económico general⁵³. Es decir, ambas actividades están sujetas al mismo régimen jurídico, con la salvedad de los casos en los que, tratándose de un servicio de interés económico general, la aplicación de las normas de la competencia «impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica confiada»⁵⁴.

⁵¹ EZQUERRA HUERVA, A. (2017): “Sobre el procedimiento administrativo a seguir para la remunicipalización de servicios”, cit., págs. 7-9.

⁵² Así se deduce de la Disposición adicional trigésima cuarta de la LCSP, como bien apunta GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2018): “Potestad autoorganizativa, cooperación administrativa y servicios públicos locales”, en MELLADO RUIZ, L. y FORNIELES GIL, Á. (coords.): *Gestión cooperativa en el ámbito local*, pág. 188. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁵³ Estas normas de la competencia deben regir igualmente en el ámbito local, como afirma la propia ORTEGA BERNARDO, J. (2016): “Derecho de defensa de la competencia y Administraciones Públicas: una visión crítica sobre las excepciones a la aplicación de las normas de la competencia a los Gobiernos Locales”, en BAÑO LEÓN, J. M. (coord.): *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. III, pág. 2241. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁵⁴ En esta misma línea se pronuncia GONZÁLEZ TORROBA, P. (2017): *Cuando el Ayuntamiento hace la competencia. Servicio público local y Derecho de la Competencia*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 140-141.

Por tanto, los servicios públicos de contenido económico, también los locales, se hallan igualmente sujetos al Derecho de la competencia, por expreso mandato del legislador europeo. La consideración de servicio público constituiría, en este sentido, un requisito necesario, pero no suficiente para dicha omisión. Es una realidad que la Administración como prestadora de servicios públicos de contenido económico compite con el resto de proveedores, por lo que el Derecho de la Competencia deberá seguir rigiendo en tanto no se entorpezca la misión específica. La excepción del artículo 106.2 TFUE, reflejada en el artículo 4 LDC, no se aplica como regla general a todos los servicios públicos de contenido económico sino, por el contrario, a título excepcional.

B) Criterio teleológico

Sentado lo anterior, resulta necesario entrar ahora en el análisis detallado de los fines perseguidos por los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL para determinar si, efectivamente, el establecimiento de una actividad económica como servicio público debe someterse a los trámites procedimentales en ellos previstos. Nuestro punto de partida es la cláusula general contenida en ambos preceptos, según la cual el ente local deberá acreditar «la conveniencia y oportunidad de la medida». Esto es, el objetivo perseguido es claramente la motivación y justificación de la medida.

Respecto a la obligación de seguir el procedimiento atendiendo a este fin, podemos identificar entre la doctrina y la jurisprudencia tres posturas diferentes. Una parte de la doctrina, encabezada por Ortega Bernardo y respaldada por parte de la jurisprudencia⁵⁵, mantiene que «no se requiere justificar la actividad administrativa para prestar un servicio público, dado que la propia ley, debido al interés público prevalente que se encuentra presente en ese ámbito, autoriza o impone (esto último en el caso de que se haya declarado servicio obligatorio) desarrollar dicha actividad»⁵⁶. Es decir, tanto la prestación de servicios facultativos o –potestativos– (artículo 25 LRBRL) como la de los servicios obligatorios (artículo 26 LRBRL), está justificada por decisión del legislador. Sin embargo, si la prestación de los servicios potestativos fuera, en todo caso, conveniente y oportuna, en todos los Municipios, ¿por qué el legislador no los ha establecido como obligatorios junto al resto del artículo 26 LRBRL?

Ante esta primera postura, aparece otra también respaldada por cierta jurisprudencia que, siguiendo la anterior reflexión, distingue ambos tipos de servicios incluyendo en el ámbito de aplicación del artículo 97 TRRL los servicios facultativos. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana afirma que el artículo 86.1 LRBRL está pensado para todos aquellos servicios no incluidos en el artículo 26.1 LRBRL, pero «no [es] exigible para los supuestos del ejercicio por el Municipio de un puro servicio público o competencia administrativa de ejercicio obligatorio»⁵⁷. Esta acreditación de la conveniencia y oportunidad estaría en línea con lo exigido por el artículo 35.1 i) LPACAP, que establece como requisito general la motivación de los actos administrativos; en concreto, de «los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales». De esta manera, se reforzaría este deber de motivación que, en lugar de satisfacerse con una «sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho», debería cumplirse a través de la preceptiva redacción de una memoria y con su exposición pública.

Frente a estas dos tesis, encontramos una tercera defendida, entre otros, por Ezquerria Huerva, la cual entiende que los servicios públicos, independientemente de su naturaleza facultativa u obligatoria, deben someterse a los trámites del artículo 97 TRRL. Respecto a este objetivo general, desde nuestro punto de vista, el hecho de que el legislador declare una actividad como servicio público o, incluso, como servicio obligatorio, no implica que su prestación sea conveniente y oportuna independientemente de cómo se lleve a cabo, sino que se deberá prestar de acuerdo al resto de fines que se persiguen y que se explican a continuación.

⁵⁵ Recuérdense las ya referidas SSTSJ de Andalucía 355/2017, de 3 de abril (rec. 464/2016), y 362/2017, de 30 de marzo (rec. 642/2016) en las que se mantuvo que «si estaba exclusivamente destinado a la práctica de la actividad deportiva del golf, también queda justificada la prestación de un servicio público de competencia municipal mediante una sociedad mercantil local *sin tener que tramitar expediente de municipalización*» (FJ 3).

⁵⁶ ORTEGA BERNARDO, J. (2006): «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los Municipios: (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)», cit., pág. 80.

⁵⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana 1674/2000, de 15 de diciembre (rec. 837/1998), FJ 2. En este caso se discutía sobre la necesidad de seguir la tramitación del artículo 86 LRBRL para la constitución de un consorcio en la provincia de Alicante para la gestión de los residuos sólidos urbanos del Baix Vinalopó. En la misma línea se muestra el Juzgado Contencioso-administrativo núm. 3 de Valladolid en su sentencia 150/2017, de 14 de noviembre (rec. 14/2017), en donde se discutía sobre la asunción de la gestión del servicio de abastecimiento de aguas del Municipio de Valladolid por parte del Ayuntamiento mediante una Entidad pública empresarial.

Es decir, la acreditación de la «oportunidad y conveniencia» dependerá, también y en buena medida, de cómo se afronten los otros objetivos perseguidos con el procedimiento de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL.

En efecto, de la lectura de tales artículos se extraen, al menos, otros tres fines, más concretos, que se enmarcarían dentro del general sobre la motivación de la medida, a saber: a) la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, b) la defensa de la competencia *en y por* el mercado, y c) la participación de la ciudadanía en las decisiones locales. Veamos a qué nos estamos refiriendo.

Por un lado, tras la crisis económica de 2008 se percibe en el legislador estatal una gran preocupación por el control del gasto público que, como ya se ha mencionado, se ha reflejado en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que modifica, entre otros, el artículo 86 LRBRL. Con esta modificación se impone un límite muy claro, casi absoluto, al desarrollo de actividades económicas por parte de las Administraciones locales: «no generar riesgo para la sostenibilidad financiero del conjunto de la Hacienda municipal». Así parece que, por muy conveniente que sea su prestación en abstracto, esta tendrá que ser respetuosa con la estabilidad y sostenibilidad financiera del ente local.

El segundo fin es la defensa de la competencia, objetivo fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Esto hace necesaria una ponderación entre el interés general derivado de la prestación de un servicio público por parte de la Administración, y el impacto en la competencia. Como ya se ha reflexionado con ocasión de la Sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León 1241/2017, la Administración opera, con carácter general, como un competidor más en el mercado también cuando se trata de servicios públicos económicos⁵⁸. El procedimiento previsto en el artículo 86 LRBRL, por lo tanto, también pretende garantizar el respeto a las normas de la competencia. Por todo ello, compartimos las palabras de Ezquerro Huerva, para quien «el carácter económico de la actividad que pretenda llevar a cabo la Administración local, y no su condición o carácter de servicio público o no, es por tanto el criterio que se muestra como decisivo en orden a entender que la prestación del servicio por parte del Municipio requiere de la tramitación prevista para el desempeño de actividades económicas»⁵⁹.

Por último, un tercer objetivo, en absoluto desdeñable, es la promoción de la participación ciudadana en la toma de decisiones de la Corporación Local a través de la exposición pública de la memoria, como ya se indicó.

Una vez analizados estos fines debemos concluir que los servicios públicos, incluidos aquellos de carácter obligatorio, deben someterse al procedimiento establecido en los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL, ya que este no persigue solo la simple acreditación de la conveniencia de su prestación, sino también la salvaguarda de otros objetivos que justificarán esta conveniencia. Así, de la declaración de servicio público no se puede deducir que no se afecte el mercado o que esta afectación esté justificada⁶⁰, ni que no se genere riesgo para la estabilidad del Ente local. La preocupación mostrada por el legislador por esta no hace posible obviar este riesgo por la declaración de servicio público, ni siquiera como obligatorio. Tampoco se justifica, por ser servicio público, la omisión de la exposición pública con la que se priva al ciudadano de participar en servicios tan importantes para la colectividad, menos aún, cuando se trata de servicios obligatorios. Poco lógica tendría que, teniendo los vecinos el derecho de exigir estos últimos [art. 18.1 g) LRBRL], dispongan de menos posibilidades para participar en la implantación de aquellos.

C) *En particular, la prestación de servicios obligatorios*

Desde nuestro punto de vista, la controversia entre las tres tesis que acabamos de analizar radica en el, a priori, conflicto de normas derivado de la obligatoriedad de los servicios del artículo 26 LRBRL y el límite absoluto de no generar riesgo para sostenibilidad financiera de la Hacienda Local. ¿Podría anularse el acuerdo que aprobase la prestación de un servicio obligatorio que generase un riesgo para la sostenibilidad financiera? A nuestro entender, y a la vista de la normativa vigente, la respuesta debe ser afirmativa. Primero, debería comprobarse si hay otra configuración del servicio que no genere ese riesgo. Para el caso negativo, esto es, que el Municipio no tenga opción de prestar el servicio sin incurrir en este riesgo, tanto el legislador estatal como el autonómico han previsto alternativas.

⁵⁸ Vid. COLOMÉ I NIN, A. y GRAU I ARNAU, S. (2017): ««Remunicipalización» de servicios locales y competencia», en *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, núm. 43, cit., págs. 131-132.

⁵⁹ EZQUERRA HUERVA, A. (2017): «Sobre el procedimiento administrativo a seguir para la remunicipalización de servicios», cit., pág. 8.

⁶⁰ Por ello, se requiere, precisamente, un análisis de mercado en el que se justifique la eventual afectación al mercado, ponderando los intereses contrapuestos.

Así, podemos observar el inciso de la anterior redacción del artículo 26.1 LRBRL que indica que los Municipios «por sí o asociados» deberán prestar los servicios que se señalan en el mismo. Con la reforma de la LRBRL esta cooperación entre las Administraciones se ha reforzado, estableciéndose en su apartado segundo que «para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los Municipios afectados, la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas». En efecto, el artículo 44.1 LRBRL «reconoce a los Municipios el derecho a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia». E, igualmente, el artículo 57 LRBRL regula los consorcios y los convenios para «la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas». Además, recordemos que, el legislador estatal estableció como razón de ser y competencia propia y específica de la Provincia «asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal» [artículo 31.2 a) LRBRL], así como la «asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión» [artículo 36.1 a) y b) LRBRL]. En definitiva, el Municipio que no sea capaz de prestar un servicio por sí mismo podrá asociarse con otras Administraciones, locales, autonómicas o estatal para prestarlo y contar, en todo caso, con la Diputación, que se configura como el responsable de asegurar la prestación de los servicios locales⁶¹.

D) *La dudosa ratio decidendi del Tribunal Supremo: la naturaleza mercantil de la entidad prestadora*

Por último, es de obligada mención el criterio decisorio utilizado por el Tribunal Supremo, con posterioridad a la STS de 23 de mayo de 1997⁶², para la aplicación del procedimiento relativo al ejercicio de actividades económicas. En dos casos relativos a la creación de una sociedad mercantil local para la prestación de un servicio público esencial utiliza como *ratio decidendi* el carácter mercantil de la sociedad, sosteniendo que «la necesidad de previo expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad (...) es común a todos los casos de creación de empresas mercantiles para la gestión de servicios públicos», justificándolo en el «carácter excepcional que, desde el punto de vista de los principios de libre empresa y libertad de mercado (artículo 38 CE) reviste la intervención pública en la actividad económica (artículo 128 CE)». Dicha creación de una empresa sujeta al Derecho mercantil supone una «sustracción a los principios del Derecho público, cualquiera que sea la significación de las actividades de interés público a que se dedique su actividad»⁶³.

Aunque tenga lógica, en abstracto, y guarde cierta relación con el criterio del «carácter económico» de Ezquerro Huerva, este razonamiento nos plantea algunas dudas jurídicas, de tal modo que no podemos compartirlo⁶⁴. Por un lado, el artículo 85 LRBRL, en su anterior redacción, no diferenciaba entre las formas

⁶¹ Como afirmó el Consejo de Estado en su Dictamen 567/2013 sobre el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (§ 1.º), uno de los principales objetivos de la LRSAL era fortalecer las Diputaciones provinciales, ampliando sus competencias, con el fin de lograr economías de escala con unos servicios comunes centralizados. A este respecto, *vid.* GRACIA RETORTILLO, R. (2016): “Racionalización y sostenibilidad de la administración local en España: una reforma frustrada. Las competencias provinciales como paradigma”, en *Istituzioni del Federalismo: Rivista di Studi Giuridici e Politici*, núm. 4, págs. 951-953. Este reforzamiento de las competencias de las Diputaciones en perjuicio de las competencias municipales ha sido objeto de una amplia crítica. De hecho, fueron abundantes los recursos de inconstitucionalidad referidos a preceptos de la LRBRL que habían sido modificados por la LRSAL en los que se refuerzan y amplían las competencias de las Diputaciones a costa de las competencias municipales, en detrimento de la autonomía local consagrada en la Constitución, según argumentaron los recurrentes. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha manifestado que la ampliación competencial efectuada en favor de las Diputaciones es compatible con la autonomía municipal protegida por la Constitución. Véanse las SSTC 41/2016, de 3 de marzo; 111/2016, de 9 de junio; 101/2017, de 20 de julio; y 107/2017, de 21 de septiembre; entre otras. Las dos primeras sentencias se han estudiado extensamente por la doctrina administrativa entre la que cabe mencionar a MEDINA ALCOZ, L. (2016): “La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013”, págs. 189-224, y GRACIA RETORTILLO, R. (2016): “La LRSAL ante el Tribunal Constitucional: la afectación a la autonomía local”, págs. 225-280, ambos en *Anuario del Gobierno Local*, 2016; y VELASCO CABALLERO, F. (2016): “Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final”, en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 10, págs. 22-44.

⁶² *Vid.* nota 47.

⁶³ SSTs de 1 de febrero de 2002 (rec. 6139/1996), FJ 2 y 5, y de 4 de julio de 2003 (rec. 8954/1997), FJ 1. Ambos casos consistieron en la creación de una sociedad mercantil para hacerse cargo del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria del Municipio, siendo de capital público la primera y de capital mixto la segunda. Esto lo entiende suficiente el Tribunal para aplicar los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL.

⁶⁴ De la misma opinión, ORTEGA BERNARDO, J. (2006): “Competencias, servicios públicos y actividad económica de los Municipios: (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)” *cit.*, págs. 80-81.

de gestión a disposición del Ente local, siendo la sociedad mercantil pública una de ellas (letra d). Por otro lado, de la lectura de los artículos citados no se puede extraer como fin declarado del procedimiento una fiscalización mayor para el caso de la creación de sociedades mercantiles. Por tanto, aunque coincidimos en el fallo no compartimos el razonamiento jurídico llevado a cabo por el Tribunal. En nuestra opinión, lo que justifica el sometimiento al procedimiento del artículo 86 LRBRL y 97 TRRL es que la Corporación Local quiera emprender una actividad económica, y no el carácter mercantil de la sociedad a través de la cual se realizará dicha actividad.

2.2. La aplicación del procedimiento de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL a los cambios de gestión en la prestación de servicios públicos

Cuestión distinta a los casos de municipalización en sentido amplio son los supuestos de externalización y (re)internalización –o (re)municipalización–. Nos referimos al caso en el que, una vez realizada la asunción o establecimiento de un servicio de acuerdo con el artículo 97 TRRL, se cambia la gestión establecida en un primer momento. Hablaríamos, así, de externalización en los casos en los que se cambia de gestión directa a indirecta, y de internalización o municipalización, en sentido estricto, en el caso contrario. Cuando esta última tiene lugar una vez ya había sido prestado el servicio en un primer momento mediante gestión directa, estamos ante un caso de remunicipalización o reinternalización.

La cuestión que debe resolverse en este supuesto es si este cambio en el modo de gestión «entraña el ejercicio de una actividad económica por parte de la Entidad Local que ha de incardinarse en el artículo 97.1 TRRL, o si, por el contrario, dicho cambio de gestión indirecta a directa, o viceversa, puede considerarse como un servicio público de competencia de la Entidad Local sujeto a la libre potestad organizadora que a esta última le confiere el artículo 30 RSCL e incluye en la noción que incorpora el artículo 85 LRBRL»⁶⁵.

Desde un punto de vista estrictamente gramatical, el artículo 97.1 TRRL se refiere al «ejercicio de actividades económicas», mientras el artículo 86.1 LRBRL concreta algo más, aludiendo al ejercicio de «la *iniciativa* pública para el desarrollo de actividades económicas». En principio, podría pensarse que estos artículos se refieren a la declaración de servicio público, esto es, la asunción de la prestación del servicio. En esta línea, sus respectivos apartados segundos hablan de «la *efectiva* ejecución de estas actividades» en caso de monopolio⁶⁶, lo que ha llevado a parte de la jurisprudencia a concluir que el artículo 86 LRBRL no resulta aplicable por entender que «la decisión sobre la forma de gestión no es una decisión sobre el ejercicio de la iniciativa pública respecto a una actividad económica»⁶⁷.

En segundo lugar, sin embargo, desde un punto de vista sistemático y teleológico se debe reparar en que la regulación del establecimiento del servicio que hacen los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL exige una planificación completa de la vida del mismo. De esta manera, ambos artículos requieren tanto la determinación de la forma concreta de gestión como también la determinación de «los casos en que debe cesar la prestación de la actividad» [artículo 97.1 b) LRBRL]. En atención a estas exigencias, habría que preguntarse si con el nuevo modo de gestión es conveniente y oportuno ejercer la actividad económica; si esta genera ahora riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal; qué repercusiones puede tener para la competencia; y si no sería conveniente que los vecinos tuviesen de nuevo la oportunidad de dar su opinión sobre el servicio y su configuración.

De esta opinión es Ezquerria Huerva, quien defiende que «la forma de gestión no se presenta en la legislación vigente como un dato adjetivo o secundario», sino que «aparece como uno de los elementos centrales

⁶⁵ Así se manifiesta la STSJ de Canarias 114/2009, de 15 de septiembre (rec. 96/2009), FJ 1. Tras la LRSAL, en 2013, esta «libre» potestad organizadora ha sido alterada, como se dirá en el epígrafe III.

⁶⁶ Según esto, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León afirmó que «el modo de gestión no afecta a la prestación del servicio en régimen de monopolio» y, por tanto, «no es aplicable al caso enjuiciado el último inciso del artículo 86.3 de la Ley de Bases». Vid. STSJ de Castilla y León 2260/2012, de 28 de diciembre (rec. 1435/2010), FJ 5. Se impugnaba la creación de una Sociedad de economía mixta para la gestión del Servicio Municipal de Abastecimiento de Aguas de León que estaba gestionando hasta el momento el Ayuntamiento. El Tribunal concluye que «el proceso seguido no es el de municipalización, pues el servicio de abastecimiento de aguas ya se prestaba con carácter de monopolio por el Ayuntamiento». Esta sentencia fue objeto de casación, en el que la STS de 23 de febrero de 2015 (rec. 595/2013) se mostró de acuerdo con esta interpretación.

⁶⁷ Así lo recoge y sostiene el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Valladolid en la SJCA núm. 3 de Valladolid 150/2017, de 14 de noviembre (rec. 14/2017), FJ 5. En esta misma línea, COLOMÉ I NIN, A. y GRAU I ARNAU, S. (2017): «Remunicipalización» de servicios locales y competencia», cit., págs. 155-156.

o nucleares de la decisión administrativa local de llevar a cabo una actividad de contenido económico»⁶⁸. Además, dicho autor refuerza su posición resaltando la similitud más que evidente entre la estructura del artículo 97 TRRL y la del procedimiento de municipalización –entendida como la asunción de la gestión directa– establecido en el RSCL⁶⁹. Similitud de la que deduce que el procedimiento del Reglamento constituye el desarrollo reglamentario del artículo 97 TRRL⁷⁰. Siguiendo con este razonamiento, si el objeto de la municipalización definida en el artículo 45 RSCL es la asunción de la gestión directa, el cambio de gestión debe incardinarse igualmente en el objeto del artículo 97 TRRL y, por ende, del artículo 86 LRBRL.

Por otra parte, ya se ha analizado la posición del TS en las Sentencias de 1 de febrero de 2002 y de 4 de julio de 2003 (*vid.* nota 63), donde defendía la aplicación de dichos artículos al cambio de gestión de un servicio público cuando se crease una sociedad mercantil precisamente por su forma jurídica privada y no pública. Más recientemente se ha pronunciado también en relación con la creación de una Sociedad de economía mixta, mediante la venta de la casi totalidad de la Sociedad pública que venía prestando el servicio municipal de aguas. En este caso, entendió que la venta de las acciones de la empresa pública constituía una actividad económica y que, por tanto, era de aplicación el artículo 97 TRRL⁷¹. Como señalamos en su momento, en nuestra opinión los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL no prevén como causa de aplicación del procedimiento la naturaleza mercantil de la entidad mediante la que se gestiona el servicio.

En definitiva, resulta evidente que la literalidad del texto normativo no es todo lo clara que sería deseable. No obstante, el papel central que ocupa la elección del modo de gestión en el procedimiento de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL hace pensar que el cambio de gestión de un servicio público debe incardinarse dentro del ámbito de aplicación de dicho procedimiento.

III. SOBRE LA GESTIÓN DEL SERVICIO: EL ARTÍCULO 85 LRBRL

En páginas anteriores ya se pudo apreciar la importancia que tiene la decisión sobre la forma o el modo en que se decide prestar el servicio. De hecho, esta cuestión será decisiva para que los Tribunales resuelvan sobre la conveniencia y oportunidad de la iniciativa pública ejercida por una Administración local al amparo de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL. El objeto del presente epígrafe es, precisamente, el estudio del artículo 85 LRBRL, que regula las diferentes formas o modos de gestión de las que dispone la Entidad local para prestar los servicios públicos de su competencia. Nos centraremos en el impacto que sobre este precepto ha tenido la reforma operada por la LRSAL, en línea con la LOEPSF. En primer lugar, se expondrá brevemente la situación previa a dicha reforma. En segundo lugar, se analizarán los requisitos introducidos por la LRSAL. Y, por último, se reflexionará sobre las consecuencias derivadas de la introducción de nuevos requisitos como resultado de aquella modificación.

1. La reforma del artículo 85 LRBRL y la reducción de la discrecionalidad de la forma de gestión

Como es conocido, el artículo 85 LRBRL se dividía en su anterior redacción en tres apartados. En el primero se delimitaba su ámbito de aplicación, en el segundo se enumeraban las diferentes formas de gestión posibles de un servicio público, limitándose estas en el tercer apartado en el caso de los servicios que implicaran ejercicio de autoridad.

En cuanto a los distintos modos de gestión, el legislador otorgaba un gran margen de discrecionalidad a la Administración local que prestaba el servicio para decidir el más adecuado para realizar la actividad de

⁶⁸ EZQUERRA HUERVA, A. (2017): “Sobre el procedimiento administrativo a seguir para la remunicipalización de servicios”, cit., pág. 9-11.

⁶⁹ Artículos 56 a 63 que desarrollan el contenido que, según el artículo 97 TRRL, debe contener la memoria acreditativa de la conveniencia y oportunidad, así como su sometimiento a información pública.

⁷⁰ Se debe matizar que los artículos 45 RSCL, donde se define la municipalización, y 97 TRRL responden a diferentes criterios de aplicación. Mientras que el objeto del artículo 45 RSCL es la asunción del riesgo empresarial por parte de la Administración local, el del artículo 97 TRRL es las «actividades económicas». Así, la prestación de un servicio público mediante un contrato de concesión de servicios públicos –en el cual es el concesionario quien asume el riesgo operacional (artículo 15.2 LCSP)– estaría sometida a lo establecido en el artículo 97 TRRL, pero no al procedimiento de municipalización del RSCL. Por tanto, el RSCL constituye, en su caso, el desarrollo reglamentario *parcial* del artículo 97 TRRL.

⁷¹ STS de 20 de noviembre de 2012 (rec. 80/2009), confirmando lo dicho por la STSJ de Canarias 114/2009, de 15 de septiembre (rec. 96/2009) (*vid.* nota 34).

que se tratase, enmarcando esta decisión dentro de la potestad autoorganizativa de los Entes locales [artículos 4.1 a) LRBRL y 30 RSCL]⁷². Ese margen de discrecionalidad se reducía, no obstante, cuando se trataba de servicios públicos que implicaban ejercicio de autoridad, que solo podían ser gestionados por la propia Entidad local, un Organismo autónomo o una Entidad pública empresarial. Debido a la naturaleza de estos servicios, el legislador entendía que quienes los gestionasen debían ser funcionarios públicos y su régimen sujetarse al Derecho Administrativo.

Con la nueva redacción dada por la LRSAL, ni el ámbito de aplicación ni la limitación relativa a los servicios públicos que implican ejercicio de autoridad se han visto alterados de forma sustancial, si bien esta última limitación se expresa ahora en otros términos. Donde ha tenido verdadera repercusión dicha reforma, bastante discutida, ha sido en su apartado segundo, que ha quedado redactado de la siguiente forma:

Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia Entidad Local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

(...).

Así, observamos que se ha introducido un criterio general de carácter material y una serie de criterios particulares –formales– para determinados modos, que estudiaremos a continuación.

1.1. Requisitos materiales del artículo 85 LRBRL: La sostenibilidad y eficiencia

Como se puede apreciar en el artículo 85, el criterio general de carácter material se concreta en la elección del modo de gestión *más sostenible y eficiente*. Así pues, igual que acudimos anteriormente a la LOEPSF para saber qué debíamos entender por estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, parece razonable hacer ahora lo mismo con el término *eficiencia*, regulado en el artículo 7⁷³. Sin embargo,

⁷² En esta línea, la STSJ de Castilla y León 2260/2012, de 28 de diciembre (rec. 1435/2010), FJ 4. Igualmente, SOSA WAGNER, F. (2007): "Artículo 85", en REBOLLO PUIG, M. (dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, vol. II, págs. 2.257-2.300. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 2261. El autor afirmaba que «las formas de gestión de servicios son una expresión de la autonomía local y, en concreto de la potestad de autoorganización, la más significada seña de identidad de esa autonomía».

⁷³ Así lo hacen, entre otros, VILLAR ROJAS, F. J. (2016): "Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, pág. 103; TORNOS MAS, J. (2017): "La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales", cit., pág. 58; y ESTEVE PARDO, J. (2017): "Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios", cit., pág. 333. En el mismo sentido también la jurisprudencia, por ejemplo en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Valladolid, sentencia 150/2017, de 14 de noviembre (rec. 14/2017), FJ 4. A este respecto, el Tribunal hace notar la relación de la eficiencia con los criterios del artículo 133 LRBRL, entre los que aparece el de «estabilidad presupuestaria» (letra a).

como destaca Villar Rojas⁷⁴, el artículo no da una definición del término sino que enumera un conjunto de principios generales que deben de observarse en la gestión de los recursos públicos, tales como la eficacia, la propia eficiencia o la economía (recogidos en el artículo 31.2 CE) y, cómo no, los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Ante esta falta de concreción, debemos entender por *eficiencia* la consecución del objetivo prefijado con el menor número de recursos posible.

Por su parte, ya hicimos referencia al concepto de sostenibilidad de acuerdo al artículo 4.2 LOEPSF, que la define como «la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea». Por tanto, en palabras de Tornos Mas, el artículo 85.2 LRBRL «vincula al ente local a tener que buscar la fórmula no solo más eficiente sino también más sostenible, es decir, aquella que responda a los criterios económicos de no incremento de la deuda y posibilidad de gestión con un presupuesto equilibrado»⁷⁵. Respecto a la interpretación sobre la sostenibilidad exigida del modo de gestión, Villar Rojas⁷⁶ parece entender que el artículo 85.2 LRBRL exige que el servicio público resultante debe ser sostenible por sí mismo, criticando esta exigencia por cuanto la LOEPSF siempre se refiere a la sostenibilidad del *conjunto de la Hacienda local*.

Si reparamos en la literalidad del artículo 85, este exige que el servicio sea *el más* sostenible. Esto nos lleva a dos conclusiones. La primera es que la Corporación local no tiene varias opciones igualmente válidas, sino que solo una será conforme a Derecho, aquella gestión que sea la más sostenible. Esta conclusión será abordada en el siguiente epígrafe.

La segunda, en relación a lo dicho por Villar Rojas, es que la sostenibilidad no se configura como un criterio absoluto sino relativo⁷⁷. Esto es, la norma establece que la forma de gestión tiene que ser la más sostenible (de entre las opciones de las que disponga la Administración local), incluyendo la forma de gestión menos insostenible (por sí misma) si todas ellas resultasen ser insostenibles. En definitiva, la norma no exige que la gestión sea sostenible, sino *la más* sostenible o, en otros casos, *la menos insostenible*.

Esta conclusión encajaría con el resto del ordenamiento y la lógica de la prestación de servicios públicos. Recuérdese, en este sentido, que el artículo 44 LRHL admite la prestación de servicios por debajo del coste cuando existan «razones sociales, benéficas, culturales o de interés público». A mayor abundamiento, la referencia a la sostenibilidad se debe interpretar respecto al conjunto de la Hacienda Local no solo por la interpretación de la LOEPSF, sino por el mismo artículo 86.1 LRBRL, pues este obliga a que en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida se justifique «que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del *conjunto* de la Hacienda municipal». En definitiva, nuestro ordenamiento permite que el servicio público no sea sostenible por sí mismo. Eso sí, siempre que «no genere riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal».

Por último, es de destacar que el legislador precisa que, a la hora de valorar la mayor eficiencia y sostenibilidad de la gestión mediante Entidad pública empresarial o mediante Sociedad mercantil, «se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión». Es evidente, en este sentido, que ambos deben considerarse simplemente principios orientadores, pues no en todos los casos serán coincidentes con los principios de eficiencia y sostenibilidad⁷⁸. Además, también llama la atención que aquella precisión se haga únicamente respecto a estas dos fórmulas de gestión y no respecto al resto. Sin duda, las Entidades locales deberán tener en cuenta estos principios para todas las opciones. Aquí, el legislador presupone que estas dos opciones suponen una mayor inversión inicial y mayores gastos en la prestación. A nuestro entender, hubiera sido más oportuno haberlo establecido con carácter general.

⁷⁴ VILLAR ROJAS, F. J. (2016): "Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales", cit., pág. 103.

⁷⁵ TORNOS MAS, J. (2017): "La remunicipalización de los servicios públicos locales", cit., pág. 58. En este mismo sentido, GARCÍA RUBIO, F. (2017): "Pros y contras jurídico-administrativos de la «reinternalización» (remunicipalización) de servicios públicos", cit. pág. 180.

⁷⁶ VILLAR ROJAS, F. J. (2016): "Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales", cit., pág. 103.

⁷⁷ En una línea similar, si bien respecto de la eficiencia, ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (2015): "El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales", cit., pág. 69, afirmando que esta «es un concepto esencialmente ponderativo: no responde a esquema de todo o nada, sino de más o menos».

⁷⁸ La gestión de un servicio puede resultar, por ejemplo, la más rentable pues se obtiene el mayor beneficio posible en proporción a lo invertido, pero, en cambio, no ser la más eficiente porque haya otra opción que, con menos recursos, consiga los mismos niveles de calidad, igualdad, etc.

1.2. Requisitos formales del artículo 85 LRBRL

Además del principio material de la mayor sostenibilidad y eficiencia, las opciones de gestión directa de la Entidad pública empresarial y la Sociedad mercantil exigen el cumplimiento de tres requisitos formales: la elaboración de dos memorias, la elevación de estas al pleno para su aprobación y su publicación final.

En primer lugar, si el Ente local concluye que la opción más sostenible y eficiente es una de las dos citadas, deberá elaborar dos memorias. En la primera deberá acreditar la mayor sostenibilidad y eficiencia respecto a las opciones de la gestión por la propia Entidad local y mediante Organismo autónomo. Por su parte, en la segunda deberá justificar el asesoramiento recibido, recogiendo diversos informes sobre el coste del servicio, el apoyo técnico prestado y el del interventor local sobre la sostenibilidad financiera de todas las opciones. Todos estos informes son preceptivos, en especial, el del interventor local, aunque, y esto es importante, no son vinculantes, por aplicación de las reglas generales contenidas en el artículo 80.1 LPACAP. Además, como recuerda Ortega Bernardo⁷⁹, el informe de este último será de legalidad y no de oportunidad, de acuerdo a lo dicho por el Tribunal Constitucional⁸⁰.

En segundo lugar, ambas memorias, junto a los informes mencionados, deben ser aprobados por el Pleno por mayoría simple, por aplicación del artículo 47 LRBRL.

En tercer y último lugar, se ha de destacar el inciso «deberán ser publicitados». Este ha sido interpretado de formas diversas. Esteve Pardo coincide con Martínez-Alonso Camps en que la norma «exige un trámite de información pública, que se encontraba ya en algunas leyes autonómicas y era una reivindicación generalizada en la doctrina»⁸¹. Por el contrario, alguna sentencia reciente ha sostenido que «atendiendo a lo que se dispone en el artículo 85.2, esta publicación no es un trámite que debe cumplirse con carácter previo a la aprobación, sino que ha de producirse después de esa aprobación»⁸².

Por nuestra parte, a falta de una mayor claridad por parte del legislador, nos inclinamos por la posición de Esteve Pardo, pues resulta más acorde con la vocación de participación ciudadana en las Corporaciones locales y, en particular, en el Municipio.

2. Consecuencias de la reforma del artículo 85 LRBRL

2.1. De una potestad discrecional a una potestad reglada

Como adelantamos en el epígrafe anterior, desde la reforma operada por la LRSAL ya no habrá un abanico de opciones igualmente válidas entre las que pueda optar libremente la Entidad, sino que esta deberá examinar cada una de ellas y elegir *la más* sostenible y eficiente. Esto implica que el legislador ha introducido no un elemento reglado dentro de esta potestad (discrecional), que se enmarcaba a su vez dentro de la potestad autoorganizativa de la Entidad local, sino dos conceptos jurídicos indeterminados que deberán ser concretados en cada caso, apoyándose en otras ciencias no jurídicas, fundamentalmente en la Economía. De esta manera, el legislador ha cambiado la naturaleza de esta potestad⁸³.

⁷⁹ ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (2015): "El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales", cit., pág. 69.

⁸⁰ STC 143/2013, de 11 de julio (rec. 1598/2004), FJ. 10, en la que se resuelve el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la disposición final primera y el artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto da nueva redacción a varios artículos de la LRBRL.

⁸¹ La cita en ESTEVE PARDO, J. (2017): "Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios", cit., pág. 334.

⁸² STSJ de Castilla y León 150/2017, de 14 de noviembre (rec. 14/2017), FJ 4.

⁸³ ESTEVE PARDO, J. (2017): "Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios", cit., pág. 331, para quien «no se trata de una reducción del margen de discrecionalidad, sino de un cambio de órbita de la decisión sobre el modo de gestión, pues de la órbita de la discrecionalidad pasa a la de los conceptos jurídicos indeterminados». En una línea similar, vid. GARRIDO JUNCAL, A. (2016): "Competencias y servicios públicos locales: el nuevo panorama en España tras la LRSAL", en *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 25, núm. extraordinario, XXX Aniversario de la Carta Europea de Autonomía Local, pág. 225. Debe insistirse en esta idea pues no puede confundirse el uso de los conceptos jurídicos indeterminados en el marco de una potestad reglada con el uso de una potestad discrecional. Mientras que en esta última la decisión de la Administración depende parcialmente de su voluntad, «la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley», que consiste en un proceso intelectual por parte de la Administración quien debe constatar la existencia de aquellos conceptos en el supuesto de hecho de que se trate (en nuestro caso, que el modo de gestión escogido sea efectivamente el más sostenible y eficiente). "En ese proceso intelectual no interfiere la voluntad de la Administración". Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2015): *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Navarra: Civitas Thomson Reuters, págs. 495 y ss.

Este cambio de naturaleza lleva consigo otra consecuencia no menos importante: el control judicial. En efecto, recuerdan Ortega Bernardo y de Sande Pérez-Bedmar⁸⁴, los criterios económicos que comentamos aquí apenas habían sido utilizados como norma de control judicial. Era difícil ver que la inobservancia de estos criterios se tradujera en una declaración de invalidez de la decisión administrativa. Ahora, en cambio, al haber una única opción conforme a dichos criterios económicos, se admite la plena revisión judicial de la resolución administrativa, como concluye igualmente Esteve Pardo⁸⁵.

En este sentido, se ha comenzado a observar, en los últimos tiempos, un control exhaustivo por parte de los Tribunales⁸⁶, quienes ahora no solo deben comprobar que la decisión se haya motivado y no sea arbitraria o irracional, sino que la misma debe llevar al juez a concluir que aquella es, en efecto, la forma más sostenible y eficiente.

No obstante, este control judicial no será fácil, no solo por la complejidad de los criterios económicos tenidos en cuenta en la toma de decisión⁸⁷ sino, también, por la supeditación, por definición, de la eficiencia frente a la eficacia en tanto que la primera no existirá sin la segunda, y dado que la segunda depende de los objetivos establecidos. De esta forma, el establecimiento de unos objetivos u otros será decisivo en la forma de gestión seleccionada. Por ello, en tanto que la fijación de los objetivos de la prestación del servicio sea una potestad discrecional [artículos 4.1 a) LRBRL y 30 RSCL] que puedan incardinarse dentro de «las aspiraciones de la comunidad vecinal» (artículo 25.1 LRBRL), la potestad reglada de la búsqueda de la gestión más eficiente podría diluirse. Para evitar esto, los tribunales deberían ser exigentes respecto a la claridad del procedimiento. El primer paso de este no puede ser otro que el estudio de la situación del servicio y el establecimiento de los objetivos de este. Una vez establecidos aquellos, se deberá proceder al estudio de cada una de las formas de gestión sin distinción alguna. Y, finalmente, se escogerá aquella que en dichos estudios haya demostrado ser la más eficiente y sostenible.

2.2. ¿La preferencia por la gestión indirecta frente a la directa?

El establecimiento de los requisitos relativos a la sostenibilidad y a la eficiencia –más vinculados tradicionalmente al sector privado que al público– en lugar de otros como la calidad o asequibilidad, así como las exigencias formales establecidos únicamente para las opciones de gestión directa empresariales (Entidad pública empresarial y Sociedad mercantil), ha llevado a concluir a parte de la doctrina⁸⁸ que de la norma se deduce una preferencia por las formas de gestión indirecta. En esta línea fue muy clara la antigua Comisión Nacional de la Competencia en su informe sobre el Anteproyecto de la LRSAL, que afirmó que la gestión indirecta «resulta preferible para la competencia y la eficiencia frente a la constitución de entidades instrumentales de capital público o mixto»⁸⁹.

⁸⁴ ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (2015): “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, cit., pág. 69.

⁸⁵ ESTEVE PARDO, J. (2017): “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, cit., pág. 332. De esta manera, el artículo 85 LRBRL se convierte en una auténtica «norma de control» y no solo en una «norma de conducta», utilizando los términos en los que se expresa José María Rodríguez de Santiago. Es decir, los criterios de eficiencia y sostenibilidad no serán únicamente orientadores de la conducta de la Administración, sino que permitirán su control por parte de los Tribunales. Sobre este tipo de normas y su relación con la discrecionalidad de la Administración puede verse su obra RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2016): *Metodología del Derecho administrativo: reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons, en especial, pág. 165 y ss.

⁸⁶ Así, podemos ver las SSTSJ de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo (rec. 27/2013), 127/2016 (rec. 364/2012), 128/2016 (rec. 371/2012) y 129/2016 (rec. 404/2012), estas tres últimas de 10 de marzo, todas ellas en relación a la impugnación del acuerdo por la que se aprueba la creación de una Sociedad de economía mixta para prestar el ciclo integral del agua del Área Metropolitana de Barcelona, sociedad resultante del convenio entre el Área Metropolitana de Barcelona y la Sociedad General d'Aigües de Barcelona, S. A. También, la STSJ de Baleares 391/2015, de 10 de junio (rec. 268/2014) relativa a la impugnación de una Ordenanza Municipal en la que el Ayuntamiento de Calvià (Mallorca) asume el servicio de recogida de residuos municipales.

⁸⁷ A este respecto, Blanquer Criado mantiene que no hay «criterios objetivos para discernir “ex ante”, y con absoluta certeza, cuál es la fórmula ideal o el modo de gestión óptimo», pues «hay que reconocer que los métodos de evaluación del grado de acierto de ese tipo de decisiones, son escasamente fiables, y discutibles en sus resultados. Así lo demuestra la experiencia inglesa en su búsqueda del *best value for money* mediante el uso de herramientas de evaluación comparativa de las distintas fórmulas para gestionar un servicio (como el llamado *Public Sector Comparator*)». Cfr. BLANQUER CRIADO, D. V. (2012): *La concesión de servicio público*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 387 y 388.

⁸⁸ Vid. ESTEVE PARDO, J. (2017): “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, cit., págs. 331-333, y VILLAR ROJAS, F. J. (2016): “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, cit., págs. 104-105.

⁸⁹ Informe de 13 de marzo de 2013, sobre el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local, pág. 7.

En contraposición a esta postura, es reseñable la del Juzgado núm. 3 de lo Contencioso administrativo de Valladolid que mantiene que «la gestión indirecta ha de considerarse subsidiaria respecto a la gestión directa» por cuanto «la Ley de Contratos del Sector Público exige respecto a la gestión indirecta una justificación expresa y un descarte de la opción directa»⁹⁰. El Tribunal sigue el mismo razonamiento que la doctrina que defiende la preferencia de la norma por la gestión indirecta, pero sobre la base de otro articulado y, por tanto, con otro resultado. El Tribunal deduce que, al exigirse una estricta necesidad de la contratación pública, para realizar un contrato de esta naturaleza (artículo 28 LCSP)⁹¹, y la motivación de la necesidad del contrato (artículo 116 LCSP), la LCSP antepone la gestión directa a la indirecta. En nuestra opinión, sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues resultará necesaria la contratación pública en tanto una de sus modalidades resulte la forma de gestión más eficiente y sostenible.

Por nuestra parte, compartimos la posición de Colomé i Nin y Grau i Arnau, quienes defienden que, «aunque a priori, en términos de competencia, sería preferible optar por una gestión indirecta, ya que lleva asociado un mayor grado de competencia (los operadores rivalizan periódicamente para obtener el encargo de la Administración), no necesariamente siempre es la mejor opción; en ocasiones los beneficios derivados de una gestión [entendemos pública] eficiente pueden ser superiores a los derivados del juego de la competencia, por lo que si la gestión directa se demuestra más eficiente habrá que optar por ella»⁹². Por lo tanto, cuando una de las formas de gestión directa se demuestre más sostenible y eficiente que el resto de opciones, incluidas las de gestión indirecta, la Entidad local deberá optar por esta, y viceversa. No hay, desde un punto de vista estrictamente material, preferencia por una u otra forma de gestión⁹³.

Por su parte, desde una perspectiva formal o procedimental, aunque, en un principio se observe una diferencia de trato destacada, en la práctica los requisitos relacionados con la motivación de las formas de gestión directa empresariales no resultan tan gravosos en relación al resto de opciones como en un principio puede parecer.

Resulta necesario tener presente el proceso de toma de decisión de la gestión con la que se va a prestar un determinado servicio público. Como se ha explicitado más arriba, la elección del modo de gestión ha dejado de ser una potestad discrecional de la Entidad local para convertirse en una potestad reglada en la que el legislador exige a la Coporación escoger aquella forma de gestión más sostenible y eficiente. Así pues, cuándo vaya a decidir sobre este extremo de la prestación se deberán analizar por igual todas y cada una de las opciones que recoge el artículo 85 LRBRL. A la hora de estudiar todos estos modos de gestión, normalmente la Coporación solicitará asesoramiento externo y apoyo técnico respecto al servicio público que se trate, para valorar cada una de las posibilidades. Deberá hacer un estudio sobre el coste del servicio –imprescindible para valorar la conveniencia y oportunidad de la medida en conformidad con los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL– según la forma de gestión por la que opte. Por tanto, ni la acreditación de ser la forma de gestión sostenible y eficiente –requisito este que se exige con carácter general–, ni los informes del asesoramiento y el apoyo técnico recibido y aquel sobre el coste del servicio suponen un plus en cuanto a la motivación de la elección de la gestión mediante Entidad pública empresarial o Sociedad mercantil local. Todos estos informes deben estar presentes en todo procedimiento en el que se vaya a elegir el modo de gestión de un servicio público, independientemente de la solución final del mismo, pues serán la base para acreditar que la opción final es la más sostenible y eficiente, tal y como exige el artículo 85 LRBRL.

Por último, en cuanto a la publicidad que se exige si se opta por la gestión a través de Entidad pública empresarial o Sociedad mercantil locales, esta no supone un gravamen en relación al resto de formas de gestión si se parte de la interpretación defendida en este trabajo de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL por

⁹⁰ SJCA núm. 3 de Valladolid 150/2017, de 14 de noviembre (rec. 14/2017), FJ 5.

⁹¹ En concordancia, «la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley» (artículo 30.3 LCSP). Respecto a este último inciso, resulta llamativo, como destaca Gosálbez Pequeño, «que la norma remite sólo a la regulación específica del contrato de servicios, y no a la regulación de la concesión de servicios que es la heredera cuasiforzosa del derogado contrato de gestión de servicios públicos (ex Disposición adicional trigésima cuarta de la LCSP)». Vid. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2018): «Potestad autoorganizativa, cooperación administrativa y servicios públicos locales», cit., pág. 188.

⁹² COLOMÉ I NIN, A. y GRAU I ARNAU, S. (2017): ««Remunicipalización» de servicios locales y competencia», cit., págs. 131-132.

⁹³ De esta opinión es Gosálbez Pequeño. Vid. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2018): «Potestad autoorganizativa, cooperación administrativa y servicios públicos locales», cit., págs. 191-193.

cuanto aquella será de aplicación tanto a la hora del establecimiento del servicio, como si se pretende cambiar la gestión. Así pues, la publicidad o exposición pública del expediente será obligatoria para cualquier forma de gestión por la que se haya optado, no por exigencia del 85 LRBRL sino por imposición de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL.

IV. CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos puesto de manifiesto la importancia de la dimensión procedimental del fenómeno de la remunicipalización (o, si se prefiere, reinternalización) de servicios públicos locales, recogida en los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL. La redacción de estos preceptos plantea dudas sobre la aplicación del procedimiento en ellos regulado a los supuestos de establecimiento de un servicio público de contenido económico, por un lado, y del cambio de gestión de un servicio público que ya se estaba prestando, por el otro. En relación con estas cuestiones controvertidas, hemos tratado de evidenciar que el establecimiento de un servicio público, ya sea de carácter facultativo como obligatorio, debe encuadrarse dentro del ámbito de aplicación de los referidos artículos. Ello es así porque dicha prestación puede suponer un riesgo para la sostenibilidad financiera y el equilibrio presupuestario del conjunto de la Hacienda local y puede afectar a los competidores privados que ya operan en ese mismo sector, por lo que la prestación del mismo no será, *per se*, conveniente y oportuna, sino que dependerá de cómo se configure en cada caso concreto.

Igualmente y utilizando argumentos similares, entendemos también que el cambio de gestión de un servicio público debe quedar sometido al procedimiento de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL dado que la gestión se configura, en nuestro ordenamiento jurídico, como un elemento principal en la prestación de un servicio público y no como un elemento secundario o accesorio. La configuración de dicha prestación se basa principalmente en cómo se gestione y, por supuesto, esta decisión influirá en todo caso en las finanzas de la Hacienda Local y en la competencia del sector, pudiendo dejar de ser la prestación conveniente y oportuna en esos precisos términos. En esta línea, un aspecto tan importante como la gestión del servicio debe poder ser conocido y valorado por los vecinos (a través del trámite de la exposición pública), del mismo modo que ocurre con el propio establecimiento del servicio.

Por su estrecha vinculación con el procedimiento de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL, el trabajo ha abordado, en su segunda parte, la elección de la forma de gestión del servicio. Dicha elección, tradicionalmente considerada como parte de la potestad de autoorganización de la entidad local, se ha visto radicalmente modificada por la LRSAL. En efecto, esta ley ha modificado la naturaleza de aquella potestad, que ha dejado de ser una potestad discrecional enmarcada en la potestad autoorganizativa de la Administración local [artículos 4.1 a) LRBRL y 30 RSCL], para convertirse en una potestad reglada en virtud de la cual la Corporación local deberá optar por la forma de gestión más sostenible y eficiente, independientemente de si se trata de un modo de gestión directa o indirecta. Ciertamente, nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a los conceptos de sostenibilidad y eficiencia, pues la propia Constitución exige que se tengan en cuenta cuando establece que «la Administración sirve con objetividad los intereses generales» (artículo 103.1 CE), asignando de forma equitativa los recursos de los que dispone (artículo 31.2 CE). No obstante, la introducción expresa de estos conceptos en el artículo 85 LRBRL y la conversión de la potestad de la Corporación local en una potestad reglada sin duda ha de facilitar el control judicial de esta decisión.

Por otra parte, y a pesar de lo que pueda parecer, no creemos que la LRSAL haya introducido en la LRBRL una preferencia general de las formas de gestión indirecta frente a la gestión directa, ni tampoco al revés. La ley exige que se opte por la forma de gestión más sostenible y eficiente atendiendo al supuesto concreto y a las circunstancias del servicio en cuestión y del Municipio en el que esté implantado o se pretenda implantar. Decisión que, como no puede ser de otro modo, se deberá adoptar a través del correspondiente procedimiento en el que deberán valorarse los diferentes informes que se aporten, la memoria sobre la oportunidad y conveniencia y las alegaciones presentadas, en su caso, durante la exposición pública.

En definitiva, hoy igual que hace cien años, no es posible dar una respuesta clara a la pregunta sobre las bondades o los inconvenientes sobre la (re)municipalización: no cabe un rotundo «sí», ni tampoco un definitivo «no», sino más bien un «depende del caso concreto». Precisamente por este motivo, las previsiones procedimentales devienen esenciales, pues a través del procedimiento que se establezca se adoptará la correspondiente decisión para cada supuesto concreto.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEMANY GARCÍAS, J. (2018): *La recuperación de los servicios públicos locales*. Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- ARANA GARCÍA, E. (1997): *Las sociedades municipales de gestión urbanística*. Madrid: Marcial Pons.
- AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA (2015): *Ref. núm. OB 19/2015 – INF art 97.2 RDL 781/1986 Santa Maria d'Oió (SG/XP/AC): Informe emitido de conformidad con el artículo 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el cual se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local*. URL: http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/Informe-art-97-2-RD-Leg-781-1986-Sta-Maria-dOlo_CAST.pdf.
- BLANQUER CRIADO, D. V. (2012): *La concesión de servicio público*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- COLOMÉ I NIN, A. y GRAU I ARNAU, S. (2017): «Remunicipalización» de servicios locales y competencia”, en *Cuadernos de Derecho Local QDL*, núm. 43, págs. 124-157.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (2013): *IPN 088/13: Anteproyecto de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local. Informe de Proyecto Normativo*. URL: https://www.cnmc.es/sites/default/files/424463_7.pdf.
- CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA (2009): *I 03/09: Informe sobre la municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua en el Municipio de Nerja (Málaga), en régimen de monopolio y mediante gestión indirecta a través de la creación de una sociedad de economía mixta*. URL: http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/I_03-09.pdf.
- CONSEJO DE ESTADO (2013): *Dictamen 567/2013 (Hacienda y Administraciones Públicas) sobre el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*. URL: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-567#top>.
- CORDERO SÁNCHEZ, D. (2016): “Colau apuesta por municipalizar el agua tras la anulación del contrato”, en *El País*, 18 de marzo de 2016. URL: https://elpais.com/ccaa/2016/03/17/catalunya/1458245198_462057.html.
- ESTEVE PARDO, J. (2017): “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 202, págs. 305-336. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.202.11>.
- EZQUERRA HUERVA, A. (2017): “Sobre el procedimiento administrativo a seguir para la remunicipalización de servicios”, en *Diario La Ley*, núm. 8.982, págs. 1-16.
- FEDERACIÓN SINDICAL EUROPEA DE SERVICIOS PÚBLICOS (EPSU) (2012): *Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización*. Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos (PSIRU) de la Universidad de Greenwich. URL: https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/20022012-epsuwater_ES.pdf.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2007): “Artículo 86”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, vol. II, págs. 2.302-2.329. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2015): *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GARCÍA RUBIO, F. (2017): “Pros y contras jurídico-administrativos de la «reinternalización» (remunicipalización) de servicios públicos”, en FONT I LLOVET, T. y DíEZ SÁNCHEZ, J. J. (coords.): *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho administrativo*, págs. 173-187. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016. Madrid: Iustel y Fundación Democracia y Gobierno Local.
- GARRIDO JUNCAL, A. (2016): “Competencias y servicios públicos locales: el nuevo panorama en España tras la LRSAL”, en *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 25, núm. extraordinario, XXX Aniversario de la Carta Europea de Autonomía Local, págs. 215-228. DOI: <http://dx.doi.org/10.15304/dereito.25.Ext.3346>.
- GIMENO FELIU, J. M. (2017): “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, en *Cuadernos de Derecho Local QDL*, núm. 43, págs. 31-78.
- GONZÁLEZ TORROBA, P. (2017): *Cuando el Ayuntamiento hace la competencia. Servicio público local y Derecho de la Competencia*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2018): “Potestad autoorganizativa, cooperación administrativa y servicios públicos locales”, en MELLADO RUIZ, L. y FORNIELES GIL, Á. (coords.): *Gestión cooperativa en el ámbito local*, págs. 175-216. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GRACIA RETORTILLO, R. (2016): “Racionalización y sostenibilidad de la administración local en España: una reforma frustrada. Las competencias provinciales como paradigma”, en *Istituzioni del Federalismo: Rivista di Studi Giuridici e Politici*, núm. 4, págs. 941-973.
- GRACIA RETORTILLO, R. (2016): “La LRSAL ante el Tribunal Constitucional: la afectación a la autonomía local”, en *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, págs. 225-280.
- MAGALDI, N. (2012): “La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos: en particular, la recepción de la doctrina extranjera por el profesor Gascón y Marín”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 39-40, págs. 165-219.

- MAGALDI, N. (2012): *Los orígenes de la municipalización de servicios en España: el tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública INAP.
- MALARET I GARCIA, E. (2003): “Servicio público, actividad económica y competencia: ¿presenta especificidades la esfera local?”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica REALA*, núm. 291, págs. 567-608. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi291.9190>.
- MEDINA ALCOZ, L. (2016): “La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013”, en *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, págs. 189-224.
- ORTEGA BERNARDO, J. (2006): “Competencias, servicios públicos y actividad económica de los Municipios: (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 169, págs. 55-98.
- ORTEGA BERNARDO, J. (2016): “Derecho de defensa de la competencia y Administraciones Públicas: una visión crítica sobre las excepciones a la aplicación de las normas de la competencia a los Gobiernos Locales”, en BAÑO LEÓN, J. M. (coord.): *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. III, págs. 2.235-2.255. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (2015): “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, págs. 63-96.
- PONCE SOLÉ, J. (2016): “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, en *Cuadernos de Derecho Local QDL*, núm. 40, págs. 68-108.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2016): *Metodología del Derecho administrativo: reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons.
- SÁNCHEZ DÍAZ, J. L. (2003): “Los servicios locales de naturaleza económica. Municipalización, concesión y autorización”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica REALA*, núm. 291, págs. 1.041-1.062. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi291.9207>.
- SOSA WAGNER, F. (2007): “Artículo 85”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, vol. II, págs. 2.257-2.300. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TORNOS MAS, J. (2017): “La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, en *Cuadernos de Derecho Local QDL*, núm. 43, págs. 12-30.
- TORNOS MAS, J. (2017): “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, en FONT I LLOVET, T. y DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coords.): *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho administrativo*, págs. 21-80. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016. Madrid: Iustel y Fundación Democracia y Gobierno Local.
- VELASCO CABALLERO, F. (2016): “Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final”, en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 10, págs. 22-44.
- VILLAR PALASÍ, J. L. (1950): “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 3, págs. 53-129.
- VILLAR ROJAS, F. J. (2016): “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 96-106.
- WOLLMAN, H. (2013): “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un “retorno” a las gestiones públicas/municipales?”, en *Cuadernos de Derecho Local QDL*, núm. 31, págs. 70-80. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1395>.



El *soft law* como instrumento para dirigir al gobierno local

Soft law to align local governments

Juan Carlos Covilla Martínez

Universidad Externado de Colombia (Colombia)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1978-0388>

juan.covilla@uexternado.edu.co

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, su tesis doctoral ha sido galardonada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España). Ha sido investigador visitante de la SPISA de la Universidad de Bolonia (Italia). Sus principales líneas de investigación son el derecho local y la contratación pública.

RESUMEN

Los instrumentos de *soft law* pueden ser más efectivos para alinear a los gobiernos locales que los mecanismos tradicionales de coordinación, como los planes. Dos perspectivas explican la eficacia de estos instrumentos. En primer lugar, cuando un Gobierno local adopta políticas exitosas sugeridas por una administración pública con la intención de imitarlas. En segundo lugar, en el caso en el que una administración pública se ve constreñida por la falta de financiación y por ello no puede ejercer de manera adecuada sus competencias. Un instrumento de *soft law* podría funcionar mejor que un mecanismo tradicional de coordinación cuando se aprovecha de esta falta de financiación y emite una decisión para dirigir al gobierno local.

PALABRAS CLAVE

Soft law; Gobierno local; eficacia; relaciones interadministrativas; descentralización.

ABSTRACT

Soft law can be more effective in aligning local governments than using traditional methods, for example sectoral plans. Two contexts help to explain the superior efficacy of *soft law* instruments. The first is when local authorities adopt successful policies suggested by the public authority with the intention of imitating them. The second is when a local authority feels constrained by lack of funding and thus cannot feasibly exercise their powers. In an intergovernmental relationship, a non-traditional method works better than a traditional one when it takes advantage of budget cuts to adopt a *soft law* instrument.

KEYWORDS

Soft law; local government; efficacy; intergovernmental relationship; decentralization.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. CAMBIO DEL PARADIGMA EN LAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 2. EL FUNCIONAMIENTO DEL *SOFT LAW* COMO INSTRUMENTO PARA DIRIGIR AL INTERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 2.1. TIPOS DE *SOFT LAW*. 2.2. EFICACIA DEL *SOFT LAW* SOBRE LOS GOBIERNOS LOCALES. 2.2.1. Motivos amplificativos de la autonomía.

2.2.2. Motivos restrictivos de la autonomía. 3. LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA LOCAL Y LAS DECISIONES DE *SOFT LAW*. 3.1. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA LOCAL IRRADIA TODAS LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 3.2. GARANTÍAS PROCEDIMENTALES CONCRETAS. 3.2.1. Competencia. 3.2.2. Intervención del ente local. 3.2.3. Motivación. 3.2.4. Publicidad. 4. EL CARÁCTER VERSÁTIL DE LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS EN NUESTROS DÍAS. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN¹

Pensemos que una parte del territorio de un Estado se encuentra en peligro como consecuencia de una gran oleada de calor, la más alta vista en los últimos cincuenta años. Una administración pública del orden nacional decide publicar en su página web y enviar a cada municipio afectado un documento que ha denominado «Información de interés». Este documento contiene reglas específicas, no señaladas en la ley, sobre la forma cómo deben responder a la oleada de calor.

En concreto, el documento establece la obligación de mitigar los incendios dentro de los 10 días siguientes bajo unas determinadas condiciones con el apoyo de la administración pública que adoptó la decisión. Además, hace referencia a la obligación de los municipios de informar las medidas que adoptarán. Finalmente, se le hace saber a los municipios que si no se acatan las reglas de la «información de interés» no se abrirán convocatorias para subvenciones de actividades de administraciones locales en el año siguiente.

Los municipios encuentran que la decisión de someter el cumplimiento de esta «información de interés» a la no apertura de procedimientos de adjudicación de subvención puede parecer un constreñimiento a las decisiones que deben adoptar para responder ante el incendio, pero también encuentran razonable las medidas que se exigen, más aún si todos los municipios utilizarán los mismos métodos de mitigación.

En la práctica administrativa se encuentran instrumentos de *soft law* utilizados por la administración pública para ejercer un poder de dirección sobre un ente local. Aun cuando este tipo de instrumentos no son obligatorios, la capacidad de dirigir a los entes locales viene derivada de los motivos que llevan a que el ente local opte por seguir lo indicado en el instrumento. La realidad muestra que incluso este tipo de instrumentos pueden llegar a ser más eficaces que los mecanismos tradicionales de relación interadministrativa de coordinación, como los planes sectoriales del artículo 59 de la LRBRL.

Este instrumento se considera como uno más entre las diversas formas de actuación de la Administración pública. Estas cambian dependiendo de la realidad en que se encuentra. Una determinada administración pública entonces buscará la forma para ejercer sus competencias y cumplir las finalidades que le han sido asignadas a través de todos los instrumentos que tiene a disposición.

Las administraciones públicas que se encuentran en un nivel territorial superior respecto de los gobiernos locales observan las competencias atribuidas a estos últimos. Respecto de estas analizarán aquellas que pretendan alinear o hacer coherente con sus políticas a través del ejercicio de un poder de dirección. Para ello utilizarán el mecanismo que consideren que tienen a disposición (allí entrará en juego la posibilidad de usar tanto mecanismos de coordinación, como los planes, o instrumentos de dirección como el *soft law*)².

¹ Este trabajo tiene su origen en una parte de la tesis doctoral del autor que, con el título *La relación interadministrativa de coordinación y la garantía de la autonomía local*, y bajo la dirección de los profesores Alfredo Galán Galán y Tomàs Font i Llovet, fue defendida en la Universidad de Barcelona el día 14 de septiembre de 2017. Esta tesis doctoral obtuvo la mención especial del I premio Eduardo García de Enterría que el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales otorga a la mejor tesis en Derecho administrativo. El autor agradece por los comentarios y observaciones a versiones preliminares de este trabajo a los miembros del Tribunal doctoral, los profesores Joaquín Tornos Mas, Alberto Montaña y Claudia Tubertini, y a los jurados del premio, Tomás Ramón Fernández, Edorta Cobreros Mendazona, Margarita Beladiez, Rafael Rubio y Benigno Pendás, así como a los profesores Héctor Santaella e Iván Rodríguez.

En este trabajo se utilizarán las siguientes abreviaciones:

BOE: *Boletín Oficial del Estado*.

CE: Constitución Española de 1978.

CEAL: *Carta Europea de Autonomía Local*. Hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985. Aprobada en España el 20 de enero de 1988.

LRBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

LRNAL: Ley 27/2013, de 27 de diciembre, Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

TACIPBG: Ley 19/2014, 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña.

² «Relaciones entre organizaciones: Autonomía y dependencia de las unidades organizativas dentro de la Administración, las diferentes formas de dependencia, mecanismos de coordinación externa (a través del Derecho, de los recursos financieros y de órde-

El ejemplo de las medidas que se deben tomar en materia de desastres, tal como como el que se expuso atrás, es percibido, por lo general, de manera favorable por estar ligado a decisiones que prohíjan intereses constitucionales reconocidos, como es el caso del medio ambiente (Brandsen, Boogers y Tops, 2006: 548). Con este caso hipotético se observa que este tipo de decisiones pueden restringir capacidad del ente local de tomar sus propias decisiones. Esto demuestra que el *soft law* utilizado para coordinar a gobiernos locales puede ser efectivo y a su vez defender intereses legítimos.

El eje central del presente trabajo se encuentra en la recurrente utilización de instrumentos no obligatorios con el fin de dirigir a los entes locales y las consecuencias que esto produce sobre la autonomía local. Para desarrollar esta idea, en primer lugar, (1.) se analizará el cambio de paradigma que se ha dado en la administración pública frente a la posibilidad de lograr sus finalidades a través de diversas formas de actuación. Posteriormente, (2.) se estudiará el funcionamiento del *soft law* como instrumento para dirigir a los entes locales. Más adelante, (3.) se verá cuál es la relación que tienen los instrumentos de *soft law* y el principio de autonomía local. Finalmente, (4.) se expondrán unas reflexiones sobre la necesidad de repensar las relaciones interadministrativas en nuestros días.

1. CAMBIO DEL PARADIGMA EN LAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Antes de entrar a analizar el caso del *soft law* como fórmula de actuación de la Administración pública, es conveniente exponer la tendencia actual de la diversidad de opciones con que esta cuenta para actuar. El análisis del funcionamiento de la Administración pública por mucho tiempo se redujo a los instrumentos clásicos como actos administrativos y contratos. Sin embargo, desde hace varias décadas se han puesto a disposición de la Administración nuevos instrumentos que permiten el cumplimiento de los fines de interés general.

La tendencia a incorporar nuevas fórmulas de actuación ha presionado a los jueces y a la doctrina jurídica a intentar adaptar a estas nuevas fórmulas a los instrumentos clásicos de actuación o tratar de identificar características comunes que lleven a definir nuevas categorías de instrumentos.

Desde hace ya un tiempo la doctrina ha expuesto esta tendencia (Kagan, 1984: 6-13) (Hamburger, 2014: 51-57). Al final, lo que se podría leer entre líneas de esta tendencia es la prevalencia del interés de la Administración pública por la eficacia en el cumplimiento de sus decisiones, más que en la utilización de uno u otro instrumento clásico. De ahí que la Administración no haya tenido inconveniente en recurrir de manera reiterada a fórmulas como las que serán objeto de estudio en este artículo, aun cuando no siempre existan regulaciones sobre la materia. La eficacia es un concepto esencial entonces en el Derecho Administrativo actual.

Además de esta, otra tendencia más se advierte en la actuación de la Administración pública. Se trata de la preferencia de medidas no coercitivas para precisamente cumplir con eficacia los fines de interés general. Esta tendencia demuestra entonces el interés del Estado de mostrarse como un aliado del particular que busca de manera amable promover, cambiando así las formas más tradicionales que llevaban inmersas la coerción.

La necesidad de la Administración pública de actuar de manera libre y autónoma se advierte también al notar lo fatigoso que en ocasiones pueden llegar a ser los procesos legislativos o de producción normativa. Para superar esta situación la Administración pública acude a mecanismos de relación informales, no vinculantes, que no obedecen a las categorías tradicionales, tales como actos o contratos, pero que tienen igual –y en ocasiones más– eficacia que estos.

De esto ya da cuenta la doctrina administrativa desde hace un tiempo³. Pero, en todo caso, es la interdisciplinariedad la que ha logrado hacer notar al Derecho Administrativo esta situación. Es así como trabajos que vienen desde la economía conductual y de la filosofía⁴ han mostrado cómo la finalidad del Estado ha llevado a la satisfacción del interés general mediante la preferencia de fórmulas no coercitivas, debido a que transmiten

nes e instrucciones), los distintos grupos de la organización y su ordenación a través de la teoría de la relación jurídica». SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 261. Sobre los nuevos mecanismos de coordinación, véase CORTESE, 2012: 149-150.

³ Esta perspectiva se observa tanto en el estudio del ordenamiento jurídico administrativo interno, como en las relaciones que se constituyen entre organismos internacionales y entidades nacionales (VAQUER CABALLERÍA, 2018: 1.249-1.253; JENART 2018: 422-424; COVILLA, 2014: 176-184; COLOMBO y ELIANTONIO, 2018: 405-407).

⁴ Desde la filosofía lo ha expuesto BYUNG-CHUL, 2017: 27-30. En la economía conductual SUNSTEIN y THALER, 2017: 93-103.

un mensaje más cercano a los destinatarios que repercute en el interés que genera en cumplir las decisiones. Se trata entonces del reemplazo de instrumentos unilaterales, obligatorios y coercitivos por fórmulas más amables y cercanas a los destinatarios, con el fin de cumplir con el cometido de manera agradable.

Así pues, dos conceptos podrían resumir la tendencia en los instrumentos de la Administración pública de nuestros días: eficacia y amabilidad. El objeto de este estudio es precisamente analizar el caso de un instrumento que conjuga estas dos tendencias: el *soft law*.

El *soft law* es uno más entre la variedad de instrumentos que tiene la Administración pública para relacionarse con otras administraciones públicas o con los particulares. Es utilizado por ella no solo por su versatilidad, sino por su eficacia en el cumplimiento de los objetivos que establece. El origen del *soft law* como instrumento de la Administración pública parece ser la necesidad de ejercer facultades de una manera más libre y autónoma para responder ante la gran cantidad de intereses que debe satisfacer y la prontitud con que debe hacerlo (Cassese, 1998: 222-223).

2. EL FUNCIONAMIENTO DEL SOFT LAW COMO INSTRUMENTO PARA DIRIGIR AL INTERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La expresión *soft law* se ha utilizado para referirse a decisiones no vinculantes de la Administración pública, pero que gozan de una amplia aceptación en sus destinatarios (Sarmiento Ramírez-Escudero, 2008: 28)⁵. Se puede decir que en términos generales el *soft law* es una decisión emitida por una autoridad con capacidad de proferir normas que no cumplen con las formalidades establecidas necesarias para que sean vinculantes (Gersen y Posner, 2008: 6) (Georgieva, 2014: 12-17). Dentro de este grupo de instrumentos denominados *soft law*, este trabajo se enfocará en aquellos que consisten en una decisión unilateral que va dirigida a otra administración pública, concretamente a un Gobierno local⁶.

Una decisión de *soft law* como instrumento de dirección es, entonces, una decisión unilateral no vinculante por medio de la cual una administración pública de un nivel territorial superior a una administración local sugiere a esta última un comportamiento para lograr con ello coordinar su modo de actuación.

Dos aspectos se deben resaltar sobre las definiciones que se acaba de exponer. En primer lugar, que se utiliza el vocablo «decisión» con la intención de indicar que el *soft law* se va a manifestar a través de diversos instrumentos: bien se puede encontrar la denominación orden, nota aclaratoria, nota interpretativa, circular o instrucción.

En segundo lugar, pueden existir diversos tipos de *soft law* dependiendo del ámbito en el que nos encontremos. Así habrá un *soft law* en derecho internacional (Alonso García, 2001: 80-84) y un *soft law* interorgánico. Sin embargo, el tipo de *soft law* sobre el cual nos referiremos es particularmente el que se da entre administraciones públicas, esto es, interadministrativo. Además, no se hará referencia a los antecedentes y los cuestionamientos problemáticos que se puedan plantear en la utilización de esta figura en otros sectores sobre ser fuente de derecho o la capacidad de ser enjuiciado⁷.

El *soft law* tiene tres características principales. En primer lugar, la decisión que se adopte no debe ser de obligatorio cumplimiento para el ente local. Es por esto que la administración que emite el instrumento bien podría interpretar, sugerir o preceptuar el ejercicio de una conducta al ente local, pero no por ello el ente local debe acatarla.

En segundo lugar, la decisión que se adopte mediante *soft law* debe ser diferente de una regulación existente de *hard law*, es decir, de una norma jurídica que sea vinculante para el ente local. En consecuencia, una decisión de *soft law* que inste al cumplimiento de una norma vinculante no sirve como ejemplo para este estudio, ya que en realidad la eficacia de esta decisión se da como consecuencia de la obligatoriedad del *hard law* y no por un efecto directo del *soft law*.

⁵ Se utilizan para referirse a lo mismo las expresiones derecho dúctil, normas de derecho blando o derecho débil, entre otras (SÁNCHEZ PÉREZ, 2012: 60-87).

⁶ Se trataría del *soft law* público con efectos *ad intra* y de carácter unilateral, según la clasificación hecha por SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, 2008: 107-120.

⁷ El *soft law* ha sido objeto de análisis desde varias perspectivas y los cuestionamientos principales se han visto desde su posición en el sistema de fuentes y su control judicial. Sobre el primero, los cuestionamientos se han dado, entre otras razones, por su carácter no obligatorio. Sobre el segundo, ha sido objeto de crítica la posibilidad de confrontarlo con el ordenamiento jurídico. Al respecto véase: SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, 2008; GEORGIEVA, 2014; BRANDSEN *et al.*, 2006 y SANTAELLA QUINTERO, 2011; entre otros.

Por último, el *soft law* es flexible en cuanto a su procedimiento y tipo de decisión. No existe un determinado tipo de decisiones de *soft law*, ni un tipo general de procedimiento para su aprobación. Todo dependerá del sector en el que nos encontremos, ya que en ocasiones habrá una regulación sobre el tipo de decisión y su procedimiento y en ocasiones no.

En este apartado se estudiará, en primer lugar, (2.1.) los tipos de *soft law* que puede emitir la Administración pública relevante para el objeto de este trabajo. En segundo lugar, se analizará (2.2.) la eficacia del *soft law*.

2.1. Tipos de *soft law*

Una de las características del *soft law* es la flexibilidad para su emisión. La posibilidad de crear estos instrumentos por parte de las administraciones públicas lleva a que en la práctica administrativa se denominen desde «directrices» hasta «notas» y la única forma de agruparlas sea su carácter no vinculante.

Por ello resulta complejo agrupar todas las clases de *soft law*, pero, en términos generales, a partir del contenido que pueda tener cada instrumento podemos clasificarlos en aquellos que son interpretativos o sugestivos y aquellos que son instrumentos prescriptivos no vinculantes. Todas pretenden modificar el comportamiento del Gobierno local, pero unas buscan hacerlo de manera más encubierta (cuando se redactan de manera interpretativa o sugestiva) y otras de manera más directa (cuando se redactan a manera de normas).

Por un lado, los instrumentos interpretativos o sugestivos no contienen una prescripción exacta de cómo debe ajustarse el comportamiento del Gobierno local. Estas, entonces, se muestran como una «información» que emite la administración pública de un nivel territorial superior a un ente local sin que resulte vinculante para la autoridad destinataria.

Estos instrumentos se muestran como la forma de interpretar normas de *hard law*. Sin embargo, este tipo de instrumentos solamente será relevante para nuestro estudio en tanto se salgan un poco del cauce de la norma vinculante y fijen nuevas prescripciones con la vocación de condicionar la actuación del Gobierno local. A manera de ejemplo, una «directriz» expedida por el Departamento de Salud de la Generalidad de Cataluña que «inste» a los municipios a cumplir con las condiciones establecidas en una ley autonómica no será relevante en nuestro estudio, por cuanto solo se encarga de reproducir el contenido normativo vinculante proferido por el cuerpo legislativo de la comunidad autónoma. Diferente sería que dicha directriz, además de instar al cumplimiento, agregara preceptos a los municipios no expresados en la ley.

Así como este ejemplo, pueden existir varios más, como es el caso de las notas explicativas que ha hecho el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas sobre la LRSAL (Galán Galán, 2015: 4) (Velasco Caballero, 2015: 23). No solo se interpretan leyes, sino actos administrativos, tratados internacionales, decisiones judiciales (Rabinovitz, Pressman y Rein, 1976: 413), entre otras.

Por otro lado, se encuentran los instrumentos prescriptivos no vinculantes. Aun cuando se trate de normas no vinculantes, en ocasiones los instrumentos de *soft law* aparecen como verdaderas decisiones que cuentan con un supuesto de hecho y una consecuencia, a diferencia de la forma sutil como vienen expresadas los instrumentos interpretativos.

Al igual que en las interpretativas o sugestivas, es necesario que la prescripción que contiene este instrumento de *soft law* difiera del contenido del *hard law* por lo que se establecería un contenido normativo nuevo frente a lo que ya es vinculante.

La doctrina ha hecho una advertencia de lo que habría podido suceder en un caso concreto que podría servir de ejemplo. Se trata de las «instrucciones» que se podrían expedir por parte de la Administración de la Generalidad de Cataluña sobre la forma de organización y funcionamiento del Portal de Transparencia en relación con las reglas que deberían emitir los municipios para estar ajustados a parámetros necesarios para adaptar el funcionamiento del sistema de transparencia municipal con el de la Generalidad, si se atiende a lo contenido en el art. 5.5. de la TACIPBG (Font i Llovet, 2015: 281). Algo parecido sucedió con circulares y nota explicativas (Galán Galán, 2015: 14) (Font i Llovet, 2014: 608) que se han expedido sobre la LRSAL fijando condiciones diferentes a lo establecido expresamente en la ley.

2.2. Eficacia del *soft law* sobre los gobiernos locales

En los Estados complejos donde existen diversos centros de poder representados en el Estado, el nivel intermedio de gobierno y los gobiernos locales, no resulta sencillo lograr una alineación de todos sus intere-

ses. Pues bien, ante la gran cantidad de fórmulas que se pueden utilizar para alinear intereses, en ocasiones los mecanismos vinculantes como los planes sectoriales⁸, pueden ser adecuados para unos determinados casos, pero insuficiente para otros (Sarmiento Ramírez-Escudero, 2008: 53-54 y 153). El *soft law* aparece como un mecanismo por medio del cual se pueden alinear a las administraciones públicas de una manera eficaz y con procedimientos menos complejos que los que se utilizarían para los formales y vinculantes (Korkea-Aho, 2018: 275).

El hecho de que el *soft law* no sea vinculante trae un aspecto importante al debate de las relaciones interadministrativas y es que se trata de un mecanismo no impositivo, en tanto que no es vinculante y la autonomía del ente local le permite seguir o no lo establecido en el instrumento.

Fruto de este debate salta a la vista otra preocupación. Consiste en la conexión entre eficacia y legitimidad democrática que tienen las decisiones de *soft law* que servirán para que el gobierno local complete el contenido de una decisión discrecional. La razón es que el *soft law* no proviene directamente de la misma Administración local que adopta la decisión sino de otra administración pública autónoma y diferente⁹.

Pues bien, la práctica administrativa ha mostrado cómo en ocasiones las administraciones públicas de nivel territorial superior a las administraciones locales han utilizado estos instrumentos mientras ejercen presión sobre el gobierno local, de manera que se constriñe a este último al cumplimiento de su cometido. Sin embargo, la irrupción de esta figura como un nuevo instrumento de relación interadministrativa dirigido a los gobiernos locales usado de la manera antes señalada no debe llevar a limitarlo, sino, por el contrario, a abordar su estudio y darle una solución que permita evitar una afectación grave de la autonomía local con la intención de prevenir la arbitrariedad por parte de quienes emiten este tipo de decisiones (Santaella Quintero, 2011: 101) (Bauer, 1993: 143).

Las administraciones públicas de un nivel territorial superior a los gobiernos locales analizarán las competencias de estos últimos que pretenden alinear y hacer coherente con sus políticas y para ello utilizará la medida más conveniente (allí entrarán en juego la posibilidad de usar los planes, subsidios, el *soft law*, entre otros¹⁰), todo ello porque se observa incluso que el trámite de proferir leyes puede ser un obstáculo para la eficiente producción normativa que vaya acorde con el funcionamiento adecuado de la administración pública¹¹.

La administración pública que emite el *soft law* puede lograr hacer eficaz su decisión de diversas formas. En este trabajo se han dividido en dos grupos que se han denominado (2.2.1.) motivos amplificativos y (2.2.2.) motivos restrictivos, bien sea porque amplifican o restringen la autonomía local.

El extremo más «restrictivo» de la autonomía local sería que una administración pública de un nivel territorial superior al gobierno local se aprovechara de la falta de recursos económicos de este último para dirigir el ejercicio de sus competencias. Por su parte, el extremo más «amplificativo» de la autonomía local sería la reproducción de políticas exitosas de las administraciones públicas de nivel territorial superior.

2.2.1. Motivos amplificativos de la autonomía

La decisión de *soft law* proferida por la administración pública de nivel territorial superior a la Administración local que contiene un motivo amplificativo de la autonomía local no tiene por intención presionar a un gobierno local a que cumpla lo decidido, sino que respeta la autonomía de este último y solo informa sobre buenas prácticas que se han dado en la administración que emite la decisión.

Cuando el gobierno local acoge este tipo de decisiones se concreta su autonomía local, ya que se encuentra libre de coerciones y lo hace de manera voluntaria por considerar para el adecuado ejercicio de la función administrativa.

⁸ La doctrina se refiere a los planes sectoriales como «el principal medio o instrumento de coordinación» o «instrumentos normales, aunque no necesariamente únicos» (SÁNCHEZ MORÓN, 1990: 197 y RIVERO YSERN, 2014: 350).

⁹ El problema está desarrollado con mayor amplitud en Rodríguez de Santiago, 2015: 119-124. Según el autor, el *soft law* debe ser visto como un mecanismo que completa el contenido de la decisión discrecional, pero un mecanismo que ha sido emitido por una administración pública diferente. Esto tiene un impacto sobre la autonomía de la administración pública que ejerce la discrecionalidad, ya que la decisión se ve completada por la decisión emitida por otra administración pública.

¹⁰ Sobre este análisis es muy claro Kagan al explicar la razón por la cual las agencias estadounidenses eligen determinados instrumentos en sus actuaciones (KAGAN, 1984: 6-13).

¹¹ «The principle of legality is regarded more and more as an obstacle for effective, efficient decision-making that serves the general interest. Some authors state that it is the current, fast changing society that impedes the standardizing power of legislation. The way of reasoning is then: the society changes so fast that the legislative procedure is simply too slow to adapt rules and regulations to this new» (TOLLENAAR, 2012: 3. Además, véase MACKOR, 2018: 133).

Se trataría, por ejemplo, de un mecanismo que permita cambiar prácticas de las administraciones locales considerando la experiencia que ya se ha tenido en el nivel estatal y que puede mejorar el desempeño de las demás administraciones públicas al transmitir la fórmula exitosa de una política pública (Brandsen *et al.*, 2006: 547-549)¹².

A su vez, la Administración local lo recibe como una buena práctica que puede imitar en el nivel local y de esta manera evita esfuerzos innecesarios probando entre diferentes opciones la más adecuada, cuando otra administración de un nivel superior ya lo ha hecho con anterioridad.

2.2.2. Motivos restrictivos de la autonomía

Se han denominado motivos restrictivos de la autonomía local aquellos que suponen la explotación de las mejores condiciones en que se encuentra la administración que emite la decisión, tanto desde la (a.) perspectiva territorial como (b.) financiera.

a) El «temor reverencial» al nivel territorial superior

En ocasiones los gobiernos locales tienen un cierto «temor reverencial» respecto de las administraciones públicas que se encuentran en un nivel territorial superior, debido que estas cuentan con un poder de intervención de naturaleza financiera o política (Brandsen *et al.*, 2006: 547).

Quizá la misma reminiscencia de un tiempo en que el Estado era centralizado lleva a los gobiernos locales a ver las decisiones que aprueban las administraciones públicas que se encuentran en un nivel territorial superior como decisiones que siempre deben ser aceptadas, aun cuando no sean obligatorias. Se trata de un lastre que arrastran desde esos tiempos y que no permite a los gobiernos locales creer en su propia autonomía. Varias razones pueden dar lugar a esta percepción: dinámicas políticas y en consecuencia diferentes colores políticos entre quienes hacen parte de la relación interadministrativa o aspectos propios de control disciplinario que puede ejercer el nivel central, las que, en ocasiones, pueden ser inciertas (y en ocasiones irreales) que llevan a que el Gobierno local reitere su temor reverencial.

En todo caso, se debe hacer notar que esta percepción del Gobierno local no obedece a una apreciación adecuada de su regulación, porque en realidad los entes locales cuentan con toda una serie de garantías constitucionales y legales para adoptar sus decisiones con autonomía¹³.

b) Capacidad financiera de quien emite el soft law

El ejercicio de las competencias por las entidades locales requiere de una financiación y el debate sobre la posibilidad de percibir que las administraciones públicas reciban y gestionen todos los recursos para ejercer sus competencias es de vieja data.

Desde luego que ésta debería ser una situación excepcional, pues tal como lo señala el art. 9 de la CEAL, «Las entidades locales tienen derecho, 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». En esa medida, las entidades locales deberían contar con los recursos suficientes para ejercer las competencias que tienen a su cargo.

Sin embargo, a falta de una completa financiación de los entes locales, éstos deben recurrir a las transferencias dinerarias otorgadas por otras administraciones públicas, las cuales pueden establecer condicionantes para el ejercicio de la actividad financiada. Además, a través de un instrumento de *soft law* puede una administración pública condicionar el otorgamiento de la financiación¹⁴.

¹² En este trabajo se pone como ejemplo el caso del sistema de manejo de desastres en Holanda. Los autores consideran que su resolución pudo ser más eficiente si en ocasiones de urgencia se hubieran emitido medidas con instrumentos de *soft law* dirigidos a las administraciones locales.

¹³ «Local government discretion may be constrained by non-legal forms of influence; in some countries, government advice –often in the form of circulars– may enjoy such a status that it becomes a surrogate for legal forms of influence. This may be because central advice is deemed worthy of note because it embodies the superior technical expertise found within the centre, because it takes on the force of law through being accepted as a binding interpretation of the law, or because potential non-compliance is discouraged through threats of legal or financial penalties» (PAGE Y GOLDSMITH, 1987: 6).

¹⁴ A manera de ejemplo, la administración pública que emite el *soft law* puede indicar al destinatario que el no cumplimiento de lo contenido en dicho instrumento limitaría la financiación de un determinado proyecto. La intención de controlar a los gobiernos locales

Representa una situación particularmente anómala que, además de que los entes locales no cuenten con la financiación suficiente para ejercer sus competencias, otra administración pública se la suministre y a su vez condicione la forma como debe actuar el ente local (Tubertini, 2012: 407-410). Por ello, la CEAL, en los arts. 9.5 y 9.7, establece el deber de proteger a las entidades locales que financieramente son más débiles evitando precisamente que la financiación sea un mecanismo de reducción de su libertad de elección y con ello causar perjuicios a la autonomía local.

En el caso del *soft law* se puede dar que la motivación por la cual el Gobierno local procede a ejecutar la decisión de dirección establecida en este instrumento vendrá dada por la capacidad financiera que tenga la administración pública de nivel territorial superior a aquél. Será una forma de constreñir a la autoridad local bajo el presupuesto de que con posterioridad podrá recibir otros recursos financieros y así cumplir con las funciones a su cargo¹⁵.

La financiación que recibirá con posterioridad la autoridad local no debe relacionarse necesariamente con la actividad que se pretende coordinar mediante el *soft law*, basta con una promesa de recibir o estar recibiendo sumas dinerarias, lo que ejercerá una influencia suficiente como para acatar el instrumento de *soft law* aún sin ser obligatorio.

3. LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA LOCAL Y LAS DECISIONES DE *SOFT LAW*

El objetivo de este epígrafe es analizar el despliegue del principio de la autonomía local frente a decisiones de *soft law* que afecten de manera grave la capacidad del Gobierno local de tomar sus propias decisiones. En primer lugar, se estudiará (3.1.) la capacidad del principio de autonomía local de irradiar todas las actuaciones de la administración pública y, en segundo lugar, (3.2.) las garantías concretas que se pueden llegar a exigir.

3.1. El principio de autonomía local irradia todas las actuaciones de la administración pública

Una de las perspectivas que se pueden deducir hasta este punto es que el *soft law* se caracteriza por ser una decisión no vinculante sobre los gobiernos locales y, en consecuencia, deja a la autonomía del ente local la posibilidad de acatar lo establecido en la decisión. Sin embargo, en ocasiones los motivos por los cuales una autoridad local acepta seguir su contenido se dan con base en el constreñimiento que ha ejercido la administración pública de nivel territorial superior a esta (los denominados motivos restrictivos que se han expuesto en el apartado anterior).

A partir de este momento, entonces, dejamos de lado aquellas decisiones no vinculantes que adopte la administración local con fundamento en su propia autonomía para dedicarnos a las que adopta como consecuencia del constreñimiento que ejerce la administración de un nivel territorial superior.

El hecho de que las dejemos por fuera no quiere decir que no cuenten con una garantía de protección de la autonomía local, pues realmente lo que ellas tienen es la máxima garantía posible: que el ente local adopte la decisión libre de constreñimiento¹⁶, de decidir si siguen o no el contenido de la decisión de *soft law*. En caso de que la administración pública de nivel territorial superior a la administración local pretenda exigir el cumplimiento de dicha disposición haciendo uso de su condición de superior territorial o a través de la financiación se trasladará a uno de los casos en los que existe un «motivo restrictivo» y dará lugar a la protección que a continuación se señala, ya que da a entender que con esta decisión se pretende ejercer la imposición sobre el ente local.

Si los que hemos denominado motivos restrictivos («temor reverencial» y la insuficiencia financiera del ente local) ejercen tanta influencia sobre el ente local como para constreñirlo a ejecutar lo establecido en el

a través de su financiación es un fenómeno que se puede observar en otros países de Europa. Al respecto el informe elaborado por MCGUIGAN, 2015: 6 y ss. Igualmente LOUGHLIN, 1985: 61.

¹⁵ «Predominan, por tanto, de manera notable las transferencias finalistas o condicionadas, lo que obviamente, tiene repercusiones en el grado de autonomía financiera local y en la dependencia externa, a la que es inherente un cierto poder de dirección de la actividad local» (FANLO LORAS, 1997: 157).

¹⁶ La posibilidad de adoptar la decisión libre de constreñimiento implica entonces emitir la decisión haciendo pleno uso la autoridad local de su autonomía que es un elemento importante en la aplicación de *soft law*, esta apreciación podría traerse, *mutatis mutandis*, a partir de la idea de la autorregulación en materia privada, DARNACULLETA I GARDELLA, 2005: 340.

instrumento emitido por la administración pública que se encuentra en un nivel territorial superior, la autonomía local se ve afectada gravemente, tanto que no le es permitido adoptar sus propias decisiones.

Es en estos momentos en que se nota que la decisión que inicialmente no era vinculante podría llegar a convertirse en una forma de dirección. Pueden suceder dos cosas. En primer lugar, la decisión desconoce la autonomía local, por ejemplo, al pretender recentralizar competencias. En este caso nos encontraríamos en una decisión contraria al principio constitucional establecido en el art. 140 CE. Dicha decisión puede ser revisada por el juez a partir del cotejo con la vulneración de la garantía constitucional de la autonomía local y sería suficiente para que quedara anulada, porque contiene una afectación al contenido sustancial de la autonomía local¹⁷.

En segundo lugar, la decisión no necesariamente desconoce el contenido sustancial de la autonomía local, pero sí la afecta, en los mismos términos que la afectaría un mecanismo de coordinación vinculante y formal, como los planes sectoriales¹⁸. Por esto, el ente local se encuentra constreñido a seguir el contenido del instrumento de dirección por los «motivos restrictivos» que se han mencionado.

En ese caso, el ente local debería tener garantías similares a las que tendría en el caso de una decisión de coordinación vinculante. Se usa la expresión «similares», pues el otorgamiento de las mismas garantías eliminaría la lógica misma del *soft law*, ya que la administración pública del nivel territorial superior a la administración local acudiría al mecanismo vinculante y en consecuencia se desconocería la práctica administrativa de buscar mecanismos menos fatigosos de producción normativa¹⁹.

A continuación, revisamos las garantías específicas que se deben exigir como consecuencia del principio de autonomía local. Estas reglas las adaptaremos a las condiciones particulares del *soft law* que hemos ya estudiado. Como se verá, algunas de las medidas que referenciamos a continuación requieren de una modificación legislativa como ha sucedido en otros ordenamientos jurídicos (Tollenaar, 2012: 10)²⁰. El Tribunal Constitucional en el fallo STC 331/1993 se ha referido a la posibilidad que tienen las comunidades autónomas de regular sus propias relaciones interadministrativas, lo que permitiría incorporar al *soft law* como un mecanismo específico²¹.

3.2. Garantías procedimentales concretas

En el apartado anterior se expuso cómo el principio de autonomía local tiene consecuencias importantes en la actuación de los gobiernos locales. Estas consecuencias demuestran el carácter progresivo y expansivo de la autonomía local, ya que opera en escenarios en los que incluso no se ha fijado una regulación normativa concreta (Covilla, 2018: 85-87). La activación del principio se da entonces a partir de la eventual afectación de la autonomía local que se pueda dar a través de cualquier tipo de decisiones.

En esa medida, el ordenamiento jurídico debe proveer garantías concretas que permitan proteger a estos últimos de aquellas decisiones que intervengan sobre el ejercicio de sus competencias propias. Entre esas decisiones se encuentran aquellas no vinculantes, como el *soft law*²².

Este tipo de garantías bien pueden adoptarse a partir de lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente o pueden requerir de una modificación legislativa. Se trata de cuatro garantías del procedimiento: (3.2.1) competencia, (3.2.2.) intervención del ente local, (3.2.3) motivación y (3.2.4.) publicidad.

¹⁷ Previamente se había expuesto que el control judicial del *soft law* era un tema objeto de debate. Desde hace algún tiempo el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad del juez para controvertir decisiones de *soft law*. Véase STC 57/1983, de 28 de junio, M. P. Jerónimo Arozamena Sierra y STC 101/1995, de 22 de junio, MP. Álvaro Rodríguez Bereijo, entre otras.

¹⁸ La referencia a la coordinación formal se refiere a aquella que el Tribunal Constitucional ha estudiado desde la STC 32/1983 y que ha sido ratificada en la STC 111/2016. Sobre las garantías de la autonomía local en el marco de las decisiones de coordinación administrativa véase COVILLA, 2018: 87-103.

¹⁹ «Ahora bien, también es cierto que puede ser desproporcionado imponer la misma disciplina del *soft law* que al *hard law*, porque entonces se frustran las ventajas del primero: su mayor flexibilidad para adaptarse al cambio. En consecuencia, quizás el punto de equilibrio no consista en extenderle todas las garantías, pero sí las más elementales de entre las anteriores: me refiero al menos a la sujeción a audiencia e información públicas como condición de validez y exigencia de publicación para su eficacia externa» (VAQUER CABALLERÍA, 2018: 802-804).

²⁰ En el caso español es particularmente notable con las instrucciones y órdenes de servicios, ya que el art. 6 de la LRJSP señala que son considerados *soft law* y tienen efectos sobre los dependientes jerárquicamente. Ellos cuentan con una regulación en la ley, pero a su vez se señala que no son de obligatorio cumplimiento (SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, 2008: 110).

²¹ STC 331/1993, M. P. Julio Diego González Campos, FJ. 5.

²² La doctrina se ha referido a la necesidad de ajustar los procedimientos administrativos a estos nuevos tipos de decisiones administrativas que vienen de la mano de nuevas formas de gobernanza, véase BARNES, 2013: 353-354.

3.2.1. Competencia

En ocasiones, la administración pública del nivel territorial superior a la administración local se aprovecha de títulos competenciales especialmente debilitados para la expedición de decisiones de *soft law*, como por ejemplo cuando se le atribuye al Estado las bases de coordinación económica (Sarmiento Ramírez-Escudero, 2008: 154) y adopte una decisión dirigida a la competencia propia de un Gobierno local.

Además, la administración de un nivel territorial superior al Gobierno local puede emitir decisiones de *soft law* siempre que encuentre la habilitación a partir de una competencia sobre el sector específico sobre el cual se expide la decisión, sin necesidad de que expresamente se cuente con la competencia para «expedir decisiones no vinculantes o de *soft law* sobre la materia».

La propuesta para superar lo anterior es que quien adopte una decisión de *soft law* deba tener competencia para ello. La competencia es un aspecto que afecta la validez de la decisión. Una decisión que no se pueda atribuir a una autoridad en especial o que ha sido emitida por autoridad sin contar con la competencia para ello afecta su validez y se puede declarar nulo de pleno derecho (Sánchez Morón, 2012: 561-562).

Esta idea ratifica lo expuesto previamente: la particularidad del *soft law* es su falta de obligatoriedad. Lo importante en la decisión es que no sea vinculante para quien esté dirigida, lo que no quiere decir que quien la expida no esté legitimado. Es por esto que no presenta ningún inconveniente que una decisión de *soft law* se encuentre regulada en la ley (en relación con su competencia, temas a tratar, sentido de la decisión que se pueda emitir, por ejemplo), pero se indique expresamente que no es obligatoria para el destinatario. De esta forma se podría lograr limitar el *soft law* a unas determinadas situaciones y con ello evitar que se utilice para constreñir al ente local para bajo motivos que puedan restringir la autonomía local.

3.2.2. Intervención del ente local

La posibilidad de que la administración local conozca, aporte y opine sobre la decisión a emitir por la administración pública de nivel territorial superior será relevante, no solo para evitar una afectación de la autonomía local, sino que también servirá para mejorar la calidad del instrumento de *soft law* (Tarrés Vives, 2003: 167-168).

En el art. 4.6. de la CEAL se señala que deben ser consultadas las «entidades locales, en la medida de lo posible, a su debido tiempo y de forma apropiada» cuando se adelanten procesos de planificación y de decisión que les afecte directamente²³. La expresión «en la medida de lo posible», tendrá una particular relevancia en el tema que estamos tratando, pues permitirá matizar la necesidad de consultar a la administración local cuando se vaya a emitir el instrumento de *soft law*.

Así pues, si se observa que la decisión que se va a emitir es de una urgencia extrema que no daría la oportunidad de dar un traslado a las administraciones locales para escuchar su opinión sobre el instrumento. Por ejemplo, en un desastre natural, la administración de nivel territorial superior al Gobierno local podrá relevarse de dicha obligación. Por el contrario, cuando se trate de decisiones que admiten un período más amplio que dé oportunidad a las administraciones locales de pronunciarse, la administración del nivel territorial superior podrá idear formas particulares que permitan la intervención de los posibles afectados. Sería conveniente aquí, con la intención de que se convierta en un trámite fatigoso (y así se desestime la utilización del *soft law*) que la forma de pronunciarse sea flexible, por ejemplo, publicar por espacio de unos días en la página web de la administración para que se reciban por correo electrónico los comentarios de los posibles afectados.

3.2.3. Motivación

Uno de los aspectos más importantes que habíamos advertido en este estudio es que cuando se dan «motivos restrictivos» en la adopción del *soft law* la administración local se veía más constreñida a seguirla con la posibilidad de afectar de manera grave la autonomía local. Además de ello, notamos como en algunas ocasiones podían observarse decisiones de *soft law* que llevaban expresa su motivación.

Si bien es poco esperable que la administración del nivel territorial superior a la administración local deje expreso el «motivo restrictivo» por el cual emite la decisión de *soft law*, en todo caso la razón expresada servirá para cotejarla frente a la verdadera intención con que cuente la administración pública que profiere

²³ Para un análisis más detallado del art. 4.6. de la CEAL véase el capítulo sobre régimen jurídico de la coordinación en COVILLA, 2019.

dicha decisión. Nuevamente no será necesaria una motivación detallada y extensa que haga más compleja la expedición de este tipo de decisión frente a una decisión que se encuentre en la ley.

3.2.4. **Publicidad**

Sería útil la publicación de la decisión para que las administraciones locales que se vean afectadas puedan conocerla. La necesidad de publicar no debe ser satisfecha a través del BOE, sino de mecanismo más ágiles como la propia página web de la administración pública²⁴.

4. EL CARÁCTER VERSÁTIL DE LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS EN NUESTROS DÍAS

Se debe hacer una reflexión final para concretar lo analizado hasta este punto. El *soft law* no es un instrumento tradicional para concretar una relación interadministrativa. Sin embargo, su utilización es bastante frecuente en nuestros días. Por esto, resulta indispensable entender el carácter versátil que tienen hoy en día las relaciones interadministrativas y tomar una posición frente a las consecuencias que puede tener sobre la autonomía de los gobiernos locales.

El instrumento mediante el cual se crea un vínculo entre dos administraciones públicas será objeto de análisis desde la perspectiva de las relaciones interadministrativas desde el momento en que interviene en la esfera del ejercicio de competencias de las administraciones que se relacionan.

Además de esto, las relaciones interadministrativas no se producen únicamente por instrumentos que desde la ley se han fijado para tal fin. En ocasiones, se emiten instrumentos que tienen un objetivo explícito diverso, pero de manera implícita pretenden concretar una relación interadministrativa diversa. Por ejemplo, un convenio interadministrativo originalmente pensado para financiar una actividad del ente local, lo que puede analizarse desde la perspectiva de la cooperación, también puede estudiarse desde la perspectiva del control o coordinación que implicaría por parte de la administración pública que financia al Gobierno local al establecer la actividad concreta que debe realizar.

Por su parte, hay otro tipo de instrumentos que no se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico como mecanismos de coordinación, pero son igual o más efectivos que estos, como los instrumentos de *soft law*. Todos ellos generan un interés desde la perspectiva de las relaciones interadministrativas, porque lo realmente importante de éstos no es la fórmula matemática que identifique y encasille los mecanismos de coordinación de acuerdo con las características establecidas en la normativa y la jurisprudencia, sino el efecto que materialmente produce en el ejercicio de competencias de la administración pública coordinada o dirigida.

Un análisis jurídico de esta práctica plantea dos soluciones: o se prohíben a través de una regulación normativa los instrumentos que enmascaran una relación interadministrativa o se regula su funcionamiento para que no se concreten riesgos que afecten principios constitucionales tan importantes como el de la autonomía local.

La premisa que se sostiene a lo largo de este estudio es que estos instrumentos de dirección, como el *soft law*, no deben ser prohibidos a través de una regulación normativa. Al final, estos instrumentos hacen parte del abanico de opciones con que cuentan las administraciones públicas para cumplir el objetivo que le ha sido encomendado y bien pueden usarlo para el fin que inicialmente fue pensado o para otro.

Sin embargo, esta perspectiva de las relaciones interadministrativas no podría llegar hasta el extremo de permitir abusos por parte de las administraciones públicas que se encuentran en mejores condiciones frente al ente local. Lo complejo de esta situación es que se trata de una práctica administrativa y no una actuación prescrita en una norma jurídica, por lo que la regulación y su consecuente ajuste y normalización no es fácil de combatir por la ley.

El Derecho entra a regular este tipo de prácticas administrativas y a exigir que el instrumento tenga su uso adecuado, sin que con ello se desnaturalice la figura objeto de regulación. Es por esto que planteamos las garantías que deberían ser adoptadas frente a estos instrumentos de dirección de entes locales.

²⁴ Para tomar como referencia, la doctrina considera en la actualidad que las decisiones de *soft law* interorgánico no que han sido publicadas no afectan su validez, sino su eficacia y en los casos en que se dicten decisiones que afecten a terceros deberían ser publicadas en el BOE. (MORENO BEATO, 1998: 166). En idéntico sentido STC 150/1994, de 23 de mayo, MP. Álvaro Rodríguez Bereijo.

Por supuesto, al momento de elaborar la regulación se deberá ser consciente de su alcance para evitar que con ella se llegue a desincentivar el uso de la figura para la cual ha sido concebida y a su vez garantizar que el ente local no se vea afectado en su autonomía.

La regulación que consideramos adecuada consiste en identificar a estos instrumentos como de dirección para así poder incorporar las garantías que se han establecido en el presente trabajo. Principalmente, para evitar que con ello se alcance el límite de vulnerar la autonomía local. Esto implica, entonces, que en aquellos instrumentos de relación interadministrativa que se advierta que son eficaces para dirigir a los entes locales, sea cual sea su naturaleza, se permita al ente local hacer uso de las garantías que contiene la autonomía local.

Consideramos que el principio de la autonomía local opera de manera activa y tiene la posibilidad de intervenir en situaciones en que de manera inesperada se ve afectada como, por ejemplo, cuando mediante instrumentos de dirección se afecta la capacidad del ente local de adoptar sus propias decisiones.

CONCLUSIONES

Existe una serie de instrumentos que no son propiamente mecanismos de coordinación –debido a que les faltan uno o varios de los requisitos para que sean definidos como tal–, pero pueden ser igual o más eficaces que los mecanismos de coordinación para efectos de dirigir a un ente local. El ejemplo que utilizamos fue el de los instrumentos de *soft law*.

Esta eficacia bien puede venir dada por motivos positivos, tales como que el ente local adopte políticas sugeridas por la administración pública porque son políticas de éxito y pretenden ser imitadas, o bien pueden ser motivos negativos, como cuando el ente local se siente constreñido por la falta de financiación para el ejercicio de sus competencias o como consecuencia de un «temor reverencial» a las administraciones públicas que se encuentran en un nivel territorial superior al Gobierno local.

Este análisis nos llevó a concluir que era necesario la proyección de las garantías de la autonomía local para estos casos. Al final, se evidencia una dirección por medios informales frente a la cual se le deben otorgar mecanismos de protección a los entes locales. Estas garantías se deberían adecuar a cada instrumento para que no se pierda la finalidad para la cual ha sido pensada.

La conclusión a la que llegamos es que, contrario a la percepción negativa que *a priori* se podría tener de estos instrumentos utilizados para coordinar a entes locales, si la administración pública que los aprueba no pretende aprovecharse de la mejor posición que se encuentra frente al ente local y a su vez le otorga al ente local las garantías que devienen de su autonomía, bien podrían ser un instrumento útil para dirigir a entes locales.

Esto nos llevaría a considerar que se debe ampliar la noción que se tiene de la dirección de gobiernos locales y no limitarla a los mecanismos de coordinación tradicionales, tal como hoy se estudian. La propuesta es identificar casos en los que los instrumentos de relación entre administraciones públicas contengan formas de dirección sobre los entes locales. Aun cuando no se trate de mecanismos de coordinación tradicionales, a estos se deben aplicar las limitaciones y garantías que devienen del principio constitucional de la autonomía local.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. (2001): "El Soft Law Comunitario", en *Revista de Administración Pública*, núm. 154, págs. 63-94.
- BARNES, J. (2013): "Towards a third generation of administrative procedure", en ACKERMAN, S. R. y LINDSETH, P. L. (eds.): *Comparative Administrative Law*, págs. 353-354. Northampton: Edward Elgar.
- BAUER, H. (1993): "¿Transformación radical en la doctrina del Derecho administrativo?", en *Documentación Administrativa*, núm. 234, págs. 133-160.
- BRANDSEN, T., BOOGERS, M. y TOPS, P. (2006): "Soft Governance, Hard Consequences: The Ambiguous Status of Unofficial Guidelines", en *Public Administration Review*, Vol. 66, núm. 4, págs. 546-553.
- BYUNG-CHUL, H. (2017): *Psicopolítica*. Barcelona: Herder.
- CASSESE, S. (1998): "Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo", en *Documentación Administrativa*, núm. 250-251, págs. 215-225.
- COLOMBO, C. M., y ELIANTONIO, M. (2018): "The Changing Nature of the Public Administration: Innovations and Challenges for Public Lawyers", en *European Public Law*, vol. 24, núm. 3, págs. 405-407.

- CORTESE, F. (2012): *Il coordinamento amministrativo: dinamiche e interpretazioni*. Milano: FrancoAngeli.
- COVILLA, J. C. (2014): “La identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la administración pública desde una perspectiva funcional”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 12, págs. 176-184.
- COVILLA, J. C. (2018): “La garantía de la autonomía local en el marco de las decisiones de coordinación interadministrativa en España”, en *Istituzioni del Federalismo*, núm. 1, págs. 75-103.
- COVILLA, J. C. (2019): *Coordinación y autonomía en la administración pública*. Cizur Menor: Aranzadi (Thomson Reuters) – Universidad Externado de Colombia.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M. M. (2005): *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons.
- FANLO LORAS, A. (1997): “Relaciones de cooperación y nuevas tutelas”, en FONT I LLOVET, T. (dir): *Anuario del Gobierno Local 1997*. Madrid: Instituto de Derecho Público y Marcial Pons.
- FONT I LLOVET, T. (2014): “La incidencia de la reforma local española en el ámbito sanitario: competencias y organización”, en *Istituzioni del Federalismo*, núm. 3, págs. 599-618.
- FONT I LLOVET, T. (2015): “Transparencia i bon govern en les administracions locals”, en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J.: *Transparència, accés a la informació pública i bon govern a Catalunya*. Barcelona: Editorial UOC.
- GALÁN GALÁN, A. (2015): “La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, Nueva Época, Núm. Extraordinario: 4, págs. 97-111.
- GEORGIEVA, Z. (2014): “Soft Law in EU Competition Law and its Judicial Reception in Member States – A Theoretical Perspective”, en *TILEC Discussion paper*, núm. 035, págs. 223-260.
- GERSEN, J. y POSNER, E. (2008): “Soft Law”, en *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, núm. 213. Chicago: University of Chicago Law School.
- GOLDSMITH, M. J. (1987): “Centre and locality: functions, access and discretion”, en PAGE, E. C. y GOLDSMITH, M. J. (eds.): *Central and local government relations*. Londres: SAGE Publications.
- HAMBURGER, P. (2014): *Is administrative law unlawful?*. Chicago: The University of Chicago Press.
- JENART, C. (2018): “The Binding Nature and Enforceability of Hybrid Global Administrative Bodies’ Norms Within the National Legal Order: The Case Study of WADA”, en *European Public Law*, vol. 24, núm. 3, págs. 422-424.
- KAGAN, R. (1984): “Regulatory Enforcement Styles”, en *Annual Meeting of the Law Society Association*, págs. 6-13.
- KORKEA-AHO, E. (2018): “EU Soft Law in Domestic Legal Systems: Flexibility and Diversity Guaranteed?”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 16, núm. 3, págs. 271-290.
- LOUGHLIN, M. (1985): “The Restructuring of Central-Local Government Legal Relations”, en *Local Governments Studies*, vol. 11, núm. 6, págs. 59-74.
- MACKOR, A. R. (2018): “What Is Legal Validity and Is It Important? Some Critical Remarks About the Legal Status of Soft Law”, en WESTERMAN, P., HAGE, J. y KIRSTE, S. (eds.): *Legal Validity and Soft Law, tomo II*. Cham: Springer.
- MCGUIGAN, H. (2015): “New forms of local governance”, en *The Congress of Local and Regional Authorities, Council of Europe, sesión núm. 29, 22 de octubre*.
- MORENO BEATO, M. (1998): “Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, págs. 159-200.
- RABINOVITZ, F., PRESSMAN, J. y REIN, R. (1976): “Guidelines a Plethora of Forms”, en *Policy Sciences*, vol. 7, núm. 4, págs. 399-416.
- RIVERO YSERN, J. L. (2014): *Manual de Derecho local*. Cizur Menor: Aranzadi. 7.ª ed.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2015): *Metodología del Derecho Administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1990): *La autonomía local, antecedentes históricos y significado constitucional*. Madrid: Civitas.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012): *Derecho Administrativo parte general*. Madrid: Tecnos. 8.ª ed.
- SÁNCHEZ PÉREZ, A. (2012): *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SANTAELLA QUINTERO, H. (2011): “Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 5, págs. 87-105.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2008): *El soft law administrativo, un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Cizur Menor: Aranzadi.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003): *La teoría general del Derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons.
- SUNSTEIN, C. R. y THALER, R. H. (2017): *Un pequeño empujón*. Bogotá: Penguin Random House.
- TARRÉS VIVES, M. (2003): “Las normas técnicas en el Derecho Administrativo”, en *Documentación Administrativa*, núm. 265-266, págs. 151-184.

- TOLLENAAR, A. (2012): “Soft Law and Policy Rules in the Netherlands”, en *Netherlands Administrative Law Library*, págs. 1-16.
- TUBERTINI, C. (2012): “Risorse economiche come elemento di uniformizzazione”, en VANDELLI, L. y BASSANINI, F. (eds.): *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle regioni*, págs. 407-410. Bologna: Il Mulino.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2018): “Capítulo 31. Un apunte sobre las disposiciones administrativas y el «soft law» tras la ley del procedimiento común”, en JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J. (dir.): *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach*, vol. I, págs. 802-804. Cizur: Aranzadi-Centro de Estudios Urbanísticos, Territoriales y Ambientales Pablo Olavide.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2018): “El poder administrativo”, en VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA, A. M. y DESCALZO GONZÁLEZ, A. (coords.): *Estudios de Derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, tomo II, págs. 1.249-1.253. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VELASCO CABALLERO, F. (2015): “Desarrollos normativos autonómicos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en *Anuario de Derecho municipal*, núm. 8, págs. 21-53.



Los encargos a sociedades mixtas en la actual Ley de Contratos del Sector Público

Orders to mixed companies in the current Public Sector Contract Law

Juan Alemany Garcías
Universitat Rovira i Virgili (España)
alemanypm10@icaib.org

NOTA BIOGRÁFICA

Juan Alemany Garcías se doctoró en Derecho por la Universitat Rovira i Virgili, con la calificación de Sobresaliente *Cum laude* en el año 2015. Es profesor asociado de Derecho Administrativo en dicha universidad y de la Universidad de las Illes Balears. Sus principales líneas de investigación se centran en la contratación pública y el urbanismo, con seis monografías publicadas.

RESUMEN

En la tradicional legislación general básica sobre contratación pública, la sociedad de economía mixta era tratada como una modalidad de gestión indirecta de servicios públicos, tal y como se desprendía literalmente del art. 275 en relación con el 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público del año 2011, pero también en el ámbito local, concretamente en el art. 85.2.b de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local. Las sociedades de economía mixta han tenido que adaptar su contratación al régimen propio de la contratación pública de la ley 9/2017 de 8 de noviembre. La transición del derecho privado al derecho público ha tenido ciertas dificultades en gran medida por las deficiencias legislativas que una norma redactada para las administraciones públicas provoca cuando se aplica a poderes adjudicadores que no son administración pública. La complejidad de la contratación de esta figura no se agota con la ley de contratos del sector público, sino que alcanza la aplicación de otras normas originalmente destinadas a las administraciones. La Ley 9/2017 de 8 de noviembre destina un título a la contratación de las sociedades de economía mixta, pero presenta importantes controversias que generan inseguridad jurídica y que son desarrolladas a lo largo del presente artículo.

PALABRAS CLAVE

Mixta, socio privado, gestión indirecta, transparencia, licitación.

ABSTRACT

In the traditional basic general legislation on public procurement, the mixed economy society was treated as a modality of indirect management of public services, as literally followed by art. 275 in relation to 277 of the Consolidated Text of the Public Sector Contract Law of 2011, but also at the local level, specifically in art. 85.2.b of Law 7/1985 on Bases of Local Regime. The mixed economy companies have had to adapt their contracting to the public procurement regime of Law 9/2017 of November 8. The transition from private law to public law has had some difficulties to a large extent due to legislative deficiencies that a rule written for public administrations causes when applied to contracting authorities that are not public administration. The complexity of contracting this figure is not exhausted by the law of public sector contracts, but rather

reaches the application of other rules originally intended for administrations. Law 9/2017 of November 8 allocates a title to the hiring of mixed economy societies, but it presents important controversies that generate legal uncertainty and are developed throughout this article.

KEYWORDS

Mixed, private partner, indirect management, transparency, tender.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. NATURALEZA DE LAS DENOMINADAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, ESPECIALMENTE EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 8 DE NOVIEMBRE. 2. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA EN LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL. 3. CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES MIXTAS EN EL ÁMBITO LOCAL. 4. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMO NOVENA DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 9/2017 DE 8 DE NOVIEMBRE. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Con arreglo al *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (COM/2004/0327 final) la creación de sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos se considera una operación de colaboración público-privada (CPP) de tipo institucionalizado. Este tipo de operaciones de CPP implican la creación de una entidad en la que participen, de manera conjunta, un socio público y uno de privado¹. La puesta en marcha de una CPP institucionalizada como reza el citado Libro Verde puede llevarse a cabo bien a través de la creación de una entidad en la que participan de manera conjunta el sector público y el sector privado, o bien mediante la participación en una empresa pública existente por parte del sector privado a través de la adquisición de una parte de su capital. En los Estados miembros, en este contexto, se utilizan para referirse a estas estructuras terminología y fórmulas diferentes (por ejemplo, el *Kooperationsmodell*, las CPP asociativas o las *joint-ventures*) (Gallego Córcoles, I., 2011: 2).

La Comisión Europea destaca que en los Estados miembros, las autoridades públicas recurren a veces a estas estructuras, en particular para la gestión de servicios públicos a escala local (por ejemplo, en el caso de los servicios de abastecimiento de agua o de recogida de residuos urbanos). La cooperación directa entre los socios público y privado en una entidad con personalidad jurídica a ojos de la CE permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común. Asimismo, permite al socio público desarrollar su experiencia propia en materia de explotación del servicio en cuestión, al tiempo que recurre a la ayuda de un socio privado. Este mecanismo de contratación para la gestión de un servicio público, donde se aúnan en un único procedimiento tanto la selección del socio privado que se integrara en la sociedad de economía mixta que gestionará el servicio como, en segundo lugar, la determinación de las condiciones de la gestión con definición de los derechos y obligaciones de las partes, ha sido también abordada por la "Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)", que puede materializarse bajo dos modalidades²:

- La creación de una nueva empresa cuyo capital pertenece conjuntamente a la entidad adjudicadora y al socio privado (en algunos casos, a varias entidades adjudicadoras y/o a varios socios privados), y la adjudicación de un contrato público o de una concesión a esa entidad de capital mixto, de nueva creación.
- Mediante la participación de un socio privado en una empresa pública existente que ejecuta contratos públicos o concesiones obtenidos anteriormente en el marco de una relación interna.

¹ *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (COM/2004/0327), apartado 3.1.

² *DOUE* de 12 de abril de 2008.

1. NATURALEZA DE LAS DENOMINADAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, ESPECIALMENTE EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 8 DE NOVIEMBRE

En la Ley de contratos del sector público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014) recientemente aprobada por las Cortes Generales, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos en sede contractual que se contenía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Aparece en su lugar, y en virtud de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la «nueva» figura de la concesión de servicios de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la figura de la concesión de obras que ya contemplaba la antigua Ley de Contratos del sector público (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). Sin perjuicio de esta nueva regulación, el texto legal mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta³ (Noguera de la Muela, B., 2012) un contrato de concesión de servicios o de obras en los términos recogidos en la Disposición adicional vigésima segunda, siguiendo la ya conocida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (vid. Sentencia 196/08 en el caso ACOSSET), y en la “Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008 (CPPI)”.

La disposición adicional (DA) vigésima segunda de Ley 9/2017 bajo la rúbrica «Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta». dispone, en su apartado primero, que las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

La disposición adicional 22.a en su apartado primero viene a contemplar la posibilidad de separar formalmente concesión de servicio y contrato de sociedad de la administración con otro u otros socios que van a asumir en particular la posición mayoritaria en la sociedad gestora del servicio, aportando lógicamente su experiencia y capacidad de organización empresarial en relación con el servicio y asumiendo la responsabilidad en su gestión. Lógicamente, a raíz de la disposición adicional 22 hemos de interpretar que si se obtiene otra concesión de servicio de parte de otra administración diferente que no forma parte de ella como socio, la forma de gestión será la de concesión y se regirá en cuanto a la gestión correspondiente por las mismas reglas que se regiría si fuese una empresa enteramente privada que hubiera obtenido tal concesión. Por ello, no existe ninguna novedad destacable excepto la estricta positivización de un principio o regla general establecida por la jurisprudencia del TJUE antes citada y que de hecho ya recogía la Disposición adicional vigésima novena del TRLCSP, que procedía a su vez de la Disposición adicional decimosexta, apartado treinta y cuatro de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que introdujo en la Ley de Contratos del Sector Público, una nueva Disposición adicional, la trigésima quinta, dedicada al régimen de adjudicación de los contratos públicos, en el marco de las formulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Aunque la inexistencia de licitación en la adjudicación de la gestión de unos servicios resulta incompatible con los artículos 43 CE y 49 CE y con los principios de igualdad de trato y de no discriminación, es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado respetando desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren, no sólo su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta (STJUE 196/08 en el caso ACOSSET, apartado 59). En la medida en que los criterios de selección del socio

³ Belén Noguera se ha referido a las dos opciones posibles para articular el encargo de gestión del servicio a la entidad mixta, entendiéndose incluso que la «segunda opción, la licitación única, es por la que apuestan decididamente tanto el Parlamento Europeo como la Comisión y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 15 de octubre de 2009 (As. C-196-08, *Acoset SpA*)».

privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio⁴ de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario (STJUE caso ACOSSET, apartado 60).

La DA vigésima segunda de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, añade también, en su apartado segundo, otra regla complementaria de la anterior que dispone, en la misma lógica de respeto a los principios de transparencia y de libre competencia recogidas en los artículos 43, 49 y 86 del TCE, que en el caso en que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos en el apartado 1 anterior, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en la presente Ley. Ello ha sido declarado por el TJUE en tanto que la aplicación de las normas establecidas en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, estaría excluida en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y dicha entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad que la controla (véase en particular la sentencia ANAV, antes citada, apartado 24). En tal supuesto, la licitación no es obligatoria, aunque el contratante sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora (véase en particular la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Sea, C573/07, apartado 36). Pero contrariamente la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trate excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase en particular la sentencia Sea, de 10 de septiembre de 2009, C573/07, antes citada, apartado 46).

Con arreglo a la jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 51, y sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C29/04, apartado 48) (Montoya Martín, E., 2009: 180 y 181). Abundando en los principios de transparencia y libre competencia, también en el último inciso del apartado primero de la DA vigésima segunda se dispone que la modificación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se adjudiquen directamente según lo establecido en el párrafo anterior, únicamente se podrá realizar de conformidad con lo establecido en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, relativa a la modificación de los contratos. Nuevamente se trata de la positivización de la jurisprudencia del TJUE según la cual es necesario precisar que una sociedad de capital mixto, público y privado, debe conservar el mismo objeto social todo el tiempo que dure la concesión, y que toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación (véase en este sentido la STJUE de 19 de junio de 2008, Caso *Nachrichtenagentur*, C454/06, apartado 34 y la citada sentencia caso ACOSSET, apartado 62)⁵.

Por último el texto de la LCSP de 2017 se ocupa de un aspecto nada negligible cuál es la regulación de los medios de financiación vinculados a la concesión que la sociedad concesionaria puede tener en sus manos. Así el apartado tercero de la DA vigésima segunda de nueva LCSP establece que: «sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, podrán:

⁴ Por no encontrar suficientemente probada la concurrencia de las causas correspondientes, la STSJ Catalunya 126/2016, de 9 de marzo de 2016 (recurso 23/2013) ha anulado el Acuerdo adoptado el 6 de noviembre de 2012 por el *Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona* (CMB), que aprobó el establecimiento y prestación del servicio del ciclo integral del agua, el establecimiento del sistema de gestión de ese servicio público mediante sociedad de capital social mixto bajo la modalidad de convenio con sociedad existente (*Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A.: SGAB*), los estatutos de la nueva sociedad de capital mixto «Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua, Societat Anònima», y el convenio suscrito por Área Metropolitana de Barcelona y la Sociedad General d'Aigües de Barcelona, S. A. (SGAB). En un sólidamente fundamentado voto particular el Presidente de la Sala, el Magistrado Alberto Andrés Pereira, mostró su parecer de que en el caso se cumplían las circunstancias para la adjudicación directa, dada la trascendental concesión de aguas de 1953 en favor de la SGAB y su propiedad sobre 500 km de conducciones del abastecimiento. El asunto está pendiente de casación en el Supremo.

⁵ Vid. también Informe 1/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 1 de febrero de 2012.

- Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.
- Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores».

Teniendo en cuenta lo parca e indefinida que puede resultar la referencia «siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación» contenida en la primera de las opciones, creemos que a todas luces es recomendable sopesar esa posibilidad de antemano y establecer un régimen expreso y claro sobre este particular en los pliegos de condiciones para evitar litigios futuros. Y lo mismo podría predicarse sobre la posibilidad contemplada en el apartado b).

2. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA EN LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL

La Ley de Bases de Régimen Local, que, en su actual art. 85.2, marca alguna neta preferencia dentro de las modalidades de la gestión directa, de manera que el recurso de las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles locales (con integridad de capital social público) requiere la justificación especial que el precepto indica desde la Ley 27/2013, particularmente relacionada con la exigencia de la mayor sostenibilidad y eficiencia que esta Ley introdujo al inicio de ese mismo apartado 2, y no establece de manera explícita prioridad alguna entre las gestión directa y la indirecta de los servicios públicos locales, siempre que, por no implicar ejercicio de potestades públicas –como da a entender el último párrafo del mismo art. 85 por la vía indirecta de remitir a las funciones reservadas a funcionarios por el art. 9 del Estatuto Básico del Empleado Público⁶–, quepa la gestión indirecta.

El Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprobó el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, confirmó el viejo principio de que los servicios que impliquen ejercicio de autoridad solo podrán ser ejercidos por gestión directa (art. 95), pero tampoco explicitó nada sobre posible prioridad de la gestión directa o de la indirecta. El Reglamento de Servicios de 1955 reitera asimismo el principio de que serán atendidas necesariamente por gestión directa las funciones que impliquen ejercicio de autoridad (art. 43.1), pero sí dice además algo bien significativo. En su art.45.2, en cuya virtud las municipalizaciones (Alemany Garcías, J., 2018: 125) de servicios económicos, entendidas como la asunción de la gestión directa de éstos (tal y como se desprende del objeto del capítulo tercero de Título III de dicho Reglamento en el que se inserta el precepto, e incluso del tenor del primer apartado del mismo art. 45), tenderán a conseguir que la prestación de los servicios reporte a los usuarios condiciones más ventajosas que las que pudieran ofrecerles la iniciativa particular –obviamente en los servicios no reservados en que ello es posible– y la gestión indirecta.

Es obvio por lo tanto que, mientras la gestión indirecta de un servicio público permite ejercitar, aun limitadamente, la libertad de empresa –y los derechos fundamentales económicos de libertad como la propiedad privada o la libertad de trabajo y profesional– en el ámbito de dicho servicio, precisamente para asumir su gestión por contrato bajo la dirección o supervisión especial de la Administración titular que se fije en él, y –dadas las exigencias generales de la contratación pública– tras competir ofreciendo las mejores condiciones y resultados en el proyecto de esa gestión, la gestión directa en todas sus modalidades comporta el ejercicio de la actividad correspondiente exclusivamente por la Administración titular del servicio a través de sus órganos ordinarios o mediante «el medio propio» o la entidad pública o privada instrumental que para ello se cree o se aproveche, como pura *longa manus* de la entidad titular, y por lo tanto con total exclusión de la libertad constitucional propia de la iniciativa empresarial privada.

La prioridad de principio de la gestión indirecta no es sino una exigencia intrínseca de coherencia en un sistema constitucional presidido, como acaba de recordarse, por el principio *pro libertate*, también a los efectos de realizar con la mayor plenitud las exigencias que comportan la cláusula del Estado social, cuya efectividad está vinculada a la más básica del Estado de Derecho. Esto es lo que, en efecto, estaría justificando actualmente al citado art.45.2 del Reglamento de Servicios y lo que subyace asimismo a lo dispuesto

⁶ «En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca» (art. 9.2 de la Ley del EBEP, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

por el segundo párrafo del art. 86.2 de la vigente Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, cuando afirma que la efectiva ejecución de estas actividades –las reservadas a las Entidades Locales como el abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, o la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, incluidos los hídricos– en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación del órgano competente de la Comunidad Autónoma. Si la reserva de una actividad de servicio a una entidad pública no es otra cosa que la publicación de ese servicio mediante su conversión en servicio público en sentido estricto, en los términos permitidos por el art. 128.2, segundo inciso, de la Constitución, es evidente que es consustancial a esa reserva la exclusividad o monopolio públicos de la titularidad sobre el servicio reservado.

¿Qué sentido tiene entonces ese párrafo del art. 86.2 de la Ley Local? No puede tener otro que el de exigir ese especial procedimiento, con un control específico autonómico, cuando la modalidad gestora que vaya a aplicarse de manera efectiva comporte lo que ahí se llama un régimen de monopolio, lo que para ser algo distinto de cuanto implica ya la reserva legal el monopolio en la titularidad, ya que habrá de tenerse, en una primera acepción, como la asignación de la gestión en todo el territorio a un solo gestor, sea cual sea éste –excluyendo por tanto la posible concurrencia de gestores en competencia–, pero además, adicional y eventualmente, como la realización más completa de la exclusividad que se producirá con la exclusión de toda apertura periódica de esa gestión única a la competencia «por el mercado» que comporta la contratación para su gestión indirecta por una empresa, de ordinario privada, por un tiempo determinado, al pasar a reservarse también la gestión a la entidad pública titular en cualquiera de las modalidades de la gestión directa⁷.

Por otra parte, hemos de señalar que los primeros antecedentes normativos internos referentes a las empresas mixtas los encontramos justamente en la Ley Municipal Catalana de 1933-1934 (art. 188) y, poco después, en la Ley Municipal Republicana de 1935 (art. 135) (Marqués i Carbó, L. L., 1935). Sin embargo, no se lleva a cabo una regulación detallada de las mismas hasta el Texto Articulado de Régimen Local de 24 de junio de 1955 y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (Martínez-Alonso Camps, J. L., 2009: 646 y 647). En la vigente legislación de régimen local, el artículo 85.2 B) de la LBRL prevé, para la prestación por gestión indirecta de los servicios públicos de la competencia local, las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Referencia hoy huérfana de contenido por remisión a una regulación inexistente por efecto de la derogación del TRLCSP por la nueva LCSP. Por su parte, el artículo 104.1 del TRRL dispone que «para la gestión indirecta de los servicios podrán las entidades locales utilizar las formas de sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad». Y en el apartado segundo, en lo que se refiere a su constitución establece:

«En todo caso, deberá determinarse si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o aportaciones de la empresa que se constituya o previo concurso en que los concursantes formulen propuestas respecto a la cooperación municipal y a la participación en la futura sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve la entidad local en la dirección de la sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particulares que figuren en la convocatoria».

En lo relativo al procedimiento de creación, el artículo 104 del RSCL determina que «las empresas mixtas, previo expediente de municipalización o provincialización, podrán quedar constituidas a través de los procedimientos siguientes:

- 1.º Adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de Empresas ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social.
- 2.º Fundación de la Sociedad con intervención de la Corporación y aportación de los capitales privados por alguno de los procedimientos siguientes:

⁷ Aunque *obiter dictum*, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, en el apdo. 13 de su *Informe de 23 de diciembre de 2008 sobre la municipalización del servicio de gestión integral del agua en el Municipio de Nerja (Málaga)*, mientras afirma que en la gestión directa «la competencia no existe», da a entender que sí hay alguna en fórmulas de gestión indirecta en las «que los ciudadanos del servicio se van a beneficiar de las ventajas de la incorporación a la gestión del servicio público de un [sujeto] privado con un amplio conocimiento en la materia (es lo que se conoce como *know how*), o de que el servicio se vaya a gestionar desde una entidad especializada en la prestación del servicio del ciclo integral del agua».

- a) Suscripción pública de acciones; o
- b) concurso de iniciativas, en el que se admitan las sugerencias previstas en el párrafo 2 del artículo 176 de la Ley.

3.º Convenio con Empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiere de regirse en lo sucesivo».

De toda esta regulación se desprende según Montoya Martín que, aunque esta sea su función más común, la empresa mixta no es sólo un modo de gestión de servicios públicos, sino que puede también constituir una fórmula para el ejercicio actividades económicas privadas para la realización de un interés general.

Prieto González afirma que «esta concepción de la empresa como modo gestor, que ha venido siendo destacada por la práctica totalidad de nuestra doctrina científica, y que le confiere además, en función de los intereses públicos gestionados, sus peculiares características, ha de revisarse sin duda teniendo en cuenta que el papel de las Administraciones locales no se limita ya al de meros gestores de un conjunto de servicios mínimos, sino que persigue sobre todo la finalidad de “satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”, para lo cual podrán incluso “ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas” (antiguo art. 86 LBRL). Desde esta perspectiva, la empresa mixta local, configurada legalmente –de acuerdo con la concepción tradicional apuntada– como un modo de gestión de los servicios locales, puede ser, y debe ser también, un instrumento de penetración en aquellos sectores que, sin tener la consideración formal de servicio público, suponen el ejercicio de la iniciativa pública local en la actividad económica» (Prieto González, L. F., 1996: 43 y 44).

José Manuel Sala en su enjundioso artículo en la *REDA*, en 1996, donde trata de dejar claro que, con la empresa mixta, ciertamente «se trata de obtener que la licitación privada aporte ayuda financiera, experiencia industrial y eficacia gerencial a un servicio público (Merino Estrada, V., 2010: 157-217), sin que la Administración pierda por ello presencia en la dirección y gestión de aquél» participando por tanto «también en la dirección y gestión» de la empresa gestora, siendo, sin embargo, «una exigencia ineludible, derivada de su propia naturaleza y finalidad, que los poderes gerenciales de la sociedad estén en manos del socio privado de la empresa», lo que puede ser posible incluso cuando la participación pública sea mayoritaria⁸ (Sala Arquer, J. M., 1996: 238 y 239), como se sabe hoy bien en cuanto implica el hecho de la influencia dominante. Y dice claramente que solo así puede tratarse propiamente de una gestión indirecta y no de una gestión directa del servicio de que se trate.

Diana Santiago⁹ (Santiago Iglesias, D., 2010: 2.864) ha señalado que «la ausencia de una regulación básica en la materia y las diferentes soluciones adoptadas por los legisladores autonómicos dan lugar a que, en este punto [del porcentaje que ha de alcanzar la participación pública y privada en las sociedades de economía mixta], exista una multitud de modelos de participación pública posible: un modelo de libertad total, donde los Entes públicos pueden participar de forma mayoritaria o minoritaria; un modelo de libertad relativa para los Entes locales, donde éstos han de participar, al menos, en una determinada proporción minoritaria en el capital de la sociedad¹⁰, y, finalmente, un modelo de participación social pública necesariamente minoritaria». A esta autora simplemente no le «parece necesario exigir que la participación pública tenga carácter mayoritario, puesto que, por una parte, el control sobre la sociedad y, en consecuencia, del interés público que puede estar en juego quedan suficientemente salvaguardados con las potestades que el Ordenamiento jurídico administrativo reconoce a la Administración no solo como titular del servicio, sino, también, como socio público de la sociedad de economía mixta, y, por otra parte, la Administración debe poder escoger, en cada caso, el nivel de participación y de implicación económica que resulte más conveniente para los fines

⁸ El autor critica la formulación del art. 155.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas por excluir del régimen del contrato de servicios públicos a las sociedades de Derecho privado con participación mayoritaria de la Administración en su capital, y no sólo cuando su participación sea exclusiva. Pero propone acertadamente interpretar que debería entenderse así sólo cuando esa participación mayoritaria equivalga en sus efectos sobre el poder interno de gestión a la participación exclusiva (*ibidem*, pág. 244), que no deja de ser una forma de tratar de reconducir la deficiente fórmula al modo como se entiende hoy la influencia dominante pública como determinante de la empresa pública frente a la que no lo es. El texto legal citado de la Ley 13/1995 era mejor, sin embargo, que el que se ha impuesto en la legislación posterior, reduciendo la exclusión a las sociedades cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública (art. 8.2 TR de 2011 de la LCSP) y volviendo así a lo que decía el art. 62 de la Ley de Contratos del Estado de 1965.

⁹ Como ejemplo del último modelo la autora aporta el art. 215 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón. Por ella hemos accedido igualmente a la referencia a la Ley Foral que se cita en la nota anterior.

¹⁰ Art. 198 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra.

perseguidos con la creación de una sociedad de economía mixta gestora de servicios públicos locales». Aunque no deja de reconocer que las sociedades de economía mixta podrán formar parte del sector público si la Administración local titular del servicio ejerce sobre ellas un control decisivo (por financiarlas, en concreto, mayoritariamente, añadirá), no parece caer en la cuenta de que toda sociedad en la que la influencia dominante sea de la Entidad local titular ha de ser considerada empresa pública¹¹, con respecto a la cual las técnicas de control habrán de ser, obviamente, distintas que con respecto a una empresa propiamente privada, aunque participada sin influencia dominante por la Administración. No creemos que en este caso esté legitimado de suyo el ejercicio de particulares potestades internas por parte del socio público, aunque, desde luego, la regulación vigente sea ambigua al respecto.

Sigue señalando Diana Santiago una interesante opinión doctrinal que queremos destacar. Es la siguiente: «dado que uno de los objetivos perseguidos por las Administraciones Públicas con la creación de sociedades de economía mixta es beneficiarse de los conocimientos técnicos y empresariales de gestión que posee el socio privado, los Entes locales deben llevar a cabo una actividad de control sobre el funcionamiento de la sociedad, participando únicamente en las grandes decisiones y dejando en manos del socio privado, mejor conocedor de las técnicas empresariales, la gestión ordinaria de la sociedad de economía mixta», lo que solo puede aceptarse, como es obvio, si la participación de dichos Entes locales carece de influencia dominante¹². Y de ahí que haya que distinguir también en el caso de la empresa mixta entre las sociedades de mercado, que responderían al principio del accionario patrimonial o financiero, y las sociedades de servicio público. Pues solo estas últimas justifican las derogaciones al Derecho común de sociedades que exija la realización del fin público encomendado (Montoya Martín, E., 2011: 2.969 y 2.970).

En este caso sin perjuicio de la aplicación del Derecho societario propio de la forma mercantil que tenga o tome la sociedad de economía mixta, el Ordenamiento Jurídico-administrativo contiene particularidades que deben tenerse en cuenta en atención a su vinculación a un socio de naturaleza pública y al carácter también público de la relación contractual de da lugar a su creación o a la participación de un socio privado en una sociedad de capital público ya existente. Así, el artículo 104.2 del TRRL permite que en el acuerdo constitutivo se puedan establecer determinadas especialidades que exceptúen la legislación societaria aplicable en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta de carácter mercantil o cooperativo. Esto es, podrán introducirse reglas distintas a las contenidas en las leyes societarias con relación a los órganos de la sociedad, como, por ejemplo, configuración de la Junta General o de otros órganos de gestión o control; así como de carácter funcional, como posibilidad de exigencia de evacuar informes por los funcionarios locales, fiscalización de gastos por parte de la Intervención municipal, exigencia de determinados quórum para la adopción de acuerdos, e incluso posible veto de la Corporación local en relación a determinados acuerdos (González Pueyo, J., 2004).

En el mismo sentido se pronuncian los artículos 287 y 293 de Reglamento de actividades, obras y servicios de las entidades locales de Catalunya (ROAS)¹³. En sus relaciones externas, la actividad contractual de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos, se someterá a los principios de publicidad y concurrencia. Así lo dispone expresamente artículo 182 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD 1098/2001, de 12 de octubre de 2001): «En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos». En este sentido podemos también acudir a la «Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institu-

¹¹ En su monografía, un poco anterior al artículo que venimos citando, sobre *Las Sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales* (con prólogo de José Luis Carro Fernández-Valmayor), la misma Diana Santiago asume lo que considera se desprende de la jurisprudencia comunitaria y que inmediatamente consideramos en el texto: que la participación privada en una sociedad impide considerarla «medio propio» de la Administración correspondiente (pág. 75 y ss.)

¹² Tal es el caso ya citado de la empresa público-privada *Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua*, participada en un 70% por *Aigües de Barcelona*, en un 15% por el Área Metropolitana de Barcelona (AMB) y en otro 15% por *Crèria*, que realiza desde 2013 la gestión del ciclo integral del agua, desde la captación hasta la potabilización, transporte y distribución, encargándose asimismo del servicio de saneamiento y depuración de aguas residuales para su retorno al meen natural o su reutilización. De esta forma, ofrece servicio a cerca de 3 millones de personas en los municipios del área metropolitana de Barcelona. Ya dijimos que el TSJ de Cataluña, en sentencia de 9 de marzo de 2016, ha anulado la adjudicación directa de estos servicios a esta sociedad (con un muy relevante voto particular en contra del presidente de la Sala), lo que está pendiente de un recurso de casación ante el Supremo.

¹³ Decreto 179/1995, de 13 de junio.

cionalizada (CPPI)” ya citada, cuando señala que el objeto del procedimiento en el que se selecciona al socio privado es el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto, añadiendo que la selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto. Pero debe remarcar también que si bien es cierto que la constitución de una empresa mixta supone la creación de una nueva persona jurídica, no por ello se trasladan a ella las potestades administrativas inherentes a la titularidad del servicio (dirección y control, potestad tarifaria, potestad disciplinaria, etc.), de las que en ningún caso puede desprenderse la Administración¹⁴.

En referencia al gobierno y a la administración de las sociedades de capital mixta, constituye uno de los principales retos asegurar que en su gobierno y administración se dé el necesario equilibrio entre la responsabilidad pública municipal de ejercer activamente sus funciones de propiedad (como puede ser el nombramiento de los integrantes de órgano de administración) y al mismo tiempo abstenerse de realizar «interferencias políticas» indebidas en la gestión de la empresa¹⁵. En lo relativo a la organización interna de la sociedad de economía mixta no existe un esquema organizativo determinado con carácter general en la legislación de régimen local, como si sucede en el caso de las sociedades de capital íntegramente público. Con lo cual deberá estarse a las previsiones generales del TRLSC y las breves referencias de legislación local a la Junta General y al Consejo de Administración bajo las premisas que acabamos de exponer.

El Pleno de la Corporación local designará los representantes de la misma en la Junta General de la Sociedad y en lo relativo a la adopción de acuerdos, el RSCL (art. 107) establece que los acuerdos de los órganos de gobierno y administración de la Empresa mixta deberán ser adoptados por la mayoría de tres cuartas partes del número estatutario de votos en los casos de:

- a) Modificación del acto de constitución o de los Estatutos de la Empresa.
- b) Aprobación y modificación de los planes y proyectos generales de los servicios.
- c) Operaciones de crédito.
- d) Aprobación de balances.

También el ROAS, en el caso de Cataluña, establece la opción de determinar en los Estatutos sociales o en el acuerdo de constitución la necesidad de un quorum especial, que en todo caso requiera el voto de los representantes locales para la adopción de acuerdos sobre la emisión de obligaciones, aumento o reducción del capital social, transformación, fusión o disolución de la sociedad y en general para cualquier modificación de los estatutos de la sociedad (art. 287).

El Consejo de Administración ha de existir obligatoriamente, como deduce de lo dispuesto en el artículo 108 RSCL, que marca la composición mixta de miembros de la Corporación y técnicos, en la proporción del 50%. Los consejeros nombrados por la Entidad local pueden ser libremente separados por ésta, conforme al artículo 108 del RSCL. El artículo 106 del RSCL establece asimismo que:

- a) En la constitución o en los Estatutos de Empresas mixtas podrá establecerse que el número de votos de la Corporación en los órganos de la sociedad, sea la Junta General o el Consejo de Administración, pueda ser inferior a la proporción del capital con que participare en la Empresa, salvo en los cinco años anteriores al término de la misma, en que deberá ser igual o superior.
- b) Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos.
- c) El cargo de Gerente recaerá siempre en persona especializada designada por el órgano superior de gobierno de la Empresa.

El ROAS, en el caso de Cataluña, refiere también que la representación de la corporación local en los órganos de gobierno y administración de la empresa responde por regla general a su cuota participativa, que las designaciones tanto para la Junta General como para el Consejo de Administración deben recaer en personal profesionalmente calificadas, sean o no miembros de la corporación (art. 288). Y añade que la renovación de las corporaciones locales comporta también la de sus representantes en los órganos de la sociedad, salvo, en su caso la de los administradores, siempre que los Estatutos no prevean otra cosa. Un elemento que a menudo se plantea en relación al Consejo de Administración de las empresas públicas es la posibilidad de la participación de la de la representación de los trabajadores la empresa en su seno. En relación a ello Milans del Bosch y Jordán de Urríes consideran que «Deben crearse procedimientos que faci-

¹⁴ *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) apartado 3.*

¹⁵ MILANS DEL BOSCH y S. JORDÁN DE URRÍES, *op. cit.*

liten la profesionalidad y la verdadera independencia de los miembros del órgano directivo que representan al personal y que garanticen que éstos respetan su deber de confidencialidad. Dichos procedimientos deben incluir mecanismos electorales adecuados, transparentes y democráticos, capacitaciones, y procedimientos claros para la gestión de los conflictos de intereses. Para que los miembros del Consejo de administración que representan al personal puedan contribuir de forma positiva al trabajo del órgano, los demás miembros de éste, así como la administración de la empresa presa pública, deben estar dispuestos a aceptarlos y a cooperar con ellos»¹⁶. Una reflexión a todas luces pertinente, que bien puede hacerse extensiva todo tipo de representación, considerando que los administradores designados por la corporación local asumen a menudo esta responsabilidad a propuesta de los grupos políticos municipales.

3. CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES MIXTAS EN EL ÁMBITO LOCAL

Como ya se ha descrito anteriormente, el artículo 104 del RSCL contempla tres procedimientos por los que puede constituirse una Empresa Mixta. El primero, el de adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de empresas ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social. El segundo mediante la fundación de la Sociedad con intervención de la Corporación y aportación de los capitales privados, bien por suscripción pública de acciones, bien por concurso de iniciativas. Y, por último, por convenio con empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiera de regirse en lo sucesivo. Esta última posibilidad no se contempla no obstante en el TRRL, artículo 104.2, párrafo segundo.

Debe tenerse en cuenta que en este caso nos hallamos simplemente ante un procedimiento de licitación dirigido a la enajenación de una parte de las acciones en que se divide el capital de la Sociedad Municipal sino ante expediente complejo que tiene como fundamento el cambio en la forma de gestión del servicio público del que se ocupe la sociedad, transformando el modo de gestión directa mediante sociedad mercantil de capital público a la gestión indirecta del mismo a través de sociedad de economía mixta, con el consiguiente establecimiento de unas condiciones jurídicas distintas en que se desarrollará a partir de ese momento la prestación del servicio. Justamente por ello previamente a la transformación de la sociedad se deberá sustanciar la decisión del cambio de forma de gestión del servicio, justificándolo en aras a la sostenibilidad i eficiencia de esa elección (vid. art. 85 de la LBRL) (Renyer Alimbau, J. y Sabaté Vidal, J. M., 2002: 206).

La legislación básica de régimen local no establece un procedimiento específico para determinar la decisión que implica la elección de la forma concreta de gestión de un servicio público local¹⁷. Para ello según Merino Estrada «si se trata de un servicio que comporta el ejercicio de iniciativa económica, habremos de seguir el detallado procedimiento previsto en el artículo 97 del TRRL. En otro caso, se exigirá únicamente acuerdo del Ayuntamiento Pleno, precedido de una Memoria en la que se acredite que la forma elegida es la que más conviene al interés general. La ausencia de un procedimiento específico no significa que la decisión no tenga que seguir un cauce formal, en el que destacan dos elementos esenciales. En primer lugar, hemos de señalar el órgano competente, que será siempre y en todo caso el Pleno municipal. El acuerdo se adopta por mayoría simple en todos los supuestos. El único caso que requiere mayoría absoluta es el de “municipalización o provincialización en régimen de monopolio”, que lógicamente seguirá el procedimiento del artículo 97 del TRRL, reforzado. Cuando el artículo 47.2 k) se refiere a la “aprobación de la forma concreta de gestión del servicio correspondiente”, lo hace exclusivamente al servicio “municipalizado” con monopolio. Los supuestos de elección de forma de gestión que no sigan el procedimiento del Art. 97 del TRRL son aprobados siempre por mayoría simple. En segundo lugar, la decisión deberá fundamentarse en una Memoria, con datos objetivos e indicadores de gestión. Lo importante será el criterio seguido y la calidad de los análisis. Pero la forma no debe ser un aspecto a despreciar. Habrá de tratarse de una Memoria bien construida y solvente. La forma de elaboración no tiene por qué ser la establecida en el artículo 97 del TRRL, ni tiene que ser expuesta al público, etc., pero su contenido y estructura sí deberían ser muy similares. Es conveniente que la estructura sea la misma y, en cuanto al contenido, variará en función del servicio de que se trate. Algunos elementos de contenido del Proyecto a que se refiere el artículo 97 del TRRL, como las tarifas o propuestas de precios, de gran importancia en los servicios de contenido económico, pueden no ser necesarios en estos otros supuestos. En todo caso, la Memoria es un elemento esencial del procedimiento» (Merino Estrada, V., 2010: 157-217).

¹⁶ MILANS DEL BOSCH y S. JORDÁN DE URRÍES, *op. cit.*

¹⁷ *Vid.* art. 188 y ss. del ROAS.

En lo relativo al procedimiento de licitación cabe decir que además de garantizar los principios de igualdad, concurrencia y no discriminación debe tenerse bien en cuenta que el socio que se vaya a incorporar a la sociedad cuente con la capacidad y la aptitud necesaria para llevar adelante la prestación del servicio. El pliego determinará las condiciones en que se debe de producir la enajenación de los títulos representativos del capital (normalmente mediante ampliación del capital) al socio privado, pero no debe olvidarse que ello no constituye sino un aspecto accesorio o instrumental respecto del objeto principal del contrato, que no es otro que la adjudicación de la gestión del servicio público a la sociedad de economía mixta. Como refiere la *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)* (DOUE de 12 de abril de 2008), «La aportación privada a los trabajos de la CPPI, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad». Dicha Comunicación nos recuerda que «El hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto».

Las disposiciones de la legislación comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones imponen a la entidad adjudicadora la observancia de un procedimiento equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado que, en el marco de su participación en la entidad de capital mixto, realiza suministros, obras o servicios, o cuando adjudica un contrato público o una concesión a la entidad de capital mixto. Ello no supone, sin embargo, que haya de llevarse a cabo una doble licitación, lo que no resultaría práctico. Por tal razón, la Comunicación sugiere, para evitar los problemas derivados de la doble licitación, que el socio privado sea seleccionado «mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto es el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto». La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto. Se refiere, asimismo, a esta materia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2009, recaída en el Asunto C 196/08. También en ella se indica que recurrir a una doble licitación casa mal con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos. Y, en línea con lo previamente apuntado, se indica que es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias de transparencia e igualdad de trato, desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren, no sólo su capacidad para convenirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta.

4. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMO NOVENA DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 9/2017 DE 8 DE NOVIEMBRE. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El Informe 2/2012, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón («Alcance de la Disposición adicional vigésimo novena del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos») ¹⁸, interpreta la Disposición adicional vigésimo novena en el sentido de que «la adjudicación directa, a la sociedad de economía mixta, lo es del contrato preciso, concreto y determinado –para el que se ha seleccionado el socio privado–, que debe cumplir con el contenido mínimo del artículo 26 de la LCSP (objeto, precio, duración, condiciones de pago, etc.), más aquellas previsiones relativas a su posible modificación y prórroga. Es decir, la Disposición adicional vigésimo novena de la LCSP no permite adjudicar directamente, a una sociedad de economía mixta, los posibles

¹⁸ También es común citar en este contexto la sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08, Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza della Prov. Reg. Di Ragusa y otros que han alcanzado celebridad en el mundo jurídico-administrativo. El Informe de la JC de Aragón es seguido, igualmente, por el TARC CyL. Memoria 2012-2014. Adjudicación de contratos a sociedades de economía mixta.

contratos –a determinar en el futuro–, a modo de una suerte de reserva, de una clase de contratos relacionados con el ciclo del abastecimiento de agua, de forma genérica e indeterminada¹⁹. Es decir, que «una sociedad de economía mixta, nunca puede ser considerada “medio propio”, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 4.1, 8.2 y 24.6 de la LCSP, tal y como viene fijado por la doctrina del TJUE y, en consecuencia, no pueden encomendársele contratos o concesiones directamente»²⁰. En consecuencia, la «Disposición adicional vigésima novena del LCSP, en los contratos de selección de un socio privado, exime de la tramitación de un doble procedimiento de licitación, (selección de socio y selección de adjudicatario) en los supuestos de constitución de una sociedad de economía mixta para la ejecución de una obra o prestación de un servicio, que previamente deben estar definidos y determinados con la precisión que exige la ley en la preparación de todo contrato. La selección del socio privado, deberá cumplir con los requisitos fijados por la doctrina del Tribunal de Justicia que se ha citado en la consideración jurídica IV». Por si no queda claro se concluye también que «no es posible adjudicar directamente ningún contrato ni concesión a una sociedad de economía mixta. Es necesario, siempre, tramitar el procedimiento licitatorio correspondiente para adjudicarle el contrato o concesión de que se trate».

Por otra parte, hemos de señalar que la STSJ de Madrid 822/2015, de 4 de noviembre (RJCA 2015, 980), sobre la base de la STC 103/2015 viene a suponer un respaldo a la legalidad de esta regulación prevista en la Disposición adicional vigésima novena de la LCSP, cuando descarta «el planteamiento de cuestión prejudicial en los términos solicitados por los recurrentes» y explicando las razones que la justifican a la luz de tal sentencia del TC y la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI, 2008/C91/02). Esta STSJ de Madrid 822/2015 se enfrenta con un recurso contencioso-administrativo que tiene por objeto la impugnación, por unos concejales del ayuntamiento, del acuerdo del pleno del ayuntamiento de R., de fecha 17 de febrero de 2012, por el que se aprueba el convenio entre la Comunidad de Madrid, el Canal de Isabel II y el Ayuntamiento de Robledo de Chavela, relativo a la incorporación de dicho Ayuntamiento al futuro modelo de gestión del Canal Isabel II. Como concretos motivos de impugnación se alegan los que, de forma sucinta, a continuación se exponen: 1) No adecuación del convenio impugnado a los artículos 4 y 24.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público al permitir una encomienda de gestión a favor de un ente que no es enteramente público²¹; 2) considera contraria al ordenamiento jurídico el contenido de la estipulación cuarta del convenio en cuanto obliga al ayuntamiento a suscribir un determinado número de acciones sin que se sepa cuál es el valor de las mismas, y a no transmitir un determinado número de acciones; 3) Considera, igualmente, contraria al ordenamiento jurídico la estipulación Quinta del convenio en cuanto

¹⁹ Para ello se basa en el siguiente texto de la Comunicación interpretativa de la Comisión: «Según la Comisión, el principio de transparencia impone que se indique claramente en la documentación del anuncio de licitación las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la entidad de capital mixto, e indicar las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones. La información así ofrecida debe ser lo bastante detallada para garantizar una apertura a la competencia equitativa y eficaz. El TJCE ha observado que las empresas abiertas, incluso parcialmente, al capital privado no se pueden considerar estructuras de gestión “interna” de un servicio público por cuenta de las entidades territoriales a las que pertenecen. De ello se pretende que las normas aplicables a los contratos públicos y las concesiones, tanto si emanan del Tratado CE como de las directivas sobre los contratos públicos, deben cumplirse a la hora de adjudicar a las entidades de capital mixto contratos o concesiones distintos de los licitados en el marco del procedimiento que ha dado lugar a la creación de la CPPI en cuestión. En otros términos, las CPPI deben conservar su campo de actividad inicial y no pueden obtener, en principio, nuevos contratos públicos o concesiones sin un procedimiento de licitación que respete el derecho comunitario en materia de contratos públicos y concesiones...».

²⁰ Caso de una Diputación Provincial (de Teruel) que inició en el año 2000 los trámites para la creación de una empresa mercantil con capital mayoritariamente público (51%) para la prestación del servicio de aguas en su ciclo integran a los ayuntamientos de la provincia. Para la selección del socio privado de dicha empresa se utilizó la licitación mediante procedimiento abierto y bajo la forma de concurso. El 17 de mayo de 2002 se otorgó la escritura pública de constitución de la sociedad para la gestión del servicio público del ciclo integral del agua en los municipios y otras entidades locales de la provincia de Teruel. Lo que se pretende solventar es «si cabe que la administración otorgue de forma directa la gestión de un servicio público a una sociedad de derecho privado en al que el capital público sea simplemente mayoritario, o si, por el contrario, en tal supuesto el contrato de gestión solo puede adjudicarse con sujeción a las normas establecidas en la Ley de contratos del sector público, es decir, con observancia del procedimiento de adjudicación correspondiente a tenor de lo prevenido en el artículo 159 de dicha ley». en el pliego de prescripciones técnicas se establece concretamente cuales son las tareas encomendada en relación con el ciclo integral del agua.

²¹ En este sentido alegaban los recurrentes que «la sociedad que va a prestar efectivamente los servicios no es de titularidad totalmente pública. La nueva sociedad va a prestar servicios propios a la Comunidad de Madrid y de los ayuntamientos que se adhieran al nuevo modelo, por lo que cada uno de dichos entes por sí solo no ejerce un control sobre la sociedad de manera análoga a como lo hace sus propios servicios, como exige el ya citado art. 24.6 de la LCSP».

obliga al ayuntamiento a prorrogar los convenios o incluso extender los que no tuvieran plazo fijado, lo que implica una modificación de los citados convenios sin tramitación de modificación alguna de los mismos; 4) De igual forma considera contraria al ordenamiento jurídico la estipulación Sexta del convenio en cuanto al plazo de duración de 50 años establecido.

A juicio del TSJ, no es legítimo cuestionar el modelo de gestión, al que el convenio impugnado pretende adherirse, pues «ni resulta ser contrario a los ya citados artículos 4 y 26.4 del LCSP, expresamente citados por los recurrentes como infringidos, ni resulta vulnerador del ordenamiento comunitario, en los estrictos términos en los que la contienda ha sido planteada, en la medida, reiteramos, en que la norma cuestionada no impone una encomienda directa sin seguir procedimiento de licitación alguno, contrariamente a lo supuesto por los recurrentes». Y ello ya que, «por tanto, la capitalización o entrada de capital privado procedente de operadores o ciudadanos mediante la enajenación del 49 % del capital como máximo, prevista en el nuevo modelo, en la en que la norma se remite a un momento posterior, estableciendo expresamente que se llevará a cabo en el marco de las previsiones contenidas en la legislación básica del Estado en materia de contratos públicos y mediante un procedimiento que, en todo caso, se ajustará a los principios de igualdad de trato, publicidad y transparencia, es completamente respetuosa con las previsiones al respecto contenidas en la citada LCSP, sin que se advierta, como concluye el Tribunal Constitucional, que la ley imponga una encomienda directa, sin seguir procedimiento alguno de licitación, y al margen de los principios generales que establece el art. 1 de la LCSP, situando a los operadores privados en una situación de ventaja competitiva proscrita por la norma estatal y el derecho europeo. Tanto más cuando el propio legislador señala, en la exposición de motivos de la norma impugnada, que la modificación de este precepto trae causa, precisamente, de la necesidad de adaptar el proceso de capitalización a la disposición adicional vigésimo novena de la LCSP». Es por tanto importante la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (Alemany Garcías, J., 2018) (CPPI, 2008/C91/02) cuando considera que los encargos a una sociedad mixta han de hacerse siguiendo la legislación de contratos y que «en cualquier caso, las entidades adjudicadoras no pueden recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta». «El TJCE ha observado que las empresas abiertas, incluso parcialmente, al capital privado no se pueden considerar estructuras de gestión “interna” de un servicio público por cuenta de las entidades territoriales a las que pertenecen». De ello se desprende que las normas aplicables a los contratos públicos y las concesiones, tanto si emanan del Tratado CE como de las directivas sobre los contratos públicos, deben cumplirse a la hora de adjudicar a las entidades de capital mixto contratos públicos o concesiones distintos de los licitados en el marco del procedimiento que ha dado lugar a la creación de la CPPI en cuestión.

Por último, debemos señalar que las CPPI deben conservar su campo de actividad inicial y no pueden obtener, en principio, nuevos contratos públicos o concesiones sin un procedimiento de licitación que respete el derecho comunitario en materia de contratos públicos y concesiones²² (Alemany Garcías, J., 2019: 236). Sin embargo, como la CPPI se suele crear para prestar un servicio durante un período bastante largo, debe estar en condiciones de adaptarse a determinados cambios operados en el entorno económico, jurídico o técnico. Las disposiciones comunitarias sobre contratos públicos y concesiones no impiden tener en cuenta estas evoluciones siempre que se cumplan los principios de igualdad de trato y de transparencia. Así, cuando la entidad adjudicadora desea, por motivos concretos, que algunas condiciones de la adjudicación se puedan ajustar tras la elección del adjudicatario, se ha de prever expresamente esa posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación o en los pliegos de condiciones, y definir el marco en el que se ha de desarrollar el procedimiento, de manera que todas las empresas interesadas en participar tengan conocimiento de ello desde el inicio y se encuentren, por lo tanto, en pie de igualdad en el momento de presentar su oferta. Cualquier modificación de los términos esenciales del contrato que no se haya previsto en el pliego de condiciones exige un nuevo procedimiento de licitación. El TJCE considera que un término es esencial, en particular, cuando se trata de una estipulación que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta. Cabe citar, como ejemplo de términos esenciales del contrato, el objeto

²² Señala el autor en la pág. 236 que «no creemos que será siempre sencillo acertar en la calificación como contrato o concesión, ya que determinar si el empresario particular va a asumir el riesgo o no, o si el mismo entra en el concepto tradicional de riesgo y ventura del concesionario propios del alea del contrato, es una cuestión que corresponde a la administración o al poder adjudicador que quiera organizar la prestación del servicio».

de las obras o los servicios que ha de prestar el adjudicatario, o los cánones impuestos a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario. Esta comunicación desconoce la posible merma o falta de operatividad entonces de este sistema de doble contratación.

CONCLUSIONES

Primera. En nuestro ordenamiento jurídico, el ya derogado TRLCSP reconocía el contrato de gestión de servicios públicos como una modalidad de gestión indirecta del servicio, en la que la administración encomendaba la gestión de un determinado servicio público a un tercero, normalmente concesionario, figura que desaparece con la entrada en vigor de la LCSP del 2017, surgiendo en su lugar la nueva figura de la concesión de servicios. Sin embargo, en el ámbito local, es escasa la legislación en esta materia, y normas como la LBRL sigue reconociendo el régimen establecido con anterioridad a la nueva LCSP, hoy vacío de todo contenido por ser una revisión de una norma derogada.

Segunda. El TRRL, en su capítulo II, de actividades y servicios, y concretamente en su artículo 104, establece, para la gestión indirecta de servicios, el empleo de sociedades mercantiles o cooperativas por medio de participación parcial de la entidad local, estableciéndose tres procedimientos para que queden instituidas, el primero de adquisición por la entidad local de participaciones o acciones en empresas ya constituidas, el segundo por medio la fundación de una sociedad con intervención de la entidad local y la aportación de capital privado (ya sea por suscripción pública de acciones o bien por concurso de iniciativa) y el tercer, por medio de convenio con una empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiera de regirse sucesivo y cabe una cuarta posibilidad, no prevista en el art. 104.2 TRRL, que es la conversión de una sociedad municipal en mixta ya anunciada en el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada CPP* y en la *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración pública-privada institucionalizada*.

Tercera. La disposición adicional vigésimo segunda de Ley 9/2017 bajo la rúbrica *Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta*. dispone, en su apartado primero, que las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado. Por todo ello, se reconoce explícitamente que se puede adjudicar directamente un encargo a una sociedad de economía mixta, en forma de concesión de obra y servicio sometiendo la validez de ese encargo a como se ha efectuado la elección del socio privado, y que en la misma elección del mismo no se introduzcan modificaciones a las concesiones de obra y servicio adjudicadas directamente a las sociedades de economía mixta. Hemos de destacar que dicha disposición adicional vigésimo segunda nos parece acertada, ya que siguiendo con la estela del ordenamiento jurídico europeo en el cual a partir del art. 32 y 33 de la ley 9/2017 amplía el ámbito subjetivo de los entes encomendantes-encomendados, incluso a entes que ni siquiera son poder adjudicador, por lo que parece del todo lógico que en determinados supuestos se permita la adjudicación directa de concesiones de contratos concesionales de obras y servicios a la sociedad mixta, aunque el verdadero éxito o fracaso de la disposición se verá en un futuro en la agilidad cotidiana para gestionar las concesiones de las colaboraciones institucionales público-privadas, que también dependerá de la materia sectorial que se gestione por las mismas, y su adecuación a esa peculiar forma de gestión indirecta de un servicio. Para finalizar, queremos destacar la novedad operada por la LCSP en la DA 22, que se refiere a los tipos contractuales para los que se admite la adjudicación directa de contratos a sociedades de economía mixta. Una vez que el objeto del antiguo contrato de gestión de servicios públicos se ha reconducido a los contratos de concesión de servicio y de contrato de servicios, era de esperar que ambos contratos pudieran beneficiarse de la síntesis procedimental de la DA. Es más, desconectada la noción de sociedad de economía mixta del concepto de gestión de servicios públicos ninguna razón habría siquiera para discriminar, en función del objeto del contrato, los supuestos en que poder hacer uso de la adjudicación directa a favor de sociedades de economía mixta. Dicho de otra manera, la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos y de sus distintas modalidades como efecto de la Directiva de concesiones parecía sugerir que cobraría plenitud la dicción de la antigua DA 29.^a que se refería a que «los contratos públicos [todos ellos] y las concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta (...) siempre que (...)».

Podría esperarse, pues, que la ley ampliara las facilidades procedimentales de adjudicación a las sociedades de economía mixta a cualquier contrato público y así aprovechar, cuando conviniera, las ventajas de la colaboración público-privada insita en las sociedades de economía mixta, pero no ha sido así.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY GARCÍAS, J. (2019): *El contrato de concesión de servicios. Un estudio jurídico*. Madrid: Iustel.
- ALEMANY GARCÍAS, J. (2018): *La colaboración público-privada institucionalizada en el ámbito urbanístico local*. Madrid: Reus.
- ALEMANY GARCÍAS, J. (2018): *La recuperación de los servicios públicos locales*. Madrid: Civitas.
- EZQUERRA HUERVA, A. (2018): *Contratación pública y Agua. El impacto de la nueva regulación de los contratos públicos en el Derecho de Aguas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2011): “La gestión de servicios públicos mediante de economía mixta en la jurisprudencia europea (I)”, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 105.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. y GAMERO CASADO, E. (2018): *Tratado de contratos del sector público*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- GIMENO FELIÚ, J. M. (2017): “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo escenario para la contratación pública”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 23.
- GONZÁLEZ PUEYO, J. (2004): “Gestión de servicios públicos locales. Sociedad mercantil local”, ponencia presentada en las *Jornadas sobre la Ley de modernización del gobierno local: Una nueva organización para los municipios de «gran población»*. Recuperado de: <http://documentos.famp.es/documentacion/publicaciones/2004grupo9.pdf>.
- MARQUÉS I CARBÓ, L. L. (1935): *La Llei Municipal de Catalunya 1933-1934*. Barcelona: Secretariat Català.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. (2009): “Els serveis públics locals (II): prestació indirecta”, en GIFREU FONT, J. y FUENTES I GASÓ, J. R.: *Régim Jurídic dels Goveni Locals de Catalunya*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2017): “Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 202, págs. 13-41. DOI: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.202.01>.
- MERINO ESTRADA, V. (2010): “Formas de gestión de los servicios locales”, en CARBONERO GALLARDO, J. M. (coord.): *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales*. Madrid: La Ley.
- MONTOYA MARTÍN, E. (2011): “La gestión de los servicios locales a través de empresas municipales y mixtas”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*. Madrid: Iustel (3.ª ed.).
- MONTOYA MARTÍN, E. (2009): *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público: su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012): “Las sociedades de economía mixta como técnica institucional de colaboración pública-privada en el Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público”, en *Observatorio de la Contratación Pública*. URL: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.50/releategoria.121/relemenu.3/chk.d38367a4231a7ec12e8af66e915269c1>.
- PRIETO GONZÁLEZ, L. F. (1996): *Las empresas mixtas locales*. Madrid: Montecorvo.
- REGO BLANCO, M. D. (2017): “Novidades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, en *Documentación Administrativa*, Nueva Época, núm. 4. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10502>.
- RENYER ALIMBAU, J. y SABATÉ VIDAL, J. M. (2002): “Els serveis públics locals (II)”, en GIFREU FONT, J. (coord.): *Introducció al Dret Local de Catalunya*. Barcelona: Cedecs.
- SALA ARQUER, J. M. (1996): “La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la nueva ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 90, págs. 233-244.
- SANTIAGO IGLESIAS, D. (2010): “La gestión de los servicios públicos locales a través de sociedades de economía mixta”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*. Madrid: Iustel (3.ª ed.).
- VIVANCOS MARTÍNEZ, G. J. (2018): “La contratación pública de las sociedades de economía mixta”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 23. DOI: <https://doi.org/10.5944/rduned.23.2018.24040>.



La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro¹

Plaintiff's protection: regional regulation, regulatory changes and future trends

Andrea Garrido Juncal
Universidad de Santiago de Compostela (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3332-3255>
andrea.garrido@usc.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora contratada Doctora de Derecho Administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela. Líneas de investigación: servicios sociales, contratación del sector público, instrumentos de la actividad administrativa.

RESUMEN

Este trabajo plantea una reflexión sobre la figura del denunciante. No se trata ahora de ahondar en si este reúne o no la condición de interesado en el procedimiento sancionador, ni tampoco de reabrir el debate de en qué medida este estaría legitimado para impugnar una resolución, puesto que ambas cuestiones, aunque sean de permanente interés, ya han sido estudiadas por la doctrina. En la actualidad parece que se pretende impulsar un pacto entre los ciudadanos y los poderes públicos dirigido a conseguir el máximo respeto posible por la legalidad, ofreciendo a los primeros protección. Varias Comunidades Autónomas han legislado recientemente con el cometido de superar las reticencias a denunciar, la Unión Europea acaba de presentar también una propuesta de Directiva en la misma dirección y en el Congreso de los Diputados tres Proposiciones de Ley se tramitan en estos momentos con idéntica finalidad. Si bien existe una unanimidad sin precedentes respecto al importante papel que podría ejercer el denunciante en la recta aplicación del ordenamiento jurídico y la lucha contra la corrupción, no son pocos los temas que se están abordando de forma ambigua o confusa; por ello, en este estudio nos proponemos identificarlos y realizar algunas propuestas de mejora.

PALABRAS CLAVES

Denunciante; corrupción; *whistleblowing*; *compliance*; denuncia.

ABSTRACT

This work poses a reflection of the plaintiff's role. It's aim is not to find out whether the plaintiff is entitled as stakeholder in the penalty procedure, nor to reopen the debate of determining to what extent the plaintiff would be entitled to challenge a judgment. Although permanently interesting, both points have being already considered by the legal doctrine. Nowadays, it appears that an agreement between citizens and public authorities is encouraged in order to achieve the maximum observance of the law. Several

¹ Este trabajo se enmarca en la actividad del grupo de potencial de crecimiento «Empresa y Administración» (ED431B-2016) y Red «Empresa y Administración» (ED431D 2017/19), financiados por el Programa de Consolidación y Estructuración de Unidades de Investigación Competitivas de la Xunta de Galicia.

Autonomous Regions have recently ruled with the objective of overcoming the reluctance to present a claim, the European Union has also submitted a proposal of European Directive on this matter in the same lines and Congress of Deputies (of Spain) is currently processing three Proposals of Regulation with the same aim. Although it exists an unprecedented consensus regarding the importance of the plaintiff's role in the strict enforcement of the law, there are not few subjects being addressed ambiguously or confusingly, thus the present research aims to identify them and to develop some proposals for improvement.

KEYWORDS

Plaintiff; corruption; whistleblowing; compliance; complaint.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ¿A QUIÉN CONSIDERAMOS DENUNCIANTE? ¿PROTEGEMOS A ALGUIEN MÁS? 3. ¿DAR PARTE DE UNA ACTUACIÓN ILÍCITA DEBE CONFIGURARSE COMO UN DERECHO O UNA OBLIGACIÓN? 4. EL USO DE PROGRAMAS INFORMÁTICOS PARA LA DETECCIÓN DE PRÁCTICAS ILEGALES Y DENUNCIAS FALSAS. 5. LA INFORMACIÓN CONSTITUTIVA DE DENUNCIA, DE QUEJA Y DE SUGERENCIA. UNA APROXIMACIÓN ACERCA DE UNA DISTINCIÓN NECESARIA. 6. EL DENUNCIANTE DE MALA FE Y LAS DENUNCIAS FALSAS: DEL PROBLEMA A LA SOLUCIÓN. 7. EL ESTABLECIMIENTO DE CANALES DE RECEPCIÓN DE DENUNCIAS Y LA TRAMITACIÓN DE LAS DENUNCIAS. 8. ¿QUÉ AUTORIDADES SON COMPETENTES PARA RECIBIR E INVESTIGAR LAS DENUNCIAS? LA INFINIDAD DE ALTERNATIVAS QUE EXISTEN. 9. EL ETERNO DEBATE SOBRE LAS DENUNCIAS ANÓNIMAS: ¿SÍ O NO? 10. EL CATÁLOGO DE DERECHOS DEL DENUNCIANTE Y LA POLÉMICA PROPUESTA DE ABONAR PREMIOS CUANDO SE RECUPERE DINERO PÚBLICO. 11. REFLEXIONES FINALES. 12. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

El índice de Percepción contra la Corrupción 2017 elaborado por Transparency International revela que España ocupa el puesto 42 en un ranking en el que participan 180 países². El hecho de que muchos Estados miembros de la Unión Europea hayan recibido mejores puntuaciones en la referida clasificación no será un dato extraño para aquellos que sigan la actualidad política española, la cual ilustra frecuentemente prácticas poco éticas o ilegales por parte de las personas que trabajan en el sector público.

La preocupación por restaurar la confianza en las instituciones democráticas ha favorecido la aprobación de múltiples textos legales a favor de la transparencia, el buen gobierno y la participación ciudadana. La necesidad de regular e inducir comportamientos honrados en la actividad pública ha ido conformando incluso un nuevo campo de estudio en el seno de las ciencias sociales, descrito con los nombres de Ética pública, de Ética política o también, más concretamente, de Ética administrativa, fomentándose, además, su inclusión, como materia importante, en la formación de los servidores públicos (CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 2010: 9). El reforzamiento y la credibilidad institucional de la Administración debe ser el fruto de un cambio en la forma de hacer las cosas, en las de controlar como se hacen y en la de asumir responsabilidades por la gestión realizada (PALOMAR OLMEDA, 2016: 13). Debido a que resulta imposible analizar todos los cambios normativos adoptados en los últimos años en la línea de regenerar la vida pública, me limitaré a exponer, a continuación, el incipiente debate que se está generando en torno a la posibilidad de proteger al informante de actuaciones ilícitas o riesgos de fraude en el ámbito público. La acotación de la temática a analizar en el presente trabajo me parece oportuna por tres razones.

La primera, la entrada en vigor en Francia de la *Loi n.º 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, que incluye un título dedicado a los *lanceurs d'alerte*, y la publicación el 14 de diciembre de 2017 en la Gaceta Oficial de la República Italiana de la *Legge 30 novembre 2017, n.º 179, Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o*

² TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA (2017): El Índice de Percepción de la Corrupción 2017 refleja un alto nivel de corrupción en más de dos tercios de los países del mundo (consultado 05-07-2019). Disponible en web: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/aspectos_mas_destacados_ipc-2017.pdf.

*privato*³. En la actualidad en España está tramitándose en el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, cuyo articulado ha sido objeto de 375 enmiendas, y, de forma paralela, se han presentado otras dos Proposiciones de Ley con la aspiración de remplazar a la primera. Lo anterior es solo una muestra más del escaso consenso existente en la regulación de la materia, así como de la necesidad de acometer un estudio de la misma desde la perspectiva del Derecho comparado, ya que este método jurídico constituye un instrumento indispensable para llevar a cabo la renovación de la ciencia jurídica, permitiéndonos trasladar soluciones que han funcionado con éxito en otros países.

Las insuficientes aportaciones de la doctrina administrativista es el segundo motivo que justificaría la elección del tema. En el último medio siglo hemos sido testigos de un gran proceso de transformación de las formas del ejercicio de la potestad sancionadora, auspiciado por el firme convencimiento de que la construcción del Derecho Administrativo Sancionador no puede seguir dependiendo en exclusiva de la extensión de los principios del Derecho Penal (NIETO GARCÍA, 2012: 30). A nuestro juicio, las teorizaciones se han centrado en los trámites procedimentales a través de los cuales se ha de formar la voluntad represiva de los poderes públicos, a pesar de que sólo una mínima parte de las infracciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico llegan a ser castigadas. Las investigaciones se han aproximado tradicionalmente al ciudadano como posible infractor, pero en pocas ocasiones como denunciante, quizá porque siempre ha prevalecido una evaluación negativa de esta figura, percibida como el «traidor», «soplón» o «chivato», más que como el «guardián de la legalidad» o el «ciudadano cumplidor de sus deberes éticos y sociales». Desconociendo si existen estadísticas fiables sobre el porcentaje de denuncias que dan origen a algún tipo de actuación administrativa, tal vez no sea arriesgado afirmar que las denuncias no siempre producen efecto y que el denunciante se encuentra indefenso ante esta situación. No obstante, en un contexto en el que se buscan fervientemente mecanismos para prevenir y detectar irregularidades, parece que la mala fama de la denuncia y, por ende, del denunciante está llamada a desaparecer. Dicho en otras palabras, la construcción científica del Derecho Administrativo español no puede continuar relegando a un segundo plano la perspectiva subjetiva o la relación jurídico-administrativa, para centrarse, de manera prioritaria, en su dimensión objetiva o formal.

La tercera razón que probaría la conveniencia de acometer un análisis sobre la regulación del denunciante está relacionada con la aprobación, el pasado 16 de abril de 2019, de una Resolución legislativa sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (en adelante, PrDPD)⁴. Sobre la propuesta de Directiva, interesa realizar dos observaciones.

En primer lugar, la Unión Europea pretende establecer únicamente unas normas mínimas, de forma que los Estados miembros puedan introducir o mantener disposiciones más favorables al denunciante. Por tanto, la transposición de la Directiva no constituirá, bajo ninguna circunstancia, una justificación válida para la disminución del nivel de protección del que ya gozan los denunciantes en virtud de la legislación nacional en sus ámbitos de aplicación. En segundo término, y en línea con la primera observación, el ámbito material de la Directiva se ha delimitado en base a la identificación de los ámbitos en los que la introducción de la protección del denunciante resultaba justificada y necesaria. Sin embargo, no se descarta que este ámbito de aplicación material se pueda ampliar si se estima oportuno, a iniciativa de la Unión Europea o de los Estados miembros.

A día de hoy, la Unión Europea entiende que debe brindar protección a las personas que denuncien las siguientes infracciones del Derecho de la Unión:

«a) infracciones que correspondan al ámbito de aplicación de los actos de la Unión enumerados en el anexo (parte I y parte II) por lo que se refiere a las políticas siguientes: i) contratación pública; ii) servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; iii) seguridad de los productos; iv) seguridad del transporte; v) protección del medio ambiente; vi) protección contra las radiaciones y seguridad nuclear; vii) seguridad de los alimentos y los piensos, salud animal y bienestar de los animales; viii) salud pública; ix) protección de los consumidores; x) protección de la intimidad y los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información;

³ Para conocer mejor la experiencia italiana en este ámbito o el *whistleblowing* en Reino Unido, se recomienda VESTRI, G. (2019): "Aproximación al sistema de «whistleblowing». Un nuevo desafío para la Administración pública española", en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51.

⁴ Esta iniciativa es, en gran medida, un logro de la coalición europea Whistleblower-EU, que reagrupa a las organizaciones más activas en materia de defensa de los denunciantes. Durante estos dos últimos años ellos se han preocupado por convencer a la Comisión Europea de que esto era legalmente posible y han conseguido además que se incluyan casi todas sus recomendaciones.

b) infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión, tal como se definen en el artículo 325 del Tratado y tal como se concretan en las correspondientes medidas de la Unión;

c) infracciones relativas al mercado interior, conforme a lo dispuesto en el artículo 26, apartado 2, del TFUE, incluidas las infracciones de las normas en materia de competencia y ayudas estatales, y por lo que respecta a actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o a disposiciones cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable del impuesto sobre sociedades»⁵.

En las próximas páginas se hará referencia a aquellos aspectos que más polémica pueden suscitar en el supuesto de que el legislador de España apueste definitivamente por aprobar la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, un texto que, además de ofrecer protección a los denunciantes como su propio título indica, desea regular la actividad de los *lobbies*, crear una Autoridad independiente de integridad pública, modificar la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, entre otras.

El 11 de junio de 2019 se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores, presentada por Joan Baldoví Roda (GMx) y catorce Diputados, pero que ha sido redactada, en realidad, por el colectivo activista Xnet. No obstante, durante XIII Legislatura, el Grupo Parlamentario Vox se ha animado también a registrar otra iniciativa con el mismo fin; se trata de la Proposición de Ley de protección integral de los denunciantes de corrupción, publicada el 25 de junio en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. De cuanto antecede se deduce que cobra cada vez más fuerza la idea de aprobar un texto legal que se centre de manera exclusiva en proteger a quien decide informar sobre irregularidades; sujeto al que, por cierto, deberían llamar de un único modo. «Informante», «alertador» o «denunciante» son los términos empleados por la PrDPD y las iniciativas legales mencionadas, por lo que, además de discutir cómo proteger a aquellos que revelen actuaciones ilícitas que afecten al interés general, habrá que prestar atención y no descuidar la cuestión de cómo los denominamos.

En otro orden de consideraciones, importa precisar que algunos Parlamentos Autonómicos ya se han adelantado a ejercer la potestad legislativa en este campo, por lo que en el presente estudio se hará también alusión a esa precursora regulación autonómica⁶.

A pesar de que actualmente existe una plena consciencia de que la corrupción pública representa un freno al desarrollo económico y una amenaza para el Estado de Derecho, las reformas normativas aprobadas en España con el propósito de erradicar este problema no han sido todo lo ambiciosas que debieran y los órganos encargados de controlar y combatir las distintas prácticas corruptas han ejercido su labor de forma ineficaz. Así lo han advertido organismos públicos especializados, como la Fiscalía General del

⁵ Véase art. 1 de la PrDPD.

⁶ Nos referimos a:

– Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes (publicada en el *Boletín Oficial de Castilla y León*, núm. 224/2016, de 21 de noviembre de 2016).

– Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana. El Título VII del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de esta Agencia introduce «las reglas de protección de las personas denunciantes, su definición a estos efectos, el deber de reserva de la Agencia y la protección de su identidad, sus derechos, el procedimiento para la concesión del estatuto de persona denunciante y para la pérdida, y la especificación de la prohibición de represalias y de las medidas para la protección».

– Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears. De acuerdo con lo que dispone la Disposición Final Tercera de esta Ley, se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, cuyo Capítulo V se ocupa, entre otras cosas, de «la tramitación de las denuncias: a su presentación en la sede electrónica como medio accesible a toda la ciudadanía; a la posibilidad de recibir alertas o denuncias anónimas y a algunas medidas de protección a los denunciantes e informadores».

– Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón. En el Capítulo V de este texto legal se incluye el estatuto del denunciante, «al que se otorga una protección efectiva, basada en la confidencialidad, para evitar que sufra perjuicios en su carrera profesional o en su vida personal como consecuencia de la formulación de denuncias fundadas. Asimismo, se conecta esta protección administrativa con el estatuto de testigo protegido, que la Agencia de Integridad y Ética Públicas podrá instar de la autoridad judicial cuando dé traslado de las actuaciones practicadas, en su caso. Se establecen también, para articular un régimen equilibrado, útil y que prevenga posibles inicios, medidas para evitar el uso abusivo de la denuncia con fines espurios».

Estado o la Comisión Europea; organizaciones no gubernamentales, como Transparencia Internacional; o la doctrina, que ya había avisado con preocupación de esta ineficacia hace dos décadas (CAPDEFERRO VILLAGRASA, 2016: 17). Aunque todavía está por ver el impacto que tendrá la regulación de la protección del denunciante, no faltan los que albergan esperanzas de cambio. En particular, se argumenta: «un estudio de 2017 realizado para la Comisión Europea calculó la pérdida de beneficios potenciales debido a la falta de protección de los denunciantes, solo en el ámbito de la contratación pública, en una horquilla de entre 5.800 y 9.600 millones euros anuales para el conjunto de la Unión Europea»⁷. ¿Será verdad que podemos luchar contra la corrupción pública ofreciendo una protección a aquellos que nos ayuden a descubrirla?

Frente al mito de que los Gobiernos no pueden luchar con un cierto grado de éxito contra la corrupción pública, se aclara que, aunque es probable que dicha tarea no sea fácil, esto no quiere decir que no sea posible y a tal posibilidad debe contribuir el Derecho Administrativo mediante el diseño normativo de adecuadas estructuras organizativas, debidos procedimientos de toma de decisión y mecanismos de refuerzo de la transparencia administrativa. (PONCE SOLÉ, 2012: 104-105). El Derecho Penal está llamado a desplegar un papel subsidiario, más complementario que protagonista. La transparencia, los controles eficaces previos profesionalizados o los mecanismos de obligada dación de cuenta, son armas que se revelan con una capacidad preventiva muy superior (MORAL GARCÍA, 2016: 43-44).

Aunque la legislación penal española haya experimentado un avance considerable en este terreno, conviene apuntar que el mismo Código Penal se apresura a recordar, en su art. 31 quinquies, que las disposiciones relativas a la responsabilidad penal no se aplican al Estado o a las Administraciones Públicas; por lo tanto, el límite es evidente. En consecuencia, el *Compliance Officer* y el *Legal Compliance* no pueden encontrar aplicación en el ámbito del sector público.

La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado introduce la necesidad de implantar canales de denuncia internos para el registro de incumplimientos o actividades ilícitas. Esta Circular, que viene a interpretar la reforma del Código Penal en lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considera los canales de denuncia como uno de los elementos clave de los modelos de prevención, precisando que los mismos deben permitir a los empleados informar de incumplimientos o irregularidades de manera confidencial, garantizándoles, a su vez, que no sufrirán represalias por denunciar. A nuestro entender, del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de la puesta en funcionamiento de los *Compliance Programmes* podrían extraerse valiosas lecciones extrapolables a la hora de diseñar medidas que sirvan para aflorar la información sobre actuaciones ilícitas en las que esté involucrado el sector público. No en vano, podría decirse que el art. 24.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales sugiere este método de aprendizaje, al declarar que los principios que rigen los sistemas de información de denuncias internas de una entidad de Derecho privado serán aplicables a los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones Públicas.

Finalmente, hay que añadir que provoca sonrojo escuchar que algunos políticos y empleados públicos se han visto tentados a ir «por el mal camino» porque su sueldo no era acorde con sus responsabilidades o porque la financiación percibida por los partidos resultaba insuficiente. Las causas que determinan la persistencia de la corrupción, entre las que se menciona incluso la tolerancia social respecto a este fenómeno, no se abordarán a continuación. Con base en lo expuesto, resta agregar que la identificación de las estrategias a seguir para combatir las irregularidades en el marco del desarrollo de actividades públicas es susceptible de ser examinada, por supuesto, desde perspectivas muy distintas a la seleccionada en el presente trabajo. Sin embargo, el objetivo de las siguientes líneas escritas se limitará a identificar cada uno de los debates que habrá que emprender en el caso de que nuestro ordenamiento jurídico opte por proteger a aquel ciudadano que decida actuar en salvaguarda del interés público⁸.

⁷ Este argumento se menciona en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley de protección integral de los denunciantes de corrupción.

⁸ Como afirma AMOEDO BARREIRO, D. J. (2017), «en la actualidad, aún nos encontramos lejos de una legislación adecuada en materia de protección de denunciantes. Nuestro ordenamiento jurídico no contempla *stricto sensu* la figura del *whistleblower* o denunciante, aunque sí se recogen algunas otras asimilables en parte a ésta, como por ejemplo la figura del arrepentido en el Derecho penal. El Código Penal nos indica que esta figura podría aplicarse en los casos en que un imputado o investigado muestre su arrepentimiento colaborando con la justicia, recibiendo como incentivo la reducción o exención de su pena. La figura del arrepentido se diferenciaría de la del *whistleblower* en la medida en que éste último denuncia el delito sin participación en el mismo, mientras que en el arrepentido existe una participación activa o pasiva en el ilícito».

2. ¿A QUIÉN CONSIDERAMOS DENUNCIANTE? ¿PROTEGEMOS A ALGUIEN MÁS?

En cuanto a la acotación de la figura del denunciante, se constatan dos posturas. Una que defiende un retrato restringido, a partir del cual se considera denunciante a cualquier empleado del sector público⁹. Y otra que, en cambio, prefiere una definición más amplia, de forma que abarque a cualquier persona física o jurídica con independencia de cuál sea su relación con el sector público¹⁰. En nuestra opinión, la segunda postura es la más acertada estando, a lo mejor, las divergencias justificadas en el momento de determinar si el acto de denunciar debe configurarse como una obligación o, por el contrario, como un derecho; aspecto sobre el que tendremos la ocasión de profundizar en el tercer epígrafe de este estudio.

Las filtraciones de los Papeles de Panamá o de los datos de *Luxleaks* han puesto en evidencia que la figura del denunciante debe ser mejor protegida. Para ello, es necesario primero identificarle jurídicamente, evitando así la aplicación abusiva del estatuto del denunciante. Desde el punto de vista de la Unión Europea, la protección debe aplicarse a la persona que tenga la condición de «trabajador»¹¹, incluyéndose en este concepto también a los «funcionarios». Si bien la PrDPD alude únicamente a una clase de empleados públicos, debemos entender que la protección se concede a todos aquellos que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones al servicio de los intereses generales, pues el Considerando 39 de la PrDPD finaliza señalando: «la protección debe concederse también a los trabajadores que se encuentran en relaciones laborales atípicas, incluidos los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores con contratos de duración determinada, así como a las personas con un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal; relaciones laborales precarias en las que las normas habituales de protección contra el trato injusto resultan a menudo difíciles de aplicar»¹².

La generosa delimitación del ámbito de aplicación personal de la PrDPD nos sugiere que la Unión Europea está convencida de que la protección del denunciante es realmente una vía eficaz para minorar la comisión de actuaciones que dañen el interés general. Sin embargo, en nuestra opinión, la Unión Europea minusvalora las complicaciones que comporta trasladar, a los ordenamientos jurídicos nacionales, su propuesta. Puesto que es la primera vez que se encara este problema, nos demandamos si no habría sido mejor partir de un ámbito de aplicación más reducido con vistas a ir aumentando su nivel de implicación en el futuro.

Otra cuestión que se nos plantea es si la definición de denunciante debería contenerse en una norma estatal y con carácter transversal, como la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes; o, por el contrario, sería más apropiado que la delimitación de este concepto se incluyera en las leyes sectoriales, adaptándose así a las particularidades de cada ámbito y recogiendo en el mismo texto normativo en el que se tipifican las infracciones y sanciones. A nuestro entender, habría que valorar minuciosamente los pros y contras de cada una de las opciones expuestas, ya que no nos atravesamos a posicionarnos en este punto. Es claro, por lo demás, que la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas influirá en la elección entre estas dos opciones.

Tras un examen de la legislación autonómica dictada en España, es posible concluir que, al igual que en la PrDPD, no se le requiere al denunciante ser titular de derechos subjetivos o intereses legítimos que puedan verse afectados, en un sentido positivo o en un sentido negativo, por el procedimiento administrativo incoable de oficio en relación a los hechos denunciados. Por consiguiente, el acto jurídico-administrativo de la denuncia no exige poseer legitimación administrativa alguna, por lo que podrá denunciar cualquier persona (física o jurídica), sea o no víctima del acto denunciado, sea o no partícipe arrepentido del hecho denunciado, sea o no testigo de la acción u omisión que denuncia (GOSÁLBEZ PEQUEÑO, 2019: 3). Pues bien, desde nuestro punto de vista, nada habría que objetar si se estableciera alguna singularidad para los casos en que el denunciante se identificara con uno de los responsables de la actuación ilícita que se revela. Consideramos, en suma, que debería platearse el debate de si el estatuto del denunciante no debería modularse atendiendo a las circunstancias de cada supuesto.

⁹ La Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón considera denunciante «a cualquier empleado del sector público de Aragón o de las instituciones y órganos estatutarios que pone en conocimiento de la Agencia de Integridad y Ética Públicas hechos que pudieran dar lugar a la exigencia de responsabilidades por alcance o penales por delitos contra la Administración pública» (art. 45.1).

¹⁰ La Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, establece: «se considera persona denunciante, a los efectos de esta ley, cualquier persona física o jurídica que comunique hechos que pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades legales» (art. 14).

¹¹ Véase el art. 45, apartado 1, del TFUE, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹² La prueba de que la Unión Europea se decanta por una definición amplísima del denunciante, la encontramos definitivamente en el Considerando 40 y el Considerando 41 de la PrDPD, que tienen su plasmación concreta en el art. 4.

A modo de curiosidad, nos llaman la atención los títulos de las iniciativas legislativas registradas en el Congreso de los Diputados (la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores, la Proposición de Ley de protección integral de los denunciantes de corrupción). A simple vista, uno comprueba que se hace referencia a un mismo sujeto de dos maneras distintas (alertador y denunciante). Aun a sabiendas de que tal elección puede ser tachada de clásica o tradicional, defendemos el uso del vocablo «denunciante», porque básicamente forma parte de nuestro léxico jurídico y no hay ninguna razón de peso que justifique su sustitución por otro nuevo. Al margen de todo lo anterior, no sería de extrañar que el poder legislativo no abandonara el empleo de la voces «alerta» y «alertador»; al contrario, la tendencia a recurrir a estas expresiones se consolidará posiblemente por la progresiva incorporación del uso de tecnologías en la tarea de detección de irregularidades y por la admisión a trámite de comunicaciones que no cumplen las formalidades establecidas para las denuncias.

Por último, resulta imprescindible apuntar que las medidas de protección no se circunscriben únicamente al denunciante. A título ejemplificativo, la Exposición de motivos de la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores declara: «se ha querido extender la protección no solo a las personas alertadoras conocedoras de informaciones sobre fraudes o actuaciones corruptas de las corporaciones públicas y privadas incluidas en el ámbito de esta norma, sino también a los facilitadores de las alertas: personas físicas o jurídicas tales como ONGs, plataformas ciudadanas o medios de comunicación, entre otros, que permiten que aflore la alerta dada por un alertador. La superposición de facilitadores es una práctica común de los *whistleblowers* o alertadores cuando encuentran quien les garantice su anonimato y seguridad personal y familiar, que es el objetivo prioritario que persigue esta ley, siendo compatible el sistema de garantías de los alertadores también para la protección del facilitador en su caso».

Por otro lado, la Unión Europea ha hecho un detenido análisis del término «represalia», a partir del cual puede deducirse que las medidas de protección no sólo atañen al denunciante. Remarcando que las represalias pueden ser tanto directas como indirectas, el Considerando 88 de la PrDPD decide que «deberá facilitarse protección frente a represalias tomadas contra el propio denunciante, y también frente a aquellas que puedan tomarse contra la persona jurídica de la que el denunciante sea propietario, para la que trabaje o con la que esté relacionado de otra forma en un contexto laboral, como la denegación de prestación de servicios, el establecimiento de listas negras o el boicot a empresas. Las represalias indirectas incluyen asimismo las medidas adoptadas contra los facilitadores, compañeros o familiares del denunciante que también mantengan una relación laboral con el empresario, o los clientes o destinatarios de los servicios del denunciante»¹³.

De lo dicho hasta aquí cabe inferir una aseveración de alcance general: las medidas de defensa que se proponen, por ejemplo, en la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores y la PrDPD no sólo se reconducen hacia el denunciante, sino también hacia otras personas; esta traslación se podría intuir porque los títulos de las iniciativas legales suelen añadir, al lado del sustantivo «protección», el adjetivo «integral». Por tanto, además de la delimitación de la figura del denunciante, debería concretarse mejor qué otras personas podrían beneficiarse de este nuevo marco normativo.

3. ¿DAR PARTE DE UNA ACTUACIÓN ILÍCITA DEBE CONFIGURARSE COMO UN DERECHO O UNA OBLIGACIÓN?

En España, a pesar de recogerse en nuestra legislación la obligación genérica de la denuncia de hechos delictivos, no existe regulación legal alguna de alcance nacional que ampare y ofrezca una protección adecuada a trabajadores, funcionarios o ciudadanos, que, habiendo tenido conocimiento de un caso de corrupción o de fraude, decidan denunciarlo. Dicha obligación se recoge en el art. 262 del Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal y obliga a todo ciudadano que tenga conocimiento de un delito público a denunciarlo. El enunciado pone énfasis en los empleados públicos, a los que advierte que se pueden ver expuestos a sanciones en caso de omitir la denuncia¹⁴.

En nuestro país, existen los fervientes defensores que trabajan para que se establezca la diferencia entre el denunciante-ciudadano y el denunciante-empleado o cargo público, de forma que para el primero

¹³ Considerando 44 y Considerando 88 de la PrDPD.

¹⁴ TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA (2017): *Position Paper de Transparencia Internacional España sobre protección de denunciantes (whistleblowing)*. Disponible en web: <https://transparencia.org.es/proteccion-de-denunciantes/>.

la denuncia sea un derecho y para el segundo la denuncia sea un deber. Aquellos que defienden esta tesis podrían estar contentos, ya que la reciente reforma de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, se decanta por positivizar el deber del empleado público de promover la persecución de las irregularidades tan pronto como tuvieran conocimiento de su comisión¹⁵.

No obstante, no parece que quepa depositar grandes expectativas en esta vía, ya que ni la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ni la normativa disciplinaria de empleo público contienen referencias específicas al empleado público como denunciante. Esta premonición se sustenta también tanto en las dificultades que supone en la práctica el descubrimiento y la persecución de estas omisiones, como en el hecho de que un incremento del castigo no es nunca el medio más idóneo para incentivar revelaciones en aquellos casos –no infrecuentes– en los que el sujeto que se plantea desvelar la información ha tenido algún tipo de participación –activa u omisiva– en las conductas ilícitas (RAGUÉS I VALLÈS, 2006). Además, en lo que concierne a la Unión Europea, su intención no es configurar, como una obligación ni un deber, la acción de dar parte de una actuación ilícita. De hecho, según el Considerando 31 de la PrDPD, las personas que facilitan información sobre amenazas o perjuicios para el interés público, obtenida en el marco de sus actividades laborales, hacen uso de su derecho a la libertad de expresión.

En opinión de GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2019: 3), es un acierto que la última legislación autonómica contenga previsiones específicas relativas al empleado público denunciante. De todas formas, no se trata ahora de entrar en la disputa en torno a si apoyar o no la catalogación de la denuncia como una obligación, sino más bien poner de relieve que resultaría de una relativa sencillez que, en la tramitación de los expedientes, los empleados públicos dispusieran de una herramienta que les permitiera, ante una sospecha más o menos fundada de ilegalidad, ponerla en conocimiento de la autoridad competente sin la necesidad de acudir a la figura de la denuncia. La exploración de los caminos alternativos a la denuncia es, sin lugar a dudas, una asignatura todavía pendiente en esta materia, en especial ante la fulgurante aparición de las más variadas tecnologías que aspiran a volverse indispensables en la detección y erradicación de las irregularidades.

4. EL USO DE PROGRAMAS INFORMÁTICOS PARA LA DETECCIÓN DE PRÁCTICAS ILEGALES Y DENUNCIAS FALSAS

En una época en la que se están dedicando grandes esfuerzos para que la Administración funcione íntegramente de manera electrónica, habría que reconsiderar la puesta en funcionamiento de sistemas de alerta. En este sentido, un modelo pionero es el Sistema de Alertas Rápidas (SAR), un programa informático que permite navegar a través de los datos generados por la Administración de la Comunidad Valenciana con el objetivo de detectar de forma inmediata posibles malas prácticas y riesgos de fraude o corrupción¹⁶. Con

¹⁵ El art. 48 declara: «1. Toda autoridad o funcionario que descubra hechos que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, ya sea durante las inspecciones efectuadas a las entidades objeto de supervisión, o de cualquier otro modo, deberá informar de ello al Servicio Ejecutivo de la Comisión. Sin perjuicio de la posible responsabilidad penal, el incumplimiento de esta obligación por los funcionarios públicos que no sean sujetos obligados conforme al artículo 2 se sancionará disciplinariamente con arreglo a la legislación específica que les sea de aplicación. La obligación señalada en este apartado se extenderá igualmente a la información que la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o sus órganos de apoyo requieran en el ejercicio de sus competencias.

² El Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, los colegios profesionales y los órganos estatales o autonómicos competentes, según corresponda, informarán razonadamente a la Secretaría de la Comisión cuando en el ejercicio de su labor inspectora o supervisora aprecien posibles infracciones de las obligaciones establecidas en esta ley.

³ Los órganos judiciales, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, remitirán testimonio a la Secretaría de la Comisión cuando en el curso del proceso aprecien indicios de incumplimiento de la presente ley que no sean constitutivos de delito.

⁴ Cuando ejerza sus funciones en relación con entidades financieras sometidas a legislación especial, el Servicio Ejecutivo de la Comisión podrá recabar del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, según corresponda, toda la información y colaboración precisas para llevarlas a cabo.

⁵ Sin perjuicio de lo dispuesto en apartado 4, el Servicio Ejecutivo de la Comisión tendrá acceso directo a la información estadística sobre movimientos de capitales y transacciones económicas con el exterior comunicada al Banco de España con arreglo a lo dispuesto en la legislación aplicable a tales operaciones. Asimismo, las entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social deberán ceder los datos de carácter personal y la información que hubieran obtenido en el ejercicio de sus funciones a la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, a requerimiento de su Servicio Ejecutivo, en el ejercicio de las competencias que esta ley le atribuye».

¹⁶ Véase la Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de la Generalitat, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental.

esta nueva herramienta la Inspección General de Servicios puede asumir un rol similar al de *Compliance Officer* o impulsor de cumplimiento normativo, cuya función será la de velar por el estricto cumplimiento de la legalidad y de la observancia de los principios generales de objetividad, imparcialidad, eficacia y eficiencia, a los que se debe la organización pública de la Administración de la Comunidad Valenciana.

Adviértase que, en el caso de que este experimento tecnológico triunfe y su uso se generalice, el procedimiento de investigación no vendría impulsado por una persona física, sino por un ordenador. Por tanto, comprobamos que se ha vuelto posible, además de informatizar el patrimonio documental de la Administración, acometer una robotización del control de la actividad administrativa. Por otra parte, el SAR, que se presenta como un instrumento que incluso permitirá la detección temprana de malas prácticas desde el momento inicial, impidiendo o dificultando todo tipo de actuaciones irregulares que puedan derivar en casos de fraude o corrupción, abre una interesante área de colaboración entre el Derecho Administrativo y las Ingenierías de Informática y de Tecnologías y Servicios de la Comunicación. Sólo a través del intercambio de conocimientos, entre las diferentes disciplinas implicadas en la confección de estas herramientas, se podrá avanzar en el funcionamiento eficaz del uso de las tecnologías para la lucha contra el fraude y la corrupción en la gestión pública.

El 29 de enero de 2018 se presentaba, en el Parlamento Europeo, Digiwhist, un programa diseñado por un consorcio liderado por la Universidad de Cambridge, que almacena los datos de los contratos públicos de veintiocho Estados y la Comisión Europea, y que sirve para detectar la corrupción y las malas prácticas en la gestión del dinero público. Esta herramienta, que incluye el análisis sistemático de 7,66 millones de registros de contratación en toda Europa, incluidas casi 200.000 licitaciones españolas, se pone a disposición del público de forma gratuita y en un formato fácil de usar, ahora bien, sus creadores advierten que el software puede contener errores. Digiwhist se basa en datos públicos y, si bien pueden haber errores humanos de quienes los han procesado, lo más probable es que la mayoría de las discrepancias se deban a cómo nuestras Administraciones publican la información que obra en su poder. Con el ánimo de superar este obstáculo, se ha elaborado una guía de recomendaciones para implementar la calidad de los datos publicados. En España, la Oficina de Transparencia y Buenas Prácticas del Ayuntamiento de Barcelona, la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, y la Oficina Antifraude de Catalunya han mostrado recientemente su intención de estudiar las posibilidades de este software.

Otro ejemplo de la irrupción tecnológica en el funcionamiento de la Administración es Veripol. Hasta hace relativamente poco tiempo, dar o no crédito al relato del denunciante dependía del policía. Sin embargo, ahora de este cometido se encarga Veripol, un programa informático, que, usando técnicas de procesamiento del lenguaje natural y aprendizaje automático, es capaz de determinar si la declaración es falsa con una fiabilidad del 90%. Desde nuestro punto de vista, la falsedad podría representarse de dos formas, dependiendo de si se ha mentido al inventar un hecho o se ha engañado al manipular el relato. En consecuencia, para los más puristas cabría considerar «denuncia falsa» a la que concierne a un hecho no ocurrido y «denuncia falseada» (corrompida o adulterada) a la que transmite un relato inveraz, ya sea porque se le añaden datos inexactos, erróneos o inventados, o porque se silencian aspectos relevantes. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la simulación de un delito aparece en el art. 457 del Código Penal: «El que ante un funcionario judicial o policial simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente, provocando actuaciones procesales, será castigado con la multa de seis a doce meses».

Veripol, que comienza a conocerse bajo el nombre de la «máquina de la verdad» es obra de un inspector del Cuerpo Nacional de Policía, quien relata su descubrimiento de la siguiente manera: «Véamos que había unas características comunes en ciertas denuncias, unas que podían asignarse a las que podían ser falsas y otras a las que eran verdaderas»¹⁷. Las posibilidades de crear un algoritmo que detectase esas variables y que calculase las probabilidades de que el denunciante estuviese mintiendo despertaron el interés del Ministerio del Interior en el 2014, comenzando así un proyecto en colaboración con la Universidad Complutense, la Carlos III y la Sapienza de Roma. Juntos han desarrollado un programa que procesa todas las denuncias escritas para que detecte ciertos patrones y los clasifique, tal y como haría, inconscientemente, un policía con años de experiencia. Para desarrollar la novedosa herramienta, se utilizaron más de mil denuncias reales y verificadas, la mitad verdaderas (se había detenido a los culpables) y la otra mitad falsas (los denunciantes lo habían reconocido). Todas ellas se analizaron a fondo para averiguar qué se repetía en

¹⁷ KOLOTÚSHKINA, N. (2018): "VERIPOL: la herramienta de la Policía para detectar denuncias falsas", en RTVE.es. Disponible en web: <http://www.rtve.es/noticias/20181102/veripol-herramienta-policia-para-detectar-denuncias-falsas/1831344.shtml>.

cada caso y «enseñaron» a diferenciarlas a un programa informático. El *modus operandi* de los hechos denunciados, la sintaxis de la denuncia y la cantidad de detalles que se ofrecen son los parámetros básicos con los que se ha formulado este método. Como expone CAPDEFERRO VILLAGRASA, (2019), para que hoy funcionen los algoritmos anticorrupción es necesario que el programador especifique la información relevante que el sistema debe buscar en el conjunto de datos procesado. En consecuencia, todo caso de corrupción que carezca de esos elementos de alerta o riesgo, o que por algún motivo oculte o dificulte la identificación automatizada de los mismos, pasará totalmente inadvertido para el programa. Por ello, según este autor, el conocimiento preciso, detallado y actualizado sobre indicadores de corrupción es, en estos momentos, una limitación de esas herramientas.

Como colofón, preocupa que la actual legislación básica relativa a la denuncia y la actuación administrativa automatizada, ni las iniciativas legales que se proponen para incitar la revelación de las prácticas corruptas, den cobertura suficiente al funcionamiento de este tipo de prometedoras herramientas, que basadas en el *Big Data* y la inteligencia artificial, podrían ser tan útiles en la lucha contra la corrupción¹⁸. Como declara VALERO TORRIJOS (2019: 93), «el potencial de la inteligencia artificial en el sector público está todavía por manifestarse en su máxima expresión. Incluso, en muchos casos podría convertirse en una inestimable herramienta para una justificación más adecuada, sobre todo desde la perspectiva del control –incluso preventivo– de la propia actividad administrativa y, asimismo, de los particulares».

Finalmente, dado que el art. 62 de la LPACAP establece expresamente que la denuncia la formula «cualquier persona» y que esta condición es de imposible cumplimiento si nos referimos a programas informáticos, nos permitimos concluir que los resultados generados por esta clase de programas podrían recibir el nombre de «alerta», en lugar de «denuncia».

5. LA INFORMACIÓN CONSTITUTIVA DE DENUNCIA, DE QUEJA Y DE SUGERENCIA. UNA APROXIMACIÓN ACERCA DE UNA DISTINCIÓN NECESARIA

Es necesario discutir igualmente el tipo de datos que la persona tiene que aportar para ser incluido en la categoría de denunciante. En relación a esta cuestión, nos parece oportuno destacar que, aunque desde hace tiempo el blanqueo de dinero, la prevaricación, el cohecho o el tráfico de influencias forman parte de nuestro lenguaje habitual, hay que tratar de evitar llamar a todo corrupción y, por ende, denunciabile. Una cosa es que la gestión pública sea manifiestamente mejorable y otra bien distinta es que se comentan constantemente irregularidades (BENÍTEZ PALMA, 2017: 10).

Conforme al art. 58 de LPACAP, la denuncia se encuadra en la iniciación de oficio del procedimiento administrativo, por lo que puede ir dirigida tanto a un procedimiento sancionador, como a otro tipo de procedimiento que se inicie de oficio¹⁹. Según el art. 62.1 de este mismo texto legal, una denuncia es «el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo». El apartado 2 de este precepto añade: «Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan y el relato de los hechos que se ponen en conocimiento de la Administración. Cuando dichos hechos pudieran constituir una infracción administrativa, recogerán la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables». Por otra parte, de acuerdo con el art. 14 del Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, las quejas podrían identificarse con manifestaciones de insatisfacción de los usuarios con los servicios recibidos, mientras que las sugerencias son iniciativas para mejorar su calidad.

¹⁸ AMOEDO BARREIRO, D. J. (2018) avisa que otra duda reside en la legitimidad de los sistemas tecnológicos de prevención y control de la corrupción, ya que las investigaciones que inician suponen en la práctica que estas puedan culminar en una investigación penal. En dicho caso, este autor propone «para evitar la injerencia de este tipo de sistemas en el ámbito penal, debería considerarse su limitación de acción a las eventuales garantías que asisten a los investigados en los procesos de instrucción derivados de actuaciones delictivas. De lo contrario podría significar una peligrosa transferencia de potestades entre los dos ámbitos jurídicos implicados: el administrativo y el penal».

¹⁹ Para COBREROS MENDAZONA (1995: 761-794), «es difícil de justificar, por ejemplo, que el vecino de un inmueble pueda oponerse y ser parte interesada en el procedimiento de concesión de una licencia municipal para la apertura de un local donde se vaya a llevar a cabo una determinada actividad (clasificada o no) y no reconocerle, después, legitimación *tout court* si presenta una denuncia por el ejercicio incorrecto de la actividad, en su momento autorizada, y que produce molestias o incluso peligros para los ocupantes del inmueble».

En consonancia con lo expuesto, creemos conveniente subrayar que la denuncia es el canal idóneo para poner en conocimiento de la Administración unos hechos que pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico. La acción cívica de denuncia se dirige a conseguir el máximo respeto posible por la legalidad, mientras que la queja tiene como objeto poner de manifiesto las demoras, desatenciones u otras anomalías en el funcionamiento de los servicios públicos; sin que de ello se derive forzosamente un incumplimiento normativo. Si el relato del ciudadano tiene, como finalidad, mejorar la organización o la calidad de los servicios públicos gestionados por la Administración, incrementar el rendimiento de los recursos humanos adscritos a tales servicios, crear servicios inexistentes, simplificar o eliminar trámites administrativos que se estimen innecesarios, conseguir una más adecuada utilización de los medios materiales, o cualquier otra medida que contribuya a proporcionar una mayor eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, entonces estaremos ante una sugerencia²⁰.

En aras de una mayor clarificación de lo que se entiende por denuncia, se podría ofrecer al ciudadano ejemplos de prácticas susceptibles de ser denunciadas. A título ejemplificativo, el Consello de Contas de Galicia tiene previsto difundir próximamente un catálogo de actividades que por su propia naturaleza son más susceptibles de dar lugar a actos corruptos, como la contratación o la concesión de subvenciones públicas²¹.

En la delimitación de la información constitutiva de las denuncias, las Comunidades Autónomas han sido imprecisas, dando un pésimo ejemplo. Buena prueba de ello podría ser la Resolución, de 25 de abril de 2018, del Director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se crea el Buzón de Denuncias de la Agencia y se regula su funcionamiento, en la cual se indica que el Buzón sirve para facilitar la comunicación de:

«a) Posibles casos de uso o destino irregular de fondos públicos y de conductas opuestas a la integridad o contrarias a los principios de objetividad, eficacia y sumisión plena a la ley y al derecho.

b) Conductas del personal al servicio de entidades públicas que comporten el uso o abuso en beneficio privado de informaciones que tengan por razón de sus funciones, o que tengan o puedan tener como resultado el uso o el destino irregular de fondos públicos o de cualquier otro aprovechamiento contrario al ordenamiento jurídico.

c) Actos u omisiones que pudieran ser constitutivos de irregularidades administrativas en la tramitación de expedientes, a cuyo efecto se podrá instar la incoación de los procedimientos que correspondan para depurar responsabilidades».

En la tramitación de la PrDPD, consideramos que se está tanteando la posibilidad de facilitar la admisión de denuncias sin necesidad de mayor aportación de documentación que la sustente, posibilitando incluso aquellas denuncias que surgen a partir de presunciones y que requieren de una investigación para ser determinadas como indicios de hechos delictivos. El escenario descrito se deduce del Considerando 43, que insta a proteger no sólo a aquellos que faciliten información necesaria para revelar infracciones que ya hayan ocurrido, sino también a aquellos que revelen infracciones que no se hayan materializado todavía, pero que muy probablemente se cometerán, así como intentos de ocultar infracciones. Por esta misma razón, la Unión Europea estaría a favor de conceder protección a las personas que no aporten pruebas concluyentes, pero que, en cambio, planteen dudas o sospechas razonables.

Debido a que se anima a casi cualquiera a presentar una denuncia con la promesa de su protección y ello precisamente podría abrir la puerta a una caza de brujas, no empieza a ser inusual la exigencia de que las denuncias se formulen de buena fe o creyendo razonablemente que los hechos que se denuncian son ciertos²². La inserción de las precedentes condiciones, o la exigencia de que los datos suministrados tengan una apariencia de veracidad, podría comprenderse como una decisión táctica para alejar a los denunciantes de mala fe y poner coto a las denuncias falsas. No obstante, no deja de despertar cierta inquietud que, al amparo de previsiones de este estilo, los poderes públicos pudieran resolver no impulsar ninguna actuación. Habrá que esperar a ver cómo se puede resolver la contradicción señalada, mientras tanto lo que interesa

²⁰ Véase el art. 3 del Decreto núm. 91/2001, de 8 de mayo, que regula la tramitación de sugerencias y quejas sobre el funcionamiento de los servicios públicos gestionados por la Diputación General de Aragón.

²¹ Véase el documento titulado "Actuaciones para la unidad de prevención de la corrupción. Ejercicio 2018".

²² A fin de clarificar el alcance del término «de buena fe» (en la expresión «a las personas que formulen denuncias de buena fe») el Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana sugiere la siguiente matización: «A las personas que formulen denuncias, documentadas con datos que aporten verosimilitud sobre posibles irregularidades o malas prácticas en actuaciones realizadas en el ámbito de la Administración» (véase el Dictamen núm. 009/2018, en relación con el Anteproyecto de Ley de inspección general de servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su Sector Público Instrumental).

recalcar es que la responsabilidad de la comprobación de los hechos de la denuncia y de la calificación de los mismos debe recaer en todo caso sobre las autoridades públicas. Otra aclaración que hemos de hacer es la de que sería un gran error dotarse de procedimientos y canales para la formulación de denuncias, y renunciar a articular un procedimiento para la concesión del estatuto de la persona denunciante.

En suma, consideramos que toda la información referente a cuál debe ser el contenido de las denuncias tiene que ser transparente, fácilmente comprensible y fiable, con el objeto de promoverlas y no de obstaculizarlas. Puesto que la información constitutiva de una denuncia no es asimilable a la de una queja ni a la de una sugerencia, resulta pertinente buscar las peculiaridades de cada una de estas figuras y, en aras de su distinción, se podría requerir incluso que los cauces que las autoridades competentes utilizan para comunicarse con el público, como los sistemas de presentación de quejas o sugerencias, fueran distintos a los cauces a través de los cuales las denuncias se reciben.

Hay que defender a todo trance que no siempre detrás del mal funcionamiento de una institución hay un acto corrupto o denunciado, además de buscar las diferencias de contenido entre la denuncia, la sugerencia y la queja. El Buzón de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, por ejemplo, no ayuda mucho en esta causa; ya que se presenta como una vía de comunicación destinada a informar sobre patologías o malas prácticas en el ámbito de la contratación pública que hayan provocado mal funcionamiento o distorsiones en el mercado de la contratación; y a trasladar posibles respuestas o soluciones a las dificultades que plantea la aplicación de la legislación en materia de contratación pública; así como a orientar y proporcionar ayuda en su aplicación.

6. EL DENUNCIANTE DE MALA FE Y LAS DENUNCIAS FALSAS: DEL PROBLEMA A LA SOLUCIÓN

Es preciso no engañarse, existen personas que formulan denuncias de mala fe, proporcionando información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita, y denuncias que se presentan con el mero propósito de difundir el descrédito y la difamación de la persona a la que vayan referidas.

La Resolución, de 25 de abril de 2018, del Director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se crea el Buzón de Denuncias de la Agencia y se regula su funcionamiento, incluye una regla novena que establece: «Queda prohibido formular comunicaciones que vulneren los derechos fundamentales al honor, la imagen y la intimidad personal y familiar de terceras personas o que sean contrarias a la dignidad de la persona».

El art. 45.2 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón advierte: «No será de aplicación el estatuto del denunciante establecido en esta ley cuando, a juicio de la Agencia, la denuncia se formule de mala fe, proporcionando información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita».

La Resolución, de 27 de junio de 2019, del Director de la Agencia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción de la Comunitat Valenciana declara en el art. 41.5: «No tendrá la condición de persona denunciante, a los efectos del derecho a la protección a que se refiere este título, quien presente una denuncia infundada o injustificada, o movida tan solo por conflictos personales o laborales, agravios, venganzas, e intereses o fines espurios, o con propósito de inducir a engaño o confusión, haciendo un uso abusivo de las denuncias o con origen o fundamento en motivaciones distintas del fin de salvaguardar el interés general».

Como contrapartida a los derechos y las garantías reconocidas, la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores entiende que es imprescindible «un régimen de responsabilidad de los alertadores, a los que se exige que tengan una convicción razonable acerca de la verosimilitud y fiabilidad de la información que comunican o revelan. Así, aunque el peso de la comprobación de la posible constitución de delitos o acciones contra el interés público debe recaer sobre el organismo o institución a cargo de la investigación y no sobre el alertador, sí se le exige una responsabilidad ante la alerta sustrayendo de la protección que dispensa esta Ley a cualquier persona que, a sabiendas de su falsedad o inexactitud, utilice el sistema de alertas para comunicar informaciones que no se ajusten a la realidad. Dicho comportamiento es castigado expresamente por esta Ley a fin de no desvirtuar la colaboración ciudadana digna de protección y que se ha mostrado indispensable para luchar contra la corrupción».

La Unión Europea manifiesta también su oposición contra las denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas; niega cualquier protección a aquel que proporcione información que ya sea completamente de dominio público o que provenga de rumores y habladurías; anuncia que quienes, en el momento de denunciar, comuniquen deliberada y conscientemente información incorrecta o engañosa no gozarán de protección,

etc. No obstante, al mismo tiempo, declara la necesidad de que la protección no se pierda cuando se comunique información inexacta por error cometido de buena fe y expone que los motivos del denunciante, al hacer la denuncia, deben ser irrelevantes para determinar si esa persona debe recibir protección.

De una forma un tanto intrincada, la Unión Europea nos incita a reflexionar sobre qué entendemos por buena fe y a recapacitar sobre si una denuncia de mala fe equivale siempre a una denuncia falsa. Tal y como sintetiza GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2019: 5), es evidente que el denunciante que comunique información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita no es un denunciante de buena fe; pero ¿no hay denuncias de mala fe que no sean falsas? Parece que sí las hay, porque si el legislador valenciano hubiera considerado que son equivalentes las denuncias falsas y las denuncias de mala fe no hubiera utilizado estos dos conceptos jurídicos indeterminados separadamente. Parece que la buena fe del denunciante debe interpretarse como la probidad, la integridad y la honestidad pública en quien formula la denuncia administrativa.

En consecuencia, lo que cuenta a la postre es comprender que el rechazo se dirige sobre todo hacia las denuncias falsas y no contra aquellos que obran de manera convincente, aunque actúen impulsados por la aversión que sienten hacia la persona a la que va dirigida la denuncia. No obstante, debido a que estos últimos pueden verse más tentados a «manipular» los hechos que relatan, la Administración debe vigilar que la protección que se brinda al denunciante no sea empleada, en ningún caso, al servicio de la inquina personal. El problema al que nos venimos refiriendo exige replantearse la reacción de la Administración contra la denuncia falsa o el denunciante con fines espurios.

A nuestro parecer, en el supuesto de que la Administración desconfiara de alguien que formula una denuncia, existirían tres alternativas.

- La Administración permanece inmóvil²³.
- La Administración ordena el archivo. El art. 11 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, establecía: «Cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación». Una vez derogado el citado Reglamento, la Administración no está obligada a notificar la resolución en la que declare el archivo.
- La Administración abre un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y estudiar la conveniencia de iniciar actuaciones.
- La Administración exige responsabilidades a aquel que intenta hacer uso de los recursos públicos y de la protección que le dispensa una norma con la intención de importunar a otros. Al respecto, el art. 45.2 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón indica: «(...) En tales supuestos, la Agencia podrá, previa audiencia reservada al denunciante, archivar sin más trámite, pero con motivación suficiente, la denuncia, manteniendo la confidencialidad, advirtiéndole de que, de hacerla pública, no se aplicará el estatuto del denunciante establecido en esta ley e incluso podrían derivarse responsabilidades disciplinarias o penales contra el falso denunciante». Por consiguiente, este legislador autonómico se hace eco del delito de denuncia falsa recogido en el art. 456 del Código Penal.

En cuanto al legislador italiano, este ha preferido descartar las reprimendas contra el falso denunciante o el denunciante de mala fe, apostando únicamente por la amenaza de la desprotección en el supuesto que se dictara una sentencia que le condenara por difamaciones, calumnias o injurias. Por otra parte, el Considerando 103 de la PrDPD declara que toda persona que sufra un perjuicio, ya sea directa o indirectamente, como consecuencia de la denuncia o la revelación pública de la información inexacta o engañosa, debe gozar de protección. En caso de que dicha denuncia o revelación pública inexacta o engañosa haya sido efectuada de forma deliberada y consciente, el interesado deberá tener derecho a ser indemnizado de conformidad con el Derecho nacional.

²³ Frente a una denuncia interpuesta por un administrado, la Administración, en ocasiones, no realiza actuación alguna, por lo que se plantean cuáles serán las opciones que tendrá el administrado para hacer que se cumpla la legalidad administrativa. A este respecto, el ordenamiento jurídico-administrativo ha previsto una institución que garantice los derechos de los administrados ante la inactividad de la administración durante la tramitación de procedimientos administrativos; el silencio administrativo. El mismo supone que, ante la falta de resolución expresa en un procedimiento administrativo, éste se entenderá resuelto *ope legis* de manera presunta, ya sea en sentido afirmativo o negativo, en función de una serie de supuestos previstos en la ley. Sin embargo, la institución del silencio no se extiende a aquellos supuestos en los que existe pasividad de la Administración sin que medie un procedimiento administrativo. Para solventar esta dificultad, la doctrina y la legislación han defendido la impugnabilidad de la inactividad administrativa ante los tribunales de justicia con todas las complicaciones que pone de manifiesto DOBARRO GÓMEZ (2005: 67-73) en su trabajo “La pasividad de la Administración ante la denuncia administrativa: cauces procesales para la satisfacción del denunciante”.

El análisis de las ventajas y desventajas de darle un escarmiento al denunciante que presenta una denuncia falsa recuerda, a mi modo de ver, a la controversia que genera la implementación de medidas enérgicas contra las *fake news*. En estos momentos un grupo de eurodiputados se está movilizándolo para impulsar una legislación contraria a las noticias falsas, que está despertando ciertos recelos por si supusiera una intervención en la libertad de expresión. Asimismo, con el objetivo de evaluar la calidad y pertinencia de la información y discernir lo verdadero de lo falso, el Gobierno de Francia propone responder a una serie de preguntas: ¿Quién es el autor de la información?, ¿cuál es el propósito del autor?, ¿cómo es el medio de difusión y su editor?, ¿cuáles son los objetivos de ese medio de difusión?, ¿se ha publicado la información con anterioridad?, etc²⁴. Desde nuestro punto de vista, y salvando las lógicas distancias, pensamos que algunas de las estrategias que se proponen para identificar y eliminar a los propagadores de las noticias falsas podrían resultar de sumo interés en esta materia. Por último, y aunque ya nos hemos referido en un apartado anterior, es pertinente resaltar la trascendencia de dotarse, no sólo de procedimientos y canales para la formulación de denuncias, sino también de un procedimiento para la concesión y la denegación del estatuto de la persona denunciante, aspecto sobre el que sorprendentemente el legislador ha meditado más bien poco.

7. EL ESTABLECIMIENTO DE CANALES DE RECEPCIÓN DE DENUNCIAS Y LA TRAMITACIÓN DE LAS DENUNCIAS

La falta de confianza en la eficacia de las denuncias es uno de los principales factores que desalientan a los potenciales denunciantes. Esto justifica que, por primera vez en la historia, se hable de diseñar un procedimiento de tramitación de las denuncias²⁵.

Como es sabido por todos, los canales de denuncia son de dos clases: internos y externos. Aunque la Unión Europea señale que el denunciante es quien debería elegir a cuál dirigirse en función de las circunstancias particulares del asunto, lo cierto es que la PrDPD muestra una clara preferencia por los canales internos, alegando, entre otros motivos, el interés de los empresarios en la gestión de sus organizaciones y en la defensa de sus intereses, y explicando también que es el mejor modo de resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público²⁶. No obstante, la Unión Europea es consciente de que puede darse el caso de que no existan cauces internos o de que se hayan utilizado, pero no hayan funcionado correctamente, porque, por ejemplo, la denuncia no se tramitó con diligencia o en un plazo razonable, o no se tomó ninguna medida adecuada en relación con la infracción, pese al resultado positivo de la investigación²⁷.

Ante la tesis de que los canales, internos o externos, no existan o no funcionen de un modo correcto, la Unión Europea acepta proteger a las personas que revelen públicamente las infracciones. Sin embargo, el derecho a esta protección se prevé sólo en tres supuestos muy específicos:

1. Que, pese a la presentación de una denuncia interna o externa, la infracción siga sin ser corregida, por ejemplo, y el denunciante tenga razones válidas para pensar que la infracción no se ha evaluado o investigado de manera adecuada o no se han adoptado medidas correctoras adecuadas²⁸.
2. Que el denunciante tenga motivos fundados para sospechar que existe un peligro inminente o manifiesto para el interés público o un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física, el cual le impulsaría a revelar directa y públicamente las infracciones prescindiendo de cualquier canal²⁹.

²⁴ GOUVERNEMENT FRANCAIS (2019): "Fake news: guide des questions à se poser face à une information", en *gouvernement.fr*. Disponible en web: <https://www.gouvernement.fr/fake-news-guide-des-questions-a-se-poser-face-a-une-information>.

²⁵ Puede haber una emergencia en prestar una mayor atención a la denuncia y al denunciante debido a los defectos cometidos en el art. 62 de la LPACAP, los cuales sintetiza a la perfección CANO CAMPOS (2016: 56-57). A este autor le sorprende, en primer lugar, que dicho precepto sugiera que la Administración solo está obligada a notificar al denunciante si se ha iniciado o no el procedimiento sancionador cuando «la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas». Esto carece de sentido y al denunciante siempre debería notificársele dicho extremo. De todos modos, este autor destaca que la regulación no es solo deficiente por ello, sino también porque «el legislador no se ocupa en absoluto del denunciante perjudicado por los hechos que denuncia o que pueda obtener un beneficio o la eliminación de un perjuicio con la imposición de una sanción (denunciante cualificado), y porque debería haber resuelto otras cuestiones como, por ejemplo, las circunstancias en las que ha de mantenerse en secreto la identidad del denunciante o en qué medida está la Administración obligada a tramitar las denuncias que se le presenten».

²⁶ Considerando 34 y Considerando 47 de la PrDPD.

²⁷ Considerando 54 de la PrDPD.

²⁸ Considerando 80 de la PrDPD.

²⁹ Considerando 81 de la PrDPD.

3. Que el denunciante tenga motivos fundados para pensar que, si presentara una denuncia externa, correría el riesgo de sufrir represalias o sería poco probable que se resolviera la infracción de manera efectiva, dadas las circunstancias particulares del caso, como que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la misma, por ejemplo³⁰.

A tenor de lo expuesto, se constata que la protección del denunciante está supeditada al uso de los canales de denuncia, pero que, si estos no existieran, fallaran o la tramitación de la denuncia no fuera la adecuada, no se descarta proteger a aquellos que revelen públicamente e incluso directamente la información. De la anterior forma, ya se está prediciendo un problema, el cual se solucionaría no con fórmulas mágicas, sino con el compromiso firme de crear canales de denuncias que sean de fácil de acceso y seguros.

Un canal de fácil acceso es aquel que ayuda a las personas, que tengan la intención de denunciar, a tomar una decisión fundada sobre su conveniencia, así como sobre cuándo y cómo hacerlo. La información sobre los cauces de denuncia disponibles, sobre los procedimientos aplicables y sobre las autoridades responsables de la tramitación de las denuncias, debe ser accesible sin gran esfuerzo.

Un canal de denuncias podría describirse como seguro siempre y cuando permita recibir y tramitar la información proporcionada por el denunciante, garantizando la protección de los datos personales de quienes sean mencionados en la denuncia. Según la Unión Europea, se debe garantizar la protección de la identidad de cada denunciante, cada interesado y cada tercero a que se refiera la denuncia (por ejemplo, testigos) en todas las fases del procedimiento.

Para garantizar la eficacia de los procedimientos de tramitación de las denuncias, el Considerando 71 de la PrDPD ofrece la posibilidad de adoptar algunas medidas para aliviar las cargas que recaen sobre las autoridades competentes en esta materia. En particular, se sugieren tres. Una que consistiría en permitir que se decidiese, tras un estudio adecuado del asunto, que una infracción denunciada es claramente menor y, por tanto, no requiere que se adopten más medidas para su tramitación con arreglo a la Directiva. Otra que facultaría a cerrar procedimientos relativos a denuncias repetitivas que no contengan información nueva y significativa con respecto a una denuncia que ya haya sido archivada en el pasado, a menos que nuevas circunstancias de hecho o de Derecho justifiquen una tramitación distinta. En caso de un elevado número de denuncias, la tercera medida que se propone consistiría en permitir dar prioridad al tratamiento de las denuncias de infracciones graves o de infracciones de disposiciones esenciales que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Aunque la tercera acción descrita estaría amparada por el art. 71 de la LPACAP, que establece que el despacho de los expedientes guardará el orden riguroso de los expedientes, aunque se le permite al titular de la unidad administrativa dar orden motivada en contrario. A nuestro juicio, dichas medidas entran, en general, en colisión con el objetivo de fomentar la presentación de denuncias y promueven una inquietante falta de respeto por el Estado de Derecho. No existen excusas para no asumir que todos los denunciantes deben recibir el mismo tratamiento, con independencia de que la infracción que se revela sea leve, grave o muy grave. En otro orden de consideraciones, la posibilidad de denuncia directa a terceros como la prensa u ONGs, cuando los canales de denuncia fracasan, nos trae a la mente una imagen lamentable, la de las víctimas de violencia de género que acuden a la televisión para relatar su situación y denunciar el abandono institucional que sufren. Si no aprendemos de los errores del pasado, correremos el riesgo de repetirlos y tenemos que evitarlo por todos los medios. Urge el establecimiento de canales de denuncia de fácil acceso y seguros y, sobre todo, ser conscientes de que la protección del denunciante nunca se podrá materializar desde el paradigma de la contención del gasto público.

8. ¿QUÉ AUTORIDADES SON COMPETENTES PARA RECIBIR E INVESTIGAR LAS DENUNCIAS? LA INFINIDAD DE ALTERNATIVAS QUE EXISTEN

Cada Estado miembro determinará qué autoridades son competentes para recibir y tramitar adecuadamente las denuncias que entran en el ámbito de aplicación de la PrDPD. Estas competencias podrían atribuirse a autoridades judiciales, organismos de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, o autoridades con una competencia más general a escala del Estado central, autoridades policiales o judiciales, organismos de lucha contra la corrupción o Defensores del Pueblo.

³⁰ Considerando 82 de la PrDPD.

Las autoridades, a las que se designe como competentes, podrán ocuparse de evaluar la exactitud de las alegaciones presentadas en la denuncia, a través de la apertura de una investigación, y de la acción de recuperación de fondos u otras medidas correctoras adecuadas; o, por el contrario, su papel podría limitarse simplemente a remitir la denuncia a otra autoridad que deberá investigar la infracción denunciada³¹.

Puesto que existen instituciones de la Unión Europea³² que disponen de cauces y procedimientos externos para la recepción de denuncias de infracciones que entran en el ámbito de aplicación de la PrDPD, se aclara que esta regulación no les afectaría, pero se velará por que las personas que denuncien ante dichos organismos se beneficien de unas normas mínimas comunes³³. Ante la existencia de mecanismos de cooperación a través de los cuales las autoridades nacionales competentes intercambian información y llevan a cabo actividades de tramitación en relación con infracciones de las normas de la Unión Europea con una dimensión transfronteriza³⁴, se anima a los Estados miembros a explotar las potencialidades de los mismos y, en todo caso, a cooperar entre ellos, como parte de su obligación de tramitar las denuncias³⁵.

En el ámbito español coexisten una infinidad de órganos dedicados a la lucha contra la corrupción. En este sentido, hay que mencionar la Oficina Antifraude de Cataluña (OAC), creada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre; la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, creada por la Ley 11/2016, de 28 de noviembre; y la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Illes Balears, creada por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre. Salvando las distancias, podría afirmarse que otros entes comparables, a nivel municipal, son la Oficina Antifraude del Ayuntamiento de Madrid³⁶. Me gustaría pensar que la lista de autoridades candidatas a canalizar las denuncias es cerrada, pero las Proposiciones de Ley presentadas en el Congreso de los Diputados aconsejan la creación de nuevos entes: la Autoridad Independiente de Protección de los Denunciantes de Corrupción³⁷, la Autoridad Independiente de Protección de los Alertadores y Facilitadores³⁸ o la Autoridad independiente de integridad pública³⁹.

A la hora de vigilar la actividad administrativa, algunas Comunidades Autónomas han defendido la necesidad de crear un nuevo organismo dedicado específicamente a la lucha contra la corrupción. Compartiendo los mismos objetivos, la Comunidad Autónoma de Galicia y la Comunidad Autónoma de Canarias optaron por reforzar el papel institucional del Consello de Contas⁴⁰ y la Audiencia de Cuentas de Canarias⁴¹, con el propósito de no incurrir en los gastos adicionales asociados a la creación de nuevas agencias u oficinas y siguiendo el modelo de la República Portuguesa⁴².

Llegados a este punto, hay que anotar que es posible que algunos piensen que la creación de nuevos entes creados específicamente para la lucha contra la corrupción y la protección del denunciante; o la ampliación de las funciones de los órganos encargados de la fiscalización externa de la gestión económica, financiera y contable del sector público no están justificadas. Es decir, muchos considerarán que son más que suficientes los «mecanismos judiciales clásicos», siempre y cuando se incrementen los medios a disposición de los mismos, o que las oficinas anticorrupción se tratan de órganos que concurren en duplicidad orgánica con otros existentes (ARIAS RODRÍGUEZ: 2017).

³¹ Considerando 66 de la PrDPD.

³² Como la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), la Agencia Europea de Seguridad Marítima (AESM), la Agencia Europea de Seguridad Aérea (AESA), la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) y la Agencia Europea de Medicamentos (EMA),

³³ Considerando 70 de la PrDPD.

³⁴ Se refiere al Mecanismo de Asistencia y Cooperación Administrativas, en los casos de violaciones transfronterizas de la legislación de la Unión relativa a la cadena agroalimentaria, la Red contra el Fraude Alimentario, el Sistema comunitario de intercambio rápido de informaciones sobre los peligros derivados de la utilización de productos de consumo o la Red de Cooperación para la Protección del Consumidor a la Red de Cumplimiento de la Legislación Medioambiental, la Red Europea de Autoridades de Competencia, y la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

³⁵ Considerando 73 de la PrDPD.

³⁶ El Reglamento orgánico de la Oficina municipal contra el fraude y la corrupción se publicó el 13 de enero de 2017 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, núm. 11, págs. 54-67.

³⁷ Véanse los arts. 6-9 de la Proposición de Ley de protección integral de los denunciantes de corrupción.

³⁸ Véanse los arts. 23-25 de la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores.

³⁹ Véase los arts. 6-14 de la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes.

⁴⁰ Mediante la aprobación de la Ley 8/2015, de 7 de agosto, de reforma de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas.

⁴¹ Mediante la aprobación de la Ley 5/2017, de 20 de julio, de modificación de la Ley 4/1989, de 2 de mayo, de la Audiencia de Cuentas de Canarias.

⁴² En Portugal se ha abogado por una disociación entre las funciones de investigación de la corrupción (atribuidas a la fiscalía –Dirección Central de Investigación de la Corrupción y la Criminalidad Económica y Financiera– y a la policía judicial –Unidad Nacional contra la corrupción–) y la prevención, a cargo del Consejo de Prevención de la Corrupción (CPC), que depende del Tribunal de Cuentas.

De cara a un posicionamiento en esta polémica, no está de más apuntar que la PrDPD parece respaldar la creación de estos nuevos entes, si bien tampoco excluye la posibilidad de recurrir a otros con amplia trayectoria en la defensa de los derechos de los ciudadanos, entrando ahora en escena también los Defensores del Pueblo. En el afrontamiento de esta cuestión, es de máxima utilidad la lectura del Dictamen del Consejo de Navarra 1/2017, de 11 de enero, sobre la Proposición de Ley Foral de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral y el estudio de la Sentencia 252/2018, de 3 abril de 2018, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Desde la perspectiva de la Administración General del Estado, debería declararse la nulidad de pleno derecho del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 23 de diciembre de 2016 por el que se aprobó el Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción dado que (i) se trata de un órgano que invade las competencias atribuidas a la Intervención General, la Inspección de Servicios, y la Asesoría Jurídica y (ii) permite las denuncias anónimas. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima todos los motivos de impugnación aducidos por la parte recurrente; de todas formas, ahora realizaremos sólo un examen particularizado de las argumentaciones hechas a colación del primer motivo mencionado.

En cuanto a la pertinencia de la creación Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción a la luz del principio de economía organizativa, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid no niega que las actuaciones de este órgano sean coincidentes, en un determinado grado y extensión, con las funciones atribuidas a otros órganos. Para sustentar la tesis de que la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción ejerce funciones que no suprimen o restringen la competencia de otros órganos, se resalta que estas se llevan a cabo en un momento temporal distinto y que además su ejercicio no es preceptivo. Se hace hincapié en que las funciones de dos o más órganos confluyan en una misma realidad no es sinónimo de duplicidades, ni tampoco del desempeño de una misma función expresada con distintas palabras. Para disipar cualquier sombra de sospecha, se alega que, en el reglamento, la realización de las tareas encomendadas a la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción aparece supeditado al concreto ejercicio que de las suyas hagan otros órganos⁴³.

En una línea de razonamiento similar a la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Consejo de Estado de Navarra concluye que, si bien pueden coincidir el ámbito subjetivo de actuación de la Cámara de Comptos de Navarra y de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral, son distintos los objetivos que se persiguen, limitados en el caso de la Cámara a la gestión económico-financiera y abarcando en el caso de la Oficina un espectro más amplio que se proyecta sobre un mayor número de actuaciones y aspectos de la actividad pública (función pública, condiciones de la contratación, manejo de la información en los asuntos públicos, enriquecimientos injustos e injustificados de altos cargos, etc.) o, en su caso, de actividades privadas vinculadas a la satisfacción de intereses públicos. No obstante, pueden fácilmente coincidir sobre una misma actuación o entidad, pública o privada, ya que la investigación de comportamientos irregulares y de los perjuicios económicos derivados de los mismos ha de exigir, en cada caso, un conocimiento y análisis de la gestión económica de la entidad de que se trate. Por tanto, se crea una Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción con un ámbito, subjetivo y objetivo, de actuación parcialmente coincidente con las competencias de la Cámara de Comptos de Navarra, si bien la nueva Oficina abarcará mayor número de aspectos y elementos de la actividad pública, estando obligada a garantizar en todo caso las competencias de la Cámara de Comptos mediante la previsión de la abstención de la Oficina en supuestos de concurrencia en el ámbito material de la actuación. La eventual existencia de un solapamiento puntual de las actuaciones llevadas a cabo por la Cámara de Comptos de Navarra y la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral no puede dar lugar a la intromisión de ésta en las funciones de aquella ya que, detectado el solapamiento y coincidencia de actuaciones, la Oficina deberá respetar el ámbito propio de actuación de la Cámara de Comptos con su abstención⁴⁴.

En definitiva, en España se ha producido una aceleradísima innovación en todo lo relativo a la supervisión de la actividad administrativa, que ha eclosionado con la creación de nuevos entes dedicados a esta labor. Ante la proliferación de agencias u oficinas anticorrupción, la creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y la posible aparición ahora de autoridades de protección de los denunciantes, creemos que, antes de continuar con esta vorágine creativa de instituciones públicas,

⁴³ Véase el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia 252/2018, de 3 abril de 2018, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

⁴⁴ Véase el Dictamen del Consejo de Navarra 1/2017, de 11 de enero, sobre la Proposición de Ley Foral de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral.

hay que ejercer sobre las existentes una supervisión que permita evaluar el cumplimiento de los objetivos que ampararon su creación y cuestionar su mantenimiento cuando aquellos se hayan agotado o exista otra forma más eficiente de alcanzarlos⁴⁵. En cuanto a la atribución de la responsabilidad de la protección del denunciante y de la tramitación de las denuncias, puede decirse que la PrDPD insta a los Estados miembros a elegir un camino entre varias alternativas diferentes, entre las que ineludiblemente figuran las Agencias anticorrupción y a las que, a lo mejor, les convendría asumir la responsabilidad de proteger al denunciante, de cara a reafirmarse como un ente necesario y eficiente y, en ningún caso, redundante. Otra decisión que tendrá que adoptar el legislador español es si articula un procedimiento en el que se establezca una separación entre la fase de recepción de la denuncia y la fase investigadora, encomendándose cada una de ellas a órganos distintos.

9. EL ETERNO DEBATE SOBRE LAS DENUNCIAS ANÓNIMAS ¿SÍ O NO?

En España, si bien la LPACAP rechaza de plano la posibilidad de las denuncias anónimas, al señalar en su art. 62.2 que «deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan», sobre este punto no se ha logrado alcanzar un razonable grado de consenso.

En línea con lo dispuesto en la LPACAP, otros textos legales del ordenamiento jurídico español interceden a favor de la identificación del denunciante. Nos referimos, entre otros, al art. 46 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón. Este precepto declara: «No se admitirán denuncias anónimas. No obstante, la Agencia deberá establecer procedimientos y canales confidenciales para la formulación de denuncias que garanticen su estricta confidencialidad cuando el denunciante invoque la aplicación del estatuto regulado en este artículo. En particular, la Agencia creará una oficina virtual, que pondrá a disposición de los denunciantes para la presentación de denuncias y documentación asociada, así como para la comunicación con los denunciantes que así lo soliciten, de manera segura y confidencial. Dichos procedimientos y canales podrán ser también utilizados por quienes ya hubiesen actuado como denunciantes para comunicar represalias u otras actuaciones lesivas derivadas de la presentación de la denuncia».

Sin embargo, la Resolución, de 25 de abril de 2018, del Director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se crea el Buzón de Denuncias de la Agencia y se regula su funcionamiento, establece que se incorporan mecanismos de interacción con informantes anónimos. En particular, la regla tercera de esta Resolución establece:

«1. Las personas que pongan en conocimiento de la Agencia una conducta contraria al Derecho y a los principios o reglas éticas y de buen gobierno y administración pueden colaborar en comprobar los hechos, si así lo deciden voluntariamente.

2. El Buzón de Denuncias incorpora mecanismos de interacción con informantes anónimos que están orientados a garantizar dicha colaboración.

3. Por cada comunicación realizada, el Buzón de Denuncias asigna un código alfanumérico a través del cual la persona informante, anónima o no, puede acceder al sistema e interactuar con el personal funcionario de la dirección de Análisis e Investigación de la Agencia.

4. Las denuncias o comunicaciones anónimas dan lugar a un expediente que se inicia en la dirección de Análisis e Investigación de la Agencia, tramitándose de forma ordinaria previo análisis de la verosimilitud de los hechos denunciados o comunicados.

5. Tanto en el caso de comunicaciones anónimas como identificadas, la Agencia garantiza la total confidencialidad en la gestión del Buzón de Denuncias. Esta garantía de confidencialidad no impide la cesión de los datos que requieran los juzgados y tribunales en ejercicio de su función jurisdiccional, o la fiscalía en ejercicio de las facultades de investigación».

Una vez dejada constancia del posicionamiento de algunos textos normativos vigentes acerca de esta cuestión, es el turno de examinar cómo abordan este tema las Proposiciones de Ley presentadas en el Congreso de los Diputados.

⁴⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ (2014: 332-333) defiende la creación de un organismo de nuevo cuño que tenga atribuidas las funciones y potestades necesarias para garantizar la integridad en el conjunto de la actividad administrativa. Para saber cuál debería ser el estatuto jurídico, así como las funciones y potestades que se le atribuirían a la Agencia Española para la Integridad Pública, nos remitimos a la obra de este profesor.

La eterna pugna entre detractores y partidarios de la denuncia anónima exige hacer un repaso de las consecuencias que acarrearía su admisión. Algunas voces entienden que el anonimato no impide que otros adivinen con éxito quién presentó la denuncia. A mayor abundamiento, se aboga por la identificación de la persona porque permite protegerla frente a las represalias y plantearle preguntas en el curso de la investigación. Por otra parte, se considera que la aceptación de las denuncias anónimas podría alimentar el planteamiento de asuntos con malicia, así como dificultar el derecho de defensa del inculpado u obstaculizar la exigencia de responsabilidades a aquellos que presentan denuncias falsas.

Sin embargo, algunos denunciantes podrían no encontrarse siempre en situación de expresar su nombre y apellidos, y tampoco puede ignorarse que las denuncias anónimas son, en cierto modo, una realidad, especialmente cuando los procedimientos no garantizan la confidencialidad de los datos suministrados. El Buzón de Lucha contra el Fraude Laboral, que se ocupa de canalizar los incumplimientos de la normativa ya sea laboral, de Seguridad Social o de Prevención de Riesgos, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no requiere que el comunicante aporte ningún dato personal⁴⁶.

Al hilo del tema de las discusiones lingüísticas, convendría debatir si «informante», «alertador» o «comunicante» no debería ser la terminología reservada para los casos en que se traslada una información de forma anónima; mientras que la palabra «denunciante» quedaría relegada a aquella persona que traslada información sobre una infracción o un delito revelando su nombre y apellidos. Asimismo no sería tampoco absurdo disipar la duda de si protegemos a todos ellos; en general no hay ni una sola indicación al respecto; excepto en la Resolución, de 27 de junio de 2019, del Director de la Agencia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción de la Comunitat Valenciana, en la cual se señala: «se considera persona denunciante a cualquier persona física o jurídica, que comunique hechos o conductas, presumiblemente fraudulentos o corruptos, que pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades legales, ante la propia Agencia o cualquier otro órgano administrativo, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial» y se «asimilan a las personas denunciadas, a estos efectos, todas aquellas que alertan, comunican o revelan informaciones de este tipo».

El art. 26 del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid el 23 de diciembre de 2016, dispone que cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá presentar denuncias en las que se describan los hechos que se consideren irregulares y que la denuncia podrá ser anónima, con identificación del denunciante o con identidad reservada. El art. 24.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que lleva por rúbrica «sistemas de información de denuncias internas» y que sería aplicable a los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones, declara: «será lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de estos sistemas de información»⁴⁷.

Respecto de las denuncias anónimas, el Fundamento de Derecho Décimo de la Sentencia 252/2018, de 3 abril de 2018, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid subraya que, a la hora de interpretar adecuadamente el art. 62.2 de la LPACAP, no debe olvidarse que este precepto lleva por título «inicio del procedimiento por denuncia», por lo que el mandato contenido en su párrafo segundo, exigiendo la identidad de la persona o personas denunciadas, debe forzosamente

⁴⁶ Véase el formulario a rellenar en el siguiente enlace <http://www.empleo.gob.es/buzonfraude/>.

⁴⁷ Según el Consejo de Estado, esta regulación plantea dos interrogantes. El primero se refiere a la novedad consistente en la posibilidad de someter a tratamiento las denuncias de carácter anónimo, recomendada en la citada Circular de la Fiscalía General de Estado como instrumento indispensable para garantizar una mayor eficacia del sistema. La admisión de la denuncia anónima, sin embargo, puede fomentar un uso fraudulento del tratamiento, y presenta ciertas limitaciones prácticas a la hora de presentar testimonios ante la justicia penal; por estas y otras razones, ha sido desaconsejada, entre otros, por el Grupo de Trabajo del artículo 29. En línea con estas observaciones, considera el Consejo de Estado que sería más adecuado limitar la posibilidad de las denuncias anónimas a supuestos excepcionales (lo que no garantiza la mera utilización, en el artículo 25.1 del Anteproyecto, del adverbio «incluso»), dado que la regulación proyectada ya prevé la confidencialidad de los datos del denunciante (apartado 3). El segundo interrogante se refiere a la previsión del apartado 2 según la cual el acceso a los datos contenidos en estos sistemas quedará «limitado exclusivamente al personal que lleve a cabo las funciones de control interno y de cumplimiento de la entidad y, sólo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador, al personal con funciones de gestión y control de recursos humanos». Esta previsión, en parte condicionada por la admisión de la denuncia anónima que también se propone, ha sido cuestionada en el expediente, dada la frecuencia con que en la práctica las empresas externalizan el tratamiento de estos sistemas. Cabría, por tanto, considerar también la conveniencia de mantener esta limitación (Dictamen del Consejo de Estado núm. de expediente: 757/2017).

entenderse como requisito para que el órgano administrativo competente pueda acordar de oficio el inicio del procedimiento como consecuencia de una denuncia. Dicho de otra forma, una denuncia anónima en ningún caso será fundamento suficiente para que el órgano administrativo competente acuerde el inicio de un procedimiento administrativo. Esto es, una denuncia anónima no reúne los requisitos para su admisión a trámite. No debe perderse de vista que la Administración puede tener conocimiento de los hechos por cualquier medio, incluso por una noticia publicada en los medios de comunicación. Y desde esta perspectiva, nada impide que determinados hechos sean llevados al conocimiento de la Administración de forma anónima. Cuando la Administración se encuentre ante una denuncia anónima, obviamente, no podrá, sin más, acordar en base a la misma el inicio del procedimiento. Ahora bien, nada impide que, cuando la denuncia presente ciertos signos de veracidad y credibilidad, la Administración pueda realizar una cierta investigación mediante la realización de determinadas actuaciones previas tendente a verificar, *prima facie*, los hechos irregulares puestos en su conocimiento. En tales situaciones, el eventual acuerdo de inicio del procedimiento no vendrá amparado o fundamentado en la denuncia anónima sino en la información previa, que es la que verdaderamente determina el inicio del procedimiento. De esta forma, el acuerdo de inicio del procedimiento será adoptado por propia iniciativa, que es una de las modalidades de inicio de oficio de un procedimiento que se contempla en el art. 58 de la LPACAP⁴⁸.

Por otra parte, la *Legge 30 novembre 2017, núm. 179, Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato* establece: «la identidad del informante no será revelada. En el ámbito del procedimiento penal, la identidad está amparada por el secreto de la manera y con los límites previstos en el artículo 329 del Código del Procedimiento Penal. En el ámbito del procedimiento ante el Tribunal de Cuentas, la identidad no puede ser revelada hasta la finalización de la fase de instrucción. En el ámbito del procedimiento disciplinario, la identidad no puede ser revelada cuando el pliego de cargos esté fundado en comprobaciones distintas y ulteriores con respecto de la denuncia, aunque sean consiguientes a la misma. Cuando la contestación esté fundada, en todo o en parte, en la denuncia y el conocimiento de la identidad de los denunciantes sea indispensable para la defensa del inculpado, la denuncia se utilizará únicamente a efectos del procedimiento disciplinario solo con el consentimiento del denunciante a que se revele su identidad».

Por lo que concierne a la Unión Europea, los organismos europeos, que ya disponen de cauces y procedimientos externos para la recepción de denuncias de infracciones, prevén la confidencialidad sobre la identidad de los denunciantes⁴⁹. La PrDPD permite decidir a los Estados miembros si las entidades públicas y privadas y las autoridades competentes aceptan y tramitan denuncias anónimas de infracciones que entren en su ámbito de aplicación. A su juicio, una medida ex ante esencial para evitar represalias es la protección de la confidencialidad de la identidad del denunciante durante el proceso de denuncia y las investigaciones posteriores. La identidad del denunciante solo podría divulgarse en caso de que exista una obligación necesaria y proporcional impuesta por el Derecho nacional o de la Unión Europea en el contexto de investigaciones llevadas a cabo por las autoridades o de procesos judiciales, en particular para salvaguardar el derecho de defensa de los interesados. Esta obligación puede derivarse, en particular, de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales⁵⁰.

Por otro lado, la Unión Europea no se olvida del denunciado, quien debe estar protegido para evitar daños a su reputación u otras consecuencias negativas. Sus derechos de defensa y de acceso a vías de recurso deben ser plenamente respetados en cada fase del procedimiento tras la denuncia, con arreglo a lo

⁴⁸ Como recuerda BAUZÁ MARTORELL (2015), la jurisprudencia contenciosa ya se ha pronunciado sobre la denuncia anónima, admitiéndola sobre la base no tanto del contenido de la misma, sino del resultado de la investigación realizada en la información previa. Según este autor, «la información previa radica la clave de bóveda del inicio del procedimiento sancionador, y que a su vez la denuncia anónima debe ser lo suficientemente fundada para evidenciar la eventual infracción. Otra cosa permitiría –al decir de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 26 de noviembre de 2009 (rec. 570/2006)– que el inicio de actuaciones inspectoras tributarias quedara a merced de cualquier ciudadano, y con cualquier motivación por espuria que fuera, con sólo elaborar un escrito anónimo, con la posibilidad de incluir datos obtenidos ilegítimamente e incluso con vulneración de derechos fundamentales esenciales como los de integridad física y moral, intimidad o secreto de las comunicaciones, regresando a los tiempos de la admisión incondicionada e incluso fomento de las delaciones anónimas, con grave quebranto de la dignidad de las personas y de los derechos inviolables que le son inherentes (art. 106.1 CE)».

⁴⁹ Nos referimos a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), la Agencia Europea de Seguridad Marítima (AESM), la Agencia Europea de Seguridad Aérea (AESA), la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) y la Agencia Europea de Medicamentos (EMA).

⁵⁰ Considerando 83 de la PrDPD.

dispuesto en los arts. 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los Estados miembros deben garantizar sus derechos de defensa, incluido el derecho de acceso al expediente, el derecho a ser oído y el derecho a una tutela judicial efectiva contra una decisión que le concierna con arreglo a los procedimientos aplicables establecidos en el Derecho nacional en el contexto de investigaciones o procesos judiciales ulteriores⁵¹.

10. EL CATÁLOGO DE DERECHOS DEL DENUNCIANTE Y LA POLÉMICA PROPUESTA DE ABONAR PREMIOS CUANDO SE RECUPERE DINERO PÚBLICO

Las personas que trabajan tanto en el sector público como en el sector privado son, a menudo, los primeros testigos de actos ilegales y quienes pueden dar la voz de alarma, incluso antes de que se produzcan daños. Sin embargo, es a todas luces evidente que son pocos los que se atreven a dar un paso adelante porque consideran que tienen poco que ganar y mucho que perder⁵². El art. 4 de la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes opta por reconocer seis derechos desde el momento en que se presenta una denuncia. Utilizaremos este catálogo de derechos como punto de arranque de nuestro cometario y como exposición panorámica de cuántos derechos se le podrían reconocer a los denunciantes, así como en qué términos.

En cuanto al elenco de derechos reconocidos en la citada Proposición de Ley, el primero es el más relevante y, al mismo tiempo, el más conflictivo, como ya tuvimos ocasión de explicar en anteriores epígrafes. Se declara que «las denuncias formuladas sean tramitadas por canales y procedimientos que garanticen la confidencialidad del denunciante, sin perjuicio de lo que dispongan las normas procesales. Todas las personas que intervengan en la tramitación o tengan conocimiento de la denuncia quedarán sometidas a deber de secreto en sus actuaciones. En ningún caso se considerará que los denunciantes incumplen con su deber de sigilo en el ejercicio de sus funciones» (apartado a).

El segundo derecho podría subdividirse en dos. Se establece que el denunciante tiene derecho «a recibir la información acerca de la situación administrativa de su denuncia» y además que tiene derecho «a la notificación sobre los trámites realizados y sobre las resoluciones acordadas respecto de la misma» (apartado b). Si bien el art. 62.5 de la LPACAP proclama que «la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento», la Proposición de Ley parece que se inclina por considerar al denunciante como interesado, reconociéndole derechos típicos del segundo. Debe advertirse que esta es la tónica general de todas las propuestas normativas dirigidas a proteger al denunciante y que hay escollos difíciles de salvar para impulsar esta máxima transparencia, pues el mantenimiento del secreto es, en ocasiones, ineludible en aras al buen fin de la investigación.

La Unión Europea está de acuerdo en que informar al denunciante, de la manera más completa posible, sobre la tramitación de la denuncia es crucial para generar confianza en la eficacia del sistema de protección de los informantes y reducir la probabilidad de que se produzcan nuevas denuncias o revelaciones públicas innecesarias. Por ello, entiende que deben comunicarse al denunciante, en un plazo razonable, las medidas previstas o adoptadas para tramitar la denuncia y los motivos de dicha tramitación (por ejemplo, remisión a otros cauces o procedimientos cuando la denuncia afecte exclusivamente a los derechos individuales del denunciante, archivo debido a la falta de pruebas suficientes o por otros motivos, puesta en marcha de una investigación interna y, en su caso, sus resultados o las medidas adoptadas para abordar el problema planteado, remisión a una autoridad competente con vistas a una investigación más detenida). En definitiva, el denunciante debe ser informado de los progresos y el resultado de la investigación, en la medida en que dicha información no afecte a la instrucción⁵³. Durante el transcurso de la investigación, la Unión Europea permite también que se le pueda pedir al denunciante que proporcione información adicional, pero este no tendrá la obligación de hacerlo⁵⁴. Partiendo de la condición de denunciante como la persona que da noticia a la autoridad competente de la comisión de un delito o de una infracción administrativa, sería conveniente dejar zanjada la cuestión de si este sujeto es titular únicamente de derechos o, por el contrario, se le pueden exigir el cumplimiento de algunas obligaciones. A estos efectos, sería interesante discutir la oportunidad de

⁵¹ Considerando 102 de la PrDPD.

⁵² Recommendation du Conseil de l'Europe CM/Rec (2014)7.

⁵³ Considerando 58 de la PrDPD.

⁵⁴ Considerando 58 de la PrDPD.

extrapolar los deberes exigibles a los testigos, esto es, el deber comparecer, el de prestar declaración o el de decir la verdad⁵⁵.

El tercer derecho reconocido en la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes es «a que la denuncia que presente finalice mediante resolución expresa y motivada en los términos y plazos previstos en la presente Ley» (apartado c). La Unión Europea aboga igualmente por que la tramitación y la respuesta al denunciante se produzcan en un plazo razonable. Esto se justifica por la necesidad de remediar con prontitud el problema objeto de la denuncia, así como de evitar la revelación pública innecesaria de la información. El plazo no debe exceder de tres meses, pero podrá ampliarse a seis cuando sea necesario debido a circunstancias específicas del caso, en particular la naturaleza y la complejidad del asunto, que podrían justificar una investigación larga⁵⁶.

El cuarto derecho es «a la asesoría legal gratuita en relación con la denuncia presentada» (apartado d). El art. 47.1 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón declara: «Sin necesidad de previa declaración o reconocimiento, los denunciantes recibirán de inmediato, con los recursos propios de la Agencia, asesoría legal para los hechos relacionados con su denuncia». Las personas que no estén seguras sobre cómo denunciar o si van a ser protegidos, pueden verse disuadidos de hacerlo. Por esta razón, la Unión Europea reclama que los Estados miembros faciliten información fácilmente comprensible y accesible al público en general. Es clave un asesoramiento confidencial, imparcial, individual y gratuito respecto de si, por ejemplo, la información en cuestión está cubierta por las normas aplicables sobre protección de los informantes, sobre qué cauce de denuncia es mejor utilizar y sobre los procedimientos alternativos disponibles en caso de que la información no esté cubierta por la normativa aplicable. El acceso a este asesoramiento puede ayudar a garantizar que las denuncias se realicen a través de los cauces apropiados y de manera responsable, y que las infracciones e irregularidades se detecten de forma puntual o que incluso puedan evitarse⁵⁷.

Además de la asistencia jurídica, algunas voces defienden el ofrecimiento de asistencia psicológica y médica⁵⁸. Esta aspiración tiene su reflejo con cierto pormenor en el apartado d) del art. 43.2 de la Resolución, de 27 de junio de 2019, del Director de la Agencia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción de la Comunitat Valenciana, en la cual se recoge: «Derecho a favorecer su atención y apoyo psicológico o médico a través del sistema sanitario público, cuando así lo requiera a causa de trastornos, alteraciones o cualquier tipo de perturbación derivada de los hechos denunciados».

El quinto derecho es «a la indemnidad laboral, sin que pueda sufrir ningún género de perjuicio o menoscabo en su estatuto personal y carrera profesional como consecuencia de la denuncia presentada. Se considerarán nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y decisiones que atenten contra la indemnidad laboral del denunciante, salvo que la autoridad o superior jerárquico que los hubiese emitido demuestre que no tienen relación ni traen causa alguna de la denuncia presentada» (apartado e).

El art. 47.2 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón dispone: «No podrá adoptarse, durante la investigación ni tras ella, medida alguna que perjudique al denunciante en su carrera profesional o la cesación de la relación laboral o de empleo. La protección podrá mantenerse, mediante resolución de la Agencia, incluso más allá de la culminación de los procesos de investigación que esta desarrolle, sin perjuicio de lo establecido en el apartado segundo de este artículo. En ningún caso la protección derivada de la aplicación del estatuto del denunciante le eximirá de las responsabilidades en que hubiese podido incurrir por hechos diferentes de los que constituyan objeto de la denuncia». Sin perjuicio de lo anterior, el tercer apartado de este precepto señala: «a instancia del denunciante, la Agencia podrá instar del órgano competente el traslado del denunciante a otro puesto siempre que no implique perjuicio a su estatuto personal y carrera profesional. Excepcionalmente, podrá también instar del órgano competente la concesión de permiso por tiempo determinado con mantenimiento de su retribución. La normativa de los empleados públicos establecerá las previsiones suficientes para evitar que el órgano competente deniegue los citados traslados y/o permisos y para que no se produzca una disminución relevante en las retribuciones efectivas».

⁵⁵ CATALINA BENAVENTE (2017: 26-34) realiza un interesante análisis de estas tres obligaciones de los testigos.

⁵⁶ Considerando 67 de la PrDPD.

⁵⁷ Considerando 91 de la PrDPD.

⁵⁸ GARRIDO RAMOS, Ana; GONZALO SEGURA, Luis; ALEJANDRO MACÍAS, Roberto y la Plataforma X la Honestidad: "Propuesta de Anteproyecto de Ley de protección al denunciante de corrupción en las instituciones públicas", en *Plataforma X la Honestidad*. Disponible en: <http://plataformaxlahonestidad.es/anteproyecto-ley>.

Más allá de una prohibición expresa por ley de las represalias, la Unión Europea considera que es fundamental que los denunciantes que las sufran tengan acceso a vías de recurso y a una compensación. El remedio adecuado se determinará en función del tipo de represalias sufridas y la reparación del daño deberá ser completa y acorde con la legislación nacional. En particular, la reparación del daño podrá tomar la forma de reintegración (por ejemplo, en caso de despido); de restauración de un permiso, licencia o contrato cancelados; de compensación por pérdidas financieras presentes y futuras (pérdida de salarios debidos, pero también futuras pérdidas de ingresos y costes relacionados con el cambio de profesión); reparación de otros daños económicos, como gastos jurídicos y costes de tratamiento médico, y daños inmateriales (dolor y sufrimiento)⁵⁹.

Es probable que lo que la UE denomina actos de represalia estén justificados por razones distintas de la denuncia, resultando muy difícil para los denunciantes probar el vínculo entre ambas, puesto que los autores de estas acciones pueden tener más poder y recursos para motivar sus comportamientos. Por ello, una vez que el denunciante demuestre razonablemente que ha presentado una denuncia o que ha revelado públicamente la información y que ha sufrido un perjuicio, la PrDPD apuesta por atribuir la carga de la prueba sobre la persona que haya adoptado la represalia, quien deberá demostrar que no estaba vinculada en modo alguno a la denuncia o la revelación pública⁶⁰.

El sexto derecho es «a la indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública cuando acredite la existencia de un daño individualizado y determinado económicamente consecuencia directa de la denuncia, en los términos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas» (apartado f). El reconocimiento de este derecho y su posterior aplicación es capital si, por ejemplo, el personal que tenga derecho a acceder a la información facilitada por un denunciante no cumpliera el deber de secreto profesional⁶¹. De todas formas, no acierto a ver la razón de la inclusión de este derecho en la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes; y mucho menos cuando el apartado f nos recuerda que estamos ante un derecho ya reconocido en otra norma.

El art. 38 de la Proposición de Ley de protección integral de los denunciantes de corrupción enumera los derechos de los que gozarían los denunciantes desde el momento en que presentan su denuncia ante cualquier superior jerárquico, autoridad administrativa o judicial, y en particular ante la Autoridad independiente de Protección de los Denunciantes de Corrupción u órgano autonómico competente. En líneas generales, este precepto no contiene grandes novedades, salvo una; el derecho «a un premio, por importe equivalente al 10% la cuantía efectivamente recuperada del importe total en que se cifre el perjuicio al erario público, cuando las actuaciones constitutivas de infracciones administrativas o delitos en el ámbito del Sector Público se hayan puesto de manifiesto como consecuencia de la denuncia formulada. El Estado repercutirá contra los autores de las infracciones administrativas o delitos incluidos en el ámbito de la presente Ley el importe abonado a los denunciantes como premio por su denuncia» (apartado g).

Sentada la premisa de que existe un interés público en que se revelen los comportamientos ilícitos cometidos en el seno de una Administración, habrá que explorar la posibilidad de que los poderes públicos otorguen recompensas económicas a las personas denunciantes si su información resultara útil y eficaz. En otros países, como Estados Unidos o Alemania, esta remuneración económica o contraprestación patrimonial no genera mayores preocupaciones legales o morales. Sin embargo, amparándose en el alto grado de corrupción de España, la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores ha considerado más oportuno omitir esta posibilidad para que el criterio de convicción razonable de la veracidad de la información constitutiva de alerta no pudiera verse enturbiado por este supuesto y, en ningún caso, se pudiera entrar en la valoración de las motivaciones prácticas o éticas del alertador. Sin embargo, Proposición de Ley de protección integral de los denunciantes de corrupción no muestra ningún reparo en esta vía.

A pesar de que los costes que generaría para el erario público y la invención de denuncias por parte de algunos informantes con fines lucrativos, son dos factores que juegan en contra de este planteamiento,

⁵⁹ Considerando 96 de la PrDPD.

⁶⁰ Considerando 95 de la PrDPD.

⁶¹ No obstante, porque el proceso contencioso-administrativo no es capaz de ofrecer al administrado una tutela judicial efectiva, ya que es no infrecuente que la sentencia llegue cuando las consecuencias de la actuación administrativa son irreversibles, MÍGUEZ MACHO, L. (2015) resalta la importancia del resarcimiento económico compensatorio. Sin embargo, este autor advierte también que nos encontramos ante la triste paradoja de que «la doctrina jurisprudencial tradicional se ha aferrado a esta posibilidad para endurecer la interpretación del requisito del *periculum in mora* y dificultar adicionalmente el otorgamiento de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo».

el Parlamento Europeo recalca que algunos regímenes existentes conceden beneficios financieros a los denunciantes (como un porcentaje de las sanciones aplicadas) y considera que, aunque esto debe llevarse a cabo con prudencia para evitar posibles abusos, estos beneficios financieros podrían aportar unos ingresos importantes a los denunciantes que hayan perdido su puesto de trabajo como consecuencia de una denuncia⁶². Como colofón, restaría añadir que, si el botón resulta atractivo, los trabajadores omitirán los canales internos de denuncias que adoptan las empresas dotadas de programas de cumplimiento penal y entregarán la información a las autoridades públicas. Por ello, la propuesta de ofrecer recompensas a los que denuncien debe articularse de manera que no se convierta en un desincentivo hacia la autorregulación empresarial (GIMENO BEVÍA, 2018). Asimismo, habría que determinar si los poderes públicos quedan desvinculados, por ejemplo, de las limitaciones legales referentes a la práctica de las pruebas pudiendo instruir procedimientos con la información obtenida ilícitamente por un ciudadano y entregada por este a cambio de una recompensa.

11. REFLEXIONES FINALES

Como se ha dejado entrever en el presente trabajo, parece que en estos momentos va asentándose progresivamente la idea de que es imprescindible dotar al sector público, y no sólo al sector privado, de instrumentos que faciliten el afloramiento de información sobre actuaciones ilícitas.

Tras el análisis de las distintas iniciativas legales que pretenden enaltecer la figura del denunciante como guardián de la legalidad, subyace la sensación de que se quiere trasladar, en parte, la responsabilidad de perseguir las irregularidades a la ciudadanía. Los redactores de los cambios normativos dirigidos a proteger al denunciante se dedican, con especial esmero, a vendernos que las represalias a aquellos que presenten denuncias han llegado a su fin o que cada denuncia será objeto de estudio. Oponerse públicamente a cualquier reforma legislativa de este estilo sería un atrevimiento por nuestra parte, pero entendemos que más clamoroso es que los poderes públicos, que hoy defienden una mayor protección del denunciante, no hayan entonado todavía el mea culpa en el incumplimiento de la promesa de tolerancia cero contra la corrupción.

A nuestro juicio, no puede obviarse que el reconocimiento de la posibilidad de denunciar no es ninguna novedad en nuestro sistema jurídico, como tampoco debería causar, a estas alturas, ningún asombro manifestar que el acoso laboral, las amenazas a la integridad física o los despidos improcedentes están prohibidos y castigados por ley. El hecho de que algunas Comunidades Autónomas hayan ejercido su poder legislativo con la determinación de recordar lo anterior, y el Estado y la Unión Europea se planteen hacer lo mismo, es para nosotros motivo de intranquilidad, más que de alegría.

Desde nuestro punto de vista, el dilema crucial al que nos enfrentamos no es cuántas garantías podría ofrecer nuestro ordenamiento jurídico al denunciante; sino saber si cualquiera de ellas podría llegar a ser verdaderamente útil en el caso de que la irregularidad que se revelara afectara a cierta clase política o a determinado personal al servicio de la Administración. ¿Se puede esperar que la ciudadanía en general se convierta en guardián «profesional» de la Administración? (GUICHOT REINA, 2017: 29). Si hablásemos con sinceridad llegaríamos a la conclusión de que, por ejemplo, la novedosa exigencia de que las denuncias se tramiten con diligencia o en un plazo razonable no vale de nada, si detrás no hay una voluntad firme de acatarla. No se puede ignorar aquí que la inactividad administrativa formal es una realidad cotidiana, a pesar de que los textos legales, que imponen la obligación de resolver en un tiempo concreto, se cuentan por decenas.

De todas formas, la posible transgresión de normas y procedimientos no es nunca el argumento más propicio al que aferrarse a la hora de evaluar una propuesta normativa, debemos confiar en las buenas intenciones de nuestros representantes⁶³. Después de descender a los detalles de los cuerpos normativos aprobados o en tramitación, consideramos que urge decidir si queremos proteger a alguien más que el denunciante; aclarar el papel que pueden llegar a jugar las tecnologías en la detección de los actos ilícitos;

⁶² Véase punto 34 de la Propuesta de resolución del Parlamento Europeo sobre la función de los denunciantes en la protección de los intereses financieros de la Unión (2016/2055(INI)).

⁶³ No en vano, como concluye GÓNZALEZ PÉREZ (2016: 96-97), «se reconoce y se reitera hasta la saciedad que el Derecho no lo puede todo, que hay muchas cosas que no se arreglan con normas, que el Derecho tiene sus limitaciones. Pero se acaba en el Derecho. Es más, ante la desconfianza en las virtudes humanas, se estiman ineludibles las leyes, leyes duras que establezcan unas obligaciones y deberes, que no son sino exigencias elementales éticas olvidadas, que sancionen su incumplimiento».

explicar mejor hasta qué punto es factible denunciar y reprimir un comportamiento antes de que se pueda convertir en casos de fraude o corrupción; esclarecer cómo afectaría a la tramitación de la denuncia el dato de que el ilícito tuviera relevancia administrativa o penal⁶⁴; justificar de manera más convincente la oportunidad de aplicar el estatuto del denunciante cuando el denunciante hubiera participado en la comisión de la irregularidad que se pone en conocimiento de la autoridad competente, etc.

Por supuesto, hay otra serie de cuestiones que merecen ser objeto de una reflexión crítica; con todo, pensamos que la mayoría de los titubeos o silencios regulatorios, a los que hemos hecho alusión en las anteriores páginas, tienen su origen en una pretensión y en un temor. El objetivo que se pretende alcanzar es que la sociedad colabore en el acatamiento del Derecho. Esta participación ciudadana contribuiría al desarrollo de una función pública, como es el control de la legalidad, con menos recursos y prescindiendo de las formalidades inherentes a cualquier proceso de investigación; pues está claro que el denunciante no va a advertir al denunciado de sus intenciones. Sin embargo, no se debe menospreciar los riesgos e inconvenientes que acarrea la materialización del precedente objetivo, se podría iniciar una caza de brujas y el marco legal a favor del denunciante podría ser utilizado al servicio de la inquina personal. En consonancia con lo dicho, más que la letra de la norma será la aplicación que de la misma se haga la que nos permitirá emitir un juicio definitivo acerca de si la protección del denunciante ha sido un admirable acierto o un error garrafal.

12. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014): “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 195, págs. 135-167.
- AMOEDO BARREIRO, D. J. (2017): “Hacia una ley de protección para los denunciantes de corrupción en España”, en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 3.
- AMOEDO BARREIRO, D. J. (2018): “Los sistemas informáticos de detección de malas prácticas: herramientas esenciales para la prevención de la corrupción”, en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 6.
- ARIAS RODRÍGUEZ, A. (2017): “Instituciones de control y prevención de la corrupción. Hay novedades”, en *Fiscalización.es*. Disponible en: <https://fiscalizacion.es/2017/01/14/control-prevencion-corrupcion/>.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2015): “Habeas denuncia. Identidad del denunciante en el procedimiento sancionador”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40.
- BENÍTEZ PALMA, E. (2017): “La convivencia entre los Órganos de Control Externo (OCEX) y las Agencias Autonómicas de Prevención y Lucha contra la Corrupción”, en *Auditoría Pública*, núm. 69.
- CANO CAMPOS, T. (2016): “El Autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 201, págs. 25-68. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.201.02>.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. (2016): “Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora: límites y propuestas para la prevención de la corrupción. En particular, el caso de la Oficina Antifraude de Cataluña”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 53, págs. 13-30.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. (2019): “Las herramientas inteligentes anticorrupción: entre la aventura tecnológica y el orden jurídico”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2010): “Ética pública y normativa administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 181.
- CATALINA BENAVENTE, M. A. (2017): “La prueba de los testigos y peritos y la intervención de intérpretes en el proceso”, en FARALDO CABANA, P.: *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, págs. 26-34. Madrid: Tirant lo Blanch.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014): *El Principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- COBREROS MENDAZONA, E. (1995): “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, págs. 761-794.
- DOBARRO GÓMEZ, C. (2005): “La pasividad de la Administración ante la denuncia administrativa: cauces procesales para la satisfacción del denunciante”, en *Revista Xurídica Galega*, núm. 47, págs. 67-73.
- GARRIDO RAMOS, A.; GONZALO SEGURA, L.; ALEJANDRO MACÍAS, R. y Plataforma X la Honestidad (2019): “Propuesta de Anteproyecto de Ley de protección al denunciante de corrupción en las instituciones públicas”, en *Plataforma X la Honestidad*. Disponible en: <http://plataformaxlahonestidad.es/anteproyecto-ley>.

⁶⁴ Como explica ALARCÓN SOTOMAYOR (2014: 162) «la imposición de sanciones administrativas está rodeada de muchas menos garantías materiales y formales que la de las penas, y cuando de lo que se trata es de castigar hay que asegurarle al acusado y a las víctimas que lo hagan personas independientes, imparciales, inamovibles, responsables y sometidas únicamente al imperio de la ley».

- GIMENO BEVÍA, J. (2018): “De falciani a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)”, en *Diario La Ley*, núm. 9.139, Sección Tribuna.
- GÓNZALEZ PÉREZ, J. (2016): *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*. Madrid: Thomson Civitas.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2019): “Los denunciantes como instrumento de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las leyes «anticorrupción»”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y SIERRA RODRÍGUEZ, J. (coords.): *Especial. Transparencia y lucha contra la corrupción*. Madrid: Wolters Kluwer.
- GOUVERNEMENT FRANCAIS (2019): “Fake news: guide des questions à se poser face à une information”, en *gouvernement.fr*. Disponible en web: <https://www.gouvernement.fr/fake-news-guide-des-questions-a-se-poser-face-a-une-information>.
- GUICHOT REINA, E. (2017): “¿Cuánto hemos avanzado en transparencia?”, en *Revista Española de la Transparencia*, núm. 5, págs. 24-30.
- KOLOTÚSHKINA, N. (2018): “VERIPOL: la herramienta de la Policía para detectar denuncias falsas”, en RTVE.es. Disponible en web: <http://www.rtve.es/noticias/20181102/veripol-herramienta-policia-para-detectar-denuncias-falsas/1831344.shtml>.
- MÍGUEZ MACHO, L. (2015): “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38.
- MORAL GARCÍA, A. (2016): “Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104, 2, págs. 43-44.
- NIETO GARCÍA, A. (2012): *Derecho Administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos (4.ª ed.).
- PALOMAR OLMEDA, A. (2016): “¿Hay vida en la Administración después de la corrupción?”, en *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 1.
- PONCE SOLÉ, J. (2012): “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local: (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, en *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, págs. 104-105.
- PONCE SOLÉ, J. (2017): “Las Agencias Anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo”, en *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 3.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA (2017): *El Índice de Percepción de la Corrupción 2017 refleja un alto nivel de corrupción en más de dos tercios de los países del mundo* (consultado 05-07-2019). Disponible en web: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/aspectos_mas_destacados_ipc-2017.pdf.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA (2017): *Position Paper de Transparencia Internacional España sobre protección de denunciantes (whistleblowing)*. Disponible en web: <https://transparencia.org.es/proteccion-de-denunciantes/>.
- VALERO TORRIJOS, J. (2019): “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, págs. 82-96.
- VESTRI, G. (2019): “Aproximación al sistema de «whistleblowing». Un nuevo desafío para la Administración pública española”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51.



Nulidad radical de un Acuerdo municipal de apoyo al proceso soberanista catalán (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2088/2019, de 26 de junio)¹

Automatic nullity of a municipal act supporting the Catalanian Procès (Spanish Supreme Court's Sentence 2088/2019, of 26th June)

Gustavo Manuel Díaz González
Universidad de Oviedo (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4796-2883>
diazgustavo@uniovi.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia (2015) y Oviedo (2018) y Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. Durante los cursos 2016/2017 y 2017/2018 trabajó como Investigador Postdoctoral en la Cátedra de Derecho Constitucional, Administrativo, Europeo y Comparado de la Universidad de Constanza dirigida por el Prof. Dr. D. Hans C. Röhl. Es miembro del Grupo de Investigación «Derecho Administrativo (DA)» de la Universidad de Oviedo, dirigido por el Prof. Dr. D. Alejandro Huergo Lora. Sus principales líneas de investigación son el sistema de fuentes y la internacionalización del Derecho Público.

RESUMEN

El Tribunal Supremo ha declarado, por virtud de la sentencia núm. 2088/2019, de 26 de junio, la nulidad de pleno derecho de un Acuerdo del Pleno del municipio de Caldes de Montbui en el que se proclamaba la adhesión de la corporación al proceso soberanista catalán. Aun alcanzando una conclusión acertada, la Sentencia adolece de importantes debilidades argumentales, toda vez que, de una parte, en ella se adopta una postura excesivamente restrictiva en relación con las posibilidades de actuación estrictamente política de los ayuntamientos y, de otra, no se consideran diversos elementos de juicio relevantes para la resolución del recurso, que habrían permitido una mejor justificación de la declaración de nulidad del Acuerdo impugnado.

PALABRAS CLAVE

Autonomía local; acto de gobierno; competencias municipales; Procès catalán; vinculación positiva a la ley.

ABSTRACT

Spanish Supreme Court's Sentence 2088/2019, of 26th June, has upheld the appeal of invalidity of an act which had declared the support of the municipality of Caldes de Montbui to the Independence of Catalonia.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación de referencia FC-GRUPIN-IDI/2018/000202 de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo del Principado de Asturias, cuyo Investigador Principal es el Prof. Dr. D. José Pedreira Menéndez.

Though having reached to the right solution, the Sentence is not completely well-founded, since, on the one hand, it is based on a very restrictive understanding of the capacity of local entities in order to develop their strictly political activities, and, on the other hand, it does not take into account some other aspects which could have been the basis for a better legal reasoning.

KEYWORDS

Local self-government; governmental act; municipal competences; Catalanian Procès; positive binding to the law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SÍNTESIS DEL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL ACUERDO DEL PLENO DEL MUNICIPIO DE CALDES DE MONTBUI, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE JUNIO DE 2019. III. COMENTARIO CRÍTICO DE LA RESOLUCIÓN. 1. UN RECHAZO CERTERO, AUNQUE UN TANTO TÍMIDO, DE LA APLICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS DE GOBIERNO. 2. UNA APLICACIÓN NO MATIZADA Y FALTA DE PRECEDENTES DE LOS PRINCIPIOS DE COMPETENCIA Y LEGALIDAD A LA ACTIVIDAD MERAMENTE DECLAMATORIA DE LAS ENTIDADES LOCALES. 3. UN OLVIDO PATENTE DE DIVERSOS CRITERIOS ADICIONALES DE ARGUMENTACIÓN. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo ha escrito recientemente una de las páginas jurídicas más interesantes del, en términos políticos, al menos para el autor de estas líneas, ya muy tedioso proceso soberanista catalán. Por virtud de la Sentencia núm. 2088/2019, de 26 de junio, cuya doctrina reproducen íntegramente dos resoluciones posteriores², la Sección 4.ª de la Sala 3.ª del Alto Tribunal ha declarado la nulidad de pleno derecho, por falta manifiesta de competencia, del Acuerdo del Pleno del municipio de Caldes de Montbui de 28 de febrero de 2013, en el que, en esencia, se manifestaba el apoyo de la corporación a la autodeterminación de la Comunidad Autónoma catalana. Concluye así el periplo jurisdiccional de una resolución que las instancias procesales inferiores habían valorado de forma dispar: así, mientras que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona había estimado íntegramente el recurso interpuesto frente al Acuerdo por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma (Sentencia núm. 95/2014, de 25 de marzo), la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había adoptado una postura que se pretendía más equilibrada, al entender que tan solo una parte de la resolución controvertida trascendía el contexto estrictamente político, desplegando auténticos efectos jurídicos, y que, por consiguiente, tan solo a dicha parte debía afectar la declaración de nulidad (Sentencia núm. 522/2017, de 26 de junio). El Tribunal Supremo, en los términos que seguidamente se verán, ha casado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia y confirmado la del Juzgado.

Lo delicado de la problemática política subyacente y la falta de precedentes jurisprudenciales inmediatos aconsejaban que la resolución del recurso se llevara a cabo con un particular esfuerzo de motivación. No ha obrado así, en nuestra opinión, el Tribunal Supremo: como habrá de ponerse de manifiesto en la exposición sucesiva, el Alto Tribunal ha adoptado una comprensión sumamente restrictiva de las posibilidades de actuación estrictamente política de los ayuntamientos, basándose en una lectura inflexible de los principios de legalidad y competencia y obviando no solo algunas resoluciones previas en las que se había partido de una lectura más matizada de los mismos, sino también diversas líneas de razonamiento que, desde nuestro punto de vista, habrían permitido una más correcta justificación de la declaración de nulidad del Acuerdo municipal impugnado. Ello nos mueve a exponer, en las páginas que siguen, tras una referencia sucinta a las diferentes líneas de argumentación en que se han basado los distintos órganos judiciales que han conocido del asunto (II), nuestra propia visión sobre el particular (III). Cerraremos nuestro trabajo con la formulación de unas breves conclusiones (IV).

² Sentencias de la Sección 4.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo núm. 937/2018, de 28 de junio, y núm. 448/2019, de 1 de julio, que declaran, igualmente, la nulidad de pleno derecho de sendos Acuerdos municipales de contenido similar al controvertido en la resolución objeto de comentario.

II. SÍNTESIS DEL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL ACUERDO DEL PLENO DEL MUNICIPIO DE CALDES DE MONTBUI, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE JUNIO DE 2019

El Acuerdo del Pleno del municipio de Caldes de Montbui incorporaba un contenido complejo, en el sentido de que no se limitaba a una adhesión ideológica al proceso soberanista catalán, sino que incluía varias declaraciones de alcance diverso –lo que, como se ha destacado *supra*, motivó la declaración de la nulidad solo parcial del Acuerdo por parte del Tribunal Superior de Justicia–. El Acuerdo proclamaba, en primer lugar, la caracterización del municipio como territorio catalán, libre y soberano (apdo. 1); declaraba, asimismo, que la voluntad mayoritaria de sus ciudadanos era la de que la soberanía fuera ejercida por el Estado libre y soberano (apdo. 2); solicitaba al *Parlament* de Cataluña que avanzase para la consecución de este objetivo y que, entretanto, gestionara los problemas de la sociedad catalana, con vistas al referido futuro independiente y con especial consideración de los ciudadanos más necesitados (apdo. 3); y acordaba, por último, hacer públicas tales declaraciones, a fin de que este paso adelante animara a otros municipios a hacer lo propio y para solidarizarse con quienes estaban viéndose asediados por haberse manifestado de manera similar (apdo. 4)³.

Por Sentencia núm. 95/2014, de 25 de marzo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona estimó íntegramente el recurso interpuesto frente a la resolución municipal por la Delegación del Gobierno en Cataluña. De acuerdo con la síntesis que, al respecto, ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo objeto de comentario en su Antecedente de Hecho tercero, el Juzgado razonó en los siguientes términos: en primer lugar, el Acuerdo municipal impugnado habría de ser considerado como una forma de actividad administrativa impugnabile, por no faltarle habilidad para la producción de efectos jurídicos frente a terceros ni ser posible su caracterización como acto político no susceptible de control; en segundo lugar, el Acuerdo sería revelador del propósito de llevar a cabo una alteración del marco constitucional al margen de los procedimientos establecidos; en tercer lugar, faltaría al municipio cualquier atribución legal, exigible de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LBRL), de la competencia para la adopción de un Acuerdo como el controvertido, de imposible conexión, además, con la esfera de actuación autónoma que se encuentra constitucionalmente garantizada a favor de las entidades locales; y, por último, el Acuerdo resultaría «paradigmático» del exceso competencial municipal, dada su incidencia sobre aspectos constitucionales basilares (titularidad de la soberanía, integridad territorial del Estado y precisión de sus fronteras, relaciones internacionales, organización territorial del Estado y derechos y libertades de sus ciudadanos); motivos todos ellos por los cuales declaraba la nulidad de pleno derecho del Acuerdo por falta manifiesta de competencia.

Frente a esta Sentencia interpuso la representación procesal del Ayuntamiento de Caldes de Montbui recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con base en los argumentos siguientes: (i) el Acuerdo constituiría una declaración adoptada por un órgano de representación democrática y poseería un carácter netamente político, lo que determinaría su no sujeción al Derecho administrativo, su inhabilidad para producir efectos jurídicos (en el sentido de dar lugar a la extinción o modificación de derechos u obligaciones), y, consiguientemente, la imposibilidad de su impugnación jurisdiccional; (ii) al Acuerdo no podrían tampoco asociarse desarrollos futuros, al carecer el municipio y sus miembros de la potestad de participación en un diálogo o negociación institucionales con vistas a la revisión del marco constitucional y al no prever aquellas actuaciones subsiguientes; (iii) en último término, la resolución habría de ser considerada como una forma de ejercicio del derecho de petición.

Como se ha adelantado, el Tribunal Superior de Justicia acordó, en su Sentencia núm. 522/2017, de 26 de junio, la estimación parcial del recurso de apelación, limitando la declaración de nulidad a los dos primeros apartados del Acuerdo municipal controvertido. La resolución del recurso había de partir, en opinión del Tribunal, de la comprensión siguiente: en modo alguno era discutible que el Acuerdo municipal incorporase

³ El tenor literal del Acuerdo, reproducido por la Sentencia del Tribunal Supremo en el primer Antecedente de Hecho, era, además de la que se describe como una amplia exposición introductoria, el siguiente: «1. Declarar que el municipi de Caldes de Montbui es territori català lliure i sobirà. 2. Declarar que la voluntat majoritaria del seus ciutadans és que aquesta sobirania sigui exercida per un nou estat lliure i sobirà. 3. Demanar al Parlament de Catalunya que treballi per aconseguir aquesta fita com abans millor, i que entre tanti gestioni la solució des problemes que afronta Catalunya, pensant en aquest futur i en el present del mes necessitats del seus ciutadans. 4. Fer públics aquests acords, com a incentiu per altres municipis i com a solidaritat amb aquells que están assetjats per haver-se manifestat en forma similar».

contenidos que entraban en colisión con el texto constitucional, hecho que ni siquiera la corporación autora del mismo contestaba; lo verdaderamente importante era, por el contrario, determinar si la resolución se limitaba al ámbito estrictamente político o si, en cambio, resultaba apta para la producción de auténticos efectos jurídicos, pues solo en el segundo caso procedería su control jurisdiccional, toda vez que, siempre en opinión del Tribunal Superior de Justicia, de conformidad con lo afirmado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 42/2014, de 25 de marzo, por la que se resolvió sobre la Declaración de Soberanía del *Parlament* catalán, «la mera suscripción de un enunciado inconstitucional no es un hecho que por sí mismo permita una fiscalización judicial (*la mera subscripció d'un enunciat inconstitucional no és un fet que per sí sol permeti una fiscalització judicial*)». El Acuerdo municipal poseería una base política incontrovertible, lo que no sería, sin embargo, motivo suficiente para excluir el control judicial, habida cuenta de que la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), ha consagrado la superación de la tradicional doctrina del acto político y la posibilidad de fiscalización del conjunto de la actividad de las Administraciones Públicas sometida al Derecho administrativo. Ello determinaría, en fin, la irrelevancia de las argumentaciones basadas en la libertad de expresión, en la existencia de una efectiva atribución de competencia municipal en la materia o en el principio de objetividad, pues el dato decisivo para entrar a analizar la posible invalidez del Acuerdo sería su aptitud para producir efectos jurídicos⁴.

Sobre la referida base argumental, y a partir de un recordatorio de la doctrina constitucional afirmada en la STC 42/2014, de 25 de marzo, que estimó aplicable al caso [en concreto, aquella por virtud de la que «el mero enunciado de una proposición contraria a la Constitución (...) no constituye objeto de enjuiciamiento por este Tribunal»], declaró el Tribunal Superior de Justicia que debían considerarse sujetos a control jurisdiccional los pasajes del Acuerdo recurrido «formulados materialmente como una resolución jurídica», esto es, los «que [tenían] un contenido asertivo e [incluían] una declaración formal que se proyecta[ba] sobre el estatuto jurídico de las instituciones o de las personas». «En nada cambiar[ía]n las cosas», proseguiría el Tribunal, por el hecho de que dichos pasajes poseyeran un «perfil simbólico», pues su anulación, de resultar aptos para la producción de efectos jurídicos, sería necesaria por estrictas razones de seguridad jurídica.

Esta sería la situación, concluiría el Tribunal Superior de Justicia, en que se encontraban los dos primeros apartados del Acuerdo impugnado, de los que resultaban la caracterización del municipio como territorio catalán, libre y soberano, y la afirmación de que la voluntad mayoritaria de sus ciudadanos era la de que dicha soberanía fuera ejercida por un nuevo Estado libre y soberano, no así la petición dirigida al *Parlament* ni la decisión de hacer públicas tales declaraciones, que no rebasarían el ámbito estrictamente político, debiendo considerarse, por lo tanto, excluidas del control judicial y, consiguientemente, afectadas favorablemente por la estimación parcial del recurso de apelación⁵.

En un escenario como el descrito –es decir, a la vista de dos resoluciones previas del asunto de signo diferente–, el Tribunal Supremo, que hubo de conocer del caso de resultas de la interposición de un recurso de casación por la Abogacía del Estado, ha acordado poner punto final a la controversia en los mismos términos en los que originariamente lo había hecho el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona. De acuerdo con el Auto núm. 5954/2018, de 30 de mayo, por el que se admitió a trámite el recurso de casación, presentaban interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las siguientes cuestiones: (a) posibilidad de anulación de un Acuerdo municipal relativo a cuestiones consideradas por la mayoría de los Concejales de la corporación como poseedoras de interés para el conjunto de los vecinos, pese a su desvinculación con respecto a las competencias legalmente atribuidas al municipio; (b) posible relevancia, a estos efectos, de la naturaleza política de la declaración controvertida; y (c) posible relevancia, nuevamente a estos efectos, de que el Acuerdo agote su eficacia en el mismo hecho de la declaración.

En primer lugar, el Tribunal Supremo realiza un importante esfuerzo argumentativo encaminado a la corrección del pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia en lo que hace a la caracterización de algunos de los contenidos del Acuerdo municipal controvertido como propios de un acto político sustraído a toda posibilidad de control jurisdiccional. En este sentido, con ánimo ciertamente pedagógico, efectúa un recordatorio de su propia jurisprudencia en relación con la superación, por imperativo constitucional y legal, de la vieja doctrina del acto político del Gobierno, subrayando cómo, pese a la no sujeción de dicha categoría de actos al Derecho administrativo, por tratarse los mismos de resoluciones por las que se adoptan decisiones típicamente directivas de la acción política con total libertad en cuanto a sus fines, es admisible –y obligado– el

⁴ FJ 2.º de la Sentencia núm. 522/2017, de 26 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

⁵ FJ 3.º de la Sentencia.

control jurisdiccional de aquellos de sus elementos reglados que la jurisprudencia considera «judicialmente asequibles». A mayor abundamiento, prosigue el Tribunal Supremo, el hecho de que el artículo 2.a) de la LJCA no mencione los actos de las entidades locales al referirse a los sometidos a este peculiar régimen de control judicial es indiciario de las dificultades de admisión de su existencia en el ámbito local. De esta forma, concluye el Alto Tribunal afirmando la incorrección de la Sentencia objeto de recurso en este punto y la necesidad de acordar su casación⁶.

En conexión con lo anterior, razona a continuación el Tribunal Supremo sobre la (im)procedencia de la invocación de la doctrina afirmada en la STC 42/2014, de 25 de marzo, como fundamento de la restricción del alcance del control judicial del Acuerdo municipal controvertido. En este sentido, afirma que el peculiar contexto en el que la naturaleza política de la resolución objeto de fiscalización adquiriría relevancia –se trataba de un procedimiento sustanciado de conformidad con lo establecido en el Título V de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC)– hace que devengan irrelevantes, a los efectos del asunto de que conoce, las afirmaciones allí vertidas, por cuanto la lógica que sigue la admisibilidad en el orden contencioso-administrativo es autónoma con respecto a la de esta singular modalidad de proceso constitucional⁷. De ello resulta la inexistencia de espacios de actuación de los poderes públicos al margen de la ley, pues, de acuerdo con los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución, todas las Administraciones Públicas se encuentran positivamente vinculadas al principio de legalidad⁸.

De esta forma, los términos del recurso de casación son reformulados por el Tribunal Supremo, que orienta la resolución del mismo a la determinación de si el Acuerdo del municipio de Caldes de Montbui es o no acorde con el marco constitucional –concepto integrante aquí de las normas del bloque de constitucionalidad relevantes para la resolución del asunto, esto es, las disposiciones sobre Derecho local de rango constitucional y estatutario–, con el Derecho supranacional –se citan, a estos efectos, la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 (en adelante, CEAL), el Convenio-Marco europeo sobre cooperación transfronteriza de 11 de mayo de 1980, comúnmente denominado Convenio de Madrid, y el Reglamento (CE) núm. 1082/2006, de 5 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial– y con la normativa legal definitoria de la autonomía local. Así, y a partir de una cita de la reiterada doctrina constitucional relativa a la forzosa toma en consideración, por parte del legislador ordinario, de la presencia de intereses locales y/o supralocales en la definición de las competencias del municipio, concluye el Tribunal Supremo la inexistencia de norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que conecte el contenido del Acuerdo controvertido con el interés de la comunidad local⁹. La exigencia de determinación legal de las competencias del municipio, consagrada ex artículo 25.2 de la LBRL, refuerza la anterior comprensión del problema¹⁰.

Lo expuesto fuerza al Tribunal Supremo a acordar la estimación del recurso de casación. Desecha, en este sentido, la diferenciación en que se basaba el Tribunal Superior de Justicia en relación con la impugnabilidad de la actuación administrativa en función de lo político de sus contenidos, de sus efectos y de su finalidad, declarando la necesidad de valoración conjunta del Acuerdo municipal, de la que resulta la falta manifiesta de competencia para su dictado, determinante de la estimación de su carácter nulo de pleno derecho. En aparente contradicción con el razonamiento inicial en relación con el análisis del fondo del asunto, los *efectos prácticos directos* y el *contenido administrativo* de la resolución adquieren inmediatamente, sin embargo, una relevancia decisiva en orden a acordar la aplicación de la sanción recién referida. El Acuerdo municipal que aboga por una alteración total de la organización territorial del Estado sin considerar siquiera la activación del procedimiento de reforma de la Constitución, prosigue el Alto Tribunal, es contrario a los principios de lealtad institucional (proclamado, en su formulación específicamente local, en el artículo 55 de la LBRL) y de objetividad de la actuación local (artículos 103.1 de la Constitución y 6.1 de la LBRL). Concluye en este punto el Tribunal Supremo subrayando la total desconexión de la cuestión tratada en el Acuerdo controvertido con el interés del municipio, al afirmar que «una Administración Pública no se puede manifestar en una materia de la trascendencia de la que aborda el acuerdo recurrido asumiendo una posición de parte e identificando con ella a la Corporación misma, mucho menos sin manifestar que la misma no se adopta con el acuerdo unánime de los miembros de la Corporación, que en este caso no ha existido»¹¹.

⁶ FJ 2.º de la Sentencia núm. 2088/2019, de 26 de junio, del Tribunal Supremo.

⁷ FJ 4.º de la Sentencia.

⁸ FJ 5.º de la Sentencia.

⁹ FJ 6.º de la Sentencia.

¹⁰ FJ 7.º de la Sentencia.

¹¹ FJ 8.º de la Sentencia.

En consonancia con los razonamientos referidos, el Tribunal Supremo acuerda la casación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, confirmando el pronunciamiento del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona, y responde a las cuestiones que justificaban la identificación del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia afirmando que (i) es ciertamente procedente la declaración de nulidad de un Acuerdo municipal de contenido eminentemente político que se presente carente de conexión con el círculo de intereses de la corporación y con las competencias legalmente atribuidas a la entidad local; que (ii) las declaraciones municipales de dicha naturaleza han de respetar el principio de vinculación positiva a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; y que (iii) a estos efectos es irrelevante que la resolución en cada caso controvertida agote o no sus efectos en la propia declaración¹².

III. COMENTARIO CRÍTICO DE LA RESOLUCIÓN

Descrita sumariamente la valoración de que es objeto el Acuerdo del Pleno del municipio de Caldes de Montbui de 28 de febrero de 2013 en las diversas instancias judiciales, procede en este momento abordar el comentario crítico de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2088/2019, de 26 de junio, por la que se ha declarado su nulidad de pleno derecho. Como ha quedado dicho en la *Introducción* del presente trabajo, son diversos los extremos de la argumentación desarrollada por el Tribunal Supremo que entendemos incorrectos o insuficientemente fundados. Al análisis crítico de los mismos se dedican las páginas que siguen, en las que se considerarán específicamente la debilidad –solo relativa– de la forma en que el Alto Tribunal excluye la aplicación de los límites de fiscalización jurisdiccional de los actos de gobierno al Acuerdo municipal controvertido (1), la cuestionable reconducción de los problemas jurídicos planteados a una comprensión no matizada de los principios de competencia y legalidad (2) y la criticable falta de toma en consideración de ulteriores extremos relevantes en la resolución del recurso de casación que da lugar al dictado de la Sentencia (3).

1. Un rechazo certero, aunque un tanto tímido, de la aplicación de las restricciones del control jurisdiccional de los actos de gobierno

Es claro que no procede ensayar aquí una reconstrucción de la compleja problemática relativa al concepto de acto político o de gobierno, categoría, esta, objeto en su día de un muy rico debate doctrinal y sujeta en la actualidad a un régimen de control jurisdiccional específico. El mismo se basa en el rechazo de la existencia de actos de las Administraciones Públicas que, por su carácter netamente político, no sean susceptibles de control jurisdiccional, pero, al mismo tiempo, consagra una limitación del alcance de dicha posibilidad de fiscalización con respecto a los mismos a la tutela de los derechos fundamentales, a la verificación del respeto de la disciplina aplicable a sus elementos reglados y a la determinación de las indemnizaciones a las que, en su caso, den lugar; tratamiento, en fin, del que exclusivamente pueden verse beneficiados los actos del Gobierno de la Nación y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas [artículo 2.a) de la LJCA]¹³.

Es igualmente claro que la postura sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con la posible aplicación de la doctrina del acto de gobierno al Acuerdo municipal impugnado era manifiestamente incorrecta. Recuérdese, en este sentido, que el órgano jurisdiccional partía de la consideración de que la total falta de efectos jurídicos de los dos últimos apartados del Acuerdo conduciría a la imposibilidad de proceder a su control en sede jurisdiccional: el contenido de aquellos –neta, y ya no solo eminentemente, político– resultaría determinante de la exclusión de *toda* forma de fiscalización judicial. Ya desde una perspectiva general, la necesidad de desechar una tal conclusión se impone con evidencia: si bien es cierto que en ningún caso podría admitirse una sustitución judicial de la decisión, política, adoptada por el Pleno del Ayuntamiento de Caldes de Montbui, no lo es menos que en modo alguno nos encontramos ante una resolución no sometida al Derecho administrativo y que la hipótesis de su anulación jurisdiccional no se sustentaría en la mejor o peor consideración de que fuera merecedor, en términos metajurídicos, el contenido del

¹² FJ 9.º de la Sentencia.

¹³ Sobre el contexto en el que se adoptó la regulación referida y los principales problemas interpretativos que la misma plantea, cfr. la sumaria pero muy clarificadora exposición de SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2010): *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: comentario*, págs. 83-85. Madrid: lustel.

Acuerdo, sino en el examen del efectivo cumplimiento de los requisitos de validez aplicables a la totalidad de actos de las Administraciones Públicas —en concreto, de la competencia para su adopción, elemento reglado por excelencia—, entre los que, claro está, se encuentran también aquellos para cuya adopción las mismas disfrutaban de amplios márgenes de discrecionalidad.

Al pronunciarse sobre la (in)corrección de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia en lo que hace a este concreto aspecto, el Tribunal Supremo, como ya hemos visto, centra los términos de la cuestión en la improcedencia de la aplicación de las restricciones al control judicial previstas en el artículo 2.a) de la LJCA por tratarse la resolución impugnada de un Acuerdo adoptado *por el Pleno de un municipio*, órgano al que el precepto mencionado no hace referencia. Sin embargo, el Alto Tribunal se muestra, a este respecto, menos tajante que en resoluciones anteriores, entre las que la mejor doctrina¹⁴ destaca la Sentencia de la Sección 4.ª de la Sala 3.ª de 24 de noviembre de 2003 (recurso de casación núm. 7786/00), en la que, con base en una interpretación literal del artículo 2.a) de la LJCA, se excluía *a radice* la consideración como acto de gobierno de un Acuerdo municipal de declaración de una empresa como persona *non grata* no solo en términos objetivos, sino también subjetivos, dada la autoría del mismo¹⁵. En la Sentencia objeto de comentario, sin embargo, la ausencia de mención de los órganos de gobierno de las entidades locales en el artículo 2.a) de la LJCA es considerada como mero «índice de la dificultad de que, *al menos en principio*, estos entes puedan adoptar acuerdos de orientación de su autogobierno en los que el contenido de la decisión sea enteramente libre en cuanto al fin» (énfasis añadido)¹⁶. Es obvio que el inciso reproducido, pese a la aplicación material, también en la resolución objeto de comentario, de la interpretación gramatical del artículo 2.a) de la LJCA, podría terminar abriendo en el futuro la puerta a una reconsideración de la cuestión, que se traduciría en una extensión del más laxo régimen de fiscalización jurisdiccional de los actos de gobierno a favor de algunos de los provenientes de las Administraciones locales.

La anterior vacilación del Tribunal Supremo en relación con la interpretación del tantas veces citado artículo 2.a) de la LJCA es debida, en nuestra opinión, a lo discutible de la redacción que el precepto incorpora. Admitida legalmente —y este es el incontrovertible dato del que ha de partirse— la existencia de actos cuya estrecha vinculación con la función de dirección política implica una forzosa (y, en todo caso, solo parcial) inhibición de la jurisdicción contencioso-administrativa en el desarrollo de su función de control sobre los mismos, la opción por excluir la aplicación del (por otro lado, y por diversos motivos, muy problemático) régimen referido a la totalidad de resoluciones de origen local parece difícilmente compatible con el principio constitucional de autonomía, pues hace de casi ínfima condición, particularmente, a la Administración municipal, en cuya labor netamente política están presentes las características de la que es propia de los niveles estatal y autonómico que justifican, de acuerdo con la decisión definitivamente adoptada por nuestro legislador procesal, la regulación del artículo 2.a) de la LJCA. No puede extrañar, así, que incluso se haya defendido, en ocasiones, la extensión de la categoría conceptual del acto de gobierno a algunos de los dictados por las instancias locales¹⁷. Desde otra perspectiva, y en conexión con lo anterior, debe subrayarse, en fin, que quienes se han mostrado más abiertamente favorables a la exclusión referida se han posicionado en este sentido no por considerar intrínsecamente diferente la tarea de gobierno local de sus equivalentes en los niveles estatal y autonómico, sino por su rechazo, perfectamente comprensible en términos constitucionales, de la idea de la existencia de ámbitos de la actuación administrativa no sujetos parcialmente al control judicial¹⁸.

Tales defectos, ello resulta evidente, no son imputables al Tribunal Supremo. Lo sorprendente de la Sentencia objeto de comentario en lo que hace a esta específica cuestión no es ya que la misma no tenga en cuenta la naturaleza esencialmente política de la declaración al razonar sobre su invalidez —aspecto sobre el que se volverá *infra*, en la segunda sección del presente epígrafe—, sino su falta de contundencia

¹⁴ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.) (2017): *1.700 Preguntas sobre Contencioso-Administrativo*. Madrid: Lefebvre-El Derecho.

¹⁵ FJ 4.º de la Sentencia de 24 de noviembre de 2003 del Tribunal Supremo (recurso de casación núm. 7786/00).

¹⁶ FJ 2.º de la Sentencia núm. 2088/2019, de 26 de junio, del Tribunal Supremo.

¹⁷ En este sentido, *vid.*, en relación, particularmente, con las declaraciones políticas de los órganos municipales, problemática a la que afecta la Sentencia objeto de análisis, GARRIDO CUENCA, N. (1998): *El Acto de Gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español*, págs. 595 y sigs. Barcelona: Cedecs; y BARATA I MIR, J. (1999): *Los actos de gobierno en el ámbito municipal*, págs. 81 y ss. Madrid: Tecnos.

¹⁸ En este sentido, véase, particularmente, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2002): "Actos de gobierno y Administración Local", en BAÑO LEÓN, J. M.ª y CLIMENT BARBERÁ J. (coords.): *Nuevas perspectivas del Régimen Local: estudios en Homenaje al Profesor José M.ª Boquera Oliver*, págs. 639-683 (*passim* y, especialmente, págs. 680-681). Valencia: Tirant lo Blanch.

al descartar la consideración del Acuerdo impugnado como acto de gobierno. Si la vertiente material de la resolución municipal recurrida ya es, por sí misma, motivo suficiente para la inaplicación del artículo 1.2 de la LJCA —el Acuerdo no deja de encontrarse sujeto, pese a lo eminentemente político de su contenido y a su inhabilidad para la producción de efectos jurídicos inmediatos, al Derecho administrativo, y de dicha premisa parte correctamente el Tribunal Supremo, y su adopción no está relacionada con la labor de dirección política de la corporación—, la perspectiva subjetiva —la autoría municipal del acto— conduce, en términos jurídico-positivos, a la exclusión inmediata de cualquier razonamiento ulterior en sentido contrario. Sobre la base de lo expuesto, el tono dubitativo del Tribunal Supremo en lo relativo a esta cuestión se nos antoja censurable, aun cuando, debemos insistir sobre ello, la decisión definitivamente adoptada sea la correcta.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el artículo 2.a) de la LJCA no se basa en la consideración de que los actos administrativos carentes de efectos jurídicos inmediatos no puedan o no deban ser objeto de un control jurisdiccional pleno: la *ratio* del citado precepto legal se encuentra, más bien, en la necesidad de circunscribir la posible fiscalización judicial a los aspectos en él mismo mencionados (lesión de los derechos fundamentales, elementos reglados e indemnizaciones procedentes) en presencia de resoluciones adoptadas por los Ejecutivos nacional o autonómicos en su labor de dirección política, para cuyo dictado los mismos disfrutaban, por consiguiente, de los más amplios márgenes de actuación. Constantemente se adoptan, sin embargo, actos de tipo declamatorio y carentes de eficacia jurídica por sí mismos, que se agotan, por consiguiente, en una mera declaración, pero que se encuentran desconectados de la labor de dirección política de las respectivas entidades. En modo alguno es admisible en términos jurídico-constitucionales la exclusión o la limitación del control judicial ejercitable sobre los mismos: muy al contrario, este habrá de ser pleno, pues también la denominada actividad administrativa informal o material es apta para la consolidación de situaciones contrarias a Derecho —desde la perspectiva que aquí interesa, para la irrogación de perjuicios a diversos títulos competenciales estatales—, que lógicamente deben poder ser corregidas por los órganos de la jurisdicción¹⁹. En esta línea, no es otra la comprensión del problema de la que parte el legislador en la regulación de la actividad convencional transnacional de los sujetos de Derecho público diferentes de la Administración General del Estado, toda vez que la relativamente reciente Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, prevé la aplicación de mecanismos de control administrativo preventivo no solo con respecto a los denominados acuerdos internacionales administrativos, ejecutivos de un Tratado internacional de cobertura, sino también en lo que hace a los acuerdos internacionales no normativos, que carecen, por definición, de cualesquiera efectos jurídicos, precisamente a partir de la consideración de que de dicha circunstancia no se puede deducir la inhabilidad de los mismos para perjudicar las relaciones internacionales y la política exterior de la Nación.

En síntesis, el Tribunal Supremo, pese a alcanzar una conclusión correcta en lo que hace a la plena justiciabilidad del Acuerdo objeto de impugnación, no ha terminado de redondear la motivación de la estimación del recurso de casación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en lo que hace a esta específica cuestión, y ha introducido, de hecho, algún razonamiento en forma de *obiter dictum* que podría dar lugar a equívocos en el futuro. La naturaleza esencialmente política de la declaración no puede motivar, por sí misma, una retracción de la jurisdicción contencioso-administrativa en el ejercicio de la función de control que le es constitucional y legalmente encomendada. Ahora bien, el referido carácter sí incide, en nuestra opinión, en la forma en que deben aplicarse los principios de competencia y legalidad en la fiscalización de la actuación municipal. Veámoslo en detalle.

2. Una aplicación no matizada y falta de precedentes de los principios de competencia y legalidad a la actividad meramente declamatoria de las entidades locales

En nuestra opinión, la forma en que el Tribunal Supremo aplica los principios de competencia y de legalidad de la actuación de las Administraciones Públicas para acordar la declaración de nulidad del Acuerdo del Pleno del Municipio de Caldes de Montbui es el aspecto de la Sentencia que se revela más problemático. En esencia, el Tribunal Supremo apoya su argumentación en la dilución de la cláusula general de competencias que incorporaba el artículo 25.1 de la LBRL por obra de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y en la consiguiente necesi-

¹⁹ Sobre la cuestión, en general, *vid.* HUERGO LORA, A. (2011): “Del recurso contra la vía de hecho al recurso contra la actividad material de la Administración”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 28, págs. 1-19.

dad de atribución legal de las competencias propias a las entidades municipales, así como en la falta de conexión de la problemática a la que se refiere el Acuerdo impugnado con los intereses locales y en el principio de vinculación positiva del conjunto de Administraciones Públicas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Sobre la base de este razonamiento, el Alto Tribunal declara la nulidad de aquel por falta manifiesta de competencia, de conformidad con lo que hoy establece el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Tal visión del problema es, sin embargo, sesgada. El criterio competencial, tal y como delimitado por el Tribunal Supremo en la Sentencia –exigencia de atribución legal específica de la competencia de actuación y necesidad de conexión de la misma con los intereses específicamente locales–, no ha justificado nunca, por sí mismo, la invalidez de los acuerdos de las entidades locales de carácter meramente declamatorio. Desde siempre, particularmente las corporaciones municipales han llevado a cabo actuaciones –ya unilaterales, como en el caso controvertido, ya incluso de naturaleza convencional, como en el de los acuerdos de hermanamiento– desprovistas de efectos jurídicos y que afectaban a sectores de la realidad totalmente ajenos al elenco de competencias legalmente atribuidas a su favor y faltos de relación con el círculo de intereses locales²⁰. Las más de las veces, los niveles territoriales superiores se abstuvieron de reaccionar por considerarlas inofensivas *a la vista de su contenido*, que suscribían, así, implícitamente; en otras ocasiones, fueron los órganos de la jurisdicción los que confirmaron su validez pese a la efectiva constatación de la concurrencia de las circunstancias referidas. En este sentido, una importante y ya antigua línea jurisprudencial del propio Tribunal Supremo admitió la validez tanto de los posicionamientos como de las peticiones formuladas por las entidades locales a otras Administraciones con respecto a cuestiones sobre las que carecían absolutamente de competencias de actuación, poniendo de manifiesto, por medio de unos y de otras, sus diferentes visiones en relación con los problemas a los que en cada caso se referían²¹. El Alto Tribunal entendía, en definitiva, que intervenciones locales como las controvertidas no perseguían ni producían el efecto de una invasión competencial, sino que tan solo implicaban sendas contribuciones al debate público relativo a las cuestiones problemáticas que no condicionaban en absoluto la actuación de las Administraciones con potestades decisorias en las respectivas materias. En esta comprensión se basaba, de hecho, la representación procesal del Ayuntamiento de Caldes de Montbui, que defendía la reconducción del contenido del Acuerdo al ejercicio del derecho constitucional de petición.

El Tribunal Supremo debería haber atendido –no estimado, como se tendrá ocasión de argumentar *infra*, en la siguiente sección– esta alegación. El empleo inflexible del criterio competencial es, en primer lugar, contrario a una muy consolidada praxis institucional, favorable a –o, cuando menos, permisiva en relación con– estas formas de actuación local, que habría de entenderse integrante, por este motivo, de la comprensión vigente del principio de autonomía, de acuerdo con la consideración del mismo, sostenida por nuestro Tribunal Constitucional ininterrumpidamente desde el inicio de su actividad, como garantía institucional. Al apartarse de su jurisprudencia previa –preciso es subrayarlo, de manera solo implícita, pues en la Sentencia no se hace mención de los pronunciamientos referidos– el Tribunal Supremo adopta una actitud que sorprende en un órgano jurisdiccional cuyos poderes se han visto reforzados mediante la reforma de la casación administrativa operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, para garantizar el efectivo cumplimiento de la función nomofiláctica del referido recurso y, con ello, *la certeza y previsibilidad en la aplicación del Derecho*.

²⁰ Al respecto, específicamente en relación con la relevancia de la tradición de la celebración de acuerdos de hermanamiento entre las ciudades europeas en la interpretación del principio de autonomía local, permítasenos la remisión a DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (2019): *La acción exterior local. Bases constitucionales*, págs. 36 y sigs., 235 y sigs. y 256 y sigs. Madrid: Lustel.

²¹ Cfr. las Sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1987 (RJ\1987\2921, FJ 2.º), y de 8 de junio de 1987 (RJ\1987\6102, FJ 5.º), sobre las que lúcidamente llaman la atención GARRIDO CUENCA, N. (1998: págs. 596-597) y BARATA I MIR, J. (1999: págs. 95 y sigs.). En el primer caso, se admitió la validez de la petición, formulada por el municipio de Valdobiño por virtud de un Acuerdo de 27 de octubre de 1983, de desnuclearización de su propio territorio, lo que, de acuerdo con el Tribunal Supremo, no implicaba la adopción de una auténtica decisión sobre una materia de competencia estatal, sino tan solo una petición dirigida al órgano competente para que adoptara la medida referida. En el segundo caso, el Tribunal Supremo declaró la validez jurídica del punto del Acuerdo del Ayuntamiento de Baracaldo de 27 de octubre de 1983 en el que se manifestaba la comprensión mayoritaria en la entidad con respecto a la instalación de determinados misiles en Europa, lo que, en opinión del Alto Tribunal, «solo [constituiría] una postura ideológica respecto de tal cuestión, en realidad atinente tan solo a los componentes de la Corporación que la han apoyado que, aunque discutible por su carácter subjetivo, es respetable, en cuanto manifestación de su parecer frente a quien puede hacer valer los derechos de España ante las potencias extranjeras interesadas, decidiendo atenderlo o desatenderlo según los intereses nacionales afectados, lo que significa que ninguna invasión de competencias existe en cuanto a este particular del acuerdo» (énfasis añadido).

Más allá de estas consideraciones, el entendimiento del principio de competencia en los términos referidos puede antojarse válido –e incluso deseable– a la vista del contexto jurídico-político en el que se dicta la resolución objeto de comentario, pero no lo es tanto si se consideran las limitaciones que del mismo se deducen en relación con las resoluciones de carácter exclusivamente declamatorio o con otras formas de actividad municipal desprovistas de efectos jurídicos inmediatos cuando los sectores de la realidad afectados no generan una controversia equiparable a la que rodea al proceso soberanista catalán. De consolidarse la doctrina afirmada en la Sentencia de 26 de junio de 2019 –lo que, a la vista de su íntegra reproducción posterior para la resolución de casos semejantes, puede considerarse ya efectivamente producido–, se petrificarían injustificadamente las posibilidades de participación local en el debate político y tendría lugar un retroceso en la interpretación del alcance del principio de autonomía no resultante de una mutación en la comprensión general del mismo por parte de la sociedad, único núcleo que goza de la máxima protección jurídica en nuestro sistema –de rango constitucional– de acuerdo con la doctrina de la garantía institucional. La necesidad de atribución por ley de competencias propias a los municipios que resulta de la redacción vigente del artículo 25.1 de la LBRL no puede, en definitiva, afectar, por sí misma, a actuaciones locales como la controvertida.

Lo anterior entronca con la lectura que en la Sentencia se hace del principio de vinculación positiva del conjunto de Administraciones Públicas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La proclamación de aquel principio –al margen de las especialidades que afectan, precisamente, al ámbito local, como la relativa a la potestad reglamentaria²²– es, ciertamente, correlato necesario de la posición constitucional de la Administración, aun cuando no falte la razón a quienes, al constatar la inadecuación de una aplicación maximalista o inflexible de la referida doctrina a la totalidad de formas de actuación administrativa, han ensayado diversos intentos de relativización de la misma, asumidas incluso por algunas de las principales exposiciones generales de la disciplina del Derecho administrativo²³. Al margen de esta reflexión de más amplio alcance, lo que en este momento interesa específicamente subrayar es que la rigidez a la que conduce la falta de incorporación de matizaciones al principio choca frontalmente con la tradicional aceptación de la praxis declamatoria e informal de las entidades locales. Nunca antes se había exigido para el desarrollo de la misma una conexión inequívoca con el propio ámbito competencial, como, en cambio, se hace en la resolución objeto de comentario, y ello porque no se había detectado, en casos *en principio* equiparables, por cuanto en ellos se resolvía sobre la validez de actuaciones carentes de efectos jurídicos inmediatos, lesión alguna de las competencias de otros niveles territoriales de poder. Y ello, conviene subrayarlo, pese a que las actuaciones en aquellos casos controvertidas ponían de manifiesto la diferente percepción de las entidades locales con respecto a la forma en que el Estado gestionaba sectores de la realidad de su sola competencia.

No convence, en fin, el rechazo de la aplicación de la doctrina constitucional, sentada en la STC 42/2014, de 25 de marzo, relativa a que las meras manifestaciones institucionales que se opongan a lo establecido en la Norma Fundamental no deben dar forzosamente lugar a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. La razón de ser del mismo se encontraba, de acuerdo con la apreciación del Tribunal Supremo, en la falta de coincidencia de los contextos procesales en que aquella jurisprudencia había sido afirmada (procedimiento de impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comuni-

²² De todos es sabido que, en relación con la potestad reglamentaria local, el Tribunal Supremo ha terminado por acoger la comprensión de su relación con la Ley en clave de vinculación negativa: en este sentido, pueden consultarse, entre otras muchas, las Sentencias de la Sala 3.ª de 7 de octubre de 2009 (recurso de casación núm. 204/2008), de 17 de noviembre de 2009 (recurso de casación núm. 1168/2008), de 15 de diciembre de 2009 (recurso de casación núm. 496/2009) y de 24 de junio de 2014 (recurso de casación núm. 2500/2012), en las que el Alto Tribunal afirma que en su propia jurisprudencia «se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquellas [las entidades locales] sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir». Al respecto, en la doctrina pueden consultarse, sin ánimo de exhaustividad, las exposiciones de VELASCO CABALLERO, F. (2009): *Derecho local: sistema de fuentes*, págs. 241 y ss. Madrid: Marcial Pons; GALÁN GALÁN, A. (2010): “La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local”, en *Revista CEMCI Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional*, núm. 8, págs. 1-27; EMBID IRUJO, A. (2011): “Ordenanzas y Reglamentos municipales”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, vol. I, págs. 751 y ss.; especialmente, págs. 756 y sigs. Madrid: Iustel (3.ª edición); y FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J. (2015): “El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, págs. 229-269.

²³ Cfr., por todos, SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1991): *Fundamentos de Derecho Administrativo*, págs. 199 y ss. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces; y MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. III: Los principios de constitucionalidad y legalidad, pág. 101. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (4.ª edición).

dades Autónomas, previsto en el artículo 161.2 de la Constitución y regulado en el Título V de la LOTC) y pretendía ser nuevamente aplicada (recurso contencioso-administrativo). Dicha constatación es incontable, como también lo es, sin embargo, que la irreprochabilidad, en términos estrictamente jurídicos, de las meras declaraciones institucionales contrarias a un enunciado –o incluso a un principio– constitucional no resulta de las especialidades del procedimiento de impugnación previsto en el Título V de la LOTC, sino de la asimilación de una concepción formal, no militante, del principio democrático en nuestro sistema: el entero texto constitucional puede ser objeto de revisión *a través de los cauces procedimentales en él previstos*, por lo que es perfectamente legítimo no solo que los diferentes partidos políticos manifiesten su desacuerdo con los contenidos de aquel, sino también que lo hagan las instituciones dotadas de legitimación democrática directa a través de actuaciones de naturaleza declamatoria, carentes de efectos jurídicos, cuando les falta la competencia para la implementación de la reforma correspondiente. Negar en abstracto esta posibilidad a los ayuntamientos supone, en definitiva, imponerles un alineamiento con la Constitución más allá de lo que se deduce de la misma, que consiste, a los efectos que aquí interesan, nada menos –pero también nada más– que en la exigencia de respeto de los mecanismos de modificación de la Norma Suprema cuando se pretenda su alteración total o parcial.

Por consiguiente, recapitulando, de lo que se trataba en el pasado –en los remotos precedentes resueltos por el Tribunal Supremo en las Sentencias referenciadas– y habría debido tratarse al decidir sobre la impugnación del Acuerdo del Pleno del municipio de Caldes de Montbui, en último término, era de dilucidar si estas formas de actuación informal –declaraciones netamente políticas, peticiones dirigidas a otros entes públicos– de los ayuntamientos perjudica(ba)n la esfera competencial de otras Administraciones –especialmente, de la estatal– o si incurrían en alguna otra causa de invalidez material. En este sentido, entendemos que la expresión de una mera discrepancia ideológica o la formulación de la petición de que, en el tratamiento o en la gestión de una problemática política específica, se tengan en cuenta otros puntos de vista, no son, en modo alguno, lesivas *per se* del ámbito de competencias del ente territorial interpelado directa o indirectamente.

Ello no quiere decir, en todo caso, que no procediera, en el asunto que nos ocupa, la declaración de nulidad del Acuerdo municipal controvertido. Sin embargo, otros eran los motivos que conducían a dicha conclusión, que el Tribunal Supremo, incomprensiblemente, se ha abstenido de considerar. A los mismos habrá de hacerse breve referencia en las páginas que siguen.

3. Un olvido patente de diversos criterios adicionales de argumentación

Hasta aquí se ha defendido que no es exigible, de acuerdo con el marco jurídico-constitucional vigente y con el entendimiento tradicional del problema, que las manifestaciones netamente políticas de las entidades municipales, entendiéndose por tales las consistentes en meras declaraciones carentes de cualesquiera efectos jurídicos ulteriores, posean una conexión específica con los intereses locales o se basen en una atribución legal de la potestad específica para su adopción. El contenido de esta actividad declamatoria puede, por lo tanto, afectar a cualesquiera ámbitos de la realidad, y de esta forma de actuación administrativa pueden servirse las entidades locales para evidenciar la existencia de comprensiones contrarias al ordenamiento constitucional, en el sentido de que aboguen por una (procedimentalmente válida) revisión del mismo.

Esta última es la nota, esencial, que falta al Acuerdo municipal impugnado. Nuestro sistema, ciertamente, en contra de lo que desde el sector soberanista se viene constantemente defendiendo –y de lo que el propio Acuerdo municipal no se abstiene de afirmar– no criminaliza la ideología nacionalista ni la pretensión de constitución de la Comunidad Autónoma catalana como un Estado independiente. De todos es sabido, sin embargo, que la realización de dicha aspiración precisaría de una reforma constitucional y que los avances de las instituciones catalanas en aquella dirección han pretendido obviar este último aspecto, violentando gravísimamente el ordenamiento jurídico español por medio, además, de conductas posiblemente constitutivas de ilícitos penales a los que el Código vigente asocia penas privativas de libertad muy elevadas. La inequívoca adhesión a tal forma de proceder, a la que expresamente se da aliento en los apartados tercero y cuarto del Acuerdo impugnado, trasciende la mera manifestación de una visión que se aparta de la sostenida por los sucesivos Ejecutivos nacionales y la petición de una reconsideración de la manera en que se está gestionando el conflicto catalán: comporta, pura y simplemente, un ataque frontal al núcleo mismo de nuestro sistema jurídico y de nuestra convivencia, en lugar de promover su válida revisión, lo que sería plenamente legítimo. Este es el aspecto fundamental que conduce a la necesidad de declarar la nulidad de

pleno derecho del íntegro Acuerdo recurrido –y no solo de los pasajes del mismo aptos para la producción de auténticos efectos jurídicos, en los que se reconocían la soberanía y la independencia de Cataluña–, que el Tribunal Supremo, al adoptar la restrictiva visión de las posibilidades de actuación meramente declamatoria de las entidades municipales que ya hemos criticado *supra*, se abstiene de considerar con la profundidad que habría sido deseable. En conclusión, los municipios pueden, efectivamente, manifestar solemnemente la comprensión, mayoritaria en su seno, en relación con problemas políticos del más amplio alcance, incluso aunque ello suponga contradecir la postura adoptada por las instancias competentes para la adopción de las correspondientes decisiones; lo que no pueden hacer, en cambio, es, dicho en román paladino, promover que el entero sistema salte por los aires. Con independencia de que otras implicaciones deducidas a partir del mismo sean discutibles, aquí sí alcanza inequívocamente el principio de vinculación positiva a la legalidad de las Administraciones Públicas.

De otra parte, y a mayor abundamiento, tampoco tiene en cuenta el Alto Tribunal que la dimensión internacional del conflicto soberanista cualifica el exceso competencial en que incurre el ayuntamiento de Caldes de Montbui al adoptar el Acuerdo de adhesión al *procés*. Lo que en origen era un conflicto político doméstico ha terminado por traspasar nuestras fronteras, considerados, entre otros, factores tales como el intento de justificación en el Derecho internacional público de la autodeterminación de Cataluña –tajantemente rechazado por la doctrina internacionalista en bloque²⁴– o el de determinados políticos independentistas, procesados por los hechos de todos conocidos, de acceder a cargos representativos del Estado en instituciones supranacionales. De resultas de todo ello, la estrategia adoptada por el Gobierno central en el contexto internacional ha adquirido una extraordinaria relevancia para la solución del conflicto, razón por la cual la actividad de las entidades locales que resulte apta para debilitar la política exterior puesta en marcha por nuestro Estado para la defensa de su soberanía y de su integridad territorial debe considerarse inválida por vulnerar los artículos 97 y 149.1.3.^a de la Constitución²⁵. Al abstenerse de tener en cuenta esta última perspectiva, el Tribunal Supremo no solo ha ignorado un importante elemento de refuerzo de la materialmente correcta conclusión que ha alcanzado en la resolución del recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sino que también ha desaprovechado una oportunidad óptima para sentar unas bases doctrinales mínimas en relación con los límites jurídico-constitucionales de la acción exterior de las entidades locales, manifiestamente precisados de una mejor definición jurisprudencial.

IV. CONCLUSIONES

Por virtud de la reciente Sentencia núm. 2088/2019, de 26 de junio, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo ha declarado la nulidad radical del Acuerdo del Pleno del municipio de Caldes de Montbui en el que, además de reconocer la independencia y soberanía de Cataluña, aquel declaraba su adhesión al reto político representado por el *procés* y dirigía al *Parlament* y a los restantes ayuntamientos catalanes sendas peticiones de avance en la hoja de ruta independentista y de apoyo a la misma, respectivamente. Pese a que no pudiera ser otra la resolución del conflicto, la argumentación en que se apoya el Alto Tribunal es en diversos extremos incorrecta e incluso perniciosa, por cuanto, elevada a regla general, comportaría la automática invalidez de cualesquiera manifestaciones o declaraciones institucionales de las entidades locales, carentes de efectos jurídicos, por el solo hecho de no referirse a cuestiones de su competencia. Como hemos visto, no es esta la comprensión tradicional del problema ni son las exigencias afirmadas por el Tribunal Supremo en relación con esta forma de actividad local acordes con su propia jurisprudencia. Con seguridad han hecho mella en el ánimo del Alto Tribunal la enorme significación política del conflicto de fondo y el cuestionamiento constante de la vinculatoriedad del marco jurídico-constitucional español por parte de las fuerzas políticas soberanistas y de los sectores de la sociedad que las apoyan. Podrá convenirse ideológicamente con un puñetazo en la mesa como este, pero a los estudiosos del Derecho compete alertar de lo arriesgado de los apartamientos imprevistos e inmotivados con respecto a los criterios de interpretación de los principios jurídicos esenciales, máxime cuando tales golpes de timón provienen del tribunal que se sitúa en la cúspide de nuestra organización judicial.

²⁴ Cfr. SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A. *et al.* (2018): “Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho Internacional del referéndum de independencia en Cataluña”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, núm. 1, págs. 295-298. DOI: <http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.3.03>.

²⁵ Sobre el particular, desde una perspectiva general, *vid.*, *in extenso*, DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (2019: págs. 247 y ss.).

V. BIBLIOGRAFÍA

- BARATA I MIR, J. (1999): *Los actos de gobierno en el ámbito municipal*. Madrid: Tecnos.
- DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (2019): *La acción exterior local. Bases constitucionales*. Madrid: lustel.
- EMBID IRUJO, A. (2011): "Ordenanzas y Reglamentos municipales", en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, vol. I, págs. 717-778. Madrid: lustel (3.ª edición).
- FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J. (2015): "El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local", en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, págs. 229-269.
- GALÁN GALÁN, A. (2010): "La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local", en *Revista CEMCI Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional*, núm. 8, págs. 1-27.
- GARRIDO CUENCA, N. (1998): *El Acto de Gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español*. Barcelona: Cedecs.
- HUERGO LORA, A. (2011): "Del recurso contra la vía de hecho al recurso contra la actividad material de la Administración", en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 28, págs. 1-19.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2002): "Actos de gobierno y Administración Local", en BAÑO LEÓN, J. M.ª y CLIMENT BARBERÁ J. (coords.): *Nuevas perspectivas del Régimen Local: estudios en Homenaje al Profesor José M.ª Boquera Oliver*, págs. 639-683. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. III: Los principios de constitucionalidad y legalidad. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (4.ª edición).
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A.; GARZÓN CLARIANA, G.; MANGAS MARTÍN, A.; PONS RAFOLS, X.; REMIRO BROTÓNS, A.; DEL VALLE GÁLVEZ, A. y ARENAS GARCÍA, R. (2018): "Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho Internacional del referéndum de independencia en Cataluña", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, núm. 1, págs. 295-298. DOI: <http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.3.03>.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1991): *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2010): *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: comentario*. Madrid: lustel.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.) (2017): *1.700 Preguntas sobre Contencioso-Administrativo*. Madrid: Lefebvre-El Derecho.
- VELASCO CABALLERO, F. (2009): *Derecho local: sistema de fuentes*. Madrid: Marcial Pons.



La STC 137/2018 de 13 de diciembre: un recordatorio sobre la constitución de sociedades mercantiles locales y una oportunidad para reflexionar sobre su gobierno

The Constitutional Court Judgment n.º 137/2018 of 13 December: a reminder of the constitution of local public companies and an opportunity to consider its governance

Diego Rodríguez Cembellín
Universidad de Oviedo (España)
diegocembe@outlook.es

NOTA BIOGRÁFICA

Graduado en Derecho por la Universidad de Oviedo (2018). Premio fin de Grado y premio mejor expediente «Liberbank». Becario de excelencia por la Fundación María Cristina Masaveu Peterson. Actualmente cursa el Máster de Acceso al Ejercicio de la Abogacía en la Universidad Carlos III de Madrid.

RESUMEN

El Tribunal Constitucional ha confirmado en la STC 137/2018 la facultad que tiene el pleno del ayuntamiento de determinar el órgano encargado de asumir las funciones de junta general. Esto le ha llevado a declarar la inconstitucionalidad del artículo 14.1u) de la Ley de Capitalidad de Zaragoza que otorgaba a la junta de gobierno el papel de junta societaria en las empresas municipales. A pesar de la aparente contradicción entre la legislación básica y de desarrollo, el TC quizás se exceda en su argumentación y extiende el contenido de lo básico sin ofrecernos un razonamiento convincente. Criterios competenciales aparte, la STC 137/2018 abre un debate sobre el gobierno de las sociedades mercantiles locales y su criticada politización. Las directrices de la OCDE sobre el Gobierno de las Empresas Públicas alertan de este fenómeno y recomiendan una gestión independiente. Para ello es necesario la entrada de profesionales en los consejos de administración y la sustitución del pleno por la junta, a fin de evitar debates partidistas, en la junta de socios de las sociedades mercantiles locales.

PALABRAS CLAVE

Sociedad mercantil local; legislación básica; autonomía local; pleno; junta de gobierno.

ABSTRACT

The Constitutional Court has confirmed in its Judgment n.º 137/2018 the power of the city council to determine the administrative body responsible for assuming the functions of the general meeting. This made the Constitutional Court to declare the unconstitutionality of article 14.1u) of the Zaragoza Capitality Law that empowered the governing board with the role of general meeting in local companies. Despite the apparent contradiction between basic and development legislation, the Constitutional Court commits few inaccuracies in its argument and extends the content of the basics without offering convincing reasoning. Apart from competence criteria, Judgment n.º 137/2018 opens a debate on the government of public local companies and their criticised politicization. The OECD guidelines on the Government of Public Companies warn against this phenomenon and recommend an independent management. This requires the entrance

of professionals in the boards of directors and the replacement of the plenary session by the government board, in order to avoid partisan debates, in the board of partners of the local public companies.

KEYWORDS

Local public company; basic legislation; local autonomy; city council; government board.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. RESUMEN Y ASPECTOS ESENCIALES DE LA STC 137/2018. 1.1. LOS PROLEGÓMENOS DE LA SENTENCIA. 1.2. LA SENTENCIA: EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD MEDIATA Y LA CREACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES LOCALES. 1.2.1. El carácter básico de los preceptos de la LBRL. 1.2.2. La incompatibilidad del artículo 14.1 u) de la Ley de Capitalidad de Zaragoza con la LBRL. 2. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA STC 137/2018: UN POSIBLE EXCESO DIALÉCTICO EN LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2.1. DUDAS DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO-PRIVADO: ¿LIMITAR ES VACIAR? 2.2. EL OLVIDADO PAPEL DEL PLENO EN LA FASE JURÍDICO-PÚBLICA DE LA SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL. 3. DE NUEVO CON EL SISTEMA DE FUENTES LOCAL A RAÍZ DE LA STC 137/2018: LEGISLACIÓN BÁSICA, CANON DE CONSTITUCIONALIDAD E INCIDENCIA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE OTRAS LEYES DE DESARROLLO AUTONÓMICAS. 4. EL ARTÍCULO 14.1 U) DE LA LEY DE CAPITALIDAD DE ZARAGOZA: UNA INVITACIÓN PARA LA REFLEXIÓN. 4.1. LA INEXISTENCIA DE UN DERECHO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL COMO PUNTO DE PARTIDA. 4.2. EL CRITERIO DE EFICIENCIA EN LA GESTIÓN. 4.3. LA COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: ¿UN ARGUMENTO DE PESO A FAVOR DEL PLENO? 4.4. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: LA LEGITIMACIÓN DEL CONCEJAL NO MIEMBRO DE LA JUNTA GENERAL. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2018 de 13 de diciembre constituye una oportunidad única de abordar un estudio sobre el régimen jurídico de las sociedades mercantiles locales unipersonales. El pleno de nuestro TC ha acuñado conceptos sumamente interesantes como el de «acto vacío o sin contenido», y ha descrito de forma nítida la constitución de este tipo de sociedades sobre la perspectiva del derecho mercantil. Sin embargo, no se ha acometido un estudio completo sobre este tema, ya que el TC ha obviado la fase jurídico-pública que precede a la fase jurídico-privada y se ha excedido, quizás, en los reproches efectuados sobre la Ley de Capitalidad de Zaragoza.

A su vez, analizaremos otras legislaciones autonómicas, distintas de la enjuiciada en la STC 137/2018 para ver su compatibilidad con los criterios en ella sentados. Esto nos permitirá plantearnos si el TC se ha excedido en su determinación de lo básico por lo que de nuevo se vuelve a plantear un debate interesante en el conflicto permanente de legislación básica y de desarrollo.

Ya que la Sentencia del TC versa sobre la atribución a la junta de gobierno *ex lege* de la representación del Ayuntamiento en la junta general de la sociedad, aprovechamos en el presente artículo para estudiar la conveniencia de esta decisión, no ya desde un plano competencial, pero sí desde la perspectiva de una gestión eficiente de los servicios públicos. Para ello tendremos en cuenta las novedades introducidas por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), así como los apuntes doctrinales al respecto.

1. RESUMEN Y ASPECTOS ESENCIALES DE LA STC 137/2019

1.1. Los prolegómenos de la Sentencia

El 30 de noviembre de 2017 se aprobó la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017 de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón, conocida como la “Ley de Capitalidad de Zaragoza”. La ley no estuvo exenta de polémica, sobre todo su artículo 14.1 u) que atribuía al Gobierno de Zaragoza –junta de gobierno en los términos de la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local– «La

formación de la voluntad del Ayuntamiento como socio único en las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente al municipio de Zaragoza, asumiendo las funciones de Junta General.».

Una vez que entró en vigor la ley, el Gobierno de Zaragoza decidió acabar con la proporcionalidad existente en los diversos consejos de administración de las sociedades mercantiles locales (Zaragoza Cultural, Zaragoza Vivienda, Zaragoza Deporte Municipal y Ecociudad) sustituyendo a los consejeros de la oposición por los suyos propios, decisión que provocó la reprobación del que era por entonces el alcalde, Pedro Santiesteve. Además, supuso el impulso definitivo para que el Presidente del Gobierno, que ya contaba con un dictamen del Consejo de Estado¹ sobre la posible inconstitucionalidad del precepto, interpusiera un recurso de inconstitucionalidad frente al artículo 14.1 u) de la ley de Capitalidad de Zaragoza.

Finalmente, el pasado 13 de diciembre de 2018, el pleno del Tribunal Constitucional (TC) decidió estimar el recurso, y declarar la inconstitucionalidad del artículo 14.1 u) de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón.

1.2. La Sentencia: el juicio de constitucionalidad mediata y la creación de sociedades mercantiles locales

El controvertido artículo 14.1 u) de la Ley de Capitalidad de Zaragoza objeto del recurso de inconstitucionalidad, atribuía al Gobierno de Zaragoza el papel de junta general en las sociedades mercantiles locales. El TC entendió que tal disposición era contraria a la regulación básica de las sociedades mercantiles locales contenida en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), invadiendo las competencias que el artículo 149.1. 18.ª CE reconoce al Estado.

Al tratarse de un conflicto entre legislación básica y legislación de desarrollo, la LBRL juega un papel decisivo en cuanto a «canon de constitucionalidad» (Fernández Farreres, 2001: 408 y Parejo Alfonso, 2011: 87) de las leyes autonómicas, por lo que el primer análisis del TC en la Sentencia versa sobre el carácter básico de los preceptos de la LBRL enjuiciados. Solo previa determinación del carácter básico de los artículos en cuestión podrá el TC analizar la posible inconstitucionalidad de la legislación de desarrollo autonómica, inconstitucionalidad que en este caso será «indirecta o mediata» al no afectar directamente al articulado de la CE, pero sí al de una Ley, que por su carácter básico integra el bloque de la constitucionalidad (Álvarez García, 2013:76 y Parejo Alfonso, 2011: 87).

1.2.1. El carácter básico de los preceptos de la LBRL

Como señalábamos anteriormente, el TC comienza recordando que el 149.1. 18.ª CE otorga al Estado la capacidad de legislar sobre «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas», título competencial que lo habilita para dictar la legislación básica sobre régimen local. Entrando en el contenido de los preceptos afectados, el TC extiende la jurisprudencia contenida en su reciente STC 41/2016, que recogía la doctrina de las STC103/2013 y STC 161/2013 en las que declaró el carácter básico de la regulación de las entidades instrumentales locales «en aquellos aspectos que son necesarios para establecer un modelo común que, en todo caso, garantice un tratamiento común a los administrados». Constituyendo la sociedad mercantil local un ente instrumental y por tanto una de las posibles formas de gestión directa de los servicios públicos (artículo 85.2 LBRL), el TC considera que los preceptos de la LBRL que la regulan, en concreto, el artículo 85ter. LBRL, tienen un carácter básico. A su vez, recuerda que la regulación de las atribuciones de un órgano del Ayuntamiento, en este caso el pleno, forma parte de la competencia básica que tiene el Estado para el desarrollo de los artículos 137 y 140 CE, configurando por tanto un «modelo de autonomía municipal común».

Declarado el carácter básico de la LBRL en lo que respecta a las sociedades mercantiles locales y a las atribuciones del pleno, procede el TC a analizar si la sustitución del pleno del Ayuntamiento en la junta general de la sociedad contraviene lo dispuesto en la LBRL y si es posible salvar tal contradicción por la vía interpretativa.

1.2.2. La incompatibilidad del artículo 14.1 u) de la Ley de Capitalidad de Zaragoza con la LBRL

Dos son los artículos de la LBRL que el TC menciona a la hora de analizar la posible vulneración de la legislación básica. El primero es el artículo 123.1 k) LBRL que atribuye al pleno «La determinación de las

¹ Dictamen del Consejo de Estado 390/2018.

formas de gestión de los servicios, así como *el acuerdo de creación de organismos autónomos, de entidades públicas empresariales y de sociedades mercantiles* para la gestión de los servicios de competencia municipal, y la aprobación de los expedientes de municipalización». El segundo, y aún si cabe más relevante, es el artículo 85^{ter}. 3 LBRL. En el artículo 85^{ter}. se regula el régimen jurídico de las sociedades mercantiles locales, siendo de especial interés el apartado tercero del mismo ya que recoge la designación estatutaria del órgano encargado de asumir las funciones de junta general. Dice así: «*los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración*», así como los máximos órganos de dirección de las mismas».

De la lectura conjunta de ambos preceptos, entendía la Abogacía del Estado que se estaba despojando al pleno de una de las competencias que le atribuía la LBRL. Sin embargo, tanto la representación de las Cortes de Aragón como la representación de la Comunidad Autónoma aragonesa, sin llegar a cuestionar el carácter básico de los preceptos, rechazaban la contradicción de los artículos 123.1 k) y 85^{ter}.3. Esgrimían que la única de las competencias que la LBRL reservaba al pleno era la de adoptar el acuerdo de creación de la sociedad, sin que se atribuyese al mismo el ejercicio de las funciones de la junta general, u otras relativas a la manifestación de la voluntad del Ayuntamiento como pueden ser la elaboración de los estatutos.

Si bien reconoce el TC que no existe una contradicción entre la legislación aragonesa y el artículo 123.1k) LBRL, porque efectivamente lo único a lo que se refiere la legislación estatal es al «acuerdo de creación», sí que se opone frontalmente el artículo 14.1 u) al artículo 85^{ter}.3 LBRL. Para llegar a tal conclusión, el TC acuña el término de acto «vacío o sin contenido». Para el TC, bajo la ley aragonesa, el papel del pleno en la constitución de la sociedad se reduciría a adoptar un «acto abstracto», ya que le impediría decidir a este sobre uno de los aspectos esenciales a la hora de redactar los estatutos sociales, como es la designación y «el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de la misma, al configurar *ex lege* al Gobierno de Zaragoza como junta general de las sociedades mercantiles locales».

Sin embargo, lo que el TC ha entendido como creación o constitución de una sociedad no se reduce a eso, sino que se configura como una serie de actos perfectamente regulados en el ordenamiento jurídico privado, en concreto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Sobre esto recuerda el TC que según el artículo 85^{ter}.1 LBRL, las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, exceptuando las materias en las que se aplique la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y de contratación.

La constitución por tanto se articula en tres fases distintas: (i) la voluntad del fundador, en este caso el pleno, manifestada en un acto unilateral al tratarse de una sociedad unipersonal (art. 19.1 TRLSC); (ii) la adopción de los estatutos sociales; y (iii) finalmente, el otorgamiento de la escritura de constitución en la que, entre otras cosas, debe constar los citados estatutos (art. 20 TRLSC). Crear una sociedad, competencia que la LBRL le otorga al pleno, no es «adoptar un acuerdo abstracto o vacío de contenido» señala el TC; es, en definitiva, la combinación de un acto unilateral, la adopción de unos estatutos sociales y el otorgamiento de una escritura pública de constitución. En el contenido de esos estatutos sociales es donde, por imperativo del artículo 85^{ter}.3 debe constar quién debe ejercer las funciones de la junta general y del consejo de administración. Como señala el TC, a la hora de configurar los estatutos, el pleno podrá disponer que sea la junta de gobierno, la que asuma las funciones de junta general, pero en ningún caso se puede privar al pleno de tomar esa decisión, como sí ha hecho la ley aragonesa.

En conclusión, el TC entiende que, aunque se respete la competencia que la LBRL en su artículo 123.1k) atribuye al pleno, pues en ningún momento se ha otorgado al Gobierno de Zaragoza la posibilidad de crear sociedades mercantiles locales, la contradicción con el artículo 85^{ter}.3 LBRL es inevitable, no siendo ni siquiera posible acudir a la vía interpretativa para «salvar» la constitucionalidad del precepto. Por lo tanto, declara inconstitucional y nulo el artículo 14.1 u) de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017 de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón.

2. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA STC 137/2018: UN POSIBLE EXCESO DIALÉCTICO EN LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Dos son las cuestiones directas que podemos extraer de la STC 137/2018: la posibilidad que tiene el pleno, a través de los estatutos, de otorgar el papel de junta a otros órganos del Ayuntamiento y la interpre-

tación sistemática de la LBRL en relación con el TRLSC para dotar de contenido a una competencia plenaria como es la creación de sociedades mercantiles locales (Oliván del Cacho, 2019: 11).

En relación con el primer punto, la contradicción del artículo 14.1 u) de la Ley de Capitalidad de Zaragoza, con el artículo 85.ter.3 LBRL es evidente y el TC ha zanjado una cuestión que en la doctrina no era pacífica. Había pronunciamientos que defendían que el pleno siempre debía de constituirse como junta cuando la sociedad mercantil estuviese íntegramente participada por el Ayuntamiento (Montoya Martín, 2011: 2.937); sin embargo, en sentido contrario se pronunciaba Rivero Ysern que abogaba por el criterio que el TC recoge en su Sentencia (Rivero Ysern, 2014: 496): la libre configuración estatutaria. En este sentido, el TC ha sido claro al afirmar que «el legislador básico estatal ha reservado al pleno municipal la facultad de optar por una u otra fórmula organizativa en las sociedades mercantiles locales, dentro naturalmente del margen de configuración dispuesto por el ordenamiento jurídico». En definitiva, la Ley de Capitalidad de Zaragoza lleva a cabo «un encargo directo al Gobierno local que este no está capacitado por el ordenamiento jurídico básico para cumplir» (Embid Irujo, 2018: 35), sin embargo, nada impide que sean los estatutos de la sociedad, previamente aprobados por el Pleno, los que le otorguen este encargo al Gobierno.

En relación con el segundo punto, es de alabar sin lugar a duda el análisis sistemático que realiza el TC en la presente sentencia. Si el Derecho no puede ser entendido como un conjunto de compartimentos estancos, menos aún lo pueden ser figuras que ya de por sí presentan una regulación mixta, en la que se combina normativa de derecho privado, como es la TRLSC, con normativa de derecho público como puede ser la LBRL.

Acierta el TC al dotar de contenido y de significado el término «creación de una sociedad mercantil» que se recoge en el artículo 123.1 LBRL donde se regulan las competencias del pleno en los municipios de gran población. Los mismos pasos que recoge el TRLSC y que el propio Tribunal recuerda: acto unilateral del socio fundador, elaboración y aprobación de estatutos y otorgamiento de la escritura de constitución, deben ser los pasos que guíen la creación de una sociedad mercantil local que por imperativo del artículo 85.ter.1 se encuentra sometida íntegramente al ordenamiento privado.

Sin embargo, el TC probablemente se ha excedido en la «crítica» a la ley aragonesa y quizás ha acuñado términos imprecisos. En este sentido, hablar de una suerte de «competencia vacía o abstracta» no parece del todo correcto por dos tipos o clases de motivos, unos directamente relacionados con la naturaleza jurídico-privada de la sociedad mercantil local, y otros con sus particularidades jurídico-públicas.

2.1. Dudas desde el punto de vista jurídico-privado: ¿limitar es vaciar?

En este segundo punto, y en conexión con lo anterior, vamos a abordar algunas dudas que surgen en el análisis que realiza la Sentencia sobre el proceso (jurídico-privado) de constitución de sociedades.

En primer lugar, cabe recordar que lo único de lo que se le ha privado al pleno, como socio fundador, es de la posibilidad de determinar el órgano encargado de ejercer el papel de la junta de las sociedades, e indirectamente el de designar a los miembros del consejo de administración. Los estatutos sociales, según la configuración dada por el TRLSC, al que tanto acude el TC, están sometidos a lo largo de la legislación societaria a constantes limitaciones. Por ejemplo, no serían inscribibles unos estatutos de una S. A. en la que se configurasen modos alternativos para la gestión de la sociedad (artículo 210.3 TRLSC), o en la que se estableciera un sistema de administración solidaria entre dos administradores ya que el artículo 210.2 TRLSC le impone la forma de actuación mancomunada. ¿Diríamos que el TRLSC establece unas limitaciones al socio fundador que vacían su papel al no permitirle configurar el sistema de administración de la sociedad que él desea? Probablemente no. Lo que ha hecho la Ley de Capitalidad de Zaragoza no es ni más ni menos que restringir, al igual que lo hace el TRLSC, la libre voluntad del socio fundador a la hora de configurar los estatutos de la sociedad. Sería un vaciamiento de la competencia el hecho de que fuese la junta de gobierno la que aprobase los estatutos de la sociedad porque en ese caso si que se le estaría privando al pleno de decidir sobre uno de los aspectos esenciales en la constitución de la sociedad. Esto no ocurre en el caso aragonés, ya que el artículo 11.1 k) de la Ley de Capitalidad reproduce el artículo 123.1 k) LBRL y por tanto mantiene la competencia plenaria para la «creación de sociedades mercantiles locales».

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, al igual que destacamos el acierto del TC en su interpretación sistemática del artículo 123.1 k) con el TRLSC, la misma contiene alguna inexactitud. El Tribunal le otorga un papel preponderante al pleno a la hora de constituir la sociedad, lo que dista mucho de la realidad. Dejando de un lado la fase jurídico-pública de la que posteriormente hablaremos, es difícil imaginar que sea

el pleno como órgano colegiado el que otorgue en conjunto la escritura de constitución. Lo más sencillo y por ende lo habitual es que el pleno autorice al alcalde para que, en nombre del Ayuntamiento, sea él quien la otorgue. En definitiva, no hay duda de que «creación de una sociedad» significa lo mismo desde el punto de vista del derecho público y del privado, y es en la construcción de esa relación donde acierta el TC. Sin embargo, si no es el pleno quien en la práctica otorga la escritura de constitución (uno de los elementos esenciales en la creación de sociedades mercantiles) ni la Ley de Capitalidad de Zaragoza le ha privado de ello, sino que tan sólo se han introducido limitaciones en la redacción de los estatutos sociales (el otro elemento esencial), de modo que no parece que la competencia del artículo 123.1k) LBRL se haya vaciado.

2.2. El olvidado papel del pleno en la fase jurídico-pública de la sociedad mercantil local

Uno de los asuntos que el TC ha pasado por alto, quizás porque no era relevante a la hora de realizar su juicio de constitucionalidad, es la dimensión jurídico-pública que tienen las sociedades mercantiles locales. Ello presupone la existencia de una fase administrativa previa en la que el pleno juega, como veremos, un importante papel ya que deberá aprobar el expediente administrativo, lo que nos hace pensar que también aquí se ha llegado a conclusiones innecesarias y tal vez excesivas.

La existencia de un procedimiento administrativo previo no contradice el hecho de que la naturaleza jurídica de la sociedad mercantil local sea «necesariamente privada» (Santiago Iglesias, 2017: 154). Sin embargo, la sociedad mercantil local es un ente instrumental, que se subordina a dos potestades propias de los Ayuntamientos: la prestación de un servicio público y la iniciativa económica local; la sociedad mercantil local no es más que un medio de naturaleza privada al servicio de un fin de naturaleza pública.

Las bases constitucionales de uno y de otro son diferentes. Mientras que la prestación de un servicio público se relaciona directamente con aquellas competencias que tanto la LBRL como la legislación sectorial atribuyen a los Ayuntamientos en cumplimiento del principio constitucional de la autonomía local recogido en los artículos 137, 140 y 141 CE (Ortega Bernardo, 2017: 74 y García Rubio, 2015: 27), la iniciativa económica local se encuentra recogida en el artículo 128.2 CE donde se reconoce expresamente «la iniciativa pública en la actividad económica» (Rivero Ortega, 2015: 182) y está directamente relacionada con la cláusula competencial genérica que actualmente se encuentra en el artículo 7.4 LBRL por lo que no requiere una competencia propia específica para su ejercicio (Ortega Bernardo, 2017: 74). Dentro de la categoría de servicios públicos, en el ámbito local se recogen algunos que por su carácter esencial todavía pueden prestarse en régimen de monopolio, supuesto contemplado por el artículo 128.2 CE y desarrollado por la LBRL en el artículo 86.2; tales supuestos, a día de hoy, son los siguientes: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros.

La correcta separación e identificación de servicio público y de iniciativa económica local tiene una incidencia muy directa en el procedimiento administrativo previo, ya que el contenido de este variará en función de si nos encontramos ante la prestación de un servicio público, la prestación de un servicio en régimen de monopolio o la iniciativa económica en el mercado. En este sentido, la doctrina ha discutido sobre si de la interpretación conjunta del artículo 97.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) y del 86.1 LBRL se excluía la tramitación del expediente para la prestación de servicios públicos ya que ambos artículos hacen mención única y exclusivamente a la iniciativa pública económica y en el caso del artículo 97.2 TRLL también a la prestación del servicio en régimen de monopolio. No recogía la legislación local la necesidad pues, de tramitar un expediente administrativo para los supuestos de prestación de un servicio público no monopolístico. (Morillo-Velarde Pérez, 2010: 1.278). Sin embargo, a pesar del tenor literal de los artículos, la mayor parte de la doctrina entendía que tras la STS de 1 de febrero de 2002 tal diferenciación carecía de efectos prácticos, ya que el Alto Tribunal estableció que en el caso de las sociedades mercantiles locales siempre se debería acudir a tal procedimiento, con independencia de la actividad o servicio público a prestar (Sosa Wagner, 2008: 45, Ballina Díaz, 2015: 89, y Montoya Martín, 2011: 2.932). Ahora bien, esta doctrina no puede ser aplicable en el contexto actual por dos motivos. En primer lugar, porque, como indica Ortega Bernardo, la STS de 1 de febrero de 2002 exigía el expediente administrativo previo para evitar la huida del derecho administrativo a través de personificaciones jurídico-privadas, y en concreto, huir de las disposiciones en materia de contratación. Sin embargo, hoy en día, y tras las sucesivas reformas de la LCSP por orden de las directivas europeas, las sociedades mercantiles locales, cuando no actúan en el mercado, es decir, cuando prestan un servicio público en sentido estricto, se categorizan como «poder adjudicador» y por tanto se encuentran sometidas a la LCSP

(artículo 3.d LCSP)². En definitiva, difícilmente se puede hablar de «huida del derecho administrativo» a la hora de prestar un servicio público si no se tiene adonde huir (Ortega Bernardo, 2017: 100). El segundo de los motivos es la reforma del artículo 85.2 LBRL operada por la LRSAL. Con anterioridad, no existía mención alguna al expediente para la gestión de un servicio público, salvo en caso de los servicios monopolísticos, sin embargo, el nuevo artículo 85.2 LBRL ya recoge la necesidad de un expediente previo, en el que se deberá acreditar, entre otras cosas que la prestación del servicio a través de la sociedad mercantil local resulta más sostenible y eficiente que la gestión a través de la propia entidad o de un organismo autónomo local basándose en criterios de rentabilidad y recuperación de la inversión. Es decir, el nuevo artículo 85.2 LBRL ha configurado un procedimiento previo y específico para la prestación de los servicios públicos locales.

La distinción principal, a efectos de la LBRL entre el expediente administrativo previo del artículo 85.2 y del contemplado en el 86.1 radica en la propia naturaleza de la actividad a desarrollar. En el caso de la iniciativa económica, al incorporarse a un mercado sujeto a las reglas de la libre competencia (del Guayo Castiella, 2014:13), no solo se tendrá que hacer un examen *ad intra* de sostenibilidad financiera y de estabilidad presupuestaria, sino que también se tendrá que realizar un juicio de conveniencia y oportunidad en el que se valorarán elementos *ad extra*. Así pues, es claro el artículo 86.1 al establecer la obligación de elaborar un examen de conveniencia y oportunidad en el que se acredite 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*». En el caso de los servicios públicos, al no verse la sociedad sujeta plenamente al derecho de la competencia, el examen tan solo deberá ser *ad intra*: sostenibilidad financiera y presupuestaria y acreditación de que la prestación del servicio público a través de una sociedad mercantil local es más sostenible y eficiente que hacerlo a través de la propia entidad local o de un organismo autónomo dependiente de la misma. (Ortega Bernardo, 2017: 97).

A pesar de los matices y pequeñas diferencias existentes entre el artículo 85.2 LBRL y el artículo 86.1 LBRL, es importante recalcar que es el pleno el que tiene la última palabra en esta fase jurídico-administrativa ya que es él el encargado de aprobar el citado expediente. Si a todo esto le sumamos que será en el propio expediente donde se deberá establecer la forma de prestación del servicio, resulta incorrecto decir que la Ley de Capitalidad de Zaragoza ha vaciado la competencia del pleno, como ha concluido el TC. Parece más adecuado señalar que ha reducido su papel al procedimiento administrativo previo, por lo que sería correcto afirmar que la Ley le ha respetado su papel en cuanto a «pleno», pero se lo ha limitado en cuanto a socio fundador de la sociedad.

3. DE NUEVO CON EL SISTEMA DE FUENTES LOCAL A RAÍZ DE LA STC 137/2018: LEGISLACIÓN BÁSICA, CANON DE CONSTITUCIONALIDAD E INCIDENCIA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE OTRAS LEYES DE DESARROLLO AUTONÓMICAS

El Consejo de Estado en su dictamen, recogió tres ejemplos de «buena regulación» autonómica en contraposición con la Ley de Capitalidad de Zaragoza, en los que directamente se otorgaba al pleno las funciones de la junta general, sin posibilidad de elección en vía estatutaria. Tales ejemplos son los siguientes:

- El artículo 210 de la Ley 1/2003 de 3 de marzo de la Administración Local de la Rioja dispone que «el Pleno de la entidad asumirá las funciones de la Junta General».
- El artículo 257.1 del texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña dispone que «la dirección y la administración de la sociedad tienen que regirse por los órganos siguientes (...) a) la junta general, asumida por el pleno del ente local»;
- El artículo 38.4 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía que establece que «los estatutos deberán ser aprobados por el pleno de la entidad local, que se constituirá como junta general de la sociedad».

Sin embargo, aunque el Consejo de Estado quisiera asociar pleno con junta de las sociedades mercantiles locales, tal criterio carece de validez tras la STC 137/2018. Si, como ha señalado el TC, de la lectura del

² Recordemos al respecto que la sociedad mercantil local no tiene la condición de poder adjudicador cuando presta una actividad en el mercado, aunque pertenezca al sector público (artículo 3.1h y 3.3d LCSP). Sin embargo, si la duda sobre la necesidad de un expediente administrativo previo se plantea en la prestación de un servicio público, difícilmente se puede defender una huida del Derecho Administrativo al considerarse en ese punto la sociedad mercantil local poder adjudicador.

artículo 83.ter.3 se extrae que el pleno del Ayuntamiento puede decidir en los estatutos la forma de designación de la junta general, parece claro que la privación de tal facultad contraviene la normativa básica estatal y, por ende, tanto el precepto riojano, como el catalán como el andaluz serían inconstitucionales (Flores Domínguez, 2019: 66).

En efecto, lo que el TC ha entendido como inconstitucional no es que el pleno no asuma las funciones de junta en las sociedades mercantiles, sino que se haya privado al pleno de decidir tal cuestión a través de los estatutos, ya que así lo recoge la normativa estatal básica. Para ser más precisos: la LBRL no otorga al pleno en ningún caso la competencia de la junta general, sino que permite que sea él quien decida; lo que no ocurría ni en el ya inconstitucional artículo 14.1u) de la Ley de Capitalidad de Zaragoza, ni tampoco en los preceptos de la ley riojana, catalana y andaluza citados.

La constitucionalidad de los preceptos de las leyes autonómicas catalana, riojana y andaluza dependen de dos aspectos que han ido evolucionando a lo largo de la doctrina del TC: el papel de la LBRL como «canon de constitucionalidad» de la normativa autonómica y la definición del carácter básico o no del artículo 85.ter.3.

La doctrina del TC sobre el carácter de la LBRL como canon de constitucionalidad de la legislación autonómica de desarrollo no ha sido uniforme a lo largo de su historia. El TC ha llegado a diferenciar entre el carácter básico de la legislación que concreta la garantía institucional de la autonomía local (artículos 137, 140 y 141CE) y aquella que define el régimen local o régimen jurídico de la administración local (artículo 149.1.18.º CE) (Parejo Alfonso, 2015: 16) para posteriormente añadir, que «de la ley autonómica sólo podría ser canon de validez la LBRL en aquellos aspectos enraizables directamente en los arts. 137, 140 y 141 CE» (STC 159/2001 y STC 240/2006).

El tenor literal de esta jurisprudencia constitucional nos llevaría a situaciones un tanto anómalas: podría existir legislación autonómica de desarrollo que, como en el presente caso, contradiciendo la normativa básica dictada al amparo del artículo 149.1. 18.º CE, no sería objeto de control de constitucionalidad al no afectar a la garantía institucional de la autonomía local (artículos 137, 140 y 141 CE) y por tanto no ser la LBRL, en ese punto, y según el TC, canon de constitucionalidad. Sin embargo, tal doctrina del TC es solamente aplicable a los conflictos en defensa de la autonomía local. Dos son los motivos.

En primer lugar, en la propia STC 240/2006 el TC ha declarado que «el canon que este Tribunal deberá aplicar *para resolver los conflictos en defensa de la autonomía local* promovidos frente a leyes estatales se ciñe a los preceptos constitucionales (arts. 137, 140 y 141 CE)» diferenciándolo, por tanto, de otros procedimientos constitucionales como son los declarativos de inconstitucionalidad (recurso y cuestión de inconstitucionalidad) (Parejo Alfonso, 2011: 88).

En segundo lugar, nos encontramos en la jurisprudencia más reciente del TC casos en los que a pesar de que se traten de materias relacionadas con el régimen local y por tanto con el artículo 149.1. 18.º CE, se utiliza a la LBRL como «canon de constitucionalidad» de la ley autonómica. Un ejemplo claro es el de la Sentencia aquí comentada o el de la STC 19/2017 relativo al procedimiento de constitución de entidades inferiores al municipio en Cataluña.

En definitiva, y dejando a un lado el conflicto en defensa de la autonomía local, la LBRL siempre y cuando tenga efectivamente el carácter de ley básica, será canon de constitucionalidad de la ley autonómica (aunque no de la estatal) independientemente de que se trate de un supuesto «enraizable» en la garantía institucional de la autonomía local o en el régimen jurídico de la administración local.

Sobre el carácter básico del precepto se pronuncia de forma afirmativa el TC en la presente sentencia, recogiendo el criterio sentado en la STC 103/2013 y 143/2013 en la que se declaró la competencia estatal para regular la organización de las entidades instrumentales locales «en aquellos aspectos que son necesarios para establecer un modelo común que, en todo caso, garantice un tratamiento común a los administrados». Tal doctrina hacía referencia a la regulación de la LBRL de los organismos públicos locales y a las entidades públicas empresariales por lo que entiende el TC que es «perfectamente extensible a la gestión directa a través de sociedades mercantiles locales».

La doctrina ha llegado a tachar de «parca» (Flores Domínguez, 2019: 62) la argumentación del TC que «extiende» directamente los criterios fijados para los organismos públicos locales y las entidades públicas empresariales, entidades de derecho público, sin explicar el porqué de tal extensión. El TC debería, al menos, haber aclarado los motivos que le llevan a entender que la limitación estatutaria establecida por la Ley de Capitalidad de Zaragoza afecta a lo básico en cuanto que desdibuja el modelo común que garantice un «tratamiento común a los administrados»: ni tuvo el TC en cuenta la naturaleza jurídico-privada de las sociedades mercantiles (Flores Domínguez, 2019: 62) ni tampoco explicó cómo la mera configuración interna de las sociedades

mercantiles locales puede afectar al «tratamiento común entre administrados». En este sentido, el simple hecho de que los diferentes plenos de los Ayuntamientos españoles puedan configurar diferentes modelos de junta hace que no exista un modelo único de organización de las sociedades mercantiles locales y tampoco, en consecuencia, un «modelo común» que garantice el tratamiento común a los administrados. Esta función, que, si bien legitima una regulación básica en las formas de gestión de servicios públicos, parece agotarse en establecer una normativa común aplicable (artículo 85.ter.1), unas formas societarias concretas (artículo 85.ter.2) y la existencia de unos órganos comunes en la sociedad mercantil local, así como la necesidad de elaborar unos estatutos (artículo 85.ter.1), sin que se extienda a la configuración interna de esos propios órganos.

4. EL ARTÍCULO 14.1 U) DE LA LEY DE CAPITALIDAD DE ZARAGOZA: UNA INVITACIÓN PARA LA REFLEXIÓN

La inconstitucionalidad del artículo 14.1 u) de la Ley de Capitalidad de Zaragoza no solo ofrece una enriquecedora oportunidad para el estudio de la constitución de las sociedades mercantiles locales y sus incidencias sobre la legislación básica y de desarrollo, sino que también es una invitación a reflexionar sobre el gobierno de las mismas. Si bien la contradicción entre la LBRL y la Ley de Capitalidad de Zaragoza parece evidente, esto no impide que nos sumemos al debate que la Ley de Capitalidad de Zaragoza, y, sobre todo, la actuación *a posteriori* del Gobierno, han puesto encima de la mesa: junta general en manos del pleno o de la junta de gobierno.

4.1. La inexistencia de un derecho de representación proporcional como punto de partida.

Antes de estudiar la conveniencia o no de que sea la junta de gobierno quien ostente las facultades de la junta general, debemos recordar la inexistencia de un hipotético derecho de representación proporcional en las sociedades mercantiles locales, por referencia a la ya comentada sustitución de los consejeros de la oposición.

En este sentido, cabe recordar que el TS diferencia la composición interna de los Ayuntamientos, en los que se exige el respeto al principio de proporcionalidad en conexión con el derecho al ejercicio del cargo público (artículo 23.2 CE), y los supuestos en los que el Ayuntamiento debe ser representado, en el que «voluntad se forma por el procedimiento regulado en la legislación de Régimen Local, en el que se toman las decisiones por votación mayoritaria» (STS de 1 de abril de 2004), lo que supone la negación del principio de proporcionalidad para la designación entre otros, de los representantes del Ayuntamiento en las sociedades mercantiles locales.

En definitiva, no hay ningún precepto de la LBRL que obligue a que los órganos de gobierno de las sociedades mercantiles locales reflejen la pluralidad política presente en el Ayuntamiento.

4.2. El criterio de eficiencia en la gestión

Precisado lo anterior, nos encontramos gracias a la STC 137/2018 ante una oportunidad única para abordar el estudio del gobierno de las sociedades mercantiles locales. Hay que recordar, que la formulación actual de la LBRL, tal y como señaló el TC en la presente Sentencia, y como había anticipado un sector de la doctrina (Rivero Ysern, 2014: 496) permite que el pleno, al configurar los estatutos de la sociedad, determine quién debe asumir las funciones de junta general, por lo que es perfectamente posible que sea la junta de gobierno quien ostente, por vía estatutaria, tal condición.

El Consejo de Estado en su dictamen ha señalado la conveniencia de una gestión por parte del pleno, entendiendo que no hay que sustraer del juego de «las mayorías y minorías» a la junta general ya que se trata de un órgano de control de gestión y financiero por lo que debe primar el principio representativo. Sin embargo, en sentido contrario ya se había en pronunciado en su día Alonso Ureba, que ha señalado cómo en legislaciones autonómicas se reserva tal facultad a órganos de naturaleza «ejecutiva»³ (Alonso

³ A pesar de la fecha de la cita, los preceptos que en ella se enumeran siguen plenamente vigentes: la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid establece que «la Junta General de las sociedades mercantiles, en que la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, Entidades de Derecho público o Entes Públicos ostenten una participación del 100 por 100 en el capital, estará constituida, respectivamente, por el Gobierno o por el Consejo de Administración del Organismo o Entidad».

Ureba, 1988: 173). En el ámbito local, tenemos el claro ejemplo del Ayuntamiento de Madrid, en el que las funciones de junta general las asume la junta de gobierno⁴.

No podemos pasar por alto tampoco la última reforma de la LBRL operada por la LRSAL que modificó el artículo 85 LBRL para acabar con la tradicional discrecionalidad de los Ayuntamientos para elegir la forma de gestión que estimen conveniente (Alonso Mas, 2014: 480). Ahora, la nueva redacción del artículo establece que solo se podrá optar por la empresa pública empresarial o la sociedad mercantil local cuando resulte acreditado que resultan más sostenibles y más eficientes que la gestión por la propia entidad local o por un organismo autónomo local. En relación con el principio de eficiencia que indudablemente se ha introducido en la LBRL, parece más adecuado que sea la junta de gobierno la que desempeñe las funciones de junta general y no el pleno, con el mero objetivo que no se trasladen los posibles debates partidistas al órgano de gobierno de la sociedad.

En este sentido, la representación en la sociedad de economía mixta es diferente, pero debería llevarnos a la misma conclusión. Tanto en un caso como en otro, el Ayuntamiento debe ser representado como socio en la sociedad, si bien es cierto que en el caso de las sociedades de economía mixta debe concurrir con un socio privado (Santiago Iglesias, 2017: 155). A falta de regulación específica en la LBRL, operan las reglas generales de la representación (artículo 21.1.b LBRL) por lo que será el alcalde y no el pleno quién asumirá la representación del Ayuntamiento en la junta de la sociedad de economía mixta, siendo esta facultad delegable (Montoya Martín, 2011: 2.981). Lo más adecuado sería una delegación a la junta de gobierno para que así asumiese el control del conjunto de sociedades mercantiles locales, sean mixtas o unipersonales; de hecho, las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno de las Empresas Públicas, Edición 2015 recomiendan concentrar la función de propiedad de las empresas públicas en una única entidad (Principio II.C). Lo que en ningún caso debería hacerse es de nuevo, permitir que se traduzcan las diferencias políticas en la junta de socios, máxime cuando ni siquiera, como en el caso de las sociedades de economía mixta el ayuntamiento posee la totalidad de las acciones/participaciones (Vallecillo Moreno, 2013: 6).

Por otro lado, el juego de mayorías sobre el que tanto hincapié hace el Consejo de Estado podría ser un obstáculo y un claro ejemplo de falta de eficiencia. En aquellos Ayuntamientos en los que exista una mayoría absoluta de un determinado partido político, a pesar de que eventualmente las funciones de la junta las asuma el pleno, el resultado sería el mismo que si las ostentase la junta de gobierno. Por lo tanto, nos encontraremos Ayuntamientos en los que *de facto* exista un control unitario, otros en los que exista *de iure* como sería el caso del Ayuntamiento de Madrid, y otros en los que no existan mayorías claras en el pleno, lo que podría condicionar e incluso torpedear al correcto funcionamiento de la sociedad mercantil local y por tanto dificultar el cumplimiento del criterio de eficiencia en la gestión que impone la LBRL.

4.3. La composición del Consejo de Administración: ¿un argumento de peso a favor del pleno?

Una de las competencias más importantes de la junta general de cualquier sociedad es la del nombramiento de los administradores. En este sentido, y de nuevo en relación con el criterio de la eficiencia, sería recomendable favorecer que los consejeros actúen con plena libertad e independencia. En el caso zaragozano hemos visto como la remoción de los principales consejeros de la oposición ha servido para que, entre otras cosas, se nombrase al Alcalde presidente del consejo de administración de una de las sociedades, un claro ejemplo de una *mala praxis* que dificulta la «eficiencia en la gestión», uno de los males recurrentes en las empresas públicas señalados por la doctrina (Laguna de Paz, 2013: 410).

Las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno de las Empresas Públicas, van en esta línea, y hacen hincapié en la «actuación el Estado como propietario». En este sentido trazan fundamentalmente dos principios: (1) la no implicación del gobierno, entendido como entidad política, en la gestión de cotidiana de la sociedad, ciñendo su actuación a las decisiones de naturaleza estratégica y política y permitiendo que la empresa pública actúe con total autonomía (principio II.B y notas al principio II.B), (2) el ejercicio del cargo de administrador de forma «profesional e independiente (...) sin que deban guiarse por interés político alguno a la hora de cumplir con sus obligaciones como directores» (principio II.C y notas al principio II.C). La OCDE busca con sus directrices la despolitización de los órganos de gestión de las sociedades mercantiles públicas, por lo que opta por la profesionalización de los consejos de administración de estas. Por ello sería

⁴ Así lo dispone en el artículo 10 de los estatutos de la Empresa municipal de servicios funerarios y cementerios de Madrid S. A. y en el artículo 11 de los de Madrid Destino Turismo Cultura y Negocio S. A.

deseable que entre ellos figurasen personas ajenas a la corporación, que actuasen como consejeros no ejecutivos y que fuesen elegidos no por su afinidad política sino por su experiencia acreditada. Para la OCDE solo se debería nombrar representantes políticos o afines «únicamente si satisfacen el nivel de competencia exigido para todos los miembros del Consejo de Administración, y siempre que no sirvan de cauce a una influencia política que exceda de la función de propiedad».

La dificultad para lograr la tan ansiada independencia radica en el proceso de elección de consejeros. Si la junta de gobierno, en su papel de junta de la sociedad, es la encargada de nombrar a los administradores, esta tendría una amplia discrecionalidad a la hora de la elección de los candidatos al no tener que contar con el beneplácito de la oposición. En el caso contrario, los candidatos deberían contar con la aprobación de la mayoría del pleno, aprobación que es más sencilla de obtener si se cuenta con habilidades y experiencia acreditada que permitan un mínimo consenso entre los distintos grupos municipales. Sin embargo, se pueden articular fórmulas que, sin necesidad de que sea el pleno el que ejerza como socio único, permitan el nombramiento de candidatos independientes.

El ya citado artículo 85.ter.3 LBRL recoge que en los estatutos se determinará la «forma de designación» por lo que nada impide que, en los mismos estatutos aprobados previamente por el pleno, se establezcan criterios de selección.

Estas ideas han sido tímidamente introducidas en nuestra legislación. Tanto el artículo 288.5 del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades locales de Cataluña, o el artículo 307.5 del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, establecen que los miembros del consejo de administración deberán ser seleccionados entre personas «especialmente cualificadas». En el plano estatal, el artículo 93.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) establece que los consejeros serán designados entre «personas especialmente capacitadas por periodos no inferiores a dos ni superiores a seis años».

Se podría discutir sobre la vigencia del artículo 93.1 del RSCL, ya que el artículo 85.ter.1 LBRL hace una remisión completa al ordenamiento privado, y por tanto al TRLSC en cuyo artículo 242 se recoge la duración indefinida del cargo de administrador salvo disposición contraria en los estatutos (Montoya Martín, 2011: 2.939). Sin embargo, no parece que tal disposición afecte al requisito de «idoneidad» del administrador social derogando solo lo referente a la limitación temporal del cargo. Se podría argumentar *a sensu contrario* que la remisión del artículo 85.ter.1 LBRL es completa y que articula un sistema de fuentes específico para la sociedad mercantil local basado principalmente en el TRLSC y los estatutos de la sociedad, salvo aquellas materias que especialmente excepciona de su aplicación. Recordemos que el citado precepto acuña el término «íntegramente» y que el artículo 85.ter.3 encomienda a los estatutos «la forma de designación y funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración» lo que conllevaría a entender derogados todos aquellos artículos del RSCL referidos al funcionamiento y composición del consejo de administración de las sociedades mercantiles locales.

Sea como fuere, lo cierto es que, tanto en un caso como en otro, nada impide que se configure esos criterios de selección a través de los estatutos, ya sea para concretar el mandato de «idoneidad» del artículo 93.1 RSCL o para recogerlo *ex novo* en los estatutos ya que son los encargados de recoger la «forma de designación» y además pueden contener todas aquellas condiciones que no sean contrarias a las leyes ni a los principios configuradores del tipo (artículo 28 TRLSC).

Existen otras opciones encaminadas a salvaguardar cierta independencia en los órganos de gestión como son la de reservar un número de consejeros independientes e incluso recoger un sistema de incompatibilidades que busque salvaguardar cierta independencia en los órganos de gestión. En relación a los consejeros independientes, el artículo 93.3 RSCL establece en un tercio el límite de los concejales que pueden ser miembros del consejo de administración. Sobre este artículo vuelven las dudas sobre su vigencia por los mismos argumentos anteriormente expuestos, entendiendo la doctrina que actualmente se encuentra derogado (Montoya Martín, 2011: 2.939). Si bien es cierto que reducir la presencia de representantes políticos en el consejo de administración es una medida que a los ojos de la OCDE es acertada (Nota al principio II.C), no parece que sea un remedio del todo eficaz para evitar la politización de los órganos de administración. Nada impediría que se designasen consejeros no concejales afines al partido político de turno por lo que la previsión del artículo 93.3 RSCL aparte de estar derogada, es incompleta. La idea de restringir a un tercio los concejales presentes en el consejo de administración, se podría introducir a través de los estatutos de la sociedad en cuestión, pero para su completa eficacia sería conveniente establecer una serie de criterios de selección o causas de incompatibilidad que orientasen la selección de los dos tercios restantes, o del porcentaje que se precie, ya que tal límite carece de vigencia a día de hoy.

Un ejemplo de participación de «independientes» en la gestión de la sociedad lo constituye la Empresa Municipal de Aguas de Gijón, que prevé en sus estatutos la designación de un consejero por parte de la Federación de Asociaciones de Vecinos del municipio de Gijón en representación de los usuarios, y otros dos por las organizaciones sindicales con mayor representatividad en la comarca de Gijón, uno por cada organización. Sin embargo, estas fórmulas, de eficacia dudosa, se han articulado como instrumento para dar voz a los diferentes intereses en juego a la hora de gestionar el servicio (Ballina Díaz, 2015: 299) y no como fórmula para garantizar una gestión independiente. Convierten un órgano gestor en una confluencia de intereses diversos (laborales, de consumidores...) lo que supone ni más ni menos que trasladar los «males» que antes señalábamos para la junta de la sociedad, al consejo de administración. A mayor abundamiento, las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas critican especialmente este sistema de nombramientos ya que reclaman que los miembros de los órganos de dirección de la sociedad no actúen como representantes de una clientela y que se evite nombramientos de personas que presenten excesivos conflictos de interés (Nota al principio II.C). En el caso gijonés vemos como precisamente se nombran consejeros porque ostentan un interés muy concreto como puede ser la defensa de los usuarios o la de los trabajadores.

En definitiva, la independencia en el consejo de administración no depende del quién elija, o no solo al menos, sino que también y en mayor medida de los criterios en los que se basa la elección. Por tanto, la fórmula deseada para el consejo de administración sería la reserva de un número de independientes y la configuración de unos criterios de selección a través de los estatutos. Esta fórmula se adecúa al criterio de eficiencia en la gestión, podría garantizar una «cierta estabilidad» ante un hipotético cambio de signo político en el Ayuntamiento y permitiría impugnar el acuerdo de designación adoptado por la junta en caso de que se prescindiera totalmente de los criterios fijados en los estatutos (artículo 204.1 TRLSC), incluso por los concejales no miembros de la junta de la sociedad, como veremos a continuación.

4.4. La impugnación de acuerdos sociales: la legitimación del concejal no miembro de la junta general

Un aspecto esencial a la hora de estudiar las sociedades mercantiles locales unipersonales, es abordar correctamente la naturaleza de tal sociedad. El artículo 15 TRLSC dispone que en las sociedades unipersonales el socio único ejercerá las competencias de la junta general, por lo que no debemos entender al pleno, o a cualquier órgano del Ayuntamiento al que se le confiera el papel de junta, como una junta general propiamente dicha, sino como el representante del Ayuntamiento, socio único de la sociedad. Es cierto que las sociedades locales presentan determinadas particularidades ya descritas, pero no tiene por qué primar un criterio más representativo, o democrático si se quiere, en su gestión ya que ni la ley ni la propia naturaleza jurídica de la sociedad unipersonal lo exigen.

Ahora bien, tampoco debemos entender que el pleno, y más en concreto, los concejales de la oposición queden totalmente relegados al otorgarle a la junta de gobierno el papel de junta general. Anteriormente habíamos señalado la necesidad de elaborar una memoria explicativa para constituir una sociedad mercantil local. La reforma del artículo 85 LBRL no solo introdujo los criterios de eficiencia y solvencia en la elección de la sociedad mercantil local, sino que también ha buscado que se justifiquen tales criterios. En ese sentido, en la memoria explicativa necesaria para constituir la sociedad, se deberá recoger el asesoramiento recibido, los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido y se deberá contar con el informe favorable del interventor sobre la sostenibilidad financiera de la propuesta. Todo ello debe constar en el expediente definitivo que aprobará el pleno, sin el cual no se puede constituir la sociedad. Por lo tanto, observamos como el pleno sigue manteniendo intactas sus facultades en la fase administrativa previa a la que antes aludíamos. En definitiva, la dicotomía entre fase jurídico-pública y fase jurídico-privada debería traducirse en el mantenimiento del principio democrático y representativo a la hora de decidir sobre la prestación del servicio y la forma de prestarlo, y en la plasmación del principio de eficiencia en la gestión concreta previamente seleccionada.

Una cuestión muy relacionada con lo anterior es la relativa a la impugnación de los acuerdos sociales. El artículo 206 TRLSC establece que podrán impugnar los acuerdos sociales, además de los administradores y los socios que acrediten el porcentaje pertinente, los terceros que acrediten un interés legítimo. La pregunta que surge a continuación como no podría ser de otra forma es si tiene un concejal la legitimidad suficiente para impugnar un acuerdo de la junta de la sociedad mercantil local. Tal posibilidad ha sido rechazada por

alguna Audiencia Provincial (SAP de las Palmas de 7 de marzo de 2008). No obstante, cabe recordar que el TC ha reconocido una *legitimación ex lege* en el acceso a la jurisdicción-contencioso administrativa de los concejales, distinta de la que otorga con carácter general el artículo 63.1 LBRL, para aquellos supuestos en los que no se puede votar en contra del acuerdo por no pertenecer al órgano competente (STC 173/2004 y STC 108/2006). Tal legitimación no la planteó el tribunal en un mero «interés abstracto en defensa de la legalidad» sino en un interés muy concreto, e incluso obligación que tiene el concejal como cargo representativo de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento. ¿Se podría aplicar tal criterio a la impugnación de acuerdos sociales? Es más ¿debería incidir la condición de empresa pública a la hora de apreciar el interés legítimo en la impugnación de acuerdos sociales? En la doctrina existen pronunciamientos favorables al respecto (Ballina Díaz, 2014: 19) que nos parecen correctos ya que si analizamos la jurisprudencia del TC podríamos llegar a la misma conclusión. En primer lugar, el TC aprecia la imposibilidad del concejal de participar en la votación del acuerdo, supuesto que sucedería en el caso de que la junta de gobierno actuase como junta general, y en segundo lugar apela a una legitimación *ex lege* por el deber que le asiste como cargo electo, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento. ¿Acaso el hecho de que se actúe a través de una sociedad mercantil exime al concejal de tal obligación? Probablemente no.

El principal argumento que se podría esgrimir para no considerar aplicable la doctrina recogida en la STC 173/2004 es la naturaleza jurídica de los acuerdos adoptados por la junta de las sociedades mercantiles locales. Efectivamente y tal como indica la doctrina, no son actos administrativos, (Sosa Wagner: 2008, Ballina Díaz, 2014: 158) por lo que no son recurribles en la vía contencioso-administrativa. Sin embargo, si bien es cierto que estos acuerdos son «materialmente mercantiles» también lo es que procedimentalmente están sujetos al Derecho Administrativo. Es decir, el órgano que actúe como junta de la sociedad estará sometido a las normas administrativas relativas a la adopción de acuerdos (Montoya Martín, 2011: 2.937). Esto es así debido a que, como hemos señalado anteriormente y pese a que el artículo 85.ter.1 realiza una remisión íntegra al ordenamiento privado, el pleno o la junta de gobierno no son una junta de socios a la que concurren diversos socios y en el que opere el juego de mayorías recogido en el TRLSC. Recordemos que las sociedades mercantiles locales íntegramente participadas son unipersonales, lo que significa que tan solo existe la voluntad del socio único por lo que no operan, por cuestiones obvias, las mayorías mínimas requeridas en el TRLSC. Lo que hace el pleno o la junta de gobierno es expresar la voluntad del socio único que es el Ayuntamiento y para expresar tal voluntad están sujetos, como no puede ser de otra manera, a la normativa administrativa. Si entendiésemos que el régimen de adopción de acuerdos es el del TRLSC le otorgaríamos a los concejales el papel de socios, lo que es del todo incongruente con una sociedad unipersonal –al existir varios socios– y con el papel del pleno o de la junta de gobierno, como socio único. Tal interpretación viene reforzada por lo dispuesto en el artículo 92.1 RSCL en el que se dispone que «el funcionamiento de la Corporación constituida en Junta general de la Empresa se acomodará, *en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley y del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales*, aplicándose las normas reguladoras del régimen de las Sociedades anónimas en las restantes cuestiones sociales». Aunque de nuevo podríamos cuestionarnos la vigencia de este precepto por lo expuesto anteriormente, lo cierto es que en este caso no entra en contradicción directa con el TRLSC como ocurre con otros supuestos, por lo que podría considerarse plenamente aplicable (Ballina Díaz, 2014: 168). En este caso, a pesar de que exista una remisión íntegra al derecho privado en el artículo 85.ter.1 LBRL, el artículo 92.1 RSCL no está regulando una cuestión mercantil porque en las sociedades unipersonales realmente no existe como tal una junta de socios (Coscullela Montaner, López Benítez, 2009: 145), sino que como indica el artículo 15 TRLSC «el socio único ejerce las funciones de la junta general».

Fruto de lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han construido lo que se conoce como la teoría de los «actos separables» (Flores Domínguez, 2019: 55 y Ballina Díaz, 2014: 167) a efectos de la impugnación de los acuerdos que adopte el órgano encargado de asumir las funciones de la junta general en las sociedades mercantiles locales. Por ello, las cuestiones relacionadas con el régimen de adopción de acuerdos, como pueden ser los quórums necesarios, el régimen de mayorías o el régimen de abstención en la votación, están sometidas necesariamente a derecho público y por tanto deberán ser impugnadas en su caso antes la jurisdicción contencioso-administrativa (Ballina Díaz, 2014). Por el contrario, el contenido material de tales acuerdos sí que tiene naturaleza mercantil y por aplicación de la doctrina de los actos separables son impugnables ante los juzgados de lo mercantil.

En relación a esto, y volviendo con la cuestión de la impugnación de acuerdos de la junta general de la sociedad por los concejales no miembros, se produciría una paradoja de difícil explicación lógica. Si se pro-

duce una infracción del régimen de adopción de acuerdos, aquel concejal que no hubiera participado en la votación por no ser miembro de la junta de la sociedad, en el caso de que no se confiase al pleno, podría impugnarlo ya que el mismo vulneraría normas de derecho público y por tanto estaría plenamente legitimado si atendemos a la jurisprudencia del TC ya citada. Ahora bien, si la ilegalidad del acuerdo reside en el contenido de este, y por tanto son de aplicación las reglas societarias sobre impugnación de acuerdos sociales (artículo 204 TRLSC) el concejal no miembro no podría impugnar el acuerdo, salvo que la doctrina del TC se traslade también a otros órdenes jurisdiccionales, como aquí defendemos, al menos para este caso concreto.

Si bien es cierto que el control de lo formal es importante, las cuestiones más relevantes en cuanto al correcto funcionamiento de la sociedad son de índole material. Si el TC reconoció la legitimidad basándose en una hipotética obligación que tiene el concejal de velar por el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, tal obligación juega un papel más importante en el control de las actuaciones materiales que es donde se podrían producir los mayores perjuicios para la sociedad mercantil local. A mayor abundamiento, tampoco la legislación mercantil parece excluir del todo esta legitimidad. En este sentido, el interés que exige el TRLSC no tiene porqué ser patrimonial (Baena Banea, 2016:145) sino que puede ser suficiente una mera afectación a sus derechos, por lo que entronca perfectamente con el cometido que la jurisprudencia del TC les ha otorgado a los concejales.

En conclusión, si antes hablábamos de que el pleno mantendría competencias importantes en el plano jurídico-público, ahora señalamos que los concejales que lo integran podrían mantener, en el caso de que se le otorgase a la junta de gobierno el papel de junta de la sociedad, un mínimo control de la actuación de la sociedad en el ámbito privado, siempre y cuando se acepte por los tribunales la interpretación aquí expuesta. Esto reforzaría, aún más, la idea de trasladar tal función (la de junta de la sociedad) a la junta de gobierno y no al pleno. De hecho, podría ser un instrumento esencial para controlar el nombramiento de administradores sociales que no cumplan con los requisitos de «idoneidad» que se deberían incluir en los estatutos a la hora de configurar el consejo de administración.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La primera y más importante conclusión que debemos extraer de la STC 137/2018 de 13 de diciembre es la facultad que tiene el pleno de determinar a través de los estatutos de la sociedad mercantil local el órgano encargado de asumir las funciones de la junta general. Así pues, el artículo 14.1 u) de la Ley de Capitalidad de Zaragoza privaba al pleno de la elección, imponiendo *ex lege*, a la junta de gobierno local como representante del Ayuntamiento en las sociedades mercantiles locales.

La contradicción entre el artículo 14.1u) de la ley aragonesa y el artículo 85.ter.3 LBRL era evidente y desemboca en la inconstitucionalidad del precepto, sin embargo, el TC no justifica de forma convincente el carácter básico del artículo 85.ter.3. El TC señala al respecto que el Estado tiene competencia en la regulación de los entes instrumentales locales «en aquellos aspectos que son necesarios para establecer un modelo común que, en todo caso, garantice un tratamiento común a los administrados» por lo que entiende que la regulación de la sociedad mercantil local del artículo 85.ter.3 enjuiciada tiene tal carácter. Sin embargo, el TC no lo ha llegado a aclarar cómo se garantiza un tratamiento común a los administrados si lo que precisamente permite la LBRL es la libre configuración de los órganos societarios. Entender como básica la regulación del funcionamiento interno de la sociedad mercantil local estrecha sin duda el margen competencial de las CCAA en este punto, aunque hemos visto como no sólo ha sido Aragón la que ha legislado sobre la materia en sentido contrario a lo dispuesto en el artículo 85.ter.3.

Por otro lado, el TC puede que se haya excedido en sus críticas a la Ley de Capitalidad de Zaragoza. Si bien el término «acto vacío o sin contenido» es del todo ilustrativo, no parece que sea aquí aplicable. El artículo 14.1 u) no ha vaciado ninguna competencia «esencial» del pleno a la hora de constituir una sociedad, tan solo ha impuesto límites, tal y como hacen otras leyes de nuestro ordenamiento jurídico, a la libre configuración de los estatutos sociales. A su vez, el TC ha olvidado el preponderante papel que la LBRL le otorga al pleno en la gestión de los servicios públicos y en la iniciativa económica local porque es él y no otro, quién decide las cuestiones más trascendentales en estos aspectos.

Dejando a un lado los aspectos constitucionales, la STC 37/2018 abrió la puerta a un debate sobre el régimen de gobierno corporativo de las sociedades municipales. Hoy en día, en la mayoría de las sociedades locales los concejales del ayuntamiento se «quitan el sombrero de político» y se ponen el de «accionista» (Vallecillo Moreno, 2013: 6) lo que provoca en muchos casos una falta de eficacia y eficiencia en la gestión.

Trasladar los debates políticos al ámbito societario no parece lo más conveniente a la hora de gestionar un servicio público o prestar una actividad económica. Por tanto, hemos propuesto que sea la junta de gobierno la que asuma las funciones de junta general y que se determine en los estatutos de la sociedad criterios de selección o de capacidad a la hora de seleccionar a los integrantes del consejo de administración.

Finalmente, y a efectos de no desplazar por completo a los concejales de la oposición, se debería reconocer jurisprudencial o legalmente su legitimidad a la hora de impugnar aquellos acuerdos societarios que consideren que atentan contra el interés social que no deja de ser, al encontrarnos ante un ente instrumental, el interés de la Corporación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO MAS, M. J. (2014): “El nuevo régimen de los instrumentos de intervención de las entidades locales”, en DOMINGO ZABALLOS, M. J. (coord.): *Reforma del Régimen Local: la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, págs. 439-476. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- ALONSO UREBA, A. (1988): *La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V. (2013): “Las reglas constitucionales sobre la interiorización del régimen local en los estatutos de autonomía de segunda generación y la problemática naturaleza jurídica de la ley reguladora de las bases de régimen local”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, págs. 61-97. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1316&IDA=36865>.
- BAENA BAENA, P. J. (2016): “El nuevo régimen jurídico español de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos de las sociedades de capital”, en *Revista de Derecho*, núm. 20, págs. 125-160 (consultado 13-07-2019). Disponible en: <http://revistasnicaragua.net.ni/index.php/revderecho/issue/view/255>.
- BALLINA DÍAZ, D. (2014): “Reclamaciones frente a las actuaciones de las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal: jurisdicción competente y legitimación de los concejales para su impugnación”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica REALA*, núm. 2, págs. 155-176 (consultado 10-07-2019). DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i2.10194>.
- BALLINA DÍAZ, D. (2015): *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal: instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública INAP.
- COSCULLELA MONTANER, L. y LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2009): *Derecho Público Económico*. Madrid: lustel.
- EMBED IRUJO, A. (2019): “Informe general sobre el Gobierno Local en 2018”, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2018*, núm. 10, págs. 15-43 (consultado 15-07-2019). Disponible en: <https://ifc.dpz.es/publicaciones/ver/id/3762>.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2001): “Artículo 28” en REQUEJO PAJÉS, J. L. (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/publicaciones/Publicaciones/Coedicion-LOTC.pdf>.
- FLORES DOMÍNGUEZ, L. E. (2019): “La junta general en las sociedades mercantiles locales”, en *Revista de Estudios Locales CUNAL*, núm. 219, págs. 48-67.
- GARCÍA RUBIO, F. (2015): “La iniciativa económica local tras la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica REALA*, núm. 3, págs. 9-33 (consultado 15-07-2019). DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i3.10238>.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2014): “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”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica REALA*, núm. 2, págs. 9-25 (consultado 24-07-2019). DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i2.10190>.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2013): *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Civitas.
- MONTOYA MARTÍN, E. (2011): “La gestión de los servicios locales a través de empresas municipales y mixtas”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir): *Tratado de Derecho Municipal*, vol. IV, págs. 2.921-2.985. Madrid: lustel.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I. (2010): “La gestión de los servicios de las entidades locales”, en COBO OLVERA, T. (dir): *Tratado de Derecho Local*, págs. 1.267-1.302. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- OLIVÁN DEL CACHO, J. (2019): “La inconstitucionalidad de la atribución a la junta de gobierno local de las funciones de junta general de las sociedades municipales. A propósito de la STC 137/2018, de 13 de diciembre”, en *Boletín Digital Contencioso*, núm. 30, págs. 2-14 (consultado 24-07-2019). Disponible en: <http://www.ajfv.es/wpcontent/uploads/2019/04/Boletin-CONTENCIOSO-Abril-2019.pdf>.
- ORTEGA BERNARDO, J. (2018): “Servicios públicos e iniciativa económica local” en VELASCO CABALLERO, F. (dir): *Tratado de Derecho Económico Local*, págs. 73-104. Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, L. (2015): “Las bases del régimen local en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Local QDL*, núm. 37, págs. 12-40 (consultado 16-07-2019). Disponible en: https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1646/Parejo_Bases_regimen_local_p_12_40.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

- PAREJO ALFONSO, L. (2011): “La autonomía local en la Constitución Española” en MUÑOZ MACHADO, S. (dir): *Tratado de Derecho Municipal*, vol. IV, págs. 48-210. Madrid: Iustel.
- RIVERO ORTEGA, R. (2015): *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Marcial Pons.
- RIVERO YSERN, J. L. (2014): *Manual de Derecho Local*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- SANTIAGO IGLESIAS, D. (2017): “Empresas locales” en VELASCO CABALLERO, F. (dir): *Tratado de Derecho Económico Local*, págs. 153-192. Madrid: Marcial Pons.
- SOSA WÁGNER, F. (2008): *La gestión de los servicios públicos locales*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- VALLECILLO MORENO, F. (2013): “Retrato de una empresa pública que no huye del derecho administrativo”, en *Diario la Ley*, núm. 8.107 (consultado 25-07-2019).



José Luis REVERTER VALLS, *Los conflictos en defensa de la autonomía local*. Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018. 309 págs.

José Luis REVERTER VALLS, *Los conflictos en defensa de la autonomía local*. Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018. 309 pp.

Darío Badules Iglesias
Universidad de Zaragoza (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4907-5911>
dbadules@unizar.es

NOTA BIOGRÁFICA

Graduado en Derecho y en Ciencias Políticas por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster Universitario en Abogacía por la de Zaragoza. Es Personal Investigador en Formación del programa nacional de Formación del Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, con destino en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

RESUMEN

Reseña del libro de José Luis REVERTER VALLS, *Los conflictos en defensa de la autonomía local*, obra que realiza un repaso por la institución creada por la Ley Orgánica 7/1999, de la que se cumplen ahora 30 años. Se realiza un estudio de los caracteres de esta institución, sus orígenes y algunos puntos de mejora, además de por su desigual uso en estas tres décadas.

PALABRAS CLAVE

Conflictos en defensa de la autonomía local; Tribunal Constitucional; autonomía local.

ABSTRACT

Review of the book from José Luis REVERTER VALLS, *Los conflictos en defensa de la autonomía local*, which makes a critical appraisal to this institution, created by the Organic Law 7/1999, thirty years ago. It makes an analysis of the features of this institution, its origins, some areas of improvement and the uneven use of it in these three decades.

KEYWORDS

Conflict over the defence of local autonomy, Constitutional Court, local autonomy.

El libro aquí reseñado y que ha visto la luz a finales de 2018 tiene su origen en la tesis doctoral que Reverter Valls –funcionario habilitado estatal de la subescala de Secretaría-Intervención– leyó en 2016 en la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección del profesor Embid Irujo, quien también prologa esta edición. Se trata de una versión «pulida» y, en parte, reducida respecto de la original (disponible, por cierto, en línea en el repositorio institucional de tal Universidad). Consta de tres capítulos; si bien, el tercero –el más amplio, de unas doscientas páginas– podría constituir más una segunda parte que un único capítulo.

Este año 2019 se cumple el XX aniversario de la aprobación de la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), y que materializó la institución estudiada en esta obra: los conflictos (ante el TC) en defensa de la (garantía institucional) de la autonomía local. A ello se dedica este volumen: al análisis del contexto normativo de la reforma, de la «reivindicación» del acceso al TC, y, en fin, al estudio de detalle de cada una de las aristas de esta institución, teniendo bien presente la (escasa) doctrina constitucional derivada del uso de la misma por parte de los entes locales.

El primer capítulo hace un repaso del principio de autonomía local consagrado en la Constitución española (CE) de 1978. De interés para cualquiera que quiera situar en orden sus ideas sobre tal principio, recuerda algunas posturas con más o menos éxito doctrinal: el principio de maximización de la autonomía local, el bloque de la constitucionalidad local, la no-autonomía de los entes locales, la posterior supresión de los controles de oportunidad sobre la actuación de dichos entes... hasta llegar a la vigente doctrina de la garantía institucional, con mención a su construcción en los primeros años de la democracia.

Recuerda brevemente, en fin, las posibilidades de defensa con que contaban estos entes locales con carácter previo a la aprobación de la meritada reforma de 1999: las escasas posibilidades de las vías ordinarias ante el TC (recurso, cuestión y conflicto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas) y las (todavía más insatisfactorias) previsiones de recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Este capítulo, en todo caso, goza de interés como recordatorio del largo camino que abrió la CE de 1978 en defensa de la autonomía de los entes locales y que, de alguna manera, aun no se ha cerrado. No en vano, se dice que, junto con la autonomía política de las Comunidades Autónomas, la de los entes locales (de naturaleza distinta, como bien recuerda el TC desde su STC 32/1981) supuso uno de los cambios más radicales propuestos por la CE en relación con los precedentes españoles de la organización territorial del Estado.

El capítulo segundo, como he adelantado, desarrolla en profundidad la génesis de la reforma operada por la ley del año 1999. Como el mismo autor señala, puede decirse que tal modificación supuso, de alguna manera, superar la «minoría de edad» de los entes locales, dotándoles de herramientas para la defensa *autónoma* de su *autonomía* (valga la pretendida redundancia) ante los eventuales abusos operados por normas con rango de Ley procedentes del Estado o de las Comunidades Autónomas.

Esta sección del libro ofrece un gran interés por cuanto retoma las distintas posturas y discusiones doctrinales previas a la elaboración de la reforma. Da cuenta, así, del gran genio jurídico de los mejores administrativistas del país, que discutieron y debatieron, en sede académica, acerca de las posibilidades, incongruencias y virtudes de cada una de las variantes propuestas. En particular, destacaron las elaboradas por Parejo Alfonso, Jiménez Campo, Font i Llovet o García Roca. No es este lugar para analizar todas y cada una de ellas, pero sí merece recordar una cuestión que estas alternativas se plantearon y que dio sus coletazos hasta tiempo después de aprobada la reforma. Me refiero al hecho de si es posible diferenciar este conflicto en defensa de la autonomía local propuesto (y después aprobado) del recurso de inconstitucionalidad y, por lo tanto, si es o no constitucional en su redacción.

Se rescatan también aquí las dos opciones planteadas inicialmente por el Gobierno en sendos anteproyectos de Ley: el segundo, la propuesta que después prosperó y que, por cierto, venía a colmar una exigencia de la Carta Europea de la Autonomía Local suscrita por España (en el seno del Consejo de Europa) que prevé un recurso para los Entes Locales en este sentido. Por otro lado, el primero, un recurso contencioso-administrativo preferente y sumario pero contra actos y disposiciones sin fuerza de Ley, que fue convenientemente rechazada dadas las insuficiencias que dicho modelo presentaba con respecto a los objetivos propuestos. Termina el capítulo con un breve estudio de la tramitación parlamentaria de la propuesta que finalmente prosperó y enlaza, así, con el capítulo principal de este libro.

El capítulo tres –que, como ya comenté, representa el grueso de esta obra– incluye un detallado estudio de los contornos jurídicos actuales del conflicto en defensa de la autonomía local, de gran interés para aquellas personas –especialmente, los servicios jurídicos de los entes locales– que eventualmente deban hacer uso del mismo. Constituye, además, una novedad en el panorama editorial español, por lo holístico del análisis y la actualidad de la inclusión de la práctica totalidad de la doctrina constitucional existente hasta la fecha.

Al adentrarse en toda la vertiente procesal del conflicto, analiza el autor con detalle todos los parámetros habituales de la regulación adjetiva de las instituciones. Empieza, así, estudiando con profundidad el objeto del proceso, repasando cada uno de los tipos de normas jurídicas con rango de Ley existentes en nuestro ordenamiento y que, por lo tanto, son susceptibles de tal recurso, según «la materia regulada en cada ley [que] será la que determine su susceptibilidad de ser objeto de dicho proceso» (pág. 127). Resulta de interés

también el recordatorio que hace, según el cual, los entes locales entrarían dentro de la categoría constitucional de «instituciones básicas del Estado», a los efectos del art. 86 CE; o la (discutida) posibilidad de que las «omisiones legislativas» sean también susceptibles de recurso.

Prosigue abordando la problemática acerca de los sujetos legitimados y la ya conocida dificultad que se deriva de la configuración actual de este conflicto, por la redacción de la LOTC dada por la ley de 1999. Como es conocido, una de las peculiaridades más llamativas de este conflicto reside en la particular (por única en nuestro ordenamiento) legitimación activa que se establece en el art. 75 *ter* LOTC. En resumen, podrán plantearlo: el municipio o provincia destinatario único de la norma; al menos la séptima parte de los municipios que abarque, a su vez, la sexta parte de la población afectada; o bien la mitad de las provincias que cuente, también, con la mitad de población del ámbito territorial correspondiente de aplicación de la norma. Califica este autor, con acierto, de verdadera «barrera de acceso» esta configuración. Barrera premeditadamente impuesta en la configuración del conflicto, como recuerda habitualmente la doctrina, para no saturar al TC (por todos, Carballeira). Reviste también cierto interés el análisis detallado de situaciones particulares que se realiza en esta obra, como, por ejemplo, las de Ceuta y Melillas, las diputaciones forales vascas, o las entidades locales supramunicipales distintas a la provincia; pues lo hace con un especial llamamiento a determinadas incongruencias del sistema que el autor plantea con acierto.

Sigue el estudio con una cuestión capital: el dictamen del órgano consultivo correspondiente, previo al planteamiento del conflicto. En este sentido, se plantea (aunque se desarrolla más adelante) un asunto de cierta controversia: según la doctrina del TC, solo es necesario un acuerdo de iniciación del conflicto, que implicará la solicitud del dictamen. Pero, la pregunta es qué sucedería si el ente local, conocido el dictamen, decidiese cambiar de parecer. El dictamen de dicho órgano debería, a mi juicio, tener alguna trascendencia antes de la llegada del conflicto al TC. También existen problemas en la configuración de este dictamen cuando han de solicitarlo distintos entes locales, de los que da buena cuenta el autor en este libro.

El siguiente apartado se refiere al parámetro de enjuiciamiento para los conflictos en defensa de la autonomía local; en concreto, a la conocida discusión doctrinal en torno a si debe entenderse que existe –aunque el TC lo haya ya negado– un denominado «bloque de la constitucionalidad local». El canon, pues, será fundamentalmente la CE y, subsidiariamente, los elementos *básicos* de la legislación de régimen local, con especial referencia a los principios de subsidiariedad, diferenciación, proporcionalidad y ponderación.

Le siguen unos apartados que, como señalé, serán especialmente útiles para aquellos que deban hacer uso de este proceso (letrados de entes locales), pues trata cuestiones de competencia, forma, tramitación, la sentencia y otras formas de terminación, etc.

Doctrinalmente, las dos últimas secciones (sobre el segundo proceso de autocuestión y la naturaleza del conflicto) tienen mayor interés. Es precisamente la autocuestión en sede del TC obligatoria la que salva la posible inconstitucionalidad de la regulación al distinguir el conflicto del recurso de inconstitucionalidad. Llama la atención sobre el hecho de que, en realidad, dicha segunda sentencia solo puede ser estimatoria pues, en caso contrario, iría contra la primera sentencia del propio Tribunal. Así, como la doctrina señaló, puede entenderse que este segundo proceso no sea más que un subterfugio para evitar tal declaración de inconstitucionalidad. En todo caso, proceso avalado por el propio intérprete máximo de la CE.

Concluye, en fin, con la mención a la doble naturaleza de este conflicto en defensa de la autonomía local, lo que otros autores han descrito como «cuerpo de conflicto y espíritu de recurso» (Meilán) y con algunas breves reflexiones acerca de los puntos de mejora de esta regulación, así como la agri dulce sensación de que, en este vigésimo aniversario de su puesta en marcha, este conflicto se ha reconocido como poco efectivo. Como corolario, habría sido interesante contar con una tabla a modo de anexo con todas las Sentencias y Autos derivados de la aplicación de este conflicto, de gran interés para el lector y que podrá añadir en futuras ediciones. En todo caso, una obra necesaria para el adecuado conocimiento de esta institución y de utilidad para los operadores jurídicos del ámbito local.



Autores / Authors

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. Entre sus líneas de investigación destacan: los bienes públicos; la sanidad animal y la seguridad alimentaria; las energías renovables y la eficiencia energética; el turismo; los servicios de interés general; la racionalización administrativa y el procedimiento administrativo.

ASUNCIÓN NICOLÁS LUCAS

Licenciada en Derecho por la Universidad de Oviedo (1989). Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo (1996). Profesora titular de Universidad (desde 1999). Sus líneas de investigación se centran en los contratos administrativos, sanciones administrativas, responsabilidad patrimonial y empleo público. Actualmente trabaja en el ámbito de la protección de datos. Miembro de varios proyectos de investigación tanto a nivel nacional como regional.

ESTHER RANDO BURGOS

Doctora en Derecho por la Universidad de Málaga. Licenciada en Derecho y Licenciada en Ciencias del Trabajo por la Universidad de Málaga. Diplomada en Ordenación del Territorio y Máster en Regulación Económica y Territorial: especialidad Urbanismo, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. Sus líneas de investigación se centran en el ámbito del urbanismo y la ordenación del territorio, así como en la jurisdicción contencioso-administrativa.

MIGUEL LEÓN ACOSTA

Doble Graduado en Derecho (2013-2018) y en Administración y Dirección de Empresas (2013-2019) por la Universidad de Córdoba. Actualmente ocupa el puesto de Técnico de Apoyo a la Investigación en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba, a la cual ha estado estrechamente ligado como alumno colaborador. Hasta la fecha ha estudiado la intervención de la Administración en la actividad económica y la actividad administrativa de servicio público. En particular, ha estudiado el fenómeno de la remunicipalización de los servicios públicos locales, y los procedimientos que deben seguir las Entidades locales para ejercer la iniciativa pública local. De hecho. Su Trabajo Fin de Grado de Derecho tuvo por objeto "El procedimiento para la remunicipalización de los servicios públicos. Estudio doctrinal y jurisprudencial".

JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, su tesis doctoral ha sido galardonada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España). Ha sido investigador visitante de la SPISA de la Universidad de Bolonia (Italia). Sus principales líneas de investigación son el derecho local y la contratación pública.

JUAN ALEMANY GARCÍAS

Juan Alemany Garcías se doctoró en Derecho por la Universitat Rovira i Virgili, con la calificación de Sobresaliente *Cum laude* en el año 2015. Es profesor asociado de Derecho Administrativo en dicha universidad y de la Universidad de las Illes Balears. Sus principales líneas de investigación se centran en la contratación pública y el urbanismo, con seis monografías publicadas.

ANDREA GARRIDO JUNCAL

Profesora contratada Doctora de Derecho Administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela. Líneas de investigación: servicios sociales, contratación del sector público, instrumentos de la actividad administrativa.

GUSTAVO MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ

Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia (2015) y Oviedo (2018) y Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. Durante los cursos 2016/2017 y 2017/2018 trabajó como Investigador Postdoctoral en la Cátedra de Derecho Constitucional, Administrativo, Europeo y Comparado de la Universidad de Constanza dirigida por el Prof. Dr. D. Hans C. Röhl. Es miembro del Grupo de Investigación «Derecho Administrativo (DA)» de la Universidad de Oviedo, dirigido por el Prof. Dr. D. Alejandro Huergo Lora. Sus principales líneas de investigación son el sistema de fuentes y la internacionalización del Derecho Público.

DIEGO RODRÍGUEZ CEMPELLÍN

Graduado en Derecho por la Universidad de Oviedo (2018). Premio fin de Grado y premio mejor expediente «Liberbank». Becario de excelencia por la Fundación María Cristina Masaveu Peterson. Actualmente cursa el Máster de Acceso al Ejercicio de la Abogacía en la Universidad Carlos III de Madrid.

DARÍO BADULES IGLESIAS

Graduado en Derecho y en Ciencias Políticas por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster Universitario en Abogacía por la de Zaragoza. Es Personal Investigador en Formación del programa nacional de Formación del Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, con destino en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.