

## Artículos / Articles

- Consideraciones sobre el procedimiento administrativo de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario  
*Considerations on the administrative procedure for providing jobs for civil servants*  
GIL FRANCO, AGUSTÍN JUAN ..... 6-28
- Desafíos y soluciones en la implementación de la nueva tasa de residuos municipales en España: un análisis crítico y económico de la Ley 7/2022  
*Challenges and solutions in the implementation of the new municipal waste fee in Spain: A critical and economic analysis of Law 7/2022*  
FRAGOSO-MARTÍNEZ, FRANCISCO JAVIER/ RIVERA-FERNÁNDEZ, GALA..... 29-59
- Regulación, desregulación y competencia en telecomunicaciones  
*Regulation, deregulation and competition in telecommunications*  
LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS ..... 60-80
- Estrategia social en las compras públicas. Un camino hacia la sostenibilidad y, por tanto, hacia la eficiente utilización de los fondos públicos  
*Social strategy in public procurement. A path towards sustainability and, therefore, towards the efficient use of public funds*  
PALACÍN SÁENZ, BERNABÉ ..... 81-98
- La cosa juzgada material en la duplicidad punitiva  
*Res judicata in the duplication of sanctions*  
BALLESTEROS MOFFA, LUIS ÁNGEL ..... 99-121

## Estudios breves / Brief Studies

- Digitalización de los procesos selectivos en la Administración pública. Lecciones desde el Ayuntamiento de Madrid  
*Digitalization of recruitment procedures in public administration. Lessons from the Madrid City Council*  
CORTÉS-ABAD, ÓSCAR/ HERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, VICENTE ..... 122-141

## Recensiones / Book reviews

- Julio José Enríquez Mosquera: *La reforma de la Administración local y el futuro de las diputaciones provinciales: de la función de asistencia a la prestación especializada de servicios municipales*  
ACÍN BIOTA, JAVIER ..... 142-144
- José Manuel Cantera Cuartango: *Régimen jurídico de la contratación de las sociedades públicas urbanísticas locales. De su pasada y vigente regulación a su deseable ordenación en beneficio de la sociedad: una propuesta constructiva*  
MARCOS CASTRO, IGNACIO ..... 145-148



# reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **23**  
Nueva época  
Abril, **2025**



FECYT-294/2024  
Fecha de certificación: 12 de julio de 2019 (6ª convocatoria)  
Válida hasta: 24 de julio de 2025



ISSN: 1989-8975  
DOI: <https://doi.org/10.24965/10.24965/reala.23.2025>  
<https://inap.es>  
<https://reala.inap.es>

**Director del INAP:**

Manuel Pastor Sainz-Pardo Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

**Editores:**

Isaac Martín Delgado (Universidad de Castilla-La Mancha)  
Silvia Díez Sastre (Universidad Autónoma de Madrid)  
Diana Santiago Iglesias (Universidad de Santiago de Compostela)

**Coordinación:**

Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

**Redacción y administración:**

Atocha, 106, 28012 Madrid  
Tel.: 91 273 13 20  
Correo electrónico: [reala@inap.es](mailto:reala@inap.es)

**Edita:** Instituto Nacional de Administración Pública

ISSN: 1989-8975  
NIPO: 231-24-003-5  
Depósito legal: M-1.582-1958

*Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado (CPAGE):*  
<https://cpage.mpr.gob.es/catalogo-de-publicaciones/>

## EQUIPO EDITORIAL

### Editores

Isaac Martín Delgado  
Universidad de Castilla-La Mancha  
<https://orcid.org/0000-0003-3515-1725>

Silvia Díez Sastre  
Universidad Autónoma de Madrid  
<https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>

Diana Santiago Iglesias  
Universidad de Santiago de Compostela  
<https://orcid.org/0000-0001-5017-8219>

### Vocales

Agustí Cerrillo i Martínez  
Universitat Oberta de Catalunya  
<https://orcid.org/0000-0002-1577-4194>

Concepción Campos Acuña  
Universidad de Vigo; Universitat Rovira i Virgili  
<https://orcid.org/0000-0002-7718-8000>

Emilie Chevalier  
Université de Limoges  
<https://orcid.org/0000-0003-4133-4501>

Ernesto Ganuza Fernández  
CSIC, IPP  
<https://orcid.org/0000-0001-5111-6730>

Eva Menéndez Sebastián  
Universidad de Oviedo  
<https://orcid.org/0000-0001-8794-6381>

Eva Sáenz Royo  
Universidad de Zaragoza  
<https://orcid.org/0000-0002-5502-3870>

Francesca Di Lascio  
Università Roma Tre  
<https://orcid.org/0000-0002-2021-4335>

Francisco Velasco Caballero  
Universidad Autónoma de Madrid  
<https://orcid.org/0000-0003-1055-3939>

Iván Rodríguez Suárez  
Universidad Politécnica de Madrid  
<https://orcid.org/0000-0002-9139-0280>

Lucía Casado Casado  
Universitat Rovira i Virgili  
<https://orcid.org/0000-0001-5603-3264>

Marc Vilalta Reixach  
Universitat de Barcelona  
<https://orcid.org/0000-0002-2387-7900>

Martin Burgi  
Ludwig-Maximilians-Universität München  
<https://orcid.org/0000-0001-6815-0257>

Salvador Parrado Díez  
UNED  
<https://orcid.org/0000-0001-6600-5515>

### Coordinador científico-editorial:

Néstor Clabo Clemente  
INAP

### Editor técnico:

Roberto Tomé Pérez  
INAP

### Editora técnica adjunta:

M.<sup>a</sup> Ascensión Fernández Sánchez  
INAP

## COMITÉ CIENTÍFICO CONSULTIVO

Francesco Bilancia  
Universidad de Chieti-Pescara, Italia  
<https://orcid.org/0000-0001-7917-8538>

Héctor Santaella Quintero  
Universidad de Externado, Colombia  
<https://orcid.org/0000-0002-4742-9950>

Fabio Medina Osorio  
Universidad Rio Grande del Sur. Instituto Internacional  
de Estudos de Direito do Estado, IIEDE

Giuseppe Piperata  
Universidad Iuav de Venecia, Italia

Juan Díez Sánchez  
Universidad de Alicante

Raúl Letelier Wartenberg  
Universidad de Chile  
<https://orcid.org/0000-0002-3428-116>

Julián Valero Torrijos  
Universidad de Murcia  
<https://orcid.org/0000-0002-6739-6789>

Gabriel Domenech Pascual  
Universidad de Valencia  
<https://orcid.org/0000-0002-4996-9715>

José Luis Blasco Díaz  
Universidad Jaime I de Castellón  
<https://orcid.org/0000-0002-3316-5296>

Eva Desdentado Daroca  
Universidad de Alcalá de Henares

Mercedes Fuertes López  
Universidad de León  
<https://orcid.org/0000-0002-3347-622X>

José María Rodríguez de Santiago  
Universidad Autónoma de Madrid  
<https://orcid.org/0000-0002-2207-1374>

Hans Christian Röhl  
Universidad de Konstanz, Alemania

Eduardo Cordero Quinzacara  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile  
<https://orcid.org/0000-0002-8433-5582>

Silvia del Saz Cordero  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Marco Dugato  
Universidad de Bolonia, Italia

Eloy García López  
Universidad Complutense de Madrid

Germán Fernández Farreres  
Universidad Complutense de Madrid

Francisco López Menudo  
Universidad de Sevilla  
<https://orcid.org/0000-0002-2560-9942>

Eloísa Carbonell Porras  
Universidad de Jaén  
<https://orcid.org/0000-0003-1127-1730>

Marcos Vaquer Caballería  
Universidad Carlos III de Madrid  
<https://orcid.org/0000-0002-3502-6708>

Alessandra Pioggia  
Universidad de Perugia, Italia

Edorta Cobreros Mendazona  
Universidad del País Vasco  
<https://orcid.org/0000-0001-9760-596X>

Francisco José Villar Rojas  
Universidad de La Laguna

Joan Manuel Trayter Jiménez  
Universidad de Girona  
<https://orcid.org/0000-0003-4995-5337>

José María Gimeno Feliu  
Universidad de Zaragoza  
<https://orcid.org/0000-0001-6760-9222>

Luis Míguez Macho  
Universidad de Santiago de Compostela  
<https://orcid.org/0000-0002-2248-2325>

La *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, publicada desde el año 1985 por el Instituto Nacional de Administración Pública, es la sucesora de la *Revista de Estudios de la Vida Local*, 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.

La *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* es una publicación semestral, editada en formato digital, con dos números por año que cubren los periodos abril-septiembre y octubre-marzo y son puestos en línea la primera semana de cada periodo (abril-octubre).

La *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* acepta para su revisión y posible publicación artículos, estudios breves, comunicaciones y comentarios jurisprudenciales y críticas de libros.

Se evalúan únicamente contenidos originales en español e inglés no publicados anteriormente y que siguen las directrices aceptadas por la comunidad científica. La revista cumple con los criterios habituales aplicados en las publicaciones científicas de mayor impacto internacional. Los artículos científicos son sometidos a un riguroso proceso de revisión por el método de pares ciegos según el protocolo del Open Journal System.

La *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* cree en la difusión libre del conocimiento científico y, por ello, se adscribe a políticas de acceso abierto a la información. Los autores/as deben ceder los derechos de los trabajos publicados en esta revista para su difusión en formato abierto garantizando que no están comprometidos con terceras personas.

Las informaciones, conceptos, artículos y opiniones publicadas en esta revista no necesariamente reflejan la posición de esta o del Instituto Nacional de Administración Pública. De igual manera, no tiene el control editorial sobre el contenido, información y/o material generado y/o provisto por terceros que se incluye en los artículos publicados en la revista, asumiendo el autor/coautor plena responsabilidad sobre lo publicado.

La *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* es editada por el Instituto Nacional de Administración Pública, dependiente del Ministerio de Política Territorial y Función Pública y se financia exclusivamente con cargo al presupuesto del organismo editor.



La **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica** 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 / Articles

Consideraciones sobre el procedimiento administrativo de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario <i>Considerations on the administrative procedure for providing jobs for civil servants</i> GIL FRANCO, AGUSTÍN JUAN .....	6
Desafíos y soluciones en la implementación de la nueva tasa de residuos municipales en España: un análisis crítico y económico de la Ley 7/2022 <i>Challenges and solutions in the implementation of the new municipal waste fee in Spain: A critical and economic analysis of Law 7/2022</i> FRAGOSO-MARTÍNEZ, FRANCISCO JAVIER/ RIVERA-FERNÁNDEZ, GALA.....	29
Regulación, desregulación y competencia en telecomunicaciones <i>Regulation, deregulation and competition in telecommunications</i> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS .....	60
Estrategia social en las compras públicas. Un camino hacia la sostenibilidad y, por tanto, hacia la eficiente utilización de los fondos públicos <i>Social strategy in public procurement. A path towards sustainability and, therefore, towards the efficient use of public funds</i> PALACÍN SÁENZ, BERNABÉ .....	81
La cosa juzgada material en la duplicidad punitiva <i>Res judicata in the duplication of sanctions</i> BALLESTEROS MOFFA, LUIS ÁNGEL .....	99

### Estudios breves / Brief Studies

Digitalización de los procesos selectivos en la Administración pública. Lecciones desde el Ayuntamiento de Madrid <i>Digitalization of recruitment procedures in public administration. Lessons from the Madrid City Council</i> CORTÉS-ABAD, ÓSCAR/ HERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, VICENTE .....	122
---	-----

### Recensiones / Book reviews

Julio José Enríquez Mosquera: <i>La reforma de la Administración local y el futuro de las diputaciones provinciales: de la función de asistencia a la prestación especializada de servicios municipales</i> ACÍN BIOTA, JAVIER .....	142
José Manuel Cantera Cuartango: <i>Régimen jurídico de la contratación de las sociedades públicas urbanísticas locales. De su pasada y vigente regulación a su deseable ordenación en beneficio de la sociedad: una propuesta constructiva</i> MARCOS CASTRO, IGNACIO .....	145



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 23, abril de 2025  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 16-09-2024  
Modificado: 02-01-2025  
Aceptado: 14-01-2025  
Publicación anticipada: 19-02-2025  
Publicado: 29-04-2025  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11444>  
Páginas: 6-28

Referencia: Gil Franco, A. J. (2025). Consideraciones sobre el procedimiento administrativo de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 23, 6-28. <https://doi.org/10.24965/reala.11444>

## Consideraciones sobre el procedimiento administrativo de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario

### *Considerations on the administrative procedure for providing jobs for civil servants*

Gil Franco, Agustín Juan

Universidad Rey Juan Carlos. Departamento de Derecho Público I y Ciencia Política (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6967-1862>

[agustinjuan.gil@urjc.es](mailto:agustinjuan.gil@urjc.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho, profesor asociado de la Universidad Rey Juan Carlos y funcionario de carrera del subgrupo A1. Responsable de unidades de recursos humanos en diversas Administraciones públicas en el ámbito de universidades públicas y corporaciones locales. Entre otras líneas de investigación desarrolladas, hay que destacar las cuestiones relacionadas con la función pública española y los cuerpos de policía local.

---

#### RESUMEN

**Objetivos:** el artículo ofrece herramientas y una reflexión a gestores y responsables de estos procedimientos para que traduzcan en su labor ordinaria los principios jurisprudenciales analizados y facilitar así la concurrencia competitiva y la seguridad jurídica de los participantes en los sistemas de provisión de puestos de trabajo, especialmente en los procedimientos de libre designación. **Metodología:** se realiza una exposición sistemática de la diversa normativa legal y reglamentaria sobre la materia y la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, que se ha ido consolidando en torno al procedimiento administrativo y el fuerte protagonismo que se ha dado a los principios de subsanabilidad, proporcionalidad y antiformalista en relación con la participación de los interesados en los mismos. Se parte del procedimiento administrativo común y su incidencia en el procedimiento de provisión de puestos y si es posible hablar de un procedimiento administrativo especial. **Resultados:** a pesar del desarrollo jurisprudencial auspiciando del principio de subsanabilidad, los gestores siguen aplicando un rígido sistema de exclusiones del proceso muy frecuentemente tácitas sin conocimiento de los interesados. **Conclusiones:** son necesarias medidas legislativas y normativas que apliquen el principio de seguridad jurídica en los participantes en estos procedimientos, sobre todo en los que ofrecen una mayor flexibilidad en la evaluación a la Administración, como es el procedimiento de libre designación, porque se incardinan en los principios del art. 23.2 CE.

#### PALABRAS CLAVE

Función pública; funcionario de carrera; provisión de puestos de trabajo; estatuto; carrera administrativa; concurso; libre designación; principio antiformalista; principio de subsanación.

---

#### ABSTRACT

**Objectives:** The article aims to offer tools and reflection to managers and those responsible for these procedures so that they translate the analyzed jurisprudential principles into their ordinary work and thus

facilitate competitive competition and legal security for participants in job provision systems. especially in free designation procedures. **Methodology:** A systematic presentation is made of the various legal and regulatory norms on the subject and the jurisprudence of both the Supreme Court and the Constitutional Court that has been consolidated around the administrative procedure and the strong prominence that has been given to the principles of rectifiable, proportionality and anti-formalist in relation to the participation of interested parties in them. It is based on the common administrative procedure and its impact on the position provision procedure and if it is possible to speak of a special administrative procedure. **Results:** Despite the jurisprudential development supporting the principle of remediation, managers continue to apply a rigid system of exclusions from the process that are often tacit without the knowledge of the interested parties. **Conclusions:** Legislative and regulatory measures are necessary that apply the principle of legal certainty to the participants in these procedures, especially those that offer greater flexibility in the evaluation to the Administration, such as the free designation procedure, because they are included in the principles of article 23.2 CE.

## KEYWORDS

Public function; civil servant; provisional affiliation; provision of jobs; statute; administrative career; contest; free designation; anti-formalist principle; principle of correction.

## SUMARIO

1. SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. 2. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO DEL PERSONAL FUNCIONARIO. 2.1. EL REGLAMENTO, ELEMENTO DELIMITADOR DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. 3. SOBRE EL REAL DECRETO 364/1995, DE 10 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO GENERAL DE INGRESO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y PROMOCIÓN PROFESIONAL DE LOS FUNCIONARIOS CIVILES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. 3.1. BASES DE LAS CONVOCATORIAS DE PROVISIÓN, CAUCE DEL PROCEDIMIENTO. 3.2. PRECEPTOS PROCEDIMENTALES RESTANTES. 3.3. LA EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO «CONCRETIZADO»: EL «SUBPROCEDIMIENTO» DE LA TOMA DE POSESIÓN DEL PUESTO. 3.4. EL REAL DECRETO 1777/1994, DE 5 DE AGOSTO, DE ADECUACIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN DE PERSONAL A LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. 4. LA SINGULAR REFERENCIA DE LA LEY 39/2015 A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE CONCURRENCIA COMPETITIVA. 4.1. EL PRINCIPIO PRO ACTIONE Y DE SUBSANABILIDAD FRENTE AL FORMALISMO ENERVANTE. 4.2. LA EFECTIVA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSANABILIDAD Y SUS LÍMITES. 5. EL PRINCIPIO DE SUBSANABILIDAD Y PROCEDIMIENTO DE PROVISIÓN MEDIANTE LIBRE DESIGNACIÓN. 6. A MODO DE CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

No descubrimos nada nuevo cuando afirmamos que la Ley 39/2015, de 1 de octubre del del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es un elemento estructural e imprescindible para el funcionamiento de las Administraciones públicas y el pilar básico en las relaciones entre los ciudadanos y sus Administraciones. Nuestra Constitución se ocupa de blindar el camino QUE suscitar en estas relaciones Administración-administrado y el carácter legislativo por el que deben conducirse: «La ley regulará: el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado» (art. 103c) CE). Se añade a lo anterior la «extraterritorialidad» del mismo cuando se establece que el Estado es el único competente en relación con «el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.18 CE).

Aspecto este último que, lejos de suponer una influencia incidental o secundaria en los procedimientos que podríamos denominar «particulares» en cada comunidad autónoma, ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, desde la inicial STC 222/88, de 29 de noviembre, en el sentido de que «cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple

también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias»<sup>1</sup>. Lo cual supondría, como afirma González Ríos (2018, p. 135), que el legislador estatal regula un procedimiento administrativo «común», pero no «único», ni material ni formalmente.

Aunque esta previsión no es ni mucho menos una infravaloración del procedimiento administrativo común, tanto por su eficacia como su aplicabilidad, ya que, como afirma la STC 155/2016, de 22 de septiembre, «nuestra doctrina general sobre el significado del concepto “procedimiento administrativo común”, sin duda, forma parte del modelo general de procedimiento administrativo que el Estado puede imponer en ejercicio de su competencia –con el margen de apreciación y oportunidad política que ello siempre trae consigo, así, STC 191/2012, de 29 de octubre, FJ 5–». Entre otras cosas, «el establecimiento de la obligación de dictar resolución expresa en un plazo determinado (art. 42 LPC), así como la regulación de las consecuencias que ha de generar el incumplimiento de esa obligación (...) pues de lo contrario aquella previsión inicial no pasaría de ser una mera declaración de principios. Desde luego, sin esas dos previsiones –la una impuesta para la efectividad de la otra– no habría procedimiento administrativo “común” o, en todo caso, el modelo sería otro distinto» (FJ 6).

Todo lo cual no hace sino distinguir claramente la fórmula legislativa prevista por el constituyente en relación con la técnica general de distribución competencial seguida respecto de la legislación básica estatal y su relación con la legislación de las CC. AA. No es legislación básica en el sentido que habitualmente se da a la misma<sup>2</sup> y que la STC 132/2012, de 19 de junio de 2012, recurso n.º 6433-2000, viene a resumir:

En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, el ámbito de lo básico incluye, desde la perspectiva material, las determinaciones que garantizan la existencia en todo el Estado de una normativa homogeneizadora destinada a asegurar los intereses generales en el sector material de que se trate, y con ello una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad y certeza en todo aquello que el legislador estatal considera en cada momento como aspectos esenciales de dicho sector material (por todas, SSTC 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6; 14/2004, de 12 de febrero, FJ 11; y 31/2010, de 28 de junio, FJ 60).

Realmente el concepto de «procedimiento administrativo común» es una competencia exclusiva del Estado, de la que goza de amplia libertad para su regulación, pero no tanta como para incidir a través de éste en las efectivas competencias autonómicas que tienen la facultad de regular sus propios procedimientos administrativos de ejecución de competencias autonómicas propias, aunque con la salvedad de respetar de forma inalterada el conjunto de elementos constitutivos del procedimiento administrativo común<sup>3</sup>. No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de que el procedimiento administrativo común no tenga una única técnica legislativa y pueda contenerse en ciertas leyes sectoriales estatales<sup>4</sup>, lo

<sup>1</sup> Esta doctrina que se ha reafirmado en las STC 79/1992, de 28 de mayo, 141/1993, de 22 de abril, 330/1994, de 15 de septiembre, 186/1999, de 14 de octubre, 190/2000, de 13 de julio y 98/2001, de 5 de abril, la STC 175/2003, la STC 150/2012 y la STC 132/2013 tal y como señalan estas mismas al ser citadas como fundamento de su decisión.

<sup>2</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es ingente a este respecto. No obstante, destacaremos la más tempranas: la STC 84/1982, del 23 de diciembre de 1982, tempranamente señala que «por “principios”, “bases” y “directrices” hay que entender los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica, que deben ser comunes a todo el Estado». O el sentido que da a la legislación básica la STC 49/1988, de 22 de marzo de 1988, en los recursos de inconstitucionalidad acumulados n.º 990, 991 y 1007/1985, «Como regla general, y de acuerdo con la doctrina reiterada de este Tribunal, las bases deben garantizar la existencia en todo el Estado de un mínimo común denominador normativo dirigido a asegurar los intereses generales, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto». Y que, además, el concepto de *legislación básica* es un concepto «material»: STC 32/1981, de 28 de julio de 1981: «La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente». Aunque, también la STC 129/2013, del 19 de diciembre de 2013, cuestión de inconstitucionalidad n.º 3460/2011, también incide en el carácter formal de las normas básicas: «Se trata, pues, de una norma básica en el doble sentido material y formal». Y que exige del legislador su declaración formal porque como afirma la STC 125/2013, del 19 de diciembre de 2013, recurso de inconstitucionalidad n.º 2964/2009.

<sup>3</sup> STC 130/2013 de 4 de junio: «El adjetivo “común” que el precepto constitucional utiliza lleva a entender que lo que el constituyente ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento».

<sup>4</sup> STC 130/2013 de 4 de junio: «Este Tribunal ha admitido que, en virtud del art. 149.1.18 CE, el Estado establezca normas comunes de procedimiento específicas para procedimientos administrativos *ratione materiae*, como, por ejemplo, el procedimiento de

cual viene a constituir un tipo procedimental con el adjetivo de «común» que, como afirma López Menudo (2003. pp. 24-25), acierta a expresar la idea de que la ley es aplicable a todos, no siendo privativamente de ninguno; de que es una ley «principal», por la amplitud de su objeto y su vis expansiva. Lo normal es que la «ley común» juegue como supletoria en defecto de norma particular. En tales casos, la ley común es asimismo «general» por relación a otra norma prevalente que por ello opera como «especial», y con ese valor es normalmente utilizado el término por la mayoría de los autores. Pero también existe una acepción plena o «redonda» de la «ley común» como equivalente a derecho de eficacia preferente frente a cualquier otro. Lo cual no hace sino desplegar los efectos de la ley común como norma de referencia total, tanto en su carácter sustantivo como en el sistema de fuentes aplicativo, y que manifiesta «completitud». De tal forma que, como afirma, por ejemplo –y en el sentido apuntado–, el Tribunal Supremo, lo que obliga a considerar que esta ley básica general deroga a la ley especial, bien sea del Estado o de la comunidad autónoma<sup>5</sup>.

Coscolluela Montaner (2022, p. 413) incide en que el procedimiento administrativo común tiene el carácter de *procedimiento marco* que permite adecuar las normas procedimentales tanto a la organización como a las singularidades de la materia sobre la que incide, pero sin menoscabar las reglas del procedimiento administrativo común. Este calificativo, «marco», manifiesta una cercanía clara con otros casos en los que la norma marco prefigura y determina la capacidad normativa de otras Administraciones con competencias en una materia concreta<sup>6</sup>. Procedimiento marco común, que adquiere la consideración para Parejo Alfonso (2020, pp. 606-607) de «institución común» a la totalidad de las actuaciones derivadas del desarrollo de la actividad formalizada de cualesquiera Administraciones públicas, dando al procedimiento administrativo común con ello un sentido abierto y no permanente en cuanto a la necesidad de adaptar el procedimiento administrativo común a las capacidades de normación de los diversos entes territoriales y los sectores administrativos sobre los que inciden sin que pierdan el valor de «institución», ya que respecto del mismo se articulan como su referencia.

Sin embargo, este carácter que la doctrina otorga al procedimiento administrativo común parece contener un cierto límite para el legislador, y es que los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales<sup>7</sup>, aunque también cabe que la habilitación del art. 149.1.18 CE extienda «normas comunes de procedimientos específicas para procedimientos administrativos *ratione materiae*» (STC 143/2017).

Es el caso, por ejemplo, de los procedimientos de elaboración de planes urbanísticos para los que el título competencial Estatal ex art. 149.1.1.º CE está directamente vinculado al art. 149.1.18 CE: «En todo caso, y ello es lo relevante, el Estado ostenta competencias exclusivas para dictar normas de procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.º CE), entre las que se incluyen aquellas garantías o derechos procedimentales que hayan de respetarse para la formulación de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos. (STC 61/1997, FJ 25)».

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional también ha diseñado otra, a juicio de González Ríos (2018, p. 148), artificiosa distinción entre procedimiento administrativo común general –el previsto en la legislación de procedimiento administrativo– y el procedimiento administrativo común singular, con ocasión de su pronunciamiento: primero, en la STC 130/2013, de 4 de junio, respecto de los procedimientos regulados en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y, en segundo término, con las STC 45/2015, de 5 de marzo<sup>8</sup>, y STC 55/2018, de 24 de mayo, respecto del procedimiento en la ley sectorial. Para ambos, se trata de «principios y reglas de “procedimiento administrativo común singular”, entendido como el establecido también en la órbita del art. 149.1.18 CE, pero para una forma específica de potestad o actividad de la administración».

elaboración de los planes urbanísticos [STC 61/1997, FJ 25 c)], lo que indica que la competencia del Estado en materia de procedimiento administrativo común no se detiene, única y exclusivamente, en la regulación de la institución desde una perspectiva meramente abstracta y desvinculada de los procedimientos especiales».

<sup>5</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, del 24 de abril de 2012, rec. n.º 3734/2009.

<sup>6</sup> Es el caso, por ejemplo, del art. 39 a) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dentro del contenido competencial coordinador de las policías locales asignado por el art. 148.1.22 a las comunidades autónomas, al determinar, por ejemplo, que coordinar la actuación de las policías locales en el ámbito territorial de la comunidad comprende, entre otras cosas: «(a) Establecimientos de las normas-marco a las que habrán de ajustarse los Reglamentos de Policías Locales, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y en la de Bases de Régimen Local».

<sup>7</sup> DA 1.ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>8</sup> El recurso de inconstitucionalidad viene a referirse al Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras en su conjunto.

En definitiva, la ley sectorial correspondiente puede determinar los procedimientos administrativos propios inherentes a la misma e, incluso, incorporar, a su vez, elementos comunes dentro de la particularidad sectorial o bien alternativamente declarar la supletoriedad del procedimiento administrativo común.

Todo lo cual lleva a que, en relación con el contenido propiamente «común» del procedimiento administrativo, la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya ido aumentando sus contornos en una manifiesta «vis expansiva», como afirma González Ríos (2018, pp. 141-148), teniendo en cuenta que la concreción material de qué se entienda por procedimiento administrativo común se viene produciendo vía jurisprudencia del TC. Si bien, podemos avanzar que ni todo lo que contiene la Ley 39/2015 PACAP se considera procedimiento administrativo común ni todo el procedimiento administrativo común se encuentra regulado en dicha norma. En definitiva, para el Tribunal Constitucional 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. Todo lo cual nos lleva a afirmar que el concepto de «procedimiento administrativo común» tiene ese carácter expansivo que explícita o implícitamente lo hacen extensible a aquellos casos en los que la legislación sectorial omitiera principios y procedimientos específicos.

## 2. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO DEL PERSONAL FUNCIONARIO

La STC 55/2018, de 24 de mayo 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.

¿Son los procedimientos administrativos para la provisión de puestos procedimientos específicos al margen del procedimiento administrativo común? No creemos que así sea, si bien las disposiciones legales respecto del estatuto de los funcionarios no aclaran tampoco la cuestión, siendo más bien escasas sus referencias puramente procedimentales. El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP) y la todavía vigente Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública, no establecen propiamente un procedimiento específico como tal en la provisión de puestos de trabajo del personal funcionario, como tampoco podemos decir que el Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado de 26 de julio de 2024 (fecha de publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales<sup>9</sup>) lo haga. A este respecto, como ya decíamos, la propia Ley 39/2015 deja claro que solo la ley sectorial correspondiente puede regular un procedimiento administrativo especial que “no exija alguno de los trámites previstos la Ley del procedimiento administrativo común o regulen trámites adicionales o distintos<sup>10</sup>”, cosa que no parece producirse por la ley básica de función pública y las señaladas. De hecho, se fijan, más bien, en la determinación de la tipología selectiva del sistema de concurrencia competitiva más que del propio procedimiento al establecer que «la provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública»<sup>11</sup>, ya que de ambos tipos pueden surgir procedimientos distintos. Es verdad que en los arts. 79 y 80 del TREBEP ofrecen

<sup>9</sup> BOCG-15-a-31-1, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados Serie A*, n.º 31-1, 26 de julio de 2024.

<sup>10</sup> Disposición adicional primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>11</sup> Art. 78 del TREBEP. En este mismo sentido, el art. 20 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto.

los elementos fundamentales para definir el sistema procedimental al señalar, por ejemplo, para el sistema de concurso que «consistirá en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico, o que en las convocatorias de concursos podrá establecerse una puntuación que, como máximo, podrá alcanzar la que se determine en las mismas para la antigüedad» (art. 79 TREBEP). Y que para el caso de la «la libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto» (art. 80 TREBEP); pero en ambos casos carecen de referencias procedimentales específicas.

Por su parte, encontramos que el art. 20.1 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, llega a concretar algún elemento propiamente procedimental al establecer, primero, la necesidad de que «las convocatorias para proveer puestos de trabajo por concurso o por libre designación, así como sus correspondientes resoluciones, deberán hacerse públicas en los “boletines” o “diarios oficiales” respectivos, por la autoridad competente para efectuar los nombramientos», y que tras esta circunstancia «se concederá un plazo de quince días hábiles para la presentación de solicitudes»<sup>12</sup>. Curiosamente, esta letra y apartado del mencionado art. 20 tiene la consideración de básica, según la propia Ley 30/1984<sup>13</sup>, lo cual parece lógico a pesar del silencio del TREBEP a este respecto.

Por su parte, el art. 78 TREBEP incide también en la creación de otros procedimientos de provisión a través de cada ley de función pública autonómica. En concreto, en los supuestos de movilidad interadministrativa, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo junto a los que pudieran producirse por reestructuraciones que conlleven la supresión de los puestos de trabajo, los cuales han de sustanciarse a través del correspondiente procedimiento, aunque no tienen como objetivo primordial la garantía de la concurrencia competitiva.

El sistema de provisión de puestos de trabajo es un punto nuclear dentro de la carrera administrativa de los funcionarios y, por ende, es uno de los pilares del estatuto de la función pública, pero, además, tiene una incidencia grande en la propia organización administrativa cuya potestad, de algún modo, se ve delimitada por esta circunstancia. No en vano, Palomar Olmeda (2007, p. 474), ha advertido que la provisión de puestos en las Administraciones públicas constituye uno de los elementos centrales de cualquier regulación, ya que la misma se sitúa en el ámbito práctico en un terreno intermedio entre intereses de los funcionarios y las necesidades de la organización. Hecho que explicita una cierta tensión entre dos ámbitos de intereses, no siempre coincidentes. La STS, Contencioso, Sección 1.ª, del 30 de enero del 1992 (ROJ: STS 608/1992), ya apuntaba esta contraposición:

En el presente proceso la cuestión central consiste en cómo ha de regularse el modo de provisión de los puestos en cuanto norma objetiva de ordenación de la organización administrativa y no en cuanto a que ello constituya título suficiente para otorgar de forma directa un derecho subjetivo a personas que se rigen por normas que constituyen el estatuto común de los funcionarios, o por normas que suponen la existencia de un estatuto especial.

Esta confrontación se observa de forma más directa en el caso de los sistemas de provisión de puestos por «movilidad interadministrativa»<sup>14</sup>, en donde se advierte claramente el superior interés de la potestad administrativa de organización frente al «derecho a la movilidad interadministrativa» del funcionariado al que aluden Parada Vázquez y Fuentetaja Pastor (2019, p. 339). Incluso el «sagrado derecho» de permanencia en un puesto conforme a su carrera y progreso profesional, para determinado funcionariado cualquiera

<sup>12</sup> El art. 54.2 del Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado de 24 de marzo de 2023 establece que «la provisión de puestos y la movilidad del personal funcionario de carrera se realizarán de conformidad con lo establecido en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en esta ley y en la normativa reglamentaria de desarrollo que se establezca previa negociación colectiva», y que «los procedimientos de concurso para la provisión de puestos de trabajo se regirán por la convocatoria respectiva, que se ajustará a lo dispuesto en los criterios generales, que serán objeto de negociación colectiva».

<sup>13</sup> En efecto, así se determina en el art. 1.3 de dicha ley: «Se consideran bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del art. 149.1. 18.ª de la Constitución: el art. 20.1. c)».

<sup>14</sup> El art. 84.3 del TREBEP, la encuadra como una medida organizativa en exclusiva: «Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos (...)». El Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado (julio 2024) reafirma este carácter en su art. 31.1: «La Administración del Estado utilizará la provisión de puestos de trabajo al objeto de la adecuada dotación de recursos humanos para la consecución de sus objetivos estratégicos, en el marco de los instrumentos de planificación y ordenación de personal».

que sea la Administración en la que prestare servicio, se ve afectado cuando la Administración en la que presta servicio antepone sus necesidades organizativas teóricas al derecho del mismo a la carrera en dicha Administración, entendiendo el legislador básico que el verdadero derecho a la carrera profesional lo es tan solo en la Administración en la que se encuentra adscrito el cuerpo/escala/subescala/categoría de pertenencia de este funcionariado<sup>15</sup>. Esto nos parece francamente discutible si hablamos de un modelo «común» de función pública.

Los procedimientos administrativos de provisión de puestos de trabajo están directamente vinculados al art. 23.2 CE. Así lo han aseverado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo. El primero, en la STC 156/1998, de 13 de julio, que reafirmaba una línea jurisprudencial constante al afirmar que:

Conviene señalar que este Tribunal viene reiterando que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública es un derecho que actúa no sólo en el momento de acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcional y por ello se ha afirmado que este derecho resulta también aplicable a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/1983, 15/1988, 47/1989, 192/1991, 200/1991, 293/1993, 365/1993, 87/1996). No obstante, también se ha sostenido que el rigor con el que operan los principios constitucionales que se deducen de este derecho fundamental (el acceso en condiciones de igualdad a la función pública –art. 23.2 CE– de acuerdo con los principios de mérito y capacidad –art. 103.3 CE–) no es el mismo según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la carrera administrativa, ya que en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido en condiciones de igualdad a la función pública –y, por tanto, que ya han acreditado el mérito y capacidad– cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales (SSTC 192/1991, 200/1991, 293/1993, 365/1993, 87/1996).

El segundo, en relación con este último apartado: El derecho al acceso a funciones públicas en condiciones de igualdad es un derecho de configuración legal, en que los arts. 14 y 23.2 de la Constitución, actúan, tratándose de concursos de provisión de puestos entre funcionarios, con menor intensidad que en las pruebas selectivas para el nuevo ingreso, admitiéndose, acreditados los requisitos de mérito y capacidad, que también se atiende en el concurso cuestionado, a otros criterios distintos a éstos, como son los de dotar de la mayor eficacia a la organización de los servicios, cuya racionalidad en el caso de autos, y según ya se ha argumentado, ha quedado de sobra acreditada<sup>16</sup>.

A pesar de este «debilitamiento» del derecho constitucional de «igualdad en el acceso», el art. 78.1 del TREBEP establece que «las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad». Y que, en relación con el principio de publicidad, Guillén-Caramés y Fuentetaja Pastor (2011, p. 165) lo vinculen directamente con nuestro texto constitucional, ampliando los preceptos implicados en estos sistemas de provisión: en su manifestación más genérica, se encuentra ligado a otros mandatos constitucionales, como los son el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y el principio de objetividad que para toda actuación de las Administraciones públicas predica el art. 103.1 del texto constitucional.

Esta vinculación constitucional de los sistemas de provisión puestos de trabajo tiene como resultado que el procedimiento administrativo que los lleve a efecto se vea delimitado tanto por el art. 149.1.1 CE

<sup>15</sup> El ya mencionado art. 84.3 del TREBEP no parece dejar dudas al respecto: «En el supuesto de cese del puesto obtenido por libre designación, la Administración de destino, en el plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente al del cese, podrá acordar la adscripción del funcionario a otro puesto de la misma o le comunicará que no va a hacer efectiva dicha adscripción. En todo caso, durante este periodo se entenderá que continúa a todos los efectos en servicio activo en dicha Administración. Transcurrido el plazo citado sin que se hubiera acordado su adscripción a otro puesto, o recibida la comunicación de que la misma no va a hacerse efectiva, el funcionario deberá solicitar en el plazo máximo de un mes el reingreso al servicio activo en su Administración de origen, la cual deberá asignarle un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración, con efectos económicos y administrativos desde la fecha en que se hubiera solicitado el reingreso». Precisamente este apartado no responde a la versión originaria de EBEP 2007, ya que fue reformado por el apartado 3 del art. 28.4 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa que le da esta redacción definitiva y su relación con lo dispuesto en la disposición transitoria 9.ª. A la vista salta que esta reforma posee un carácter marcadamente regresivo para los derechos del funcionariado, sobre todo en aquellos que pudieran desempeñar puestos de responsabilidad pre directiva o directiva.

<sup>16</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 18 de junio de 2008, rec. n.º 158/2005.

como por el art. 149.1.18 CE. El «procedimiento administrativo común» no es sino la manifestación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. En este caso, de todos los funcionarios/as potencialmente aptos para el desempeño de funciones públicas en los puestos que pudieran ser ofertados en un momento determinado y bajo los requisitos de la relación de puestos de trabajo.

Es, por tanto, necesario concluir la especial vinculación que estos procedimientos de provisión tienen respecto de los elementos configuradores del procedimiento administrativo común, sobre todo en los elementos más tuitivos del mismo en relación con los/as funcionarios/as que efectivamente participan en un procedimiento concreto. El procedimiento administrativo para la provisión de puestos es el elemento decisivamente protector de la concurrencia, con base en el mérito y capacidad<sup>17</sup>. Y todo ello a pesar de la especial situación jurídica en la que se encuentran los funcionarios respecto de la Administración como expondremos. En efecto, como señalaba Morell Ocaña (1998, p. 224), el procedimiento constituye una exigencia jurídica cuando se hace presente su funcionalidad como garantía jurídica, cualquiera que sea el tipo de provisión de puestos, sea el sistema concurso, sea el sistema de libre designación.

## 2.1. El reglamento, elemento delimitador del procedimiento administrativo de provisión de puestos de trabajo

El TREBEP atribuye a cada ley de función pública elementos sustantivos dentro de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, como, por ejemplo, cuando establece reserva legal para determinar «el plazo mínimo de ocupación de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo»<sup>18</sup>; o que «los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública»<sup>19</sup>, e incluso a la hora de determinar otros procedimientos de provisión de puestos, especialmente relacionados con las necesidades organizativas de las Administraciones públicas. Aunque en algunos casos el TREBEP parece sustraerlos a la necesaria regulación cuando remite a cada convocatoria los pormenores

<sup>17</sup> Al respecto de la igualdad, como «elemento de protección específico», señala la STC 236/2015, de 19 de noviembre, Pleno, recurso de inconstitucionalidad n.º 2733-2011: «Aunque en el recurso, junto al art. 23.2 CE, se invoca también el art. 14 CE, ha de recordarse que, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional emanada en procesos de amparo y que es extensible a los procesos de inconstitucionalidad, “cuando la queja por desigualdad se plantea respecto de los supuestos comprendidos en el art. 23.2 CE no es necesaria la invocación del art. 14 CE, porque el propio art. 23.2 CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos y es éste, por tanto, el precepto que habrá de ser considerado de modo directo para apreciar si el acto o la resolución impugnados han desconocido el principio de igualdad” (SSTC 24/1989, de 2 de febrero, FJ 2; 154/2003, de 17 de julio, FJ 5, y 192/2007, de 10 de septiembre, FJ 3); cuando menos, siempre que la diferenciación no se deba a algunos de los criterios de discriminación expresamente impedidos por el art. 14 CE (...). En suma, ya sea a partir del art. 23.2 CE o del art. 14 CE resulta aplicable un canon parcialmente equivalente de enjuiciamiento, con independencia del carácter funcional o laboral del personal afectado, en la medida en que la igualdad que garantiza el art. 23.2 CE en el acceso a las funciones públicas que desempeña el personal estatutario constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE en el conjunto de las funciones públicas. A partir de ese canon común, quienes tengan la condición de funcionario disfrutan además de la protección que ofrece la garantía de la predeterminación normativa que consagra el art. 23.2 CE».

<sup>18</sup> Art. 79.2 y art. 80.2 TREBEP.

<sup>19</sup> Sobre la constitucionalidad de esta forma de provisión de puestos de trabajo no cabe ya duda alguna al respecto. Así, señala la STC 235/2000, de 5 de octubre: «Que la adjudicación sea en el caso del concurso la consecuencia de la baremación, más o menos automática, de los méritos aportados, según lo dispuesto en la oportuna convocatoria, en tanto que en el sistema de libre designación se produzca como resultado de la apreciación (dotada, como es obvio, de una evidente connotación de discrecionalidad o, si se prefiere, de un cierto margen de libertad) que el órgano decisor se haya forjado a la vista del historial profesional de los candidatos o aspirantes, es indiferente desde la perspectiva del genérico estatuto funcional de la persona que finalmente resulte adjudicatario del puesto en cuestión. No nos hallamos aquí en presencia de nombramientos para cargos políticos, caracterizados por la libérrima decisión de quien sea competente para efectuar el nombramiento; ni ante la designación de personal eventual, cualificado, según el art. 20.2, párrafo segundo, de la Ley 30/1984, por la “confianza o asesoramiento especial” de las funciones que pueden encomendarsele. La confianza que, en este sentido, puede predicarse de la libre designación, en cuanto modo de provisión entre funcionarios de puestos de trabajo, es la que se deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto en los méritos esgrimidos, esto es, en su historial funcional». Además, también se basa para ello en las SSTC 18/1987, de 16 de febrero, FJ 5, y 10/1989, de 24 de enero, FJ 3. Esta «flexibilidad», no obstante, tiene evidentes límites —el primero su excepcionalidad— y, además, tal y como ha señalado por todas la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 24 de septiembre de 2008, n.º de recurso 5231/2004: «No es bastante para justificar la opción por el sistema de libre designación para una categoría genérica de puestos de trabajo la invocación de la rapidez, agilidad y flexibilidad que se derivan de un correcto ejercicio de la facultad de libre designación, porque son precisamente estas notas mal utilizadas las que pueden originar un cierto margen de arbitrariedad, frente a cuyo potencial peligro la norma legal ha reaccionado exigiendo una justificación objetiva y razonable». Para ello la Relación de puestos de trabajo tiene una posición clave a este respecto.

del procedimiento administrativo como la alusión en el art. 79.3: «En las convocatorias de concursos podrá establecerse una puntuación que, como máximo, podrá alcanzar la que se determine en las mismas para la antigüedad (...)»<sup>20</sup>. Fórmula esta última que la Ley 30/1984 reproduce respecto a las convocatorias de concurso, que deberán incluir, en todo caso, los siguientes datos y circunstancias: denominación, nivel y localización del puesto; requisitos indispensables para desempeñarlo; baremo para puntuar los méritos; puntuación mínima para la adjudicación de las vacantes convocadas, etc.<sup>21</sup> Por su parte, el Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado, ya en tramitación parlamentaria<sup>22</sup>, bajo la rúbrica «Criterios rectores de la provisión de puestos de trabajo» del art. 31, parece corregir esto cuando remite a «la normativa reglamentaria de desarrollo»<sup>23</sup> todo lo relativo al procedimiento administrativo de provisión que no se contemple tanto en el TREBEP como en el propio texto legal.

Sobre lo apuntado más arriba respecto del binomio «derechos de los funcionarios al acceso a los procedimientos de provisión de puestos/potestad de organización», parece que el proyecto de ley (julio 2024) viene a incidir en una vertiente clara de predominio de potestad de organización sobre el derecho a la movilidad de los funcionarios, ya que «podrán establecerse reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria del personal funcionario cuando se considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos». Reglas que implican evidentes «limitaciones por el departamento competente en materia de función pública, (...) a la participación del personal al servicio de la Administración del Estado, tanto en lo que se refiere a los ámbitos de origen como a los de destino, en función de las necesidades del servicio, de un adecuado equilibrio de las cargas de trabajo y de la racionalización de las carreras profesionales». Pero, con todo, nada se dice sobre los ítems específicos del procedimiento administrativo de provisión de puestos. Todo lo cual implica, por un lado, que el reglamento estaría llamado a concretar aspectos aparentemente no sustanciales del procedimiento pero importantes desde el punto de vista procedimental. Y que incluso la ausencia de esta regulación podría llevarnos a la singularización «exprés» del procedimiento administrativo, pasando a ser un elemento meramente contingente o particular que pueda apartarse o suprimir elementos básicos y comunes del procedimiento administrativo común, tal y como hemos expuesto más arriba por mor de la simplificación y clarificación administrativa, cuando no de meros intereses organizativos. Conviene recordar aquí con Gonzalez Ríos (2018, p. 167) que la regulación estatal del procedimiento administrativo común debe hacerse sin perder de vista que el mismo es una garantía para los interesados, y no un mero instrumento que en aras de una pretendida «simplificación» administrativa se aprovecha para eliminar trámites.

Precisamente, la disminución de las garantías procedimentales ataca directamente a la libre concurrencia competitiva entre todos los participantes y, en particular, en cada uno de ellos, al derecho a la progresión en la carrera profesional<sup>24</sup>.

Quizás podríamos atribuir esta escasez legislativa reguladora y el predominio reglamentario no solo a la incesante expansión de la potestad de organización de la Administración, sino también a la indudable relación especial de sujeción que todos los funcionarios públicos tienen respecto a la propia Administración y respecto de la relación común del conjunto de los ciudadanos. Así lo expresa la STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 16 de octubre de 2023, n.º de recurso 5068/2022, para la que «la relación funcional es paradigma de tal sujeción especial»<sup>25</sup>. Ello tiene dos consecuencias jurídicas fundamentales al respecto de lo que se viene exponiendo: a) una cierta relajación del principio de legalidad, que viene a ser sustituido por el reglamento, y b) una especial intensidad en el poder de ordenación y control de la Administración sobre esta actividad. Sin que ello implique una disminución de derechos fundamentales y libertades públicas, que se incardinan tal y como se ha expuesto de forma directa en el art. 23 CE. Aunque, como afirma, Prieto Álvarez (2009, p. 245), lo importante en la noción que analizamos es que sirva para extraer consecuencias sobre la legitimidad del régimen jurídico impuesto a los afectados, y esto exigirá diagnósticos *ad casum*.

<sup>20</sup> Art. 79.3 TREBEP.

<sup>21</sup> Art. 21.1 de la Ley 30/1984.

<sup>22</sup> Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley*, el 26 de julio de 2024, n.º 31-1.

<sup>23</sup> El proyecto de ley utiliza un término a nuestro modo de ver complejo cuando habla de «normativa reglamentaria de desarrollo» frente a la expresión «los reglamentos de desarrollo» a la hora de determinar el régimen jurídico propio de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo. Quizás habría que contemplar dentro de este término «otras disposiciones» de naturaleza reglamentaria, pero bajo formas de actos administrativos generales, tal y como expresaremos en el apartado correspondiente.

<sup>24</sup> Art. 14c) TREBEP.

<sup>25</sup> En este sentido, también la STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 26 de abril de 2021, n.º de recurso 4645/2019.

### 3. SOBRE EL REAL DECRETO 364/1995, DE 10 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO GENERAL DE INGRESO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y PROMOCIÓN PROFESIONAL DE LOS FUNCIONARIOS CIVILES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Este reglamento al margen de su objetivo regulador sustancial para la AGE no sólo ha sido la referencia normativa a la hora de elaborar y disponer los procedimientos de provisión de puestos en cada función pública territorial autonómica o local, sino que ha sido y es, en muchos casos, una norma de aplicación continuada y persistente en las restantes Administraciones públicas, dado su carácter propiamente supletorio<sup>26</sup>.

#### 3.1. Bases de las convocatorias de provisión, cauce del procedimiento

En primer término, el RD 364/1995 solo reserva el término «convocatorias»<sup>27</sup> a los procedimientos de concurso y libre designación por cuanto que son el exponente de procesos reales de concurrencia competitiva y el ejercicio de precisamente las previsiones del art. 23 CE en la forma que ya hemos apuntado más arriba. El art. 38 del RD 364/1995 establece que cada convocatoria es el régimen jurídico regulador primordial de ese proceso que, no obstante, ha de ajustarse a lo dispuesto en dicho reglamento y en las normas específicas que resulten aplicables.

Sobre la naturaleza jurídica de las bases de las convocatorias hay que señalar que son calificadas por un amplio sector doctrinal como «actos administrativos de carácter general»<sup>28</sup>, si bien es predicable un carácter normativo de estos actos para el caso de las denominadas «bases generales de convocatoria de provisión de puestos», empleadas con frecuencia por las distintas Administraciones públicas<sup>29</sup>. En efecto, estas bases no agotan su aplicación a un supuesto o convocatoria concreta, perdurando además en el tiempo, lo cual hace, a nuestro modo de ver, que la cuestión no sea fácil de discernir, y ello a pesar de los esfuerzos de la STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 19 de septiembre de 2022, rec. n.º 937/2021, que aun reconociendo «que esa dificultad no es conceptual, sino de calificación jurídica de ciertos tipos de actos que pueden hallarse –como ocurre a veces en la experiencia aplicativa del Derecho– en una zona gris». El Tribunal afirma de forma categórica, después de ofrecer una extensa argumentación apoyada, incluso, en la dogmática, que «debe asimismo responderse que, en el estado actual del ordenamiento español, no cabe hablar de un *tertium genus* de actos de la Administración con una pluralidad indeterminada de destinatarios, distintos de los reglamentos y de los actos administrativos generales». Con ello parece cerrar de forma definitiva la vía abierta por este mismo Tribunal en la STS, Contencioso, Sección 4.ª, del 20 de septiembre de 1988, (Roj: STS 12793/1988), cuando afirmaba que «esta Sala debe decir que es más que discutible que el citado procedimiento sea exigible cuando se trata –como aquí ocurre– de elaborar esa unidad jurídica intermedia entre el acto y la norma que se ha dado en llamar “elemento normativo desgajado”»<sup>30</sup>, y la STS,

<sup>26</sup> El art. 1.3 es claro al respecto: «Este Reglamento tendrá carácter supletorio para todos los funcionarios civiles al servicio de la Administración del Estado no incluidos en su ámbito de aplicación y los de las restantes Administraciones públicas».

<sup>27</sup> Existe una abundantísima jurisprudencia respecto del «valor» jurídico la de las bases de convocatoria. Por todas: STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 29 de abril de 2011, Rec. 287/2010: «Conviene recordar que tiene declarado el Tribunal Supremo, ya desde la antigua Sentencia de 14 septiembre 1988 (RJ 19886619), con constante reiteración ulterior que hace innecesaria la cita individualizada, que las bases de la oposición son la llamada “ley de oposición o concurso”, de manera que vinculan a la Administración desde luego, pero también a los que participan en dichas pruebas selectivas, no pudiendo a posteriori impugnarse dichas bases, que, una vez aprobadas, solo son modificables con sujeción estricta a las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo, hoy Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

<sup>28</sup> Entre otros, citaremos a Parada Vázquez y Fuentetaja Pastor (2019, p. 342); Martínez de Pisón (1995, p. 259), y García-Trevijano (1967, pp. 532 y ss.).

<sup>29</sup> Es el caso, por ejemplo, en la AGE: la Orden HFP/688/2017, de 20 de julio, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas de la Administración General del Estado (BOE, n.º 174, de 22 de julio de 2017), las cuales vienen aplicándose de forma ininterrumpida en todos los procesos selectivos desde esa fecha hasta la actualidad. Y de forma más clara y evidente para este estudio: el acuerdo de 26 de noviembre de 2020 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se aprueban las bases generales por las que se regirán los procedimientos para la provisión definitiva y temporal de puestos de trabajo de personal funcionario en el Ayuntamiento de Madrid y en sus organismos autónomos. (BOAM n.º 8779 de 30-11-2020). En este último caso las características normativas son evidentes y vienen a complementar el Reglamento de Ordenación del Personal del Ayuntamiento de Madrid, de 22 de diciembre de 2005.

<sup>30</sup> Este término y su contenido conceptual también es empleado en la contienda competencial suscitada con motivo de la STC 37/2016, de 3 de marzo, cuando se hace referencia a la «degradación» de las competencias autonómicas normativas, que quedan casi como competencias ejecutivas, a ejercer mediante una suerte de «elementos normativos desgajados».

Contencioso, Sección 4.<sup>a</sup>, de 15 de noviembre de 2005, n.º de recurso 6690/2002, respecto de unas bases reguladoras de subvenciones como «un híbrido entre una norma jurídica propiamente dicha y un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos»<sup>31</sup>.

Para cerrar este camino de atribución de cierta «normatividad», la ya citada STS, de 19 de septiembre de 2022, anticipa dicho giro jurisprudencial a través de los pronunciamientos que cita: «Los giros de la jurisprudencia a propósito de las relaciones de puestos de trabajo o de las ponencias de valores catastrales, por citar sólo los ejemplos más visibles, son buena prueba de ello. Véanse a este respecto, entre otras, las sentencias de esta Sala de 5 de febrero de 2014 (rec. n.º 2986/2012) y de 16 de junio de 2022 (rec. n.º 7303/2020)».

Sin embargo, la doctrina según Meilán Gil (2017, pp. 590-593) sigue mostrando ese carácter normativo en las bases de la convocatoria que pueden operar como un elemento normativo. Ayuda a comprenderlo, que no es infrecuente, y desde luego es posible, que las bases por las que han de regirse las convocatorias se aprueben con independencia y anterioridad a estas podríamos decir que tienen contenido de norma y envoltura de acto. Opinión que suscribimos sobre los casos que ya hemos apuntado respecto de las denominadas «bases generales de convocatoria de provisión de puestos»<sup>32</sup>, que en muchas corporaciones locales tienen un uso continuado y frecuente.

### 3.2. Preceptos procedimentales restantes

En cuanto a los preceptos estrictamente vinculados al procedimiento administrativo, el RD 364/1995 es parco en cuanto a una regulación específica. El art. 38.2 anticipa que cualquier convocatoria y sus bases «para la provisión de puestos de trabajo, tanto por concurso como por libre designación, así como sus respectivas resoluciones, se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* y, si se estima necesario para garantizar su adecuada difusión y conocimiento por los posibles interesados, en otros boletines o diarios oficiales». Con ello, el procedimiento administrativo se inicia *ad extra*, constituyéndose de este modo en la base del cómputo de los restantes plazos. El plazo establecido para la participación en este procedimiento es «de quince días hábiles, contados a partir del siguiente al de la publicación de la convocatoria en el *Boletín Oficial del Estado*»<sup>33</sup>. Este plazo es coincidente para los procedimientos de «libre designación», tanto en su cómputo como desde el que debe iniciarse este mismo (ex art. 53 RD 364/1995).

El articulado no hace referencia a la determinación de impresos normalizados para cada convocatoria, pero la realidad es que todas las convocatorias poseen modelos establecidos y sobre la documentación precisa a acompañar junto a dicha solicitud que, naturalmente, hemos de considerar como obligatorios e inexcusables para los que participen en dichos procedimientos. En este sentido, ya el art. 66.6 de la LPAC establece que «cuando la Administración en un procedimiento concreto establezca expresamente modelos específicos de presentación de solicitudes, estos serán de uso obligatorio por los interesados». Todo ello obedece a la necesidad, cuando menos, de contar con la información suficiente de los participantes a valorar por parte de la Comisión de Valoración y que se detallada en los arts. 45 y 46 del RD 364/1995.

Respecto de este órgano evaluador, el RD 364/1995 tampoco hace referencia alguna en cuanto a las normas de funcionamiento estrictamente formales de la misma, como órgano colegiado que es, y encargada de evaluar a los candidatos en el caso del procedimiento del concurso general y de méritos, aunque sí se detiene y regula los criterios de valoración y evaluación de los méritos exigidos. De ahí que entendamos claramente aplicables los preceptos relativos a la abstención y recusación de sus miembros, establecidos en los arts. 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), manifestación clara de la objetividad dentro del procedimiento administrativo. A este respecto, Míguez Macho (2013, p. 289) destaca que de todas estas manifestaciones de la objetividad, imparcialidad y neutralidad de los servidores públicos para el procedimiento administrativo tiene un especial interés el deber de abstención, que se concreta y desarrolla en el art. 28 de la Ley 30/1992, y no solo para el personal al servicio de las Administraciones públicas, sino también para las autoridades. Se añade a lo anterior la aplicación

<sup>31</sup> Aunque ya la STS, Contencioso, Sección 3.<sup>a</sup>, de 30 de noviembre de 2017, rec. n.º 1253/2015, calificó estas bases como «actos singulares de aplicación plúrima».

<sup>32</sup> Garrido Falla (1958, p. 209) hace ya muchos años, y sin querer entrar en el debate «acto administrativo general/reglamento», apuntó un efecto claro de esta posible naturaleza normativa: «El acto administrativo, de acuerdo con su carácter general o concreto, puede ser fuente de Derecho objetivo o creador de situaciones jurídicas individuales».

<sup>33</sup> Art. 42.2 del RD 364/1995.

de la LRJSP propiamente en todo lo relativo a las convocatorias y sesiones formales de la Comisión (art. 17 LRJSP) y la existencia de un presidente y secretario en su seno (arts. 16 y 17).

De igual forma a lo apuntado, el RD 364/1995 omite toda alusión a la necesidad de la expedición de las actas de cada sesión, siendo tan crucial este documento para la plasmación del ejercicio de la discrecionalidad técnica del órgano, por lo que, en esencia, ha de acudirse a las previsiones del art. 18 LRJSP.

Como señalaremos, nos parece singularmente importante no solo para el procedimiento de provisión de puestos mediante concurso, sino también para la libre designación —a pesar de la flexibilidad que parece otorgarle la norma—, lo que el art. 44.5 del RD 364/1995 establece respecto de la acreditación de los méritos en el caso del concurso cuando establece que en los procesos de valoración podrán recabarse de los interesados las aclaraciones o, en su caso, la documentación adicional que se estimen necesarias para la comprobación de los méritos alegados. Es, desde luego, tal y como veremos más adelante, una evidente llamada a aplicar los principios antiformalistas y *pro actione* en estos procedimientos administrativos.

Sin más referencias a la fase de instrucción, el art. 47 del RD 364/95 hace mención al cómputo total de duración del procedimiento administrativo del concurso, que sitúa en dos meses, frente al mes que es el establecido para el procedimiento de libre designación<sup>34</sup>. El apartado 2 de ese mismo art. hace mención a la resolución administrativa con el que concluiría el procedimiento administrativo y para la que se determinan algunos requisitos:

- Debe ser una resolución motivada.
- El fundamento de la motivación, desde un punto de vista formal, debe incardinarse en el cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria. Precepto que está en muy directa conexión con el art. 35.1 LPAC acerca de los elementos que debe comprender esta motivación: una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.
- Desde un punto de vista material, el procedimiento debe acreditar que la resolución adoptada ha observado el procedimiento debido y la valoración final de los méritos de los candidatos, requisitos que, de igual forma, se contemplan en el procedimiento administrativo común para todos los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva (art. 35.2 LPAC).

Respecto a la finalización de los procedimientos administrativos de provisión mediante libre designación, el art. 56.2 RD 364/1995 viene a singularizar el contenido de la Resolución y adaptarla a la peculiaridad de este procedimiento cuando señala que «las resoluciones de nombramiento se motivarán con referencia al cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, y la competencia para proceder al mismo», lo cual viene a resaltar la importancia del contenido de los perfiles de desempeño requeridos para estos puestos y su relación directa sobre el contenido material de la motivación de la Resolución de adjudicación de los mismos. No obstante, la jurisprudencia ha ido, sin lugar a duda, mucho más lejos que las disposiciones mencionadas en relación con este contenido material de la motivación del acto para el que exige un contenido concreto<sup>35</sup>.

El contrapunto al nombramiento es el cese también en estos procedimientos administrativos, el cual, desde luego, exige una motivación reforzada conforme también a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera como «tenue exigencia» el contenido del art. 58.1 del RD 364/1995<sup>36</sup>. Precisamente, la jurisprudencia ha incidido en la insuficiencia del contenido exigido por dicho precepto reglamentario, ya que tan solo establece que «los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser

<sup>34</sup> Art. 56 RD 364/1995.

<sup>35</sup> Hay una abundante jurisprudencia respecto de la motivación en las adjudicaciones de los puestos convocados y a proveer mediante el sistema de libre designación. Solo señalaremos la STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 19 de septiembre de 2019, rec. n.º 2740/2017: «1.º Una vez superada la vieja doctrina que no exigía motivación expresa, la Sala viene considerando que es preciso motivar para así exteriorizar el cumplimiento de esos límites a los que está sujeto el acto de elección (respecto a los principios de igualdad, mérito y capacidad y el mandato de interdicción de la arbitrariedad). 2.º La motivación así entendida tiene por objetivo que el acto de nombramiento no sea un mero acto de voluntarismo, sino que cumpla con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad. 3.º La motivación es adecuada si son bien visibles las razones, los criterios esenciales o fundamentales, por los que ha sido preferido un candidato frente a otros, razones reconducibles a mérito y capacidad. Para tal fin deben identificarse los méritos considerados como prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento. 4.º Respecto del alcance del control jurisdiccional de la motivación, una eventual sentencia estimatoria debe ser operativa y eficaz, de manera que cumplidas las formas se pueda detectar con suficiencia los datos y razones que movieron la decisión. 5.º En fin y ya fuera del ámbito judicial cabe citar la reciente sentencia de esta Sección 457/2019 de 4 abril, en que se confirmó el cese de un asesor en el Tribunal de Cuentas al considerarse justificado conforme a informe de un consejero».

<sup>36</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 31 de mayo de 2021, rec. n.º 1703/2019.

cesados con carácter discrecional. La motivación de esta resolución se referirá a la competencia para adoptarla». Este amplio poder concedido a la Administración –que nombró– respecto del cese en estos puestos no deja de tener unos requisitos –absolutamente evanescentes según la norma citada– y que afortunadamente nuestra jurisprudencia, como decíamos, ha llenado de contenido con el objeto de frenar la manifestación de la desviación en el empleo de la «discrecionalidad administrativa»: la arbitrariedad. En efecto, en una manifestación de una línea jurisprudencial muy consolidada y enteramente descriptiva a este respecto, el Tribunal Supremo entiende con carácter general, tal y como destacó en la Sentencia de 3 de julio de 2015 (recurso de casación n.º 2941/2013),

que esta exigencia de la motivación ha de ser más intensa precisamente en los actos de carácter discrecional, pues esa libertad de apreciación y, en su caso, de decisión, que comporta el ejercicio de potestades discrecionales, conlleva que deban ser explicadas las razones por las que se adopta una decisión y no otra (...). La motivación, por tanto, de los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales ha de ser expresa, clara y comprensible, señalando las razones por las que debe ser cesado quien ocupaba un puesto como funcionario nombrado por el sistema de libre designación. Esta motivación se basa en una interpretación normativa, de los arts. 35.1.i) de la Ley 39/2015, y 58.1 del citado Reglamento General de ingreso de personal al servicio de la Administración General del Estado, que pretende evitar eventuales zonas de indefensión, y proscribir cualquier forma de arbitrariedad en la actuación administrativa. De manera que los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública puedan «ser cesados discrecionalmente» (art. 80.4 del EBEP), sabiendo las razones de dicha decisión administrativa<sup>37</sup>.

Límites a los que añadir los fines de los que necesariamente debe suponerse en todo acto discrecional. A este respecto, Ferreira Fernández (2002, p. 195) señala que el otorgamiento a la Administración de ese especial margen de discrecionalidad basado en la confianza no puede hacerse en clara contradicción con los fines ínsitos a toda actuación administrativa, esto es, el servicio objetivo a los intereses generales de acuerdo con determinados principios, entre ellos el de eficacia.

### **3.3. La eficacia del procedimiento «concretizado»: el «subprocedimiento» de la toma de posesión del puesto**

La resolución final del procedimiento no agota necesariamente sus efectos con la adjudicación del puesto sin más, ya que es necesario perfeccionar y culminar el «nombramiento» con la «toma de posesión» de dicho puesto dentro del plazo que se establezca. Sobre uno y otro, tiempo atrás Serrano Guirado (1953, pp. 161, 163 y 177), precisó que el acto de nombramiento puede ser considerado como un acto especial. Es, citando a Jéze, una manifestación de voluntad que tiene por finalidad y efecto jurídico investir a una persona de una función pública. El carácter exclusivamente público del acto de nombramiento no resta eficacia a la voluntad del particular, que ha de considerarse como elemento positivo de la creación de la relación jurídica; el acto de consentimiento es imprescindible para la eficacia del nombramiento. La toma de posesión implica la aceptación del particular que ha sido colocado en la situación o estatus del funcionario. Por otra parte, es efecto inmediato del acto de nombramiento, y con éste forma la pretensión esencial del vencedor en la oposición o en el concurso.

Como regla general, el art. 49 RD 364/1995 establece que los destinos adjudicados son irrenunciables, salvo que antes de finalizar el plazo de toma de posesión, se hubiere obtenido otro destino mediante convocatoria pública, a la vez de considerarlos como voluntarios, ya que la participación también lo fue. Esta previsión del reglamento lo es tan solo respecto de los procedimientos administrativos de los concursos de méritos, pero nada se dice respecto de los procedimientos de libre designación, aunque fácilmente se puede deducir que sería aplicable también en este caso, sobre todo si tenemos en cuenta que para la toma de posesión se aplican de forma común para uno y otro las previsiones del art. 48 (ex art. 57). De esta forma, se puede advertir una cierta especie de supletoriedad en este apartado del procedimiento del concurso respecto de la libre designación.

<sup>37</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 31 de mayo de 2021, rec. n.º 1703/2019. En esta línea, relativa a la motivación y contenido del acto de cese de los funcionarios en puestos de libre designación, es interesante el trabajo realizado por Aliaga Rodríguez (2020).

La toma de posesión, con carácter ordinario, se prevé dentro de los tres días hábiles siguientes al cese en el anterior puesto de trabajo que desempeñaba el funcionario adjudicatario, cese que también debe producirse en el plazo de tres días hábiles siguientes a la publicación de la resolución del concurso en el *Boletín Oficial del Estado* o del boletín oficial correspondiente. En total, la incorporación al nuevo puesto en condiciones absolutamente normales (puestos de trabajo en el mismo municipio...) es de seis días hábiles desde la resolución final del procedimiento administrativo y su publicación. Ahora bien, el art. 48 antepone también las necesidades organizativas al inicio inmediato de los efectos que en la carrera profesional del funcionario/a –y también retributivos– pudiera suponer la adjudicación del nuevo puesto, de tal manera que la incorporación al nuevo puesto puede demorarse hasta tres meses. Este procedimiento viene a subdividirse en dos supuestos de hecho: el primero, que la unidad de destino del funcionario adjudicatario exprese razones de necesidad para los servicios que se presten en dicho ámbito, por lo que no proceda al cese del funcionario y pueda diferirlo hasta veinte días hábiles, comunicándose esta circunstancia a la unidad a que haya sido destinado. Este acto parece de obligada aceptación por parte de la nueva unidad de destino, que incluso sin mediar petición de la unidad originaria puede conceder una prórroga adicional de incorporación hasta un máximo de veinte días hábiles si el destino implica cambio de residencia y así lo solicita el interesado por razones justificadas.

El segundo procedimiento inicia una actuación contradictoria entre los intereses organizativos denominados «exigencias del normal funcionamiento de los servicios» de la unidad administrativa de procedencia respecto de la unidad en la que se inserta el puesto adjudicado, cuya mediación en caso de discrepancias se encomienda en el RD 364/1995 a la Secretaría de Estado para la Administración Pública, y que puede tener como efecto inmediato aplazar la fecha de cese hasta un máximo de tres meses, en los que se incluyen los veinte días hábiles antes señalados.

La trascendencia que estos actos administrativos tienen en la carrera administrativa del funcionario es elevada, ya que vienen a concretar el conjunto de elementos constitutivos de su estatuto. Por ello, podríamos calificar tanto el acto administrativo general de convocatoria de los procedimientos de provisión de puestos señalados –concurso y libre designación– como la resolución de adjudicación de los mismos como «actos-condición», tal y como el Tribunal Supremo lo refería respecto de las relaciones de puestos de trabajo<sup>38</sup>, dado que los efectos para la carrera profesional del funcionario/a que contienen son muy similares:

En virtud de la teoría configurada en la doctrina científica conforme a la figura, de origen francés, del acto-condición, operan en relación con los destinatarios reales potenciales (empleados públicos designados o aquéllos que estuvieran en posesión de los requisitos necesarios para serlo o haberlo sido) la función de transformar –o poder transformar– la expectativa o derecho al nombramiento en una situación jurídica generadora de los derechos y deberes propia del estatuto de puesto de trabajo de que se trate<sup>39</sup>.

### **3.4. El Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**

El propio RD 364/1995 trae de forma específica, a través de la disposición adicional octava, la aplicación de este reglamento al establecer que en materia de actos presuntos y de plazos para la resolución de los procedimientos administrativos de «gestión de personal» rigen sus disposiciones. El tenor literal del precepto no deja lugar a dudas sobre la extensión de su aplicación no solo a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, a los que nos venimos refiriendo, sino también a los restantes procedimientos contenidos en el RD 364/1995.

Respecto de las dudas surgidas sobre una supuesta derogación de este RD 1777/1994, debemos detenernos previamente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establecía una la regulación general de silencio

<sup>38</sup> Sobre el concepto de *acto-condición*: «A semejanza de como el nombramiento del funcionario opera como acto-condición para la aplicación del ordenamiento funcional, unilateralmente establecido por el Estado, el hecho de la autoorganización por parte de la Administración de sus distintos puestos de trabajo opera como acto-condición para la aplicación en cada puesto de los distintos aspectos del estatuto funcional singularizados en la configuración del puesto» (STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 5 de febrero de 2014, rec. n.º 2986/2012).

<sup>39</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 20 de enero de 2015, rec. n.º 1691/2013.

administrativo (en sentido estimatorio), pero que podría quedar afectada reglamentariamente, trastocando la norma general del sentido del silencio, al establecer una adecuación de los distintos procedimientos administrativos por dicha vía, todo ello en el plazo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de la Ley<sup>40</sup>. Este reenvío a la normativa general de procedimiento administrativo, efectuado por el RD 364/1995, o, mejor, a sus efectos reglamentarios inmediatos, no hacen sino constatar la idea general ya expuesta de que la LPAC es de aplicación plena a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo –si es que cabía alguna duda al respecto–, a pesar del destacado papel adquirido por la regulación reglamentaria de estos procedimientos.

Pero la cuestión fundamental, como decíamos, es si este Real Decreto 1777/1994, tras la entrada en vigor de la LPAC de 2015, podía entenderse derogado, dado que el art. 24 de la misma establecía que la excepción de la regla general de silencio estimatorio debía realizarse mediante ley o una norma de derecho de la UE<sup>41</sup>.

Las dudas quedaron resueltas cuando la STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 25 de mayo de 2019, rec. n.º 246/2016, reafirmó su vigencia: «Resulta patente que ningún real decreto posterior ha derogado el RD 1777/1994 (art. 2.2 C. Civil)», sin perjuicio de que sí «ha sido afectado en expresión de la propia sentencia por normas con rango legislativo, en concreto el RD Ley 8/2011, que, por otro lado, en nada afecta a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo».

#### 4. LA SINGULAR REFERENCIA DE LA LEY 39/2015 A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE CONCURRENCIA COMPETITIVA

##### 4.1. El principio *pro actione* y de subsanabilidad frente al formalismo enervante

La Ley Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC) incluye algunas referencias respecto a los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva que denota no ya su plena aplicación a los procedimientos administrativos de provisión de puestos en todas sus fases, con preferencia a la regulación sectorial, sino que tienen como objetivo último la protección de esa misma concurrencia competitiva. Precisamente, el art. 68 LPAC, en relación con la subsanación y mejora de la solicitud en el inicio de un procedimiento administrativo a instancia de persona interesada, hace la salvedad de que no puede ampliarse el plazo de subsanación a los cinco días adicionales en estos procedimientos de concurrencia competitiva. Con ello, el legislador viene a reforzar la imparcialidad, evitando decisiones de la Administración que puedan ir más allá de la protección de la concurrencia básica dentro del proceso. Añadimos a esta concreta previsión legislativa que el principio *pro actione* garantiza la no vulneración del principio de igualdad y libre concurrencia, tal y como lo ha reflejado una constante y clara línea jurisprudencial que lo considera aplicable al conjunto de los procedimientos administrativos.

En este sentido, el Tribunal Supremo, aunque dirigida al ámbito procesal judicial contencioso administrativo, se manifiesta siempre para la consecución de una resolución final del procedimiento administrativo y respecto de esto mismos procedimientos:

El principio *pro actione* de acceso a la resolución de fondo de los recursos, también es predicable respecto de los recursos administrativos. En la Sentencia de esta Sala y Sección de 30 de diciembre de 2011 (Casación 208/2008) declaramos que (...) de acuerdo con lo dispuesto en el art. 117.3 CE, los tribunales de este orden de jurisdicción contencioso-administrativo quedamos compelidos a interpretar las normas procesales, cuando del derecho de acceso a la jurisdicción se trata, no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en un sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por un formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Disposición adicional 3.ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>41</sup> La excepción general así se expresaba en el propio art. 24: «Excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general».

<sup>42</sup> STS, Contencioso, Sección 5.ª, de 15 de noviembre de 2012, rec. n.º 6999/2010.

Ciertamente que el rigor procedimental predicable y deducible en los procedimientos administrativos en la provisión de puestos de trabajo es una garantía de imparcialidad, pero no puede terminar en el «rigorismo» o el «formalismo enervante» por cuanto que siempre ha de darse paso a la posibilidad de aplicar el principio de equidad como elemento conformador de la proporcionalidad en la toma de decisiones dentro del procedimiento, especialmente en los de provisión de puestos, y con mención especial respecto del procedimiento de libre designación, el menos «formalizado» a este respecto. La conclusión es clara: no toda irregularidad, defecto u omisión es motivo de exclusión del procedimiento de los interesados en el mismo. En este sentido, y con la idea de anteponer el fin del procedimiento al medio, la STC 86/2022<sup>43</sup> señalaba que «el principio *pro actione*, que se opone a toda interpretación de los requisitos de procedibilidad que carezca de motivación o sea arbitraria, irrazonable o incurra en error patente, imponiendo asimismo la prohibición de las decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra causa muestren una palpable desproporción entre los fines que aquellos motivos protegen y los intereses que sacrifican<sup>44</sup>». Por su parte, la STS, Contencioso, Sección 3.ª, de 26 de enero de 2015, n.º de recurso 1526/2013, quizás de una forma un tanto reduccionista, identifica «el principio de equidad» con el de «mitigación del rigor de la norma en relación con el caso concreto», pero que, desde luego, participa en la idea de que el gestor y responsable del procedimiento debe tener en cuenta estos principios de adaptación a la especificidad del caso concreto. Si bien la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 19 de diciembre de 2013, n.º de recurso 1240/2012, a la par de ampliar la anterior visión, generaliza su aplicación a todo el ordenamiento jurídico:

No obstante lo anterior, esta Sala cree conveniente recordar que la equidad, según establece el art. 3.2 del Código civil, es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico.

Equidad que ha de partir, según esta misma jurisprudencia, «de las propias bases de convocatoria<sup>45</sup>».

A pesar de esto, este mismo tribunal ha declarado que «la equidad que no es fuente autónoma del Derecho ni se superpone a la utilización conjunta de los diferentes criterios interpretativos; aparece en el Código Civil como un último criterio de corrección de la excesiva generalidad de la norma para evitar su rígida aplicación cuando ello resulta inadecuado al caso concreto que parece regular<sup>46</sup>».

Por tanto, esta limitación del apartado 3 del art. 68 LPAC no se proyecta sobre las previsiones y amplitud otorgada por el apartado 1 del mismo art. respecto de la posibilidad de la subsanación y mejora de la solicitud en cualquier procedimiento administrativo de provisión de puestos, sino sobre la propia capacidad del órgano administrativo que con sus actuaciones pudiera falsear la concurrencia competitiva y sus principios dimanantes. Ni puede servir, por otro lado, como justificación de un «rigor procedimental» el tenor literal del precepto, ni siquiera como inicialmente interpretó la Administración en denegar la capacidad de subsanación a los participantes en procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva porque, como afirma el Tribunal Supremo, «si se prohíbe dicha ampliación, es claro que el precepto autoriza la concesión del plazo de los diez días cuando se trate de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, como es el caso planteado»<sup>47</sup>.

## 4.2. La efectiva extensión del principio de subsanabilidad y sus límites

El art. 68 LPAC establece que en todo procedimiento, si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos señalados por la propia LPAC u otros exigidos por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que en un plazo de diez días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución administrativa. Y el art. 73 LPAC, de igual forma y referido al conjunto de las distintas fases del procedimiento,

<sup>43</sup> STC 86/2022, de 27 de junio de 2022. Recurso de amparo 2268-2021.

<sup>44</sup> Doctrina constitucional recogida, entre otras, en las SSTC 10/2008, de 21 de enero, FJ 2; 128/2014, de 21 de julio, FJ 3; 124/2015, de 8 de junio, FJ 3, y 101/2019, de 16 de septiembre, FJ 3, y que ha sido sistematizada en la reciente STC 85/2020, de 20 de julio. Tal y como la propia STC 86/2022 en su FJ 3.º.

<sup>45</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 15 de abril de 2013, rec. n.º 6449/2011.

<sup>46</sup> STS, Contencioso, Sección 2.ª, de 20 de febrero de 2012, rec. n.º 5687/2010.

<sup>47</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 4 de febrero de 2003, rec. n.º 3437/2001.

señalaba que cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo.

Ambos preceptos han sido objeto de una amplia aplicación e interpretación jurisprudencial al respecto de los efectos y la idea fundante pretendida por el legislador en los procedimientos de concurrencia competitiva, tanto en la vertiente de pruebas de acceso como en la provisión de puestos de trabajo. La jurisprudencia que destacaremos es absolutamente clara en cuanto al principio de subsanabilidad y su proyección dentro de estos procedimientos administrativos, ampliando los supuestos y casos sobre los que aplicarse.

En primer término, y dada la especial situación que las bases tienen dentro de cada convocatoria en cuanto régimen regulador del propio procedimiento, la jurisprudencia advierte que «sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de cualquier convocatoria, debe reiterarse que su interpretación y aplicación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del art. 23.2 CE y, en consecuencia, deberá ser rechazada cualquier aplicación de las mismas que conduzca a un resultado que no sea compatible con el derecho reconocido en el precepto constitucional que acaba de mencionarse<sup>48</sup>». Lo cual obliga a una interpretación proporcional de las mismas facilitando el principio *pro actione*, predominando siempre el carácter tuitivo respecto de la concurrencia real de los interesados y el antiformalismo procedimental, aunque siempre desde el marco de la seguridad jurídica.

Ha de partirse de que la jurisprudencia de los años ochenta del siglo pasado ya había declarado plenamente subsanable, dentro del plazo de diez días, previo requerimiento por parte de la Administración, por ejemplo, el defecto relativo a la no presentación del documento acreditativo<sup>49</sup> para aquellos participantes que fueran objeto de exclusión.

Lo cual conlleva, como señalara la STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 10 de diciembre de 2018, rec. n.º 787/2016<sup>50</sup>, a que se reafirme de forma clara que el art. 71 de la Ley 30/1992 (hoy 68 de la Ley 39/2015) es plenamente aplicable a los procedimientos de concurrencia competitiva tanto en procedimientos de selección y como de provisión respecto de requisitos de subsanación<sup>51</sup>, de tal manera que el propio Tribunal Supremo, en relación con estos dos arts. de la LPAC, extrae la existencia de un principio de subsanabilidad<sup>52</sup> que debe ser una constante y proyectarse en todas y cada una de las fases procedimentales en los procedimientos de provisión de puestos.

Aún más, para González Ríos (2018, p. 159) el principio de subsanación de la solicitud constituye –según el Tribunal Constitucional– uno de los trámites que conforman el procedimiento administrativo común de competencia estatal. Concretamente, formaría parte de lo que el Alto Tribunal califica como «principios o normas que definen la estructura general del procedimiento que debe seguir la Administración en su actuación». Sin embargo, la Administración ha venido interpretando de manera restrictiva este trámite, especialmente en estos procedimientos, argumentando su no aplicabilidad bajo la aparente protección de concurrencia competitiva desde la aplicación rígida e inflexible de la norma.

Ahora bien, la subsanabilidad parte también del hecho de que, como también declaraba el Tribunal Supremo, «no se trata de autorizar la presentación de nuevos méritos fuera de plazo, ya que los discutidos constaban todos en el expediente. Por el contrario, se trata, simplemente, de superar la deficiencia meramente formal del concreto documento justificativo presentado<sup>53</sup>».

Qué sea el concepto de «deficiencia meramente formal» será lo que también nos describa la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

<sup>48</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 18 febrero de 2009, rec. n.º 8926/2004.

<sup>49</sup> La STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 8 de febrero de 2016, rec. n.º 4202/2014 en el FD2.º, enumera esta línea jurisprudencial: sentencias de 18 de octubre de 1976, 13 de julio de 1987, 8 de noviembre de 1988, 12 de abril de 1989 y 26 de mayo de 1989, siendo destacable la sentencia de 16 de mayo de 1983.

<sup>50</sup> La sentencia prosigue una línea jurisprudencial clara manifestada en las STS de 17 de octubre de 2011 (casación n.º 6198/2008) y de las que en ella se citan al igual que de las posteriores n.º 1186/2018, de 10 de julio (casación n.º 246/2016).

<sup>51</sup> La STS, Contencioso, Sección 6.ª, de 28 de febrero de 2022, rec. n.º 392/2021, así lo expresa: «Sobre la subsanabilidad en procedimientos de concurrencia competitiva, concretamente en concursos oposiciones y que pueden trasladarse a los procedimientos de provisión, se ha pronunciado de forma repetida y siempre con un marcado carácter protector del afectado y del procedimiento».

<sup>52</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 1 de julio de 2021, rec. n.º 1928/2020.

<sup>53</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 20 de mayo de 2011, rec. n.º 3481/2009. En la propia sentencia se hace referencia a la amplia línea jurisprudencial a este respecto: la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de fecha 4 de febrero de 2003; la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 14 de septiembre de 2004 (rec. n.º 2400/1999); la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de fecha 4 de mayo de 2009 (rec. n.º 5279/2005); la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 30 de diciembre de 2009 (rec. n.º 1842/2007); la STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 28 de septiembre de 2010 (rec. n.º 1756/2007).

En este sentido, se admite la posibilidad de que «a falta de requerimiento para subsanar que conforme al art. 71 de la ley 30/92 debía hacer la Administración convocante, la presentación de la hoja de servicios en trámite de recurso de alzada debe entenderse como subsanación bastante del defecto invocado por la Administración<sup>54</sup>». Otra sentencia amplía esta línea de subsanación y llega incluso a admitir que «procederá admitir la subsanación de posibles omisiones de los méritos ya alegados, en la fase del recurso de alzada o reposición, en su caso, sin necesidad de requerimiento previo<sup>55</sup>. Se llegan a admitir «publicaciones aportadas por fotocopias y no por originales sin requerimiento de subsanación si bien fueron aportadas sin tal requerimiento en la fase de concurso tras haber sido aducido si bien justificado de manera formalmente insuficiente<sup>56</sup>».

Esta jurisprudencia justifica en el principio de proporcionalidad, por otro lado, el grado de subsanabilidad que aplicar respecto de los documentos exigidos en las bases de convocatoria y en la acreditación de los méritos a evaluar por las comisiones de valoración y los tribunales<sup>57</sup>. Es más, ambos principios se ven concernidos dadas las características del principio de proporcionalidad, el cual, como señala Junceda Moreno (2008, p. 121), aunque entronque con otros valores y principios próximos, y pese a que no tenga en sí mismo operatividad autónoma, sí goza en cambio de relevante cariz constitucional de primer orden y constituye así un canon de constitucionalidad de los poderes públicos, especialmente de las Administraciones, las cuales habrán de atemperar a él su actuación al proceder en la resolución de todo conflicto. Para la STC 175/1997, el principio de proporcionalidad y su aplicación «se descompone en tres juicios: el de idoneidad, sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto; el de necesidad o subsidiariedad sobre la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental, y el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la ponderación entre los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto». Y, como consecuencia de ello, también le acerca a la motivación de los actos administrativos sobre los que se proyecta.

En la línea apuntada de la máxima apertura y aplicabilidad del principio de subsanación, la STS, Contencioso, Sección 6.ª, de 28 de febrero de 2022, rec. n.º 392/2021, ofrece una amplia exposición del estado de la cuestión junto a los principios inspiradores que deben regir todo procedimiento administrativo de provisión de puestos:

La especial virtualidad que ha de darse a los derechos fundamentales, como lo es el reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, aconseja valorar la conducta de todo aspirante en procesos selectivos con criterios de racionalidad y proporcionalidad; y esto lo que comporta es la necesidad de descartar interpretaciones formales rigoristas que, por excesivas obstaculicen la prioridad que ha de darse a quien en el proceso selectivo haya alcanzado mayores cotas en lo relativo al mérito y la capacidad y, en esta misma línea, conduce también a permitir la subsanación de errores formales cuando en la instancia inicial sea deducible la voluntad de invocar el concreto mérito al que esté referida la subsanación, aunque el interesado la haya expresado de manera errónea y lo haya justificado de manera incompleta o insuficiente.

Como puede observarse el juzgador va más allá y da poderes concretos a la propia Administración –o al órgano colegiado técnico evaluador– para que, bajo los principios *pro actione*, de proporcionalidad y de subsanabilidad pueda deducir una conducta errónea en el interesado, de tal manera que pueda subsanar el concreto mérito y dar lugar así a la plena evaluación del candidato.

Es más, es una obligación de la Administración ofrecer a los interesados la posibilidad de subsanar defectos o insuficiencias observados en sus solicitudes<sup>58</sup>. Así es expresado, cuando:

<sup>54</sup> STS, contencioso, de 9 de febrero de 2016, rec. n.º 4202/2014.

<sup>55</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 29 de noviembre de 2018, rec. n.º 2037/2016. Esta sentencia desde luego vienen a dar un paso más, y, en concreto, sobre la cuestión de ampliar la posibilidad de subsanar incluso sin requerimiento previo, que ya considera, no obstante, una línea jurisprudencial consolidada. Cita para ello diversos pronunciamientos tales como: las Sentencia de 26 de diciembre 2012, rec. casación 694/2012, se recordó las Sentencias de esta Sala y Sección de 25 de abril de 2012, rec. casación 1222/11, y 16 de mayo de 2012, rec. casación 4664/11.

<sup>56</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 25 de octubre 2012, rec. n.º 1417/2011.

<sup>57</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 12 de mayo de 2012, rec. n.º 4664/2011: «No acorde con el principio de proporcionalidad, privar de la valoración de un mérito a quien había acreditado en tiempo los aspectos sustantivos del mismo aunque no hubiera satisfecho alguno de los meramente formales (...). Si el tribunal calificador entendió que los certificados aportados por la recurrente no se ajustaban a lo exigido en las bases (...) se debió haber solicitado la subsanación correspondiente».

<sup>58</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 20 de marzo de 2018, rec. n.º 2848/2015.

con mayor razón ha de aceptar que la consignación de un mérito en un apartado equivocado en la auto baremación no puede tener como castigo la no valoración del mérito alegado en tiempo oportuno. Al fin y al cabo, incumbe al tribunal de Selección la revisión de si la inclusión de un mérito en un apartado u otro de la auto baremación es la adecuada o no. Una vez alegado el pertinente mérito su errónea inserción en un apartado no pueda conllevar su exclusión total del cómputo sino la inclusión por el tribunal de selección en la valoración de la actividad formativa que corresponda conforme a las Bases<sup>59</sup>.

Obligación de la Administración que se extiende a dar la posibilidad de subsanar a la interesada cuando en su solicitud de concurso de traslados no incluyera los destinos de su elección y ello a pesar de no contemplarse en las bases de la convocatoria período para subsanar las deficiencias observadas en las solicitudes<sup>60</sup>.

En este orden de cosas la reciente jurisprudencia se ha detenido en los «problemas técnicos» que, en ocasiones, surgen en estos procedimientos administrativos realizado a través de las sedes electrónicas en la fase de iniciación y ha optado en la línea subsanatoria antes apuntada. Y así se declara que «sería sumamente difícil –por no decir imposible– argumentar que la previsión legal del carácter subsanable de la omisión de firma en las solicitudes no es aplicable a las solicitudes presentadas por vía electrónica. Ello vale igualmente para aquellas omisiones que, sin referirse a la firma electrónica propiamente dicha, afectan a la “acreditación de la autenticidad de la voluntad” del solicitante, como podría ser el paso final de validar lo formulado y enviado por vía electrónica<sup>61</sup>». Igual que los casos en que «no realiza ni firma electrónica de su solicitud ni realiza el registro de la misma en el registro electrónico», que considera el Tribunal Supremo «son subsumibles en el supuesto de hecho de la norma», a la sazón el art. 68 de la LPAC<sup>62</sup> Porque, insiste el Tribunal Supremo, «la Administración debe, en todo caso, dar la posibilidad de subsanación cuando el interesado reacciona frente a su no inclusión en la lista de admitidos y acredita que sólo omitió el paso final, esto es, la firma electrónica y el registro de su solicitud<sup>63</sup>», con independencia de los problemas técnicos que hubieran podido producirse.

En consecuencia, no se puede tener por decaído en su derecho al solicitante sin previo requerimiento de subsanación. Doctrina que sin lugar a duda es extensible, con las adaptaciones pertinentes, a los procedimientos de provisión de puestos.

Otra variante también asumida por el Tribunal Supremo es el caso en que habiéndose alegado méritos evaluables y no habiendo requerimiento previo por parte de la Administración, podría aportarse al procedimiento nuevos documentos acreditativos de los mismos incluso en una fase de recurso establecida por el órgano técnico evaluador<sup>64</sup>. Debemos recordar que con las adaptaciones precisas, el art. 76.1 de la LPAC establece que «los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución». Incluso y no obstante esta cuestión, es decir, «la doctrina de la Sala sobre el alcance y posibilidad de aplicación del artículo 68.1 de la Ley 39/2015 para la subsanación de documentos acreditativos de los méritos alegados, ni siquiera para los supuestos en los que la Administración no hubiese otorgado ese trámite y hubiese sido intentado sin éxito en vía jurisdiccional», el Tribunal Supremo ha admitido, desde el principio de *iura novit curia*, que el propio Tribunal juzgador pueda subsanar en sede jurisdiccional la documentación incompleta presentada para la acreditación de méritos valorables en proceso selectivo para el ingreso en la función pública<sup>65</sup>.

<sup>59</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 29 de noviembre de 2018, rec. n.º 2037/2016.

<sup>60</sup> En efecto, así lo establece la reciente STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 13 de noviembre de 2024, rec. n.º 3563/2022: «En consecuencia, la ajustada a Derecho es la solución seguida por la sentencia del Juzgado y no la adoptada en la apelación. Los preceptos legales no se fijan en la relevancia específica del defecto que presente la solicitud y, obviamente, el silencio de las bases de una convocatoria como la que nos ocupa sobre la subsanación de omisiones o errores no exime de vigencia a los preceptos legales que la prevén también en los procesos selectivos. Así, pues, tiene razón la sentencia del Juzgado, Osakidetza infringió los arts. 68.1 y 73.2 de la Ley 39/2015 y, efectivamente, la de apelación, al confirmar la actuación administrativa, incurre también en esa infracción, por lo que ha de ser anulada».

<sup>61</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 31 de mayo de 2021, rec. n.º 6119/2019. También las Sentencias de 16 de junio y de 6 de julio de 2021 (rec. n.º 7452/2019 y 814/2020) y STS, Contencioso, Sección 4, de 1 de diciembre de 2021, rec. n.º 6969/2019.

<sup>62</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 7 de julio de 2022, rec. n.º 692/2020.

<sup>63</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 12 de julio de 2023, rec. n.º 6947/2021.

<sup>64</sup> STS, Contencioso, Sección 7.ª, de 19 de mayo de 2015, rec. n.º 1328/2015.

<sup>65</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 10 de abril de 2024, rec. n.º 1312/2023.

A la vista queda, pues, cómo este principio de subsanación y el antiformalismo en la ordenación y sustanciación del procedimiento es una constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que busca adaptarse a las nuevas circunstancias técnicas del procedimiento administrativo y expandirse sobre nuevos supuestos buscando la plena aplicabilidad de la concurrencia competitiva (ex art. 23.2 CE). Sin duda que podemos encontrar un cierto paralelismo con la evolución jurisprudencial relativa al control de la discrecionalidad técnica ejercida por los tribunales de pruebas selectivas y comisiones de valoración.

Finalmente, ha de hacerse una mención expresa a situaciones procedimentales que suponen la no valoración de ciertos méritos o, incluso, la propia *expulsión* del procedimiento de algún candidato, sobre las que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha respondido con contundencia a ciertas prácticas de rigor extremo por parte de la Administración, a pesar de que el legislador parece dejar claro cuándo ha de tenerse por excluido la valoración de méritos individuales de forma parcial o de los interesados en su totalidad. Y así, frente a estas prácticas administrativas, el art. 68.1 de la LPAC respecto de las solicitudes de participación que necesitaran ser subsanadas o mejoradas con el aporte de documentación adicional, prevé –aunque estos efectos han de advertirse previamente– que en el caso de no ser atendidos los requerimientos por parte del interesado se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución administrativa. De igual forma, este desistimiento puede ser el resultado respecto del art. 73 de la LPAC, ya referido a actos de instrucción y finalización del procedimiento, y que también establece la posibilidad de la subsanación de los posibles defectos de los que adolezcan en un plazo de diez días, si bien bajo la apreciación de la propia Administración. Ambos preceptos son prueba evidente de este principio de subsanabilidad como elemento de protección de los interesados en el procedimiento.

Es cierto que el principio de subsanabilidad tiene sus límites, uno de los cuales es el desistimiento del interesado, que, por ser una forma de terminación del procedimiento, necesita de ciertos actos formales que lo acrediten. Al respecto, el Tribunal Supremo, señala como doctrina casacional incardinada en el art. 68.1 LPAC:

En definitiva, el desistimiento (...) en relación con el citado art. 68.1, por el transcurso del plazo de 10 días, precisa para su validez que sea declarado, por razones de seguridad jurídica y como garantía de la igualdad, mediante «previa resolución» de la Administración. En caso de no hacerlo, como en el supuesto examinado, la posterior denegación al tiempo de realizar la valoración definitiva no puede dar cobertura a la denegación de la subsanación ya formalizada, aunque haya sido extemporánea pero acaecida antes de declararse ese desistimiento<sup>66</sup>.

La inexistencia de una resolución administrativa para declarar el «desistimiento parcial» puede dejar abierta la subsanación para seguir completando la documentación o mejora que hubiera sido necesaria a efectos de su valoración. Lo contrario puede provocar la anulación del procedimiento por la existencia de indefensión al no poder, en su caso, hacer valer sus alegaciones ante la Administración<sup>67</sup>.

Esta doctrina casacional que complementa al art. 68.1 LPAC es especialmente protectora del interesado dentro del procedimiento administrativo de provisión de puestos, lo cual no hace sino incidir en el derecho que todo interesado tiene dentro del procedimiento a conocer el estado de la tramitación del procedimiento, a formular alegaciones y aportar documentos en el momento procedimental oportuno (ex art. 53.1 a) e) LPAC). De esta manera, la exclusión de un procedimiento de provisión de puestos de trabajo solo podría venir dada por no reunir los requisitos sustanciales de participación, si bien ello debe realizarse mediante la correspondiente resolución administrativa expresa. Esto responde no solo al principio general que obliga a la Administración a dictar resolución expresa en todo procedimiento, sino también por el propio principio de concurrencia y de igualdad, dimanante del art. 23.2 CE<sup>68</sup>, ya que, como también señala el Tribunal Supremo, la posición de un aspirante es «cualificada» porque, en el marco del art. 23.2 de la Constitución, aspira a progresar en el empleo público por razones de mérito y capacidad con los requisitos previstos por las leyes<sup>69</sup>. Razones a las que añadir el propio principio de confianza legítima –que arrastra tras de sí el de seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares– y que, en palabras del Tribunal Constitucional, citado expresamente por el Tribunal Supremo, constituye un valor central del ordenamiento jurídico y su protección obliga a examinar las circunstancias específicas que concurren en cada

<sup>66</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 22 de marzo de 2022, rec. n.º 4644/2020.

<sup>67</sup> STS, Contencioso, Sección 2.ª, de 2 de marzo de 2016, rec. n.º 1315/2014.

<sup>68</sup> STS, Contencioso, Sección 6.ª, de 30 de diciembre de 2020, rec. n.º 184/2019.

<sup>69</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 13 de mayo de 2020, rec. n.º 312/2018.

caso, tomando en consideración especialmente la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y su alcance<sup>70</sup>.

## 5. EL PRINCIPIO DE SUBSANABILIDAD Y PROCEDIMIENTO DE PROVISIÓN MEDIANTE LIBRE DESIGNACIÓN

Los dos principales procedimientos de provisión de puestos (el concurso y la libre designación), que representan la concurrencia competitiva bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad desde la condición funcional, manifiestan una regulación muy desigual en cuanto a los requisitos procedimentales a cumplimentar. De la misma manera que la regulación legislativa y reglamentaria establecida para el concurso reserva prescripciones procedimentales detalladas y requisitos evaluadores, también singulares, de tal manera que las bases de cada convocatoria limitan su margen de discrecionalidad, no ocurre lo mismo con los procedimientos de provisión mediante libre designación. Las escasas referencias normativas parecen dejar un amplio margen de maniobra a la Administración convocante, que tan solo se ve limitada por las condiciones de desempeño establecidas en la relación de puestos de trabajo y las que se señalan el art. 59 del RD 364/1995: la descripción del puesto y requisitos para su desempeño y las especificaciones derivadas de la naturaleza de las funciones encomendadas al mismo. En este último caso, incluso es potestativa su inclusión. Ciertamente, el margen de precisión de cada convocatoria puede venir marcada por sus bases reguladoras, pero la realidad es que la Administración se ha reservado ingentes poderes discrecionales<sup>71</sup> en la selección de estos candidatos. Tales que, incluso previamente a la evaluación de los mismos, pueda excluir de forma automática y sin más preámbulos aquellos que, por ejemplo, presentaran defectos formales en sus solicitudes, omitiendo con ello no solo aplicación de los principios de subsanación y antiformalismo que hemos estudiado detenidamente, sino también toda resolución administrativa explícita en este sentido de la exclusión.

El Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado (julio 2024) parece añadir a través de su art. 35 ciertos límites –sin duda mayores a los que en la se contempla en la legislación actual y que hemos destacado– a dicha «apreciación discrecional» en relación con el factor «motivación» de la resolución de adjudicación, pero no presenta novedad alguna en cuanto al procedimiento *stricto sensu* y, por ende, a su propia transparencia. Entendemos que es absolutamente necesario de cara a los fines del art. 23.2 CE según hemos expuesto y a la seguridad jurídica de los concurrentes en este procedimiento administrativo, que sean aplicados los principios de subsanabilidad y proporcionalidad y, en este caso, no por su relación con el ya clásico doctrinal y jurisprudencialmente definido principio antiformalista del procedimiento administrativo, sino precisamente por carecer en algún momento de los elementos reglados necesarios para concretar esa «apreciación discrecional» en la finalización del procedimiento.

La ingente labor jurisprudencial, tal y como hemos expuesto, ha ido tendiendo a posibilitar cada vez con mayor detalle y de forma más flexible la participación de los interesados en el procedimiento, facilitando precisamente la concurrencia competitiva: primero mediante la subsanación de las solicitudes de participación y, en segundo término, a través de la más aproximada y real evaluación de sus méritos en los procedimientos de concurrencia. Nada impide –es más, es obligado– trasladar estos principios a los procedimientos de provisión mediante la libre designación. Ninguna forma de provisión que se incardine en un procedimiento de concurrencia competitiva (ex art. 23.2 CE), por flexible que sea en cuanto a su procedimiento y evaluación –la libre designación es el ejemplo paradigmático–, justifica su no aplicación.

Algunos legisladores autonómicos conscientes de ello, en las distintas leyes de función pública, respecto del sistema de provisión de libre designación, han añadido algunas precisiones que apuntan, si quiera de forma indirecta, a una «mayor protección» procedimental para los candidatos concurrentes. Así, por ejemplo, la Ley de Función Pública Extremeña, que establece la necesidad de un informe previo del titular del centro, organismo o unidad a que figure adscrito el puesto convocado<sup>72</sup>, o lo que su homóloga de Castilla La Mancha

<sup>70</sup> STS, Contencioso, Sección 4.ª, de 14 de enero de 2020, rec. n.º 4816/2017.

<sup>71</sup> Como muestra un botón: la Ley 2/2015, de 29 de abril, del Empleo Público de Galicia, en su art. 92.1 describe de forma clara el *modus operandi* procedimental: «La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto». Esta expresión «apreciación discrecional» viene a reproducirse en el art. 35.1 del Proyecto de Ley.

<sup>72</sup> El art. 124.4 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, determina además que debe quedar acreditado en el expediente los criterios determinantes de la adjudicación del puesto. En este mismo sentido, el art. 51 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León.

establece, aunque de forma potestativa, y es que el órgano competente para la designación puede recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de las personas candidatas<sup>73</sup>. Posibilidad que también se incluye en la reciente Ley de Función Pública de Andalucía<sup>74</sup> y en el Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado (julio 2024)<sup>75</sup>.

Por tanto, la amplia discrecionalidad de la que goza la Administración en esta forma de provisión hasta el momento tan solo se ve limitada por ciertos requisitos –algunos meramente potestativos, como la inclusión del perfil del puesto–, que hacen necesario de todo punto la aplicación por los gestores de los principios jurisprudenciales señalados. Aunque, sin duda, se añadirían mayores garantías al procedimiento con aquellos actos que ayuden a comprobar fehacientemente quiénes son los candidatos concurrentes y destacar si han sido admitidos o no al procedimiento de provisión, previamente a su evaluación, y que son *per se* estrictamente procedimentales.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. La actual regulación del procedimiento administrativo de la provisión de puestos de trabajo del personal funcionario manifiesta ciertas carencias en cuanto a lo que supone la protección de la concurrencia competitiva como máxima constitucional derivada del art. 23.2 CE.

2. Esta actual carencia normativa puede verse corregida por la aplicación de los principios de subsanabilidad y *pro actione*, no solamente en el procedimiento a priori más complejo en su diseño e *iter* procedimental, el concurso, sino también del procedimiento de libre designación, que necesita, a todas luces, de un cierto grado de requisitos formales que aseguren precisamente esa concurrencia competitiva y, a la par, el sometimiento de la Administración al propio procedimiento.

3. Siempre se ha reprochado la opacidad en la provisión de puestos de trabajo mediante el procedimiento de libre designación, por lo que, sin perder el sentido de la flexibilidad y la oportunidad, la Administración debe explicar su actuación en todo el procedimiento y facilitar esta concurrencia competitiva desde el inicio hasta la resolución administrativa adjudicataria de este. Entendemos que estas consideraciones en torno a estos tipos procedimentales pueden ayudar a ello.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aliaga Rodríguez, R. (2020). El cese en los puestos de libre designación. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (205), 285-322.
- Coscolluela Montaner, L. (2022). *Manual de Derecho Administrativo. Parte general I*. Aranzadi La Ley.
- Ferreira Fernández, A. X. (2002). *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*. INAP.
- García-Trevijano Fos, J. A. (1967). *Tratado de Derecho Administrativo* (tomo III, vol. 1). Edersa.
- Garrido Falla, F. (1958). La eficacia de los actos administrativos en la nueva Ley de Procedimiento. *Revista de Administración Pública*, (26), 207-229. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-26-mayoagosto-1958/la-eficacia-de-los-actos-administrativos-en-la-nueva-ley-de-procedimiento-3>
- González Ríos, I. (2018). La vis expansiva del concepto «procedimiento administrativo común» en nuestros días. *Revista de Administración Pública*, (207), 127-175. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.06>
- Guillén-Caramés, J. y Fuentetaja Pastor, J. A. (2011). El principio de objetividad en la Función Pública (un análisis desde la jurisprudencia). *Documentación Administrativa*, (289), 151-182. <https://doi.org/10.24965/da.v0i289.10073>
- Junceda Moreno, J. (2008). Los principios de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores. *Documentación Administrativa*, (280-281), 119-131. <https://doi.org/10.24965/da.v0i280-281.9604>
- López Menudo, F. (2003). Naturaleza y significación general de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. *Revista Catalana de Dret Públic*, (16), 19-35. <https://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/1839>
- Martínez de Pisón Aparicio, I. (1995). *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*. Civitas.
- Meilán Gil, J. L. (2017). El carácter estructural de la norma y el acto administrativo. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 67(268), 568-594. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.268.61014>

<sup>73</sup> Art. 70 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

<sup>74</sup> Art. 128.4 de la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía.

<sup>75</sup> En efecto, el art. 35.6 establece: «El órgano competente para el nombramiento podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de las personas candidatas».

- Míguez-Macho, L. (2013). El principio de objetividad en el procedimiento administrativo. *Documentación Administrativa*, (289), 99-127. <https://doi.org/10.24965/da.v0i289.10071>
- Morell Ocaña, L. (1998). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. La actividad de las Administraciones públicas, su control administrativo y jurisdiccional*. Aranzadi.
- Palomar Olmeda, A. (2007). Ordenación de la actividad profesional. En M. Sánchez Morón (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (pp. 431-477). Lex Nova.
- Parada Vázquez, J. R. y Fuentetaja Pastor, J. A. (2019). *Derecho de la Función Pública*. Civitas.
- Parejo Alfonso, L. (2020). *Lecciones de Derecho Administrativo* (10.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.
- Prieto Álvarez, T. (2009). La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción. *Revista de Administración Pública*, (178), 215-247. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-178-eneroabril-2009/la-encrucijada-actual-de-las-relaciones-especiales-de-sujecion-2>
- Serrano Guirado, E. (1953). El nombramiento y la toma de posesión de los funcionarios públicos. *Revista de Administración Pública*, (12), 161-184. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-12-septiembrediciembre-1953/el-nombramiento-y-la-toma-de-posesion-de-los-funcionarios-publicos-3>

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 23, abril de 2025  
 Sección: ARTÍCULOS  
 Recibido: 26-12-2024  
 Modificado: 24-03-2025  
 Aceptado: 24-03-2025  
 Publicado: 29-04-2025  
 ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11494>  
 Páginas: 29-59



Referencia: Fragoso-Martínez, F. J. y Rivera-Fernández, G. (2025). Desafíos y soluciones en la implementación de la nueva tasa de residuos municipales en España: un análisis crítico y económico de la Ley 7/2022. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 23, 29-59. <https://doi.org/10.24965/reala.11494>

## Desafíos y soluciones en la implementación de la nueva tasa de residuos municipales en España: un análisis crítico y económico de la Ley 7/2022

### *Challenges and solutions in the implementation of the new municipal waste fee in Spain: A critical and economic analysis of Law 7/2022*

Fragoso-Martínez, Francisco Javier

Universidad de Extremadura. Departamento de Economía Financiera y Contabilidad (España – Spain)  
 ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-5595-709X>  
[ffragoso@unex.es](mailto:ffragoso@unex.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor por la Universidad de Salamanca. (Departamento Derecho Administrativo). Profesor titular de escuela universitaria en el Departamento de Economía Financiera y Contabilidad en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Extremadura. Ha alternado la docencia e investigación universitaria con la gestión pública. Sus principales temas de investigación incluyen el sistema financiero, el impuesto bancario, el euro, los presupuestos municipales y la gestión pública. Ha sido concejal de Hacienda, alcalde de Badajoz y senador, donde fue ponente de varias leyes, incluidos los presupuestos generales del Estado. Ha participado en varios contratos y proyectos de investigación. También es director de la Cátedra de Empleabilidad, Gestión Pública y Relaciones Transfronterizas de la Universidad de Extremadura-Cámara de Comercio de Badajoz.

Rivera-Fernández, Gala

Universidad de Extremadura. Departamento de Economía Financiera y Contabilidad (España – Spain)  
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0463-9736>  
[grivera@unex.es](mailto:grivera@unex.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Doctora por la Universidad de Extremadura, profesora colaboradora del Departamento de Economía Financiera y Contabilidad en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Extremadura. Es autora de diferentes artículos científicos e investigadora de varios proyectos y contratos de investigación relacionados con la Administración pública. Sus investigaciones se han centrado en la contabilidad de costes y en los modelos de calidad con especial implicación en la Administración pública.

#### RESUMEN

**Objetivos:** este estudio analiza los desafíos de implementar la tasa de residuos municipales bajo la Ley 7/2022, trasposición de la Directiva (UE) 2018/851. Examina las barreras operativas y normativas de los municipios, especialmente los pequeños, para lograr un modelo sostenible de pago por generación (PxG).

**Metodología:** mediante un enfoque comparativo y crítico, se evalúan modelos internacionales de PxG

en Europa, Asia y Estados Unidos. Además, se identifican inconsistencias normativas entre dicha ley el marco fiscal municipal. **Resultados:** se evidencia que la disparidad en los recursos técnicos y financieros limita la implementación equitativa del PxG. El análisis de modelos internacionales muestra que la tecnología, la educación ciudadana, la flexibilidad normativa y la colaboración intermunicipal son claves para superar estos desafíos y avanzar hacia una gestión de residuos más sostenible. **Conclusiones:** la nueva tasa no debe convertirse solo en una figura recaudatoria, apartándose de sus objetivos medioambientales, por lo que requiere cambios. Convertirla en un impuesto específico permitiría una gestión más estable y justa, garantizaría una financiación sostenible e incorporaría de manera más efectiva criterios medioambientales en la tributación. Asimismo, el apoyo estatal y la coordinación intermunicipal son fundamentales para asegurar una transición eficaz hacia una economía circular, sin olvidar la necesaria reforma de la obsoleta regulación de las haciendas locales para adaptarla a los nuevos desafíos.

## PALABRAS CLAVE

Tasa de residuos municipales; pago por generación (PxG); gestión de residuos; economía circular; sostenibilidad económica; fiscalidad local.

## ABSTRACT

**Objectives:** This study analyzes the challenges of implementing the municipal waste fee under Law 7/2022, which transposes Directive (EU) 2018/851. It examines the operational and regulatory barriers faced by municipalities, particularly smaller ones, in achieving a sustainable pay-as-you-throw (PAYT) model. **Methodology:** Using a comparative and critical approach, international PAYT models from Europe, Asia, and the United States are evaluated. Additionally, regulatory inconsistencies between this Law and the municipal fiscal framework are identified. **Results:** The study finds that disparities in technical and financial resources hinder the equitable implementation of PAYT systems. The analysis of international models highlights that technology, citizen education, regulatory flexibility, and intermunicipal collaboration are key to overcoming these challenges and advancing toward more sustainable waste management practices. **Conclusions:** The new fee should not merely become a revenue-generating mechanism, diverging from its environmental objectives, which necessitates changes. Converting it into a specific tax would enable more stable and equitable management, ensure sustainable financing, and more effectively incorporate environmental criteria into taxation. Moreover, state support and intermunicipal coordination are crucial to ensuring an effective transition toward a circular economy, while addressing the urgent need to reform the outdated local treasury regulations to adapt them to emerging challenges.

## KEYWORDS

Municipal waste fee; pay-as-you-throw (PAYT); waste management; circular economy; economic sustainability; local taxation.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. CLAVES PROBLEMÁTICAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA TASA. 2.1. DISPARIDAD EN LA CAPACIDAD DE LOS MUNICIPIOS Y LA NECESIDAD DE HOMOGENEIZACIÓN. 2.2. COMPARACIÓN CON MODELOS INTERNACIONALES. 2.2.1. Suecia: éxito en el uso de PxG basado en peso. 2.2.2. Países Bajos: costes por volumen y colaboración intermunicipal. 2.2.3. Italia: flexibilidad y eficiencia con la *tassa sui rifiuti* (TARI). 2.2.4. Alemania: gestión eficiente y colaboración intermunicipal. 2.2.5. Bélgica (Flandes): tarifas diferenciadas y subsidios. 2.2.6. Estados Unidos: separación obligatoria y compostaje en San Francisco. 2.2.7. Corea del Sur: innovación tecnológica y éxito en la reducción de residuos. 2.2.8. Japón: separación extensiva y tarifas por categoría. 2.3. INCONGRUENCIAS NORMATIVAS ENTRE LA LEY DE RESIDUOS Y LA LEY DE HACIENDAS LOCALES. 3. ASPECTOS ECONÓMICOS: CUANTIFICACIÓN Y SOSTENIBILIDAD. 3.1. EL PRINCIPIO DE NO DÉFICIT: RETOS EN LA SOSTENIBILIDAD. 3.2. DETERMINACIÓN DE LOS COSTES NETOS Y ELABORACIÓN DEL ESTUDIO TÉCNICO-ECONÓMICO. 4. ANÁLISIS JURÍDICO: INSEGURIDAD Y POSIBLES CONFLICTOS NORMATIVOS. 4.1. INSEGURIDAD JURÍDICA POR LA FALTA DE DEFINICIÓN DE ELEMENTOS CLAVE. 4.2. CONFLICTOS NORMATIVOS Y FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA. 5. PROPUESTAS DE MEJORA Y PERSPECTIVAS FUTURAS. 5.1. AJUSTES NORMATIVOS PARA MEJORAR LA SEGURIDAD JURÍDICA Y OPERATIVA. 5.2. CONVERSIÓN DE LA TASA EN UN IMPUESTO PARA UNA GESTIÓN MÁS EFICAZ. 5.2.1. Ventajas de la conversión de la tasa en impuesto. 5.2.2. Implicaciones legales y operativas de la conversión. 5.2.3. Estrategias para la transición de tasa a impuesto. 5.3. MECANISMOS

DE COMPENSACIÓN PARA MUNICIPIOS CON MENOS RECURSOS. 5.4. INCORPORACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DIGITALIZACIÓN. 5.5. PERSPECTIVAS FUTURAS EN LA GESTIÓN DE RESIDUOS MUNICIPALES. 6. CONCLUSIONES. 6.1. PROPUESTAS CLAVE PARA MEJORAR LA IMPLEMENTACIÓN. 6.2. REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LA GESTIÓN DE RESIDUOS EN ESPAÑA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 7/2022<sup>1</sup>, de 8 de abril, sobre Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular, marca un cambio importante en la gestión de residuos en España. Esta ley se enmarca en la estrategia europea para avanzar hacia un modelo de economía circular, tal como establece la Directiva (UE) 2018/851<sup>2</sup>. El objetivo principal es reducir la generación de residuos, promover la reutilización y mejorar las tasas de reciclaje. Para ello, la Ley introduce la tasa de residuos basada en el sistema de pago por generación (PxG, también conocido como pay-as-you-throw o PAYT en inglés), que busca responsabilizar tanto a los ciudadanos como a las empresas por la cantidad de residuos que producen, aplicando el principio de *quien contamina paga*.

En este sentido, el principio de extrafiscalidad, que consiste en utilizar la tributación para influir en el comportamiento ambiental y corregir externalidades negativas, adquiere especial relevancia. La implementación efectiva del sistema PxG debería apoyarse en este principio, garantizando que la tasa no sea únicamente recaudatoria, sino que promueva activamente la reducción y reciclaje de residuos (García-Moncó Martínez, 2025).

Estudios recientes han demostrado la efectividad del sistema PxG para incentivar comportamientos más sostenibles. Por ejemplo, Romano y Masserini (2023) destacan el impacto positivo del PAYT en la sostenibilidad de la gestión de residuos urbanos, mostrando cómo este mecanismo contribuye a reducir significativamente la cantidad total de residuos generados y la fracción no reciclable, al tiempo que mejora la calidad de la recogida selectiva. Estos hallazgos respaldan la relevancia de introducir un sistema como el PxG en España, especialmente en un marco normativo que busca alinear las políticas locales con los principios de la economía circular. En este sentido, resulta fundamental considerar que cualquier instrumento fiscal únicamente tendrá vinculación directa a los postulados de la economía circular si va dirigido a modificar conductas de la sociedad y los agentes productivos, alineándose con la reducción cuantitativa de residuos o fomentando la prolongación de la vida de los productos en uso (Patón García y Puig Ventosa, 2024; Kirchherr *et al.*, 2017).

Hasta ahora, el sistema tributario local en España no ha explorado nuevas figuras impositivas de corte medioambiental que integren plenamente el principio de *quien contamina paga*. Esto plantea barreras operativas, jurídicas y económicas para la aplicación del PxG, especialmente en municipios pequeños y medianos con recursos técnicos y financieros limitados. Además de adaptar sus infraestructuras, estos municipios deben cumplir con la exigencia de que la tasa sea no deficitaria, lo que implica que los ingresos deben cubrir los costes totales de la gestión de residuos. Este requisito, combinado con fluctuaciones en los precios de los materiales reciclables y los costes operativos, complica aún más su implementación. El presente estudio tiene como objetivo realizar un análisis crítico de los obstáculos en la implementación de la Ley 7/2022, con un enfoque especial en los desafíos que enfrentan los municipios de menor población. Para ello, se examinan modelos internacionales de pago por generación (PxG) y gestión de residuos en países mayoritariamente europeos y occidentales, como Suecia, Alemania, Italia, Suiza, Países Bajos y Bélgica, así como ejemplos de otros contextos, como Corea del Sur, Japón y San Francisco (Estados Unidos). Estos casos se seleccionaron por su diversidad en enfoques -desde el cobro basado en peso o volumen hasta la implementación de incentivos económicos, la obligatoriedad de la separación, la colaboración intermunicipal y la responsabilidad ampliada del productor (EPR)- y por sus resultados comprobados, como tasas de reciclaje superiores al 60% o una significativa reducción de residuos no reciclables. Si bien los ejemplos europeos ofrecen modelos aplicables directamente al contexto normativo español por su proximidad cultural y jurídica, los casos de Corea del Sur, Japón y San Francisco aportan una perspectiva complementaria, destacando el impacto de la

<sup>1</sup> Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 85, de 9 de abril de 2022. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/04/08/7/con>

<sup>2</sup> Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L150/109. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32018L0851>

innovación tecnológica, la educación ciudadana y las políticas de obligatoriedad. Esta combinación de experiencias permite extraer lecciones prácticas en términos de sostenibilidad financiera, flexibilidad normativa e innovación, elementos clave para adaptar la Ley 7/2022 a las necesidades locales. Finalmente, se proponen ajustes normativos y soluciones financieras que podrían facilitar la implementación de la tasa, asegurando una aplicación más equitativa y eficiente sin comprometer la viabilidad económica de los municipios.

Aunque la Ley 7/2022 representa un avance hacia la economía circular, la realidad es que España lleva años sin abordar adecuadamente sus compromisos medioambientales, a pesar de las exigencias de diversas directivas europeas, como han señalado reiteradamente la Comisión Europea en distintos informes de alerta temprana<sup>3</sup>. Resultaba imprescindible haber trabajado de manera sostenida en la preparación de municipios y ciudadanos para una gestión de residuos eficiente y consciente, como ya ponía de manifiesto la Waste Framework Directive (Directiva Marco de Residuos, 2008/98/EC), que subraya la importancia de la educación, sensibilización y preparación de los ciudadanos y actores locales como elementos fundamentales para cumplir con las metas de reciclaje y reducción de residuos. Informes como el de Ecoembes<sup>4</sup> también han insistido en esta necesidad. Estas carencias evidencian que la introducción de una tasa no es suficiente para resolver de forma rápida y aislada problemas estructurales que requieren una estrategia de largo plazo (Batlle y Puig, 2024). Da la impresión de que, en lugar de realizar este trabajo progresivo de concienciación y adaptación, se ha apostado todo a última hora por la implementación de una tasa, dejando a municipios y ciudadanos sin la preparación adecuada para enfrentar los desafíos que plantea esta nueva normativa.

## 2. CLAVES PROBLEMÁTICAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA TASA

La Ley 7/2022 establece una tasa de residuos basada en el modelo de pago por generación (PxG), una medida novedosa orientada a responsabilizar a ciudadanos y empresas por la cantidad real de residuos que producen. Sin embargo, en la práctica, muchos municipios españoles continúan aplicando cuotas fijas (42,6 %), alejándose significativamente del principio de diferenciación tarifaria que refleje la generación efectiva de residuos (Patón García y Puig Ventosa, 2024). Esto no solo limita gravemente la eficacia ambiental del instrumento, sino que también compromete el logro efectivo de los objetivos de reducción de residuos y reciclaje establecidos por la normativa europea. Además, como se analizará en los siguientes apartados, la aplicación práctica de la tasa presenta importantes desafíos técnicos, regulatorios y financieros que impactan de manera desigual a los municipios españoles, especialmente a los de menor población y con recursos limitados.

Asimismo, resulta evidente que alinear los ambiciosos objetivos medioambientales de la ley, como la reducción de residuos o el fomento del reciclaje, con el propósito recaudatorio inherente a la tasa -que prioriza la cobertura estricta de costes- supone un desafío conceptual y operativo. Este desequilibrio puede comprometer la efectividad de la medida como herramienta para avanzar hacia una verdadera economía circular.

A continuación, se profundiza en las claves problemáticas más relevantes, agrupadas en tres grandes áreas: (1) la disparidad en la capacidad técnica y financiera de los municipios para implementar sistemas de PxG; (2) la comparación crítica con modelos internacionales de gestión de residuos, y (3) las incongruencias normativas entre la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular y la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

### 2.1. Disparidad en la capacidad de los municipios y la necesidad de homogeneización

Uno de los principales problemas que plantea la Ley 7/2022 es la disparidad en la capacidad técnica y financiera de los municipios para implementar el sistema PxG. Mientras que grandes ciudades como Madrid o Barcelona disponen de infraestructuras avanzadas para gestionar la recolección y tratamiento de residuos, muchos municipios pequeños y medianos carecen de los recursos necesarios para adaptar sus sistemas a las exigencias de la ley. No podemos olvidar, por otro lado, que en los grandes municipios la dificultad radica en individualizar la cantidad de residuos generados por cada vecino, piso o vivienda, debido a la alta

<sup>3</sup> Comisión Europea (2018). Informe de alerta temprana para España. Bruselas: Comisión Europea. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=SWD:2018:425:FIN>. Comisión Europea. (2023). Informe de alerta temprana para España. Bruselas: Comisión Europea. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023SC0183>

<sup>4</sup> Ecoembes (2021). *Informe Anual 2021*. Disponible en: <https://ecoembes.com/landing/informe-anual-2021/objetivo-comun/concienciacion-ciudadana/>

densidad poblacional y la tipología edificatoria. Esto crea una desigualdad territorial, lo que compromete la equidad en la aplicación de la tasa (Dahlén y Lagerkvist, 2010).

Romano y Masserini (2023) evidencian que los beneficios del sistema PxG, como la reducción de residuos no reciclables y la mejora en la recogida selectiva, dependen en gran medida de la infraestructura y los recursos disponibles en cada municipio. Su análisis subraya cómo las desigualdades en la capacidad operativa pueden limitar el éxito de las políticas de PxG, especialmente en territorios con menos recursos. Estas observaciones refuerzan la idea de que sin una infraestructura adecuada y sin herramientas tecnológicas para medir y gestionar los residuos generados y aplicar la tarifa correspondiente los municipios enfrentan dificultades operativas significativas.

Este problema se agrava por la falta de una cultura de planificación estratégica en algunos municipios, que han operado con un enfoque más reactivo que preventivo en cuanto a la gestión de residuos (Pernas García y Sánchez González, 2024). Sin una correcta planificación, no solo es difícil prever los costes asociados a la implementación del sistema PxG, sino que también se pone en riesgo la sostenibilidad del servicio (Puig Ventosa, 2008). En este contexto, resulta esencial no solo homogeneizar los recursos tecnológicos y financieros entre municipios, sino también fomentar una cultura de planificación que permita anticiparse a los desafíos operativos y económicos que plantea la Ley 7/2022.

Además del tamaño y los recursos de cada municipio, debe considerarse la diversidad derivada de las competencias autonómicas en la gestión de residuos. Esta diversidad normativa añade complejidad al cumplimiento de los objetivos de la Ley 7/2022 y genera disparidades en la aplicación de políticas de residuos entre las distintas comunidades autónomas. Tal como señaló el informe de la Comisión Europea de 2018, «el lento progreso de los porcentajes de reciclado en España se debe en gran medida a la falta de armonización entre comunidades autónomas», lo que limita la planificación y coordinación a nivel nacional y dificulta alcanzar los objetivos de reciclado y reducción de vertidos.

Dado este contexto, es necesario implementar mecanismos de homogeneización que permitan a los municipios, y especialmente a los de menor población, acceder a recursos tecnológicos y financieros adecuados para aplicar correctamente la tasa de residuos. Sin estas medidas, la fragmentación en la capacidad de gestión de residuos podría comprometer los objetivos de economía circular establecidos en la Ley 7/2022 (Dahlén y Lagerkvist, 2010).

## 2.2. Comparación con modelos internacionales

La experiencia de otros países que han implementado sistemas de pago por generación (PxG) proporciona lecciones valiosas para mejorar la gestión de residuos en España bajo la Ley 7/2022. A través del análisis de diferentes modelos internacionales, es posible extraer prácticas que podrían ser aplicadas en el contexto español, teniendo en cuenta las particularidades de los municipios y los desafíos que enfrentan.

En esta línea, Ignasi Puig Ventosa y María Calaf Forn (2024) destacan que en Europa se observa una tendencia creciente hacia la implementación de sistemas tarifarios basados en la generación efectiva de residuos (PxG). Aunque en España esta implantación es aún incipiente y limitada a menos del 1% de los municipios, los autores señalan que la Ley 7/2022 establece un marco propicio para expandir estos sistemas, especialmente si se complementan con modelos avanzados de recogida selectiva como la puerta a puerta o el uso de contenedores inteligentes, siguiendo el ejemplo generalizado en otros Estados miembros.

Estos ejemplos internacionales subrayan que un factor clave para el éxito del sistema PxG es la estructura tarifaria. En España, tal como apunta Patón García (2025), para asegurar el éxito de estos modelos, la tasa debe incluir claramente una cuota fija para cubrir costes fijos del servicio y una cuota variable estrechamente relacionada con el volumen real de residuos generados, proporcionando así un incentivo tangible a la reducción.

La aplicación de este modelo, sin embargo, requiere no solo cambios normativos, sino también un compromiso municipal para desarrollar un sistema de medición y facturación que garantice su eficacia y equidad.

### 2.2.1. Suecia: éxito en el uso de PxG basado en peso

Suecia ha sido pionera en la implementación de sistemas de pago por generación (PxG), particularmente mediante el cobro basado en el peso de los residuos. Este modelo combina incentivos económicos con una infraestructura tecnológica avanzada, logrando tasas de reciclaje superiores al 99% (Dahlén y Lagerkvist, 2010).

Los hogares pagan por la cantidad de residuos que generan y depositan en contenedores especiales, que son pesados automáticamente por los vehículos de recolección. Este enfoque crea un fuerte incentivo económico para que las personas reduzcan la cantidad de residuos no reciclables y participen activamente en el reciclaje y el compostaje. Como resultado, Suecia ha reducido significativamente los residuos destinados a vertederos, logrando que más del 99 % de los residuos domésticos sean reciclados o convertidos en energía (Elia *et al.*, 2015). Sus principales características son:

#### Infraestructura avanzada

El sistema sueco emplea contenedores inteligentes y tecnología de pesaje automático, lo que asegura la transparencia y eficiencia del cobro. Además, los ciudadanos tienen acceso a datos sobre su generación de residuos, promoviendo un mayor compromiso y conciencia ambiental.

#### Educación ciudadana

Este modelo está respaldado por campañas de sensibilización que refuerzan la participación activa en el reciclaje y compostaje, claves para el éxito del sistema.

#### Financiación y desafíos

La implementación de este modelo en España enfrentaría desafíos relacionados con la infraestructura tecnológica y los recursos económicos, especialmente en municipios pequeños. Sin embargo, los fondos Next Generation EU y las líneas del programa EDILE (FEDER) podrían proporcionar el apoyo necesario para desarrollar tecnología avanzada y garantizar una gestión equitativa y sostenible (Puig Ventosa, 2008).

#### Resultados destacados

El sistema sueco no solo ha reducido los residuos destinados a vertederos a menos del 1 %, sino que también ha optimizado el aprovechamiento de materiales reciclados y fomentado una cultura de responsabilidad ambiental entre sus ciudadanos.

#### Consideraciones clave para la implementación en España

- Implementar un sistema de cobro basado en el peso de los residuos puede incentivar directamente la reducción en origen y una mayor separación.
- La incorporación de tecnología avanzada, como contenedores inteligentes y sistemas digitales, es clave para garantizar la transparencia y eficacia en la gestión.
- Es crucial acompañar la adopción de este modelo con campañas de educación y sensibilización ciudadana para asegurar su aceptación y efectividad.
- Los fondos europeos ofrecen una oportunidad para que los municipios, especialmente los de menor población, puedan adoptar estas tecnologías y fomentar un sistema de residuos más equitativo y sostenible.

### **2.2.2. Países Bajos: costes por volumen y colaboración intermunicipal**

En los Países Bajos, el sistema de pago por generación (PxG) se basa en la cantidad de residuos generados, con tarifas calculadas por el volumen en lugar del peso. Los residentes pagan por cada unidad de volumen de residuos no reciclables, lo que incentiva la separación en origen y el uso de servicios de reciclaje y compostaje gratuitos (Dijkgraaf y Gradus, 2004).

#### Tasas por volumen

Los hogares pueden optar por contenedores de distintos tamaños, ajustando así los costes de acuerdo con sus necesidades. Esto fomenta la reducción de los residuos no reciclables y una mayor participación en programas de reciclaje y compostaje.

## Separación y reciclaje obligatorios

En la mayoría de los municipios neerlandeses, los residuos reciclables (como plástico, vidrio, papel y metales) se recogen gratuitamente o a un coste muy bajo. Este enfoque facilita una alta participación ciudadana en la separación y reciclaje, contribuyendo a la sostenibilidad del sistema.

## Colaboración intermunicipal

En áreas rurales y municipios pequeños, los Países Bajos han implementado una sólida colaboración intermunicipal. Este enfoque permite compartir infraestructuras y servicios, como plantas de reciclaje y tratamiento de residuos, reduciendo los costes operativos. La colaboración ha sido clave para gestionar residuos de manera eficiente en un país densamente poblado y con espacio limitado para vertederos (Álvarez Menéndez, 2024).

## Resultados destacados

Gracias a esta combinación de tarifas basadas en volumen, separación obligatoria y colaboración intermunicipal, los Países Bajos han alcanzado tasas de reciclaje superiores al 50 % y han reducido significativamente la cantidad de residuos enviados a vertederos (Bel y Gradus, 2016).

## Marco legal y aplicación en España

En el contexto español, la colaboración intermunicipal podría ser una solución eficaz, especialmente en municipios pequeños con recursos limitados. La Ley 7/1985<sup>5</sup>, reformada por la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), ya asigna a las diputaciones provinciales la responsabilidad de coordinar la prestación de servicios de recogida y tratamiento de residuos en municipios con menos de 20 000 habitantes. Sin embargo, esta normativa no ha tenido una aplicación práctica generalizada. Una implementación efectiva requeriría la intervención activa de diputaciones y el acceso a fondos europeos como los Next Generation EU para facilitar el acceso compartido a infraestructuras y tecnologías avanzadas (FEMP<sup>6</sup>; Puig Ventosa, 2008).

## Reflexiones para su aplicabilidad en España

- Las tarifas basadas en volumen ofrecen un mecanismo claro para incentivar la reducción de residuos no reciclables.
- La recogida gratuita o de bajo coste de materiales reciclables fomenta la participación ciudadana en la separación en origen.
- La colaboración intermunicipal permite optimizar recursos y reducir costes, especialmente en zonas rurales y municipios pequeños.
- Es necesario establecer un marco normativo y de financiación que active la colaboración entre municipios y aproveche las oportunidades de financiación europea.

### 2.2.3. Italia: flexibilidad y eficiencia con la *tassa sui rifiuti* (TARI)

Italia se ha consolidado como un referente en la gestión de residuos gracias a la implementación de la TARI, un tributo municipal<sup>7</sup> creado a nivel nacional por la Ley 147/2013, que reformó la fiscalidad local en Italia, y diseñado para cubrir los costes de recogida, transporte y tratamiento de residuos urbanos. Este modelo combina una estructura de cuotas fija y variable, permitiendo una financiación estable y, al mismo tiempo, incentivando comportamientos responsables (Messina *et al.*, 2023).

<sup>5</sup> Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-5392>

<sup>6</sup> Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) (2020). *Estudio sobre la situación actual de la gestión de los residuos domésticos en España y propuestas para alcanzar los objetivos de reciclado 2020*. Recuperado de [http://documentos.femp.es/files/566-1798-archivo/Informe.Ejecutivo.Residuos.2020\\_FEMP.Ver.06.pdf](http://documentos.femp.es/files/566-1798-archivo/Informe.Ejecutivo.Residuos.2020_FEMP.Ver.06.pdf)

<sup>7</sup> También tiene su equivalente como prestación patrimonial de carácter público no tributaria: *tariffa corrispettiva*.

### Estructura mixta de la TARI

- Cuota fija, destinada a cubrir los costes generales del servicio, como mantenimiento de infraestructuras y personal. Este componente garantiza la sostenibilidad financiera del sistema.
- Cuota variable, calculada según el volumen estimado de residuos generados. Para los hogares, depende de factores como el número de residentes; para las empresas, se ajusta según la actividad económica. Este diseño incentiva la reducción de residuos no reciclables al penalizar a los grandes generadores.

### Esquemas de pago por generación (PxG)

Italia ha experimentado con sistemas de PxG, como tarifas basadas en peso (*pay-as-you-throw*) o propiedad (*pay-as-you-own*). Regiones como Lombardía han implementado sistemas de cobro por peso, logrando tasas de reciclaje superiores al 70%. Por su parte, Parma ha combinado el PxG con programas de recogida puerta a puerta, que incluyen incentivos económicos para quienes generan menos residuos no reciclables. Este enfoque ha reducido significativamente la generación de residuos sólidos y mejorado la separación en origen.

En esta línea, el modelo de *tariffazione puntuale* ha experimentado una notable expansión en Italia en los últimos años. Según datos del Instituto para la Finanza y la Economía Local (IFEL), el 14,1% de los municipios italianos han adoptado sistemas de tarificación puntual, afectando al 13,8% de la población italiana. Sin embargo, su implantación es desigual: el 94% de los municipios con este modelo se encuentran en el norte del país, mientras que en el sur sigue siendo una práctica minoritaria. Dentro de este sistema, se diferencian dos modalidades: la tasa sobre residuos puntual (TARIP), con naturaleza tributaria, y la *tariffa corrispettiva*, que opera como una prestación patrimonial coactiva no tributaria, con la segunda opción siendo la más utilizada por los municipios que han implementado la *tariffazione puntuale* (García Martínez, 2024, pp. 292-293).

### Bonificaciones e incentivos

Los municipios ofrecen descuentos para hogares y empresas que participan activamente en programas de reciclaje y compostaje. En áreas rurales se promueve el uso de compostadores domésticos, lo que reduce la cantidad de residuos orgánicos destinados a vertederos.

### Adaptación local y colaboración intermunicipal

La flexibilidad de la TARI permite a los municipios ajustar las cuotas según sus características locales, como la eficiencia del sistema de residuos o el tamaño de la población. En regiones con recursos limitados, la colaboración intermunicipal, como en Lombardía, permite compartir infraestructuras y reducir costes.

### Resultados destacados

En Milán, un sistema avanzado de recogida selectiva y compostaje ha llevado a tasas de reciclaje superiores al 60%, con bonificaciones significativas para los participantes en programas de compostaje.

En Roma, donde la gestión enfrenta mayores desafíos, las tarifas de la TARI son más altas debido a los elevados costes de separación y tratamiento. Sin embargo, se han implementado programas para fomentar el reciclaje y reducir los residuos.

### Enseñanzas aprendidas y retos para España

- La combinación de una cuota fija y una variable, como en la TARI, puede garantizar una financiación sostenible mientras incentiva la reducción de residuos.
- Los sistemas de PxG, como el cobro por peso o puerta a puerta, son efectivos para reducir residuos no reciclables y mejorar la separación en origen.
- La colaboración intermunicipal y el apoyo de fondos europeos son clave para implementar modelos avanzados en áreas con recursos limitados.
- Adaptar las tarifas a las necesidades locales permite responder a desafíos específicos, como densidad poblacional o infraestructura disponible.

## 2.2.4. Alemania: gestión eficiente y colaboración intermunicipal

El modelo de gestión de residuos en Alemania es un ejemplo destacado por su eficiencia, flexibilidad y equidad. Este sistema combina tasas calculadas por volumen y frecuencia de recogida, incentivos económicos para fomentar la separación en origen y una fuerte colaboración intermunicipal. Además, su marco jurídico, basado en la ley de economía circular (*Kreislaufwirtschaftsgesetz*), garantiza la transparencia y la participación ciudadana (Batllellé y Hanf, 2008). Veamos la estructura del sistema alemán:

### Tasas por volumen y frecuencia

Los municipios alemanes gestionan los residuos a través de tasas que se calculan según el tamaño del contenedor de residuos no reciclables (*Restmüll*) y la frecuencia de su recogida. Los ciudadanos pueden optar por contenedores de menor capacidad y reducir la frecuencia de recogida para disminuir costes. Este enfoque incentiva directamente la reducción de residuos no reciclables y fomenta la separación en origen.

### Separación y reciclaje gratuitos

Los materiales reciclables, como plástico, papel, vidrio y metales, se recogen de manera gratuita o a un coste muy bajo, lo que incentiva a los ciudadanos a participar activamente en el reciclaje. Además, en muchas áreas los residuos orgánicos tienen su propio sistema de recogida, con costes reducidos o nulos, lo que facilita el compostaje.

### Colaboración intermunicipal

En regiones rurales o municipios pequeños, Alemania fomenta la cooperación intermunicipal para compartir instalaciones como plantas de reciclaje, compostaje y vertederos. Este modelo asegura que los municipios con menos recursos puedan acceder a servicios de calidad y mantener tasas asequibles para los ciudadanos.

### Sistema de depósito para envases (*Pfand*)

Alemania implementa un sistema de depósito para envases de bebidas, donde los consumidores pagan un importe adicional al adquirir botellas o latas y lo recuperan al devolver los envases en puntos específicos. Este sistema ha alcanzado tasas de retorno superiores al 90 %, evitando que una gran cantidad de envases acabe en los residuos sólidos.

### Resultados destacados

En Berlín, el coste de las tasas se calcula según el volumen del contenedor y la frecuencia de recogida, con sistemas avanzados para la separación de residuos reciclables y orgánicos. Esto permite a las familias ajustar sus costes de gestión y reducir los residuos no reciclables.

En Baviera, la colaboración intermunicipal ha sido clave para optimizar costes y garantizar la gestión eficiente de residuos en comunidades rurales, donde compartir infraestructuras es esencial.

### Lecciones del modelo alemán para el caso español

- Tasas por volumen y frecuencia. Este sistema podría servir como base para un impuesto en España que incentive la reducción de residuos no reciclables y fomente la separación en origen.
- Colaboración intermunicipal. Compartir infraestructuras y servicios entre municipios sería una estrategia eficaz, especialmente en áreas rurales o municipios pequeños.
- Sistema de depósito para envases. Implementar un sistema como el *Pfand* en España incentivaría el retorno de envases y reduciría el volumen de residuos sólidos.
- Educación y participación ciudadana. La transparencia en los costes de gestión, junto con programas de sensibilización y sanciones para el incumplimiento de la separación de residuos, refuerzan la equidad y eficacia del sistema.

### 2.2.5. **Bélgica (Flandes): tarifas diferenciadas y subsidios**

Flandes, una de las regiones más avanzadas de Bélgica en la gestión de residuos, destaca por su sistema de tarifas diferenciadas y el uso de subsidios para fomentar el reciclaje y la separación en origen. Este modelo ha permitido a la región alcanzar tasas de reciclaje superiores al 70 %, posicionándose como un referente europeo en economía circular (Batllellé y Hanf, 2008).

#### Tarifas diferenciadas por tipo de residuo

Los ciudadanos pagan tarifas específicas según el tipo y volumen de los residuos generados. Los residuos no reciclables tienen un coste significativamente mayor, mientras que los materiales reciclables y compostables son recogidos a un coste reducido o gratuito. Este sistema incentiva directamente la separación en origen y la reducción de los residuos no reciclables.

#### Subsidios para el reciclaje doméstico

Flandes promueve el uso de compostadores domésticos mediante subsidios económicos que reducen su coste para los ciudadanos. Este enfoque fomenta el tratamiento de los residuos orgánicos en el hogar, disminuyendo la presión sobre las infraestructuras municipales.

#### Responsabilidad del productor

Bélgica aplica políticas de responsabilidad ampliada del productor (EPR) para envases y otros productos, obligando a las empresas a asumir los costes de recolección y reciclaje. Este enfoque reduce la carga económica sobre los municipios y refuerza la economía circular.

#### Colaboración con el sector privado

La gestión de residuos en Flandes incluye acuerdos entre el sector público y empresas privadas para garantizar la eficiencia en el tratamiento y reciclaje de los residuos. Estos acuerdos han permitido desarrollar infraestructuras avanzadas y reducir los costes operativos.

#### Resultados destacados

Flandes ha logrado tasas de reciclaje superiores al 70 %, con una significativa reducción de residuos no reciclables enviados a vertederos o incineradoras. Además, el sistema ha fomentado un alto nivel de concienciación ciudadana y una colaboración eficaz entre los actores públicos y privados.

#### Enseñanzas para su aplicación en España

- Implementar tarifas diferenciadas según el tipo y volumen de residuos puede incentivar la separación en origen y reducir los residuos no reciclables.
- Promover el compostaje doméstico mediante subsidios podría aliviar la carga sobre las infraestructuras municipales y fomentar prácticas sostenibles.
- Ampliar las políticas de responsabilidad del productor (EPR) podría financiar el reciclaje y aliviar los costes para los municipios.
- La colaboración público-privada puede optimizar la gestión de residuos, especialmente en el desarrollo de infraestructuras avanzadas.

### 2.2.6. **Estados Unidos: separación obligatoria y compostaje en San Francisco**

En Estados Unidos, el caso de San Francisco es un ejemplo destacado de cómo combinar un sistema de pago por generación (PxG) con políticas agresivas de reciclaje y compostaje puede llevar a resultados impresionantes. La ciudad ha logrado desviar más del 80 % de sus residuos de los vertederos gracias a un enfoque integral y normativo que combina incentivos económicos, separación obligatoria y programas ampliamente accesibles, como pone de manifiesto la Agencia Americana de Protección del Medioambiente (EPA)<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Environmental Protection Agency (EPA) (2023). *Zero waste case study: San Francisco*. Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos. Recuperado de <https://www.epa.gov/transforming-waste-tool/zero-waste-case-study-san-francisco>

### Tarifas diferenciadas por tipo de residuos

Los residentes en San Francisco pagan únicamente por los residuos no reciclables que generan, mientras que los servicios de reciclaje y compostaje son gratuitos o subvencionados. Este modelo económico incentiva directamente la separación en origen, promoviendo la participación en programas de reciclaje y compostaje (Bel y Gradus, 2016).

### Reciclaje y compostaje obligatorios

San Francisco ha implementado políticas que obligan a hogares y empresas a separar adecuadamente los residuos reciclables y orgánicos. El incumplimiento de estas normativas puede conllevar sanciones económicas, lo que refuerza el cumplimiento de la población<sup>9</sup>.

### Apoyo comunitario y educación ambiental

El éxito del modelo no solo se basa en la obligatoriedad, sino también en campañas continuas de educación y sensibilización que fomentan un cambio cultural hacia prácticas más sostenibles. La accesibilidad a los programas de reciclaje y compostaje asegura que los ciudadanos puedan cumplir con las normativas sin barreras económicas o logísticas.

### Infraestructura avanzada

San Francisco ha desarrollado una infraestructura robusta para gestionar el reciclaje y el compostaje a gran escala, permitiendo procesar eficientemente los residuos separados.

### Resultados destacados

La ciudad ha reducido significativamente los residuos destinados a vertederos, convirtiéndose en un modelo global de sostenibilidad urbana. Su tasa de desviación de residuos, superior al 80 %, refleja la efectividad de combinar tarifas diferenciadas con políticas obligatorias y programas educativos.

### Lecciones extrapolables al caso español

- Implementar tarifas diferenciadas, donde los residuos no reciclables tengan un coste mayor, puede fomentar la separación en origen y reducir los residuos enviados a vertederos.
- Establecer la obligatoriedad del reciclaje y compostaje con sanciones asociadas puede garantizar una alta participación ciudadana.
- El éxito del modelo depende de una infraestructura adecuada para gestionar los residuos reciclables y orgánicos, así como de campañas de sensibilización que refuercen el cumplimiento.
- Este enfoque puede ser replicado progresivamente en España, comenzando en municipios con capacidad tecnológica avanzada, mientras se desarrolla una red nacional de infraestructuras de compostaje y reciclaje (Puig Ventosa, 2008).

#### **2.2.7. Corea del Sur: innovación tecnológica y éxito en la reducción de residuos**

Corea del Sur se destaca como un ejemplo de éxito en la implementación de un sistema de pago por generación (PxG), gracias a su enfoque en la tecnología avanzada, las políticas inclusivas y los incentivos económicos. Desde 1995, el país ha logrado reducir más del 40 % de los residuos no reciclables y aumentar significativamente las tasas de reciclaje (Torretta *et al.*, 2017).

### Pago por bolsa prepagada

Los ciudadanos adquieren bolsas de basura específicas para los residuos no reciclables, cuyo precio incluye el coste del tratamiento y disposición final. Este modelo garantiza que quienes generan más residuos no reciclables paguen proporcionalmente más.

<sup>9</sup> Véase nota 8.

### Contenedores inteligentes

En algunas áreas, el sistema está respaldado por contenedores inteligentes que miden la cantidad exacta de residuos depositados, aplicando tarifas automáticas. Este enfoque combina transparencia con eficacia operativa y facilita un control preciso de la generación de residuos (Alzamora y Barros, 2020).

### Recogida gratuita de reciclables y compostables

Los materiales reciclables y los residuos orgánicos se recogen sin coste adicional, incentivando así la separación en origen y reduciendo la carga de los residuos no reciclables.

### Apoyo gubernamental y equidad

Corea del Sur complementa su sistema con un sólido apoyo técnico y financiero del Gobierno central, asegurando que incluso las regiones con menos recursos puedan implementar el modelo. Esto ha permitido un despliegue homogéneo del sistema en todo el país, independientemente del tamaño o riqueza de las municipalidades.

### Resultados destacados

El sistema ha logrado tasas de reciclaje superiores al 60 % y ha reducido significativamente los residuos enviados a vertederos e incineradoras. Además, el enfoque inclusivo y tecnológicamente avanzado ha fortalecido la participación ciudadana y ha minimizado las desigualdades entre municipios.

### Lecciones que nos aporta el modelo coreano para su implementación en España

- El sistema de pago por bolsa prepagada podría ser una herramienta eficiente para reducir los residuos no reciclables en municipios españoles.
- La implementación de contenedores inteligentes, aunque costosa, puede ser clave para garantizar la transparencia y precisión en el cobro.
- La recogida gratuita de materiales reciclables y orgánicos debería integrarse como un incentivo para fomentar la separación en origen.
- Para replicar este modelo en España, sería esencial establecer un marco de apoyo financiero y técnico a través de fondos europeos, nacionales o regionales (Puig Ventosa, 2008).

#### **2.2.8. Japón: separación extensiva y tarifas por categoría**

Japón es un referente mundial en la gestión de residuos gracias a su exhaustivo sistema de separación en origen y sus tarifas diferenciadas por tipo y volumen de residuos. Este modelo ha permitido al país alcanzar tasas de reciclaje superiores al 80 % en muchas regiones y reducir significativamente la cantidad de residuos enviados a vertederos e incineradoras (Xevgenos *et al.*, 2015).

### Separación en múltiples categorías

Los ciudadanos japoneses deben clasificar los residuos en una gran variedad de categorías, que incluyen papel, plásticos, metales, vidrio, residuos orgánicos y otros tipos específicos. Cada municipio establece las normas y calendarios de recolección, lo que garantiza un control adaptado a las necesidades locales.

### Tarifas por tipo y volumen

Las tarifas se calculan en función del volumen de los residuos generados y el tipo de material. Los residuos no reciclables tienen un coste significativamente mayor, mientras que algunos materiales reciclables y orgánicos son recogidos gratuitamente o a un coste reducido.

## Responsabilidad compartida

El sistema japonés enfatiza la corresponsabilidad entre ciudadanos, empresas y Administraciones públicas. Las empresas están obligadas a asumir la responsabilidad del reciclaje de sus productos mediante políticas de responsabilidad ampliada del productor (EPR), lo que fomenta el diseño de productos más sostenibles y reciclables.

## Educación ciudadana y cumplimiento

Japón complementa su sistema con intensas campañas de educación ambiental, asegurando que los ciudadanos comprendan y cumplan con las estrictas normas de separación. El incumplimiento puede llevar a sanciones económicas y a la no recogida de residuos, lo que refuerza el compromiso colectivo.

## Resultados destacados

Japón ha logrado reducir significativamente los residuos enviados a vertederos, maximizando la recuperación de materiales reciclables y promoviendo una economía circular. Además, el sistema fomenta un alto nivel de concienciación ambiental entre los ciudadanos.

## Consideraciones extraídas para tener en cuenta en el modelo español

- Implementar un sistema de separación en categorías más detalladas podría mejorar la calidad del reciclaje y fomentar la economía circular.
- Introducir tarifas diferenciadas según el tipo de residuos generados incentivaría prácticas más sostenibles y reduciría los residuos no reciclables.
- Adaptar el principio de responsabilidad ampliada del productor (EPR) en sectores clave promovería productos más reciclables, alineándose con los objetivos de la Ley 7/2022.
- Las campañas de educación y sensibilización ciudadana son esenciales para garantizar el cumplimiento y la eficacia del sistema.

A modo de síntesis podemos decir que los modelos internacionales analizados ofrecen lecciones clave para la implementación de la tasa de residuos en España, entre las que destaca la importancia de combinar incentivos económicos, avances tecnológicos y un marco normativo que garantice su viabilidad operativa. La experiencia comparada demuestra que un sistema tarifario efectivo debe incluir una estructura diferenciada con una cuota fija que cubra los costes generales del servicio y una cuota variable vinculada a la generación real de residuos, para incentivar la reducción y el reciclaje. Modelos basados en el pago por generación (PxG), ya sea mediante cobro por peso, volumen o frecuencia de recogida, han resultado eficaces en la disminución de residuos no reciclables y en la mejora de la separación en origen. Sin embargo, su implementación en España requeriría una infraestructura adecuada y que incluyera contenedores inteligentes, sistemas de pesaje automático y tecnologías de identificación de usuarios, elementos clave en los sistemas más avanzados.

La colaboración intermunicipal ha sido un factor de éxito en varios países, lo que ha permitido compartir infraestructuras y reducir costes, algo especialmente relevante para municipios pequeños con recursos limitados. Asimismo, en los casos más avanzados, la tasa se complementa con incentivos fiscales y bonificaciones para los hogares y empresas que participan en programas de reciclaje y compostaje, así como con la gratuidad de la recogida de residuos reciclables como una medida para incentivar la separación en origen. La obligatoriedad de la separación, junto con sistemas de sanciones, ha resultado ser un mecanismo eficaz para garantizar altos niveles de cumplimiento ciudadano. Además, algunos modelos han demostrado el éxito de sistemas de depósito y devolución para envases, lo que ha permitido reducir significativamente los residuos no reciclables y aumentar la eficiencia del reciclaje.

Para que la implementación de la tasa de residuos en España cumpla con su objetivo ambiental y no se convierta en un mero mecanismo recaudatorio, es fundamental adaptar la normativa vigente para permitir una mayor flexibilidad en su diseño e incentivar la participación ciudadana. La experiencia internacional evidencia que una transición efectiva hacia un sistema de PxG requiere planificación estratégica, digitalización de la gestión de residuos y el acceso a fondos públicos o europeos que faciliten la modernización del servicio y la homogeneización de recursos entre municipios. Solo así se podrá garantizar una implementación equitativa y sostenible de la tasa en el contexto español.

### 2.3. Incongruencias normativas entre la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular y la Ley Reguladora de las Haciendas Locales

Partimos de una primera incongruencia conceptual, no menos importante, que radica en el carácter obligatorio de la tasa o prestación equivalente. La normativa reguladora de las haciendas locales, al definir la estructura financiera de los ayuntamientos, considera las tasas como una figura potestativa: «Las entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por (...)» (ver art. 20.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004<sup>10</sup>). Sin embargo, la Ley 7/2022 establece la tasa de residuos como obligatoria para todos los municipios. Resulta cuestionable que un cambio en la arquitectura financiera municipal se introduzca a través de una legislación sectorial sin modificar la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

En relación con esta incongruencia normativa, Ruiz Garijo (2023) subraya que resulta llamativo que la obligatoriedad de establecer gravámenes municipales sobre residuos se haya incluido en la Ley 7/2022 sin modificar la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que sigue planteando estos gravámenes como potestativos. Este desajuste normativo podría generar serias dificultades interpretativas y operativas a los municipios a partir de abril de 2025, ya que las entidades locales estarán obligadas a implantar tasas o prestaciones patrimoniales públicas no tributarias (PPPNT) sin que el marco normativo de la LHL se haya adaptado a esta nueva realidad (ibid., p. 19).

Uno de los principales retos que enfrentan los municipios al implementar en la práctica la tasa de residuos según el sistema PxG es la incompatibilidad normativa entre la Ley 7/2022 y la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Esta última limita la capacidad de los municipios para recaudar más allá de los costes exactos del servicio, mientras que la Ley 7/2022 exige que los ingresos cubran todos los costes de gestión de residuos.

Esta incompatibilidad genera serias dificultades en la gestión operativa y fiscal de los municipios, que se ven obligados a ajustar constantemente las tarifas para cumplir con el principio de no déficit. Esto resulta especialmente problemático para los municipios de menor población, que carecen de los recursos necesarios para realizar estudios detallados sobre los costes de gestión de residuos y que son particularmente vulnerables a la volatilidad de los precios de los materiales reciclables y otros costes operativos (Nogueira López, 2021). Además, el cumplimiento de este principio de la Ley 7/2022 se complica aún más con la aplicación de bonificaciones o incentivos fiscales, diseñados para promover la equidad o fomentar comportamientos responsables, que generan inevitablemente una redistribución de los costes hacia otros contribuyentes. Este traslado de la carga financiera no solo agrava la inseguridad jurídica, sino que también aumenta la percepción de inequidad, dificultando aún más una gestión sostenible de la tasa. Cabe destacar que este ajuste debe realizarse dentro de los límites establecidos por la Ley Reguladora de las Haciendas Locales cuyo art. 24.2 exige que la tasa no supere el valor del servicio recibido por cada contribuyente (García-Torres Fernández, 2024), lo que ha sido reiteradamente confirmado por el Tribunal Supremo al subrayar la necesidad de cumplimiento de los principios de equivalencia y proporcionalidad (STS 818/2024, 13 de mayo de 2024; STS 82/2024, 19 de enero de 2024; STS 1064/2023, 20 de julio de 2023; STS 98/2019, 29 de enero de 2019)<sup>11</sup>.

Como resultado de esta incoherencia normativa, los municipios se encuentran en una situación en la que deben recaudar exactamente lo que cuesta el servicio, sin ningún margen para imprevistos o fluctuaciones en los costes. Esta falta de flexibilidad financiera implica que cualquier desviación en las previsiones económicas puede generar déficits inevitables o, en otros casos, excedentes que no cumplen con las restricciones impuestas por la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, convirtiéndose en un reto administrativo insostenible.

Para garantizar una gestión eficaz de la tasa sin comprometer la estabilidad financiera de los municipios, es necesario revisar la normativa vigente y proporcionar una mayor flexibilidad financiera. Esto podría incluir la posibilidad de ajustar las tarifas automáticamente en función de variables predefinidas, como el volumen de residuos o las fluctuaciones del mercado, permitiendo a los municipios adaptarse mejor a las condiciones cambiantes sin incurrir en déficits o excedentes imprevistos (Molinos-Senante y Sala-Garrido, 2015).

<sup>10</sup> 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. BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2004. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-4214>

<sup>11</sup> Dichas sentencias, aunque abordan claramente la cuestión, recaen sobre ordenanzas anteriores a la Ley 7/2022, por lo que habrá que esperar si nuestro alto tribunal confirma o cambia su interpretación en el ámbito de los sistemas de pago por generación implantados por dicha norma.

En esta misma línea, Patón García y Puig Ventosa (2024) coinciden en que una interpretación flexible del principio de cobertura financiera podría facilitar una aplicación más efectiva y realista de la normativa. En particular, consideran necesario permitir una cuantificación objetiva o incluso mixta de los costes, incorporando aspectos sociales y ambientales relevantes, siempre sin perder de vista los objetivos fundamentales de reducción y reciclaje de residuos.

Además, no podemos obviar que la dualidad de objetivos entre los fines medioambientales y el propósito recaudatorio de la tasa refuerza estas incongruencias. Mientras que la ley establece metas ambiciosas, como la reducción de residuos y el fomento del reciclaje, la tasa se diseña esencialmente para cubrir los costes del servicio. Este enfoque rígido en la financiación puede limitar su potencial como herramienta de incentivo ambiental, generando un conflicto conceptual que debe ser resuelto para garantizar la coherencia de la ley con sus objetivos estratégicos de sostenibilidad.

Toda esta problemática normativa deriva, en nuestro criterio, de un sistema de financiación municipal que requiere una adaptación a las nuevas realidades. En esencia, el sistema actual sigue siendo el mismo que desarrolló la Ley 39/1988<sup>12</sup>, cuya única modificación significativa fue introducida por la Ley 51/2002<sup>13</sup>. Dicha reforma, sin embargo, se limitó a modificar el sistema de participación en los tributos del Estado (PTE) y ampliar el rango tarifario en los impuestos locales, sin abordar a fondo las necesidades de actualización que el contexto ambiental y económico actual exige. Esto subraya la urgencia de replantear la arquitectura financiera local para permitir a los municipios adaptarse con mayor flexibilidad a los cambios normativos y económicos asociados a la gestión de residuos.

### 3. ASPECTOS ECONÓMICOS: CUANTIFICACIÓN Y SOSTENIBILIDAD

El éxito de la implementación de la tasa de residuos basada en el sistema de pago por generación (PxG) depende, en gran medida, de su viabilidad económica. La Ley 7/2022 establece que la tasa debe cubrir la totalidad de los costes asociados al servicio de gestión de residuos, lo que plantea importantes desafíos financieros para los municipios, especialmente aquellos con recursos limitados. En este apartado se analizarán los aspectos económicos clave relacionados con el principio de no déficit y las dificultades en la cuantificación de los costes.

#### 3.1. El principio de no déficit: retos en la sostenibilidad

La Ley 7/2022, en su art. 11.3, establece que los ingresos obtenidos por la tasa de residuos deben cubrir todos los costes del servicio, conforme al principio de no déficit. Esto significa que la tasa no puede ser deficitaria y, en consecuencia, los municipios deben ajustar las tarifas en función de los costes reales del servicio de gestión de residuos. No obstante, este principio plantea un reto considerable para muchos municipios, ya que los costes asociados a la gestión de residuos son altamente variables. Como señalan Castells y Pellicer (2024), el diseño actual de las tasas en muchos municipios no refleja aún la complejidad del principio de no déficit, persistiendo desigualdades significativas en la estructuración de los importes y en la capacidad de recaudación local, lo que dificulta una transición homogénea hacia las exigencias normativas de la Ley 7/2022. Por otra parte, factores como las fluctuaciones en los precios de los materiales reciclables y los costes laborales afectan significativamente a los ingresos que los municipios pueden generar a través de la venta de materiales reciclados. Estas fluctuaciones introducen inestabilidad financiera y complican la capacidad de los municipios para planificar a largo plazo (Nogueira López, 2021).

Además, las inversiones tecnológicas necesarias para implementar el sistema PxG pueden ser prohibitivamente costosas para los municipios de menor población, lo que añade una presión económica adicional (Puig Ventosa, 2008). Según Herrera Molina (2021), este modelo no solo requiere una adaptación tecnológica significativa, sino que también obliga a los municipios a establecer criterios de medición y facturación más complejos, lo que incrementa los costes operativos y administrativos.

<sup>12</sup> Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 313, de 30 de diciembre de 1988. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1988/12/28/39>

<sup>13</sup> Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales. BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2002. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/12/27/51>

A pesar de los desafíos económicos que plantea la Ley 7/2022, el proyecto de la ley carecía de una memoria económica, lo cual es desafortunadamente común en la legislación que afecta a las entidades locales en España. Aunque sí se incluyó una memoria de impacto normativo, esta solo menciona de manera general que «la puesta en marcha de las medidas recogidas en la propuesta normativa tiene inicialmente un cierto impacto económico en las administraciones locales que, sin embargo, se irá mitigando progresivamente a medida que se consolide esta actividad económica y se reduzcan los costes en estos procesos y vayan aumentando los ingresos por materiales reciclados» (p. 42). A pesar de reconocer el impacto económico potencial, no se plantearon mecanismos compensatorios específicos, dejando a los municipios sin un respaldo financiero directo para afrontar los costes iniciales de adaptación a las nuevas exigencias de la Ley 7/2022.

Además, como señala Gomar Sánchez (2022), las tasas de residuos locales enfrentan un conflicto estructural entre suficiencia financiera y equidad. Por un lado, deben garantizar la cobertura completa de los costes del servicio para cumplir con el principio de «quien contamina paga». Por otro lado, la falta de herramientas adecuadas para medir y personalizar las tarifas según la generación real de residuos dificulta su implementación en municipios con menor capacidad técnica. Esta dualidad no solo compromete la sostenibilidad económica del sistema, sino que también genera desigualdades en la aplicación de las tasas, afectando directamente a ciudadanos y empresas de manera desigual.

Asimismo, no podemos olvidar que la sostenibilidad financiera es un axioma en la gestión administrativa municipal, consolidado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (ver arts. 4 y 7). Por lo tanto, el principio de no déficit en la tasa de residuos no solo representa una exigencia fiscal, sino que también se extiende a la obligación de los interventores locales de garantizar la estabilidad presupuestaria.

Para aliviar esta situación, algunas disposiciones, como el concepto de «fin de la condición de residuo», permiten a los municipios comercializar ciertos materiales reciclados como productos, lo que podría incrementar sus ingresos. Sin embargo, este enfoque depende de la demanda de mercado y de la capacidad técnica de los municipios para procesar estos materiales de manera eficiente (De la Varga Pastor, 2020).

Por último, la imposición de tarifas que sean suficientes para cubrir todos los costes de gestión también plantea problemas de equidad. Los municipios con costes de gestión más elevados, debido a su tamaño, localización o falta de infraestructura, podrían verse obligados a imponer tarifas más altas a los ciudadanos, lo que puede generar desigualdades territoriales en la aplicación de la ley. Esto subraya la necesidad de mecanismos de apoyo financiero que permitan a los municipios con menos recursos cumplir con el principio de no déficit sin comprometer su estabilidad económica.

Estos problemas de equidad también afectan directamente a los mecanismos de reducción y bonificación que plantea la Ley como incentivos para alcanzar los objetivos medioambientales. La falta de capacidad económica en algunos municipios puede hacer que estas bonificaciones no se apliquen de manera uniforme, generando así diferencias significativas en el trato fiscal de los contribuyentes, lo que puede aumentar la percepción de injusticia entre los ciudadanos y reducir la efectividad de la Ley.

Junto a los problemas de equidad, no podemos obviar que bajo este principio de «no déficit» hay una inevitable subida de tributación. Para ello solo hay que revisar los datos: de acuerdo con los presupuestos liquidados de entidades locales de 2023, consultados en la base de datos CONPREL (Consulta Presupuestos y Liquidaciones de EE. LL.), el resultado de la suma de ingresos por recogida (302) -1720 millones de euros- y tratamiento (303) -590 millones de euros- sería de 2310 millones de euros, mientras que los gastos totales (162) ascenderían a 3950 millones de euros. De ello se derivaría un nivel de cobertura de costes del 58,5 % para 2023, lejos del nivel de cobertura del 100 % que debe alcanzarse en 2025.

### **3.2. Determinación de los costes netos y elaboración del estudio técnico-económico**

Para cumplir con el principio de no déficit, los municipios deben realizar un estudio técnico-económico que cuantifique de manera precisa todos los costes asociados al servicio de gestión de residuos. Este estudio<sup>14</sup> debe incluir tanto los costes directos, como la recolección y tratamiento de los residuos, como los

<sup>14</sup> Ver Federación Andaluza de Municipios y Provincias (2024). *Guía técnica para los entes locales que deben elaborar e implementar la tasa o prestación patrimonial de carácter público no tributaria por el servicio de recogida, transporte y tratamiento*

costes indirectos, tales como las inversiones en infraestructura, tecnologías de medición y el mantenimiento del sistema (Santodomingo, 2024).

Sin embargo, actualmente no existe un modelo común de contabilidad de costes para los ayuntamientos y, de hecho, la mayoría no utiliza esta herramienta analítica a pesar de los intentos llevados a cabo por parte de la FEMP (Prieto y Robleda, 2006). Un modelo estandarizado facilitaría la elaboración del informe económico-financiero, permitiendo que los estudios de costes reflejen con mayor precisión la realidad económica de los servicios. Esta carencia podría resolverse si el legislador propone un modelo general o, al menos, unos postulados básicos que orienten a los municipios en esta tarea. Lamentablemente, la obligación de calcular los costes efectivos de los servicios públicos, introducida por la Ley 27/2013, no ha aportado una mejora real en este ámbito. Se ha convertido en una herramienta que aparente transparencia, pero que en la práctica opera más como una obligación burocrática que como un instrumento eficaz para la eficiencia (González-González y García-Fénix, 2020). Sin olvidar lo controvertidos que son, pues muchos autores defendemos que «ni son costes», pues su cálculo se basa en la estructura de «gastos» de la contabilidad presupuestaria «ni son efectivos», pues en su cálculo no se incluyen todos los costes que intervienen en el servicio, son una aproximación (Carrasco Díaz *et al.*, 2016; Mota Sánchez y Medrano García, 2015).

Otro de los principales obstáculos para los municipios es la falta de recursos técnicos y financieros para llevar a cabo estos estudios de manera adecuada. En muchos casos, los municipios de menor población no disponen de personal técnico cualificado o de los recursos necesarios para contratar consultores externos que realicen un análisis exhaustivo de los costes. Esto puede llevar a una subestimación de los costes, lo que a su vez pone en riesgo la sostenibilidad económica del sistema de gestión de residuos (Molinos-Senante y Sala-Garrido, 2015).

Además, como señala Gomar Sánchez (2022), estas carencias técnicas no solo afectan la calidad de los estudios técnico-económicos, sino que también incrementan el riesgo de litigiosidad. Uno de los problemas más destacados es que los estudios deben cumplir con estrictos requisitos legales, demostrando que los gravámenes reflejan el coste real del servicio. Esto exige un análisis detallado y transparente de los costes operativos, algo que muchos municipios no pueden garantizar por falta de recursos. La insuficiencia o falta de claridad en estos estudios ha llevado a frecuentes disputas legales, donde los tribunales han anulado tasas por no cumplir con los principios de proporcionalidad, transparencia o vinculación al servicio.

Esta problemática se ha reflejado consistentemente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De hecho, en una reciente sentencia, el Alto Tribunal reiteró que la memoria económico-financiera del servicio de gestión de residuos debe ser detallada y precisa, lo que constituye un requisito esencial para asegurar tanto la adecuada determinación del coste del servicio como su correcta distribución entre los contribuyentes, conforme a los principios de capacidad económica, equivalencia y proporcionalidad (STS 818/2024, 13 de mayo, que cita jurisprudencia previa como la STS de 19 de enero de 2024, rec. cas. 2865/2022, STS de 25 de junio de 2015, rec. 1424/2013, ECLI:ES:TS:2015:2687). La falta de cumplimiento riguroso de este requisito ha sido causa frecuente de disputas judiciales y de la anulación de tasas locales por parte de los tribunales.

En este contexto, la ausencia de criterios homogéneos en la elaboración de los estudios técnico-económicos no solo genera incertidumbre jurídica, sino que también agrava las desigualdades entre municipios, haciendo aún más necesaria la adopción de estándares claros y mecanismos de apoyo técnico que garanticen su correcta aplicación.

Por otra parte, la externalización de ciertos servicios, como la recolección de residuos o la gestión de plantas de tratamiento, puede representar una solución para mejorar la eficiencia operativa de los municipios. No obstante, esta opción también introduce complejidades adicionales, como la necesidad de gestionar contratos con empresas privadas, lo que puede aumentar los costes si no se controla adecuadamente (Molinos-Senante y Sala-Garrido, 2015).

La colaboración intermunicipal ha sido propuesta como una solución para optimizar los recursos y reducir los costos asociados a la implementación de la tasa PxG. La creación de mancomunidades o consorcios que gestionen de manera conjunta los servicios de recolección y tratamiento de residuos permitiría a los municipios compartir infraestructuras y recursos, lo que podría contribuir a una mayor sostenibilidad económica a largo plazo (Pernas García y Sánchez González, 2024). Además, es importante recordar el papel

---

de residuos. Recuperado de <https://www.famp.es/export/sites/famp/.galleries/documentos-general/Guia-de-ayuda-tecnica-Ordenanza-Tasa-PPPNT-residuos.-FAMP-US.pdf>

asignado a las diputaciones en la nueva redacción del art. 26 de la ley de bases, que refuerza su rol en la coordinación de estos servicios.

Finalmente, es importante destacar que los municipios más pequeños o con menos recursos podrían beneficiarse de apoyos financieros estatales o regionales para la elaboración de los estudios técnicos-económicos. Este tipo de asistencia podría garantizar que todos los municipios, independientemente de su tamaño o capacidad económica, puedan cumplir con los requisitos establecidos por la Ley 7/2022.

#### 4. ANÁLISIS JURÍDICO: INSEGURIDAD Y POSIBLES CONFLICTOS NORMATIVOS

La implementación de la Ley 7/2022 no solo enfrenta desafíos económicos, sino también importantes problemas jurídicos, que derivan principalmente de la falta de claridad en ciertos conceptos clave y la incompatibilidad normativa con otras leyes, como la Ley Reguladora de Haciendas Locales. Esta falta de definición crea inseguridad jurídica para los municipios, que deben aplicar la normativa sin un marco claro que guíe su implementación.

##### 4.1. Inseguridad jurídica por la falta de definición de elementos clave

Uno de los problemas más importantes de la Ley 7/2022 es la falta de claridad en la definición de ciertos conceptos fundamentales, como el fin de la condición de residuo y los subproductos. Estos conceptos son esenciales para garantizar una gestión eficiente de los residuos y para que los municipios puedan planificar adecuadamente sus sistemas de reciclaje y reutilización de materiales (De la Varga Pastor, 2020).

La ausencia de una definición precisa sobre cuándo un material deja de ser considerado residuo genera confusión tanto para municipios como para empresas gestoras, dificultando una aplicación uniforme de la ley. En esta misma línea, Álvarez Méndez (2024, citado en Patón García y Puig Ventosa, 2024, p. 5) advierte que la falta de concreción en el art. 11.3 de la Ley 7/2022, especialmente sobre los modelos específicos a adoptar y qué fracciones de residuos cuantificar de forma individualizada, podría derivar en una indeseable disparidad normativa entre municipios, poniendo en riesgo la eficacia ambiental y la finalidad extrafiscal del instrumento jurídico. Por su parte, García Carretero (2019) señala que esta inseguridad jurídica afecta directamente a la economía circular, ya que limita la capacidad de los actores implicados para aprovechar las oportunidades económicas derivadas de la reutilización y comercialización de materiales.

Por otro lado, el tratamiento de los subproductos también presenta ambigüedades importantes. Si bien estos materiales pueden tener un valor añadido en procesos industriales, la Ley 7/2022 no define claramente qué condiciones deben cumplirse para considerarlos como tales, ni ofrece directrices específicas para su comercialización. Esta falta de concreción incrementa la incertidumbre jurídica y dificulta la planificación de los gestores de residuos, lo que podría obstaculizar el cumplimiento de los objetivos de reciclaje y reutilización establecidos por la normativa.

##### 4.2. Conflictos normativos y falta de seguridad jurídica

Los problemas jurídicos derivados de la Ley 7/2022 abarcan diversos conflictos normativos. En particular, como se menciona en el apartado 2.3, la falta de armonización con la Ley Reguladora de Haciendas Locales obliga a los municipios a enfrentar exigencias legales contradictorias: mientras la Ley 7/2022 establece la obligación de cubrir todos los costes del servicio de gestión de residuos, la Ley Reguladora de Haciendas Locales limita la capacidad de recaudación a estos costes específicos. Estas incoherencias generan incertidumbre jurídica y dificultan que los municipios gestionen los recursos de forma sostenible, comprometiendo la aplicación equitativa de las políticas de residuos a nivel local.

Como destaca Álvarez Menéndez (2024), la configuración obligatoria y no deficitaria de las tasas, aliñada con el principio de *quien contamina paga*, introduce modificaciones significativas en elementos esenciales como el hecho imponible y los sujetos pasivos, generando tensiones adicionales con el marco de las haciendas locales. Este enfoque restrictivo dificulta la flexibilidad operativa de los municipios y agrava la inseguridad jurídica, especialmente en aquellos de menor tamaño, que carecen de recursos técnicos para adaptarse rápidamente a los nuevos requisitos.

A pesar de los esfuerzos del Ministerio de Hacienda, en coordinación con el Ministerio de Transición Ecológica y la FEMP<sup>15</sup>, para aclarar que la exigencia de una tasa no deficitaria debe interpretarse como un principio orientativo y no como una obligación estricta, esta interpretación ambigua continúa generando inseguridad. El art. 11.3 de la Ley 7/2022 es taxativo al establecer que «una tasa o, en su caso, una prestación patrimonial de carácter público no tributaria, específica, diferenciada y no deficitaria (...)».

La interpretación del requisito de que la tasa o tarifa de residuos no sea deficitaria genera actualmente un interesante debate doctrinal. Según el reciente informe<sup>16</sup> del Ministerio de Hacienda sobre cuestiones relevantes en la gestión de la tasa de residuos municipales, esta exigencia debería entenderse como un principio de cumplimiento aproximado, permitiendo cierta flexibilidad operativa a los ayuntamientos para cubrir los costes del servicio, especialmente en un contexto en el que pueden aplicarse beneficios fiscales o incentivos para fomentar comportamientos responsables.

Esta visión flexible es respaldada por algunos autores como Patón García (2024), quien considera que una interpretación menos estricta puede ser útil y realista para que los ayuntamientos adapten su gestión a las complejas circunstancias operativas y fiscales que enfrentan, sin incumplir necesariamente el mandato legal.

En contraste, otros expertos son críticos con esta interpretación. Herrera Molina (2024) advierte, citando explícitamente a Ignasi Puig, que «una cosa es cubrir costes y otra aproximarse», señalando que la interpretación propuesta por el Ministerio de Hacienda podría inducir erróneamente a algunos ayuntamientos a no cubrir plenamente los costes, alejándose de lo que estrictamente exige la Ley. Ignasi Puig va más allá y considera que esta interpretación no solo no era necesaria, sino que además podría confundir y desorientar a los ayuntamientos en su obligación legal de garantizar la cobertura íntegra de los costes (Puig, citado por Herrera Molina, 2024).

Esta discrepancia doctrinal subraya la necesidad de que el legislador clarifique de manera precisa el alcance real de esta obligación, evitando interpretaciones divergentes que puedan dar lugar a inseguridad jurídica y a dificultades prácticas en la gestión municipal de los residuos. Aunque ambas interpretaciones tienen fundamentos válidos, compartimos la postura crítica defendida por Herrera Molina e Ignasi Puig, por considerar que se ajusta mejor al espíritu y literalidad de la normativa, asegurando una cobertura efectiva e íntegra de los costes. En cualquier caso, esta controversia seguirá vigente mientras no exista jurisprudencia clara del Tribunal Supremo, que aún no se ha pronunciado sobre la aplicación práctica de la Ley 7/2022 debido a su reciente entrada en vigor.

Esta incertidumbre se agrava en casos donde los beneficios fiscales o las fluctuaciones del mercado afectan a los ingresos proyectados. Este problema es especialmente crítico en los municipios de menor población, que carecen de los recursos para realizar estudios detallados sobre los costes de gestión de residuos, lo que incrementa la inestabilidad financiera (Nogueira López, 2021).

Además, la anteriormente mencionada falta de claridad en conceptos como el *fin de la condición de residuo* y los *subproductos* genera confusión, tanto para los municipios como para las empresas gestoras de residuos. Esta falta de precisión complica la aplicación uniforme de la ley y aumenta la inseguridad jurídica (De la Varga Pastor, 2020).

Para resolver estos conflictos, se requerirían ajustes legislativos que armonicen la Ley 7/2022 con la Ley Reguladora de Haciendas Locales, tal como se propuso en el análisis anterior. Asimismo, sería esencial definir con mayor precisión los conceptos clave para reducir la inseguridad jurídica. La introducción de mecanismos automáticos de ajuste de tarifas, basados en variables como el volumen de residuos o las fluctuaciones en los precios de materiales reciclables, también contribuiría a una mayor estabilidad financiera y a una gestión más eficiente (Molinos-Senante y Sala-Garrido, 2015).

Entre los desajustes normativos, destaca también la incongruencia entre la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular<sup>17</sup> y la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local<sup>18</sup>. La Ley 7/2022 obliga a «todos» los ayuntamientos a implementar una tasa o prestación patrimonial de carácter público no tributaria. Sin embargo, la ley de bases no considera obligatorio el tratamiento de residuos para

<sup>15</sup> Ministerio de Hacienda (2024). Cuestiones relevantes en relación con el establecimiento y la gestión de la tasa local de residuos sólidos urbanos. Recuperado de <https://www.femp.es/sites/default/files/multimedia/CUESTIONES-TASA-RESIDUOS.pdf>

<sup>16</sup> Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) (2024). Tasa de basuras: grandes diferencias entre ciudades. Recuperado de <https://www.ocu.org/consumo-familia/derechos-consumidor/informe/tasa-basuras-ciudades>

<sup>17</sup> Véase nota 1.

<sup>18</sup> Véase nota 5.

municipios con menos de 5000 habitantes y asigna a las diputaciones provinciales o entidades equivalentes la coordinación de estos servicios para municipios de menos de 20000 habitantes. Esto significa que, por un lado, existen entidades responsables de la configuración y el cálculo económico de la figura tributaria, mientras que, por otro, hay otras entidades encargadas de prestar o coordinar el servicio objeto de la tasa o equivalente. Así, los municipios de menor población, que cuentan con menos recursos y experiencia en la gestión de estos servicios, deben asumir la responsabilidad de implementar una tasa obligatoria, un reto para el cual muchos no están adecuadamente preparados.

Finalmente, para garantizar una aplicación homogénea de la ley, resulta fundamental que el Gobierno central, las comunidades autónomas y las diputaciones provinciales proporcionen el apoyo técnico y financiero necesario a los municipios con menos recursos. Este respaldo permitiría a los municipios más vulnerables cumplir con las exigencias normativas de la Ley 7/2022 sin comprometer su estabilidad financiera, asegurando así una implementación equitativa y eficiente de la política en todo el territorio.

## 5. PROPUESTAS DE MEJORA Y PERSPECTIVAS FUTURAS

En la actualidad, la mayoría de los municipios españoles, o en su caso las entidades supramunicipales, tienen establecidas tasas o prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias relacionadas con la gestión de residuos. Estas gravan hechos como la recogida de basuras domiciliarias, los residuos sólidos urbanos y otros asimilables, así como su tratamiento o transformación. Sin embargo, su finalidad ha sido predominantemente financiadora, quedando alejada de objetivos medioambientales.

Para que la tasa cumpla plenamente con los principios de economía circular que la inspiran, debe integrarse claramente con otros instrumentos económicos que compartan objetivos similares. López Rodríguez (2025) y Patón García (2025) recalcan la importancia de vincular explícitamente los tributos ambientales con objetivos circulares, tales como reducir la generación inicial de residuos y maximizar la reutilización y el reciclaje, estrategias que han demostrado éxito en contextos internacionales.

Existe una notable disparidad en las tasas de residuos existentes, derivada en gran medida de la flexibilidad con la que las entidades competentes configuran sus elementos esenciales. Esto incluye variaciones en la definición de los residuos gravados, que pueden abarcar, según el caso, residuos sólidos urbanos de origen doméstico, comercial o de servicios, restos sanitarios sin peligrosidad específica, determinados residuos especiales, escombros e incluso residuos industriales asimilables, siempre que no superen ciertas cantidades diarias. Además, la configuración de estas tasas rara vez se fundamenta en criterios medioambientales, los cuales tampoco han sido históricamente considerados en la fijación de los tipos o tarifas aplicables.

Esta disparidad se debe, en gran medida, a los diferentes modelos de recogida y gestión de residuos sólidos urbanos existentes en el ámbito municipal, que inciden de manera directa en la estructura y configuración de las tasas. Entre estos modelos pueden señalarse distintas modalidades de recogida, cuya variabilidad refleja las particularidades locales y regionales.

La implementación de esta nueva tasa de residuos bajo el sistema de pago por generación (PxG) en España, y por tanto orientada hacia objetivos medioambientales, plantea numerosos retos tanto operativos como normativos. Entre ellos destacan la rigidez financiera y la falta de claridad conceptual en la Ley 7/2022. En nuestro criterio, se debe evitar que la nueva tasa se convierta exclusivamente en un instrumento de recaudación dejando apartado los objetivos medioambientales que la crearon. No obstante, estos desafíos también representan una oportunidad para reflexionar sobre mejoras que permitan una aplicación más eficaz y sostenible. En este apartado se proponen medidas concretas para contribuir a una implementación equitativa y eficiente del sistema PxG, junto con un análisis de las perspectivas futuras en la gestión de residuos municipales.

### 5.1. Ajustes normativos para mejorar la seguridad jurídica y operativa

La Ley 7/2022 enfrenta uno de sus principales retos en la falta de claridad normativa, agravada por el desconocimiento de las limitaciones del tejido local español, lo que dificulta la adaptación a un cambio tan disruptivo. Esto ha generado incertidumbre jurídica para los municipios. Según Gomar Sánchez (2022), las tasas tradicionales están estrictamente vinculadas al coste del servicio que financian, una característica que dificulta su adecuación a modelos como el PxG, los cuales demandan personalización y precisión en la medición. Esta rigidez normativa subraya la necesidad de ajustes legales que eviten interpretaciones dispares entre municipios y que garanticen la viabilidad operativa del sistema.

En esta misma línea, Ruiz Garijo (2023) advierte que la implantación efectiva del principio de pago por generación previsto por la Ley 7/2022 representa un desafío considerable para los municipios españoles, ya que exige una profunda modificación de los modelos tarifarios vigentes. Destaca especialmente la necesidad de eliminar tarifas planas o métodos no relacionados con la generación efectiva de residuos, lo que podría generar importantes dificultades operativas y conflictos legales en el corto y medio plazo (ibid., pp. 22-24). En este contexto, Patón García (2025) subraya que uno de los retos más urgentes en el diseño de las tasas ambientales es establecer una relación clara entre el importe abonado y el comportamiento del contribuyente, promoviendo consumos responsables y penalizando prácticas ineficientes. Esta orientación permitiría reforzar la función incentivadora del tributo, superando el enfoque meramente recaudatorio y dotando al sistema de una lógica ambiental más coherente con los principios de la economía circular.

De hecho, los municipios que han adaptado sus tasas a la Ley 7/2022 o que se encuentran en proceso de hacerlo, comparten un denominador común: la escasa o nula inclusión de incentivos destinados a la reducción de residuos. Esto podría estar vinculado a las limitaciones antes mencionadas, especialmente las impuestas por la rigidez de la legislación de haciendas locales y por una interpretación limitada del principio de *quien contamina paga*.

Algunos ejemplos ilustrativos destacan las variaciones en la implementación de las tasas:

- **Barcelona.** La ordenanza se aprobó a finales del 2022. La tasa tiene una parte fija y otra variable, donde el volumen de residuos teóricos de un inmueble se calcula en función del consumo de agua (suponen que si se consume más agua se generan más residuos) y el incentivo para reducir residuos y reciclar es una bonificación de hasta el 14 % por la utilización de puntos verdes.
- **Badajoz.** Aprobada definitivamente en febrero de 2025, la tasa se plantea con una cuota fija y otra variable en función de los metros cuadrados del inmueble, cuestión más que discutible pues el hecho de que una persona viva en un inmueble mayor no significa que genere más residuos. No plantean ninguna bonificación ambiental, por lo que el único objetivo de la tasa es cumplir formalmente con el tener de la Ley 7/2022 y recaudar el coste del servicio.
- **Tres Cantos.** Se aprobó en mayo del 2024 para entrar en vigor en el 2025. Tiene una cuota fija, que representa el 40 % de la tasa, que depende del valor catastral (es decir paga más el que su inmueble valga más) y el resto una parte variable que dependerá del número de empadronados en la vivienda, cuestión razonable (a más residente más residuos). Para incluir los criterios medioambientales incorporan bonificaciones del 20 % para los domicilios que instalen sistemas de compostajes y para los que acudan al punto limpio.
- **Elda.** Se aprobó el 23 de diciembre de 2023, y su casi único objetivo para cumplir la ley fue cubrir el 100 % del coste del servicio. Todas las bonificaciones son sociales, ninguna medioambiental.
- **Redován.** Se aprueba su adaptación a la Ley 7/2022 en noviembre del 2024. Se incrementan las tarifas para cubrir costes; solo diferencia las viviendas en casco urbano y en diseminado, y no incorpora ninguna medida medioambiental.
- **Valladolid.** Se aprueba en septiembre de 2024, tiene una parte fija y otra variable en función de la superficie de la vivienda y de las personas empadronadas. Incorpora una bonificación para aquellos contribuyentes que adopten un programa de compostaje domiciliario.
- **Daganzo de Arriba.** Ordenanza aprobada en octubre de 2024, su adaptación a la ley es principalmente por la recaudación de los costes del servicio. Cuenta con una parte fija y otra variable en función del tamaño y los residentes en cada vivienda. No incorpora bonificaciones medioambientales que fomenten la reducción de residuos y su reciclaje.

La mayoría de las nuevas tasas adoptadas por los municipios priorizan la generación de ingresos sobre los objetivos medioambientales, mostrando una desconexión preocupante con las metas establecidas en la Directiva (UE) 2018/851<sup>19</sup>. Esta tendencia refuerza la preocupación sobre la falta de integración de criterios ambientales en las tasas recientemente adoptadas, lo que limita su capacidad de cumplir con los objetivos de sostenibilidad. Para revertir esta situación, resulta imprescindible replantear el diseño de la tasa, asegurando que los mecanismos tarifarios promuevan efectivamente la reducción y reciclaje de residuos, en lugar de limitarse a cubrir costes municipales. En este sentido, es fundamental que la configuración del tributo incorpore una lógica ambiental clara desde su estructura. Como recuerda García-Moncó (2025, p. 6), «la

<sup>19</sup> Véase nota 2.

adecuada configuración de un tributo medioambiental exige (...) un hecho imponible con un presupuesto de hecho bien definido que mantenga una vinculación directa o nexo causal con la conducta contaminante que se trata de eliminar». Sin esta conexión normativa y técnica, las tasas corren el riesgo de convertirse en meras figuras recaudatorias desvinculadas de su finalidad extrafiscal, debilitando la función pedagógica y correctora del tributo. Para facilitar la implementación de la Ley 7/2022 y superar las barreras identificadas, se proponen varias medidas normativas:

- *Aumentar el plazo de adaptación.* Para dar tiempo a los municipios a ajustarse a los nuevos requerimientos, sería recomendable aumentar el plazo de adaptación para la implementación de la tasa de residuos bajo el sistema PxG. Esto permitiría a los municipios no solo realizar las inversiones necesarias en tecnología, sino también planificar adecuadamente sus recursos financieros y operativos, lo que facilitaría su adaptación a las nuevas exigencias sin comprometer su estabilidad financiera. Sin este margen de tiempo adicional, muchos municipios, especialmente los más pequeños, tendrían serias dificultades para cumplir con las exigencias de la Ley 7/2022, lo que haría prácticamente imposible su implementación efectiva. Un periodo más largo garantizaría que los municipios puedan afrontar de manera gradual los retos técnicos y financieros derivados de la ley, mejorando la viabilidad de la gestión de residuos a largo plazo (Nogueira López, 2021).
- *Clarificar conceptos clave.* Definir claramente términos fundamentales como el «fin de la condición de residuo» y los «subproductos» es crucial para evitar interpretaciones divergentes entre los municipios. Una clarificación precisa de estos conceptos no solo reduciría la incertidumbre jurídica, sino que garantizaría una aplicación coherente y homogénea de la ley en todo el territorio (De la Varga Pastor, 2020)
- *Flexibilizar la gestión financiera.* La rigidez normativa actual, que exige que los ingresos de la tasa cubran exactamente los costes del servicio, puede resultar insostenible para algunos municipios, especialmente aquellos con menos recursos. Un enfoque más flexible, que permita ajustar las tarifas en función de variables como los costes operativos y las fluctuaciones del mercado de reciclables, podría no solo mejorar la viabilidad financiera a largo plazo, sino también fomentar una mayor estabilidad en la prestación del servicio (Nogueira López, 2021).
- *Reforma de la Ley Reguladora de Haciendas Locales.* Otro ajuste normativo clave para mejorar la seguridad jurídica y operativa en la implementación de la Ley 7/2022 sería una reforma de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, que desarrolló el sistema tributario local vigente desde 1988. Este sistema, prácticamente inalterado desde su creación, está desfasado respecto a las realidades actuales, incluidas las medioambientales, y no ha explorado nuevas figuras impositivas que integran el principio de *quien contamina paga*. Hasta la fecha, solo la Ley 51/2002<sup>20</sup> introdujo algunas bonificaciones en impuestos existentes, sin llegar a crear figuras tributarias específicas para la gestión de residuos. Una reforma de la Ley Reguladora de Haciendas Locales permitiría a los municipios adoptar políticas fiscales más flexibles y sostenibles, adaptadas a las demandas de la tercera década del siglo XXI, abriendo paso a una posible conversión de la tasa en un impuesto. Esto facilitaría una gestión de residuos más eficaz y equitativa entre los contribuyentes, en consonancia con los objetivos de sostenibilidad actuales.

En esta línea, resulta necesario adoptar una perspectiva más amplia y ambiciosa que no se limite a resolver deficiencias operativas, sino que promueva una integración efectiva de todos los instrumentos al servicio de la política de residuos. Como subraya López Rodríguez (2025), «los datos expuestos (...) ponen de manifiesto la necesidad de utilizar todos los instrumentos posibles para alcanzar los objetivos de la economía circular, contribuir a la lucha contra el cambio climático y proteger el medio marino». Esta afirmación refuerza la necesidad de una reforma normativa coherente y articulada, capaz de superar la fragmentación actual y proyectar un sistema fiscal verdaderamente alineado con los fines ambientales que lo inspiran.

## 5.2. Conversión de la tasa en un impuesto para una gestión más eficaz

La conversión de la tasa en un impuesto o un recargo sobre uno existente plantea una alternativa interesante para los municipios, ya que permitiría abordar algunos de los desafíos estructurales asociados con la normativa actual en la gestión de residuos. Como figura tributaria, un impuesto facilitaría la adaptación a

<sup>20</sup> Véase nota 13.

los principios medioambientales establecidos en la Directiva (UE) 2018/851<sup>21</sup>, promoviendo una gestión de residuos más alineada con los objetivos de sostenibilidad. Además, ofrecería a los municipios una mayor flexibilidad en la administración de los recursos, permitiendo ajustar las políticas a sus necesidades específicas. No podemos olvidar que, según Puig-Ventosa y Sastre Sanz (2017), las tasas municipales en España suelen ser fijas y carecen de incentivos para reducir residuos o fomentar el reciclaje, lo que dificulta su alineación con principios medioambientales como el de *quien contamina paga*. Este diseño podría ser superado mediante un impuesto que incorpore elementos de flexibilidad y sostenibilidad financiera.

En la actualidad, algunos municipios habían optado por financiar los servicios de recogida de residuos mediante figuras impositivas distintas a la tradicional tasa de basuras<sup>22</sup>. Un ejemplo destacado es el caso de Badajoz, donde se incorporaron los costes del servicio al impuesto sobre bienes inmuebles (IBI). Esta decisión ha permitido una mejora significativa en la financiación del servicio y un incremento en los índices de recaudación en comparación con el sistema anterior basado en la tasa de basuras, garantizando además una financiación más equitativa al vincularla al valor catastral de los inmuebles.

Sin embargo, estas decisiones han estado motivadas principalmente por criterios de eficacia y equidad recaudatoria, dejando en segundo plano las consideraciones medioambientales. Esto se debe a que los parámetros de sostenibilidad, como el incentivo a la reducción de residuos y el reciclaje, son más complejos de integrar en figuras impositivas tradicionales como el IBI, ya que estas no reflejan directamente el principio de *quien contamina paga* ni la cantidad de residuos generados por los contribuyentes. Esto subraya la importancia de que cualquier figura tributaria que sustituya a la tasa no solo integre criterios de equidad y eficacia recaudatoria, sino que también sea capaz de incentivar prácticas sostenibles como la reducción de residuos y el aumento del reciclaje.

Por ello, resulta esencial que esta nueva figura tributaria se diseñe para incorporar las ventajas y la flexibilidad propias de un impuesto, sin perder de vista los objetivos medioambientales. Esta conversión no solo ofrece ventajas operativas y financieras, sino que responde a la necesidad actual de desarrollar figuras tributarias locales específicamente diseñadas desde un enfoque ambiental, permitiendo integrar con mayor eficacia criterios medioambientales en la tributación local y promoviendo cambios sostenibles en el comportamiento tanto de hogares como de empresas. Este enfoque más dinámico y adaptable resulta fundamental para responder adecuadamente a los objetivos estratégicos fijados en la legislación ambiental europea y nacional.

En los apartados siguientes se analizan las ventajas específicas que esta conversión podría ofrecer, contribuyendo a una gestión de residuos más eficaz y sostenible en el ámbito local.

### 5.2.1. Ventajas de la conversión de la tasa en impuesto

#### Flexibilidad financiera

Un impuesto no tiene la obligación de estar estrictamente vinculado a los costes directos de un servicio concreto, como es el caso de la tasa. Esto permitiría a los municipios gestionar los ingresos con mayor flexibilidad, ajustando las tarifas según las necesidades operativas globales de la gestión de residuos. Al no depender de la cobertura inmediata de los costes de un servicio específico, los municipios podrían manejar los recursos de manera más estratégica, asegurando una mayor sostenibilidad financiera a largo plazo (Pernas García y Sánchez González, 2024).

#### Impulso a la sostenibilidad y la inversión medioambiental

Al no estar limitado a la estricta vinculación entre ingresos y costes del servicio, un sistema impositivo permitiría a los municipios priorizar inversiones en proyectos alineados con los objetivos medioambientales de la Ley 7/2022 y las directivas europeas. Esta flexibilidad podría facilitar la financiación de tecnologías limpias, infraestructuras de reciclaje y campañas de sensibilización ciudadana, promoviendo una transición hacia la economía circular. Además, los recursos recaudados podrían ser redirigidos para incentivar la reducción de residuos y el cumplimiento de metas de reciclaje, fortaleciendo la capacidad de los municipios para responder a los desafíos ambientales sin restricciones operativas inmediatas (Nogueira López, 2021).

<sup>21</sup> Véase nota 2.

<sup>22</sup> Véase nota 16.

Desde esta perspectiva, un sistema de impuestos no solo garantiza un enfoque financiero más dinámico, sino que también amplía el margen de actuación de los municipios para ejecutar estrategias sostenibles a medio y largo plazo. Esta mayor autonomía permite no solo planificar con visión estratégica, sino también implementar políticas medioambientales ambiciosas que aseguren un impacto positivo real y duradero en el entorno.

#### Resiliencia financiera y adaptabilidad económica

A diferencia de la tasa, un impuesto no requiere justificar cada ajuste en función de los costes directos de un servicio específico, lo que otorga a los municipios mayor capacidad para afrontar imprevistos económicos y fluctuaciones en los costes operativos. Esta estructura flexible permite no solo gestionar los ingresos de manera estratégica, sino también garantizar la continuidad y estabilidad del servicio, incluso en escenarios de crisis o cambios legislativos.

La capacidad de redistribuir los recursos según las necesidades globales de la gestión de residuos ofrece un modelo financiero más resiliente, permitiendo absorber aumentos en los costes del tratamiento de residuos o inversiones inesperadas. Así, los municipios estarían mejor preparados para enfrentar desafíos futuros y asegurar una sostenibilidad financiera estable a largo plazo (Pernas García y Sánchez González, 2024).

#### Reducción de la carga administrativa

Actualmente, los municipios deben realizar estudios técnicos y económicos exhaustivos para justificar las variaciones en las tasas, lo que representa una carga administrativa considerable, especialmente para los municipios de menor población que carecen de los recursos técnicos y humanos suficientes. Con la conversión de la tasa en un impuesto, esta carga se reduciría significativamente, permitiendo a los municipios dedicar menos tiempo a revisiones constantes y más a mejorar la eficiencia del servicio de gestión de residuos.

#### Mayor equidad y redistribución

Los impuestos permiten una redistribución más equitativa de la carga económica entre los contribuyentes, ya que no están estrictamente vinculados a la cantidad de residuos generados por cada hogar o empresa, como ocurre en el sistema PxG. Además, esta conversión permitiría que los municipios adopten políticas fiscales que ofrezcan mayor equidad, ajustando las tarifas según la capacidad económica de los ciudadanos y empresas. Este enfoque no solo beneficia a las áreas con menos recursos, sino que promueve una mayor justicia social, al considerar las externalidades positivas y las diferencias socioeconómicas existentes (Molinos-Senante y Sala-Garrido, 2015).

#### Mejora en la planificación a largo plazo

Los impuestos facilitan una planificación financiera a largo plazo más eficaz, permitiendo a los municipios recaudar fondos para futuros proyectos de infraestructura, como la instalación de plantas de reciclaje o la adquisición de tecnologías avanzadas para la gestión de residuos (Torretta *et al.*, 2017). Al no depender de las fluctuaciones inmediatas en los costes de los servicios, los municipios pueden estructurar mejor sus inversiones y garantizar la sostenibilidad y eficiencia del sistema de gestión de residuos en el futuro.

#### **5.2.2. Implicaciones legales y operativas de la conversión**

La conversión de la tasa en un impuesto no estaría exenta de desafíos. Desde el punto de vista jurídico, sería necesario realizar ajustes legislativos tanto a nivel estatal como autonómico, lo que implicaría la reforma, antes indicada, de la Ley Reguladora de Haciendas Locales y otras normativas vinculadas a la financiación de los servicios municipales (De la Varga Pastor, 2020). En este proceso, se antoja esencial el papel de la FEMP como un actor clave en la propuesta legislativa ante el Estado, dado que el ámbito local no suele figurar entre las prioridades del legislador estatal. La participación activa de la FEMP permitiría

garantizar que las necesidades de los municipios se consideren adecuadamente en las reformas propuestas. Estos cambios requerirían un esfuerzo coordinado entre los diferentes niveles de gobierno, con el objetivo de garantizar que las reformas legales favorecen una implementación eficiente y equitativa.

Además, sería fundamental establecer criterios claros para la distribución de los ingresos generados por el impuesto, de modo que se garantice que estos fondos se utilicen de manera prioritaria para mejorar la gestión de residuos y promover el reciclaje y la economía circular. Estos ajustes permitirían que los municipios mantengan su autonomía fiscal, mientras se aseguran de que los ingresos se destinan a los fines para los que fueron creados (Nogueira López, 2021).

### 5.2.3. Estrategias para la transición de tasa a impuesto

Para que esta transformación sea exitosa, se deben considerar varias estrategias de transición que faciliten el cambio tanto para los municipios como para los contribuyentes:

#### Campañas de información y sensibilización

Es crucial llevar a cabo campañas informativas que expliquen a los ciudadanos las ventajas de la conversión de la tasa en impuesto. Estas campañas deben ser claras y transparentes, enfatizando que, aunque el sistema de cobro cambie, el objetivo principal sigue siendo mejorar la gestión de residuos y promover un modelo más sostenible. Además, dichas campañas ayudarían a reducir la resistencia al cambio entre los contribuyentes, asegurando una transición más fluida y aceptada por la comunidad (Pernas García y Sánchez González, 2024).

#### Medidas de compensación temporal

Durante el periodo de transición, sería crucial implementar medidas de compensación que aseguren que los municipios con menores ingresos puedan continuar prestando un servicio eficiente de gestión de residuos, mientras se adaptan al nuevo modelo fiscal. Esto es especialmente importante para los municipios más de menor población, que podrían enfrentar dificultades financieras si no cuentan con apoyo adicional. Estas medidas podrían incluir subvenciones directas o ayudas técnicas, garantizando que ningún municipio quede rezagado durante la transición.

#### Apoyo técnico y financiero

Como parte del proceso de transición, es importante que los municipios pequeños reciban apoyo técnico y financiero no solo del Gobierno central y las comunidades autónomas, sino también de las diputaciones provinciales. Estas instituciones juegan un papel clave en la coordinación y asistencia técnica, ayudando a los municipios con menos recursos a realizar los cambios estructurales necesarios en la gestión de sus ingresos. Este apoyo garantizaría que la conversión de la tasa en un impuesto no afecte negativamente a los servicios que prestan, permitiendo a los municipios más vulnerables adaptarse sin comprometer su sostenibilidad (Puig Ventosa, 2008).

### 5.3. Mecanismos de compensación para municipios con menos recursos

Para apoyar a los municipios en la implementación de sistemas más sostenibles bajo el sistema de pago por generación (PxG), es esencial crear fondos de compensación y programas de subvenciones que proporcionen el respaldo financiero necesario. La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF), en su informe de 2023<sup>23</sup> sobre la gestión de residuos municipales, subraya que el desequilibrio financiero que afecta a los municipios más pequeños puede comprometer la correcta prestación del servicio de recogida y tratamiento de residuos. Estos desajustes pueden dificultar la cobertura de los costes del servicio o la realización de inversiones en infraestructura y tecnología, generando una brecha estructural entre municipios con diferentes niveles de recursos.

<sup>23</sup> Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) (2023). *Gestión de los residuos municipales*. Recuperado de [https://www.airef.es/wp-content/uploads/2023/10/EVALUACIÓN/Gestión-de-los-Residuos-Municipales\\_WEB.pdf](https://www.airef.es/wp-content/uploads/2023/10/EVALUACIÓN/Gestión-de-los-Residuos-Municipales_WEB.pdf)

En esta línea, Romano y Masserini (2023) muestran que uno de los principales desafíos del PxG es garantizar su sostenibilidad económica en municipios con recursos limitados. Según su análisis, los mecanismos financieros de apoyo resultan fundamentales para reducir las disparidades en la capacidad de implementación, una propuesta que también se aborda en este artículo al considerar fondos europeos y la colaboración intermunicipal como soluciones clave. Este enfoque permite equilibrar las desigualdades territoriales y asegurar una transición más equitativa hacia sistemas de gestión de residuos basados en el PxG.

Los mecanismos de compensación deben ser gestionados en coordinación con las diputaciones provinciales, que desempeñan un papel clave en el apoyo a los municipios de menor población. Además del apoyo financiero, es crucial que estos actores trabajen junto con el Gobierno central y las comunidades autónomas para asegurar que los municipios menos poblados reciban también el respaldo técnico necesario, como ha puesto de manifiesto la propia UE en diferentes informes<sup>24</sup>. Ruiz Garijo (2023) subraya que la elaboración de informes técnico-económicos, exigidos por la Ley 7/2022 para justificar las tasas, representa un desafío significativo para los municipios con menos recursos administrativos. La falta de personal cualificado y de herramientas adecuadas para estimar los costes reales del servicio puede dificultar el cumplimiento de las obligaciones normativas. Además, como señala Gomar Sánchez (2022), la Ley 7/2022 no proporciona soluciones claras para superar los desafíos operativos que enfrentan los municipios pequeños y medianos, como las barreras técnicas y financieras necesarias para adaptar sus sistemas al PxG. Esta carencia refuerza la desigualdad territorial y subraya la necesidad de mecanismos más específicos de apoyo técnico y financiero para garantizar una implementación efectiva y equitativa de la normativa. Esta colaboración entre los distintos niveles administrativos permitirá una implementación más eficaz de las políticas de gestión de residuos y contribuirá al cumplimiento de los objetivos de la Ley 7/2022.

Adicionalmente, como sugiere Puig Ventosa (2008), la creación de mancomunidades o consorcios intermunicipales podría facilitar que los municipios de menor población compartan recursos y optimicen los costes en la gestión de residuos. Esta estrategia ya ha demostrado ser eficaz en varias regiones de España, mejorando la eficiencia operativa y permitiendo a los municipios con menos recursos implementar sistemas de gestión más sostenibles, como podemos destacar el caso del consorcio Promedio, creado en 2005 a iniciativa de la Diputación de Badajoz junto a municipios y mancomunidades para dar cobertura a los municipios menos poblados de la provincia. Estos mecanismos de compensación no solo facilitarán la implementación de sistemas de pago por generación, sino que también son fundamentales para asegurar que todos los municipios, independientemente de su capacidad económica, puedan contribuir al éxito de los objetivos de la Ley 7/2022. La reducción de residuos no reciclables, el incremento de las tasas de reciclaje y compostaje y la creación de un modelo más sostenible de gestión de residuos dependen de que cada municipio pueda cumplir con su parte.

#### 5.4. Incorporación de nuevas tecnologías y digitalización

La implementación de tecnologías innovadoras es esencial para mejorar la eficiencia en la recolección y el tratamiento de residuos. Contenedores inteligentes, que utilizan sensores para monitorear los niveles de residuos en tiempo real, pueden optimizar las rutas de recolección, reduciendo los costes operativos. Los sistemas de pago por peso permiten a los municipios facturar de manera más precisa y equitativa, cobrando a los ciudadanos según la cantidad exacta de residuos generados, lo que incentiva la reducción de residuos en la fuente.

En este sentido, Patón García y Puig Ventosa (2024) enfatizan que los modelos de *pago por generación* requieren sistemas individualizados de recogida separada, principalmente puerta a puerta o con contenedores inteligentes. Además, destacan que es fundamental definir claramente cuotas fijas para cubrir costes básicos de infraestructura y cuotas variables relacionadas directamente con la generación de residuos. La adopción de estas tecnologías no solo optimiza la recolección, sino que también garantiza una aplicación más equitativa del PxG, reduciendo los costes administrativos y mejorando la transparencia en la facturación. Si bien la introducción de estas tecnologías requiere una inversión inicial significativa, los beneficios económicos a largo plazo son claros. Sin embargo, su financiación sigue siendo un reto para muchos municipios, en parte debido a la falta de una canalización adecuada de los fondos europeos hacia este sector. Con una planificación idónea, estos fondos podrían representar una solución eficiente para respaldar a los

<sup>24</sup> Véase nota 3.

municipios en la adquisición de infraestructura tecnológica avanzada. Además, podrían invocarse programas de financiación autonómica o estatal que complementen los fondos europeos, ofreciendo respaldo adicional en la transición hacia sistemas más sostenibles.

La digitalización del sistema no solo mejoraría la transparencia en la gestión de los datos, sino que también reduciría la carga administrativa, al automatizar procesos de recolección y facturación. Además, proporcionaría a los municipios datos valiosos para la planificación a largo plazo, permitiéndoles adaptar sus políticas de residuos de manera más eficiente y ajustada a la realidad local. Esto no solo contribuiría a una mayor equidad en la aplicación de las tarifas, sino que también ayudaría a reducir los costes operativos a largo plazo.

La optimización de rutas, la automatización de procesos administrativos y la facturación más precisa no solo permiten reducir los costes operativos, sino que también minimizan errores y desperdicios en la gestión de residuos, contribuyendo a una gestión más sostenible y rentable del sistema PxG.

### 5.5. Perspectivas futuras en la gestión de residuos municipales

De cara al futuro, las exigencias normativas en materia de residuos continuarán aumentando a medida que la Unión Europea avance hacia un modelo de economía circular más estricto. Esto incluirá metas más ambiciosas en cuanto a tasas de reciclaje, reducción de residuos no reciclables y eliminación gradual de ciertos materiales. España deberá adaptar su legislación y su sistema de gestión de residuos de forma continua para cumplir con estas directrices y asegurar una gestión sostenible y eficiente de los residuos municipales (De la Varga Pastor, 2020).

Uno de los principales retos será reducir la cantidad de residuos no reciclables y promover un mayor reciclaje y reutilización de materiales. Para lograrlo, será fundamental involucrar tanto a la ciudadanía como a las empresas en el proceso, mediante incentivos económicos, campañas educativas y regulaciones más estrictas que fomenten comportamientos más sostenibles. Esto incluye medidas como la promoción del ecodiseño, que anima a las empresas a fabricar productos más fáciles de reciclar, y programas de concienciación para los ciudadanos sobre la separación de residuos en origen (Puig Ventosa, 2008).

Además, la colaboración internacional en la adopción de buenas prácticas y tecnologías innovadoras será clave para mejorar la eficiencia del sistema español de gestión de residuos. Países como Suecia y Alemania, que han desarrollado sistemas avanzados de reciclaje y valorización de residuos, podrían servir de ejemplo para la implementación de tecnologías como la incineración con recuperación energética o la gestión de biorresiduos para la producción de biogás. Estas tecnologías no solo mejoran la eficiencia operativa, sino que también contribuyen a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (Torretta *et al.*, 2017).

## 6. CONCLUSIONES

La implementación del sistema de pago por generación (PxG), introducido por la Ley 7/2022, presenta importantes desafíos técnicos, normativos y financieros, especialmente para los municipios de menor población. Sin embargo, estas dificultades también abren una oportunidad para evolucionar hacia un modelo de gestión de residuos más eficiente y sostenible, en línea con los objetivos de economía circular promovidos por la Unión Europea. Aun así, es importante reconocer que la introducción de esta tasa o su equivalente no resolverá las deficiencias estructurales que persisten en el sistema de gestión de residuos en España, señaladas por la Comisión en los informes de alerta temprana<sup>25</sup>, cuyo objetivo es ayudar a los Estados miembros de la Unión Europea en riesgo de no alcanzar ciertos objetivos de gestión de residuos. Según el mismo informe, España enfrenta un riesgo importante de no cumplir con las metas de reciclado del 55 % para residuos municipales en 2025 ni con el objetivo de reducir el uso de vertederos al 10 % para 2035.

Estas carencias se deben, en gran medida, a la falta de una planificación decidida y coordinada entre Administraciones, que a menudo actúan de manera independiente y desarticulada. Además, el informe de 2023 identifica la limitada infraestructura de recogida y tratamiento de biorresiduos y una dependencia excesiva de los vertederos como factores clave que limitan los avances de España en esta área.

<sup>25</sup> Véase nota 3.

No puede pasarse por alto que una proporción significativa de municipios se opone firmemente a la tasa, refiriéndose a ella como un «tasazo de basura». Por otro lado, la Federación Española de Municipios y Provincias<sup>26</sup> ha adoptado un acuerdo unánime en el que se exige una reforma de la Ley que la regula, en aspectos que coinciden ampliamente con el análisis presentado. Esta oposición manifiesta, junto con la solicitud de reforma, representa un obstáculo significativo que no solo dificulta la implementación de la tasa, sino que también desvirtúa su propósito y compromete la consecución de los objetivos medioambientales planteados por la Unión Europea.

El análisis de las ordenanzas aprobadas o en proceso de tramitación revela que la configuración actual de la tasa no garantiza un avance efectivo hacia los objetivos medioambientales establecidos por la Unión Europea. En la mayoría de los casos, la tasa carece de mecanismos que promuevan en hogares y empresas la optimización de la separación y gestión de residuos mediante una reducción proporcional de los pagos, lo que genera un desincentivo para la adopción de prácticas sostenibles. Además, los resultados del análisis nos sugieren que un porcentaje significativo de municipios podría aplicar esta herramienta con objetivos predominantemente recaudatorios, apartándose de su propósito ambiental y utilizando el marco normativo principalmente para aparentar el cumplimiento formal de la normativa vigente.

### **6.1. Propuestas clave para mejorar la implementación**

Para abordar los desafíos técnicos, normativos y financieros identificados en este análisis, se plantean las siguientes propuestas clave, orientadas a facilitar la implementación del sistema de pago por generación (PxG) y a asegurar una transición sostenible para todos los municipios:

#### *Ampliación del plazo de adaptación*

Otorgar más tiempo a los municipios, especialmente a los más pequeños, para realizar inversiones en tecnología, infraestructura y recursos operativos sin comprometer su estabilidad financiera.

#### *Reforma de la obsoleta legislación de haciendas locales*

Es imprescindible una actualización profunda de este marco normativo para flexibilizar la gestión de recursos asociados a la tasa, permitiendo su alineación con los objetivos medioambientales, económicos y de equidad territorial.

#### *Apoyo técnico y financiero a municipios con menos recursos*

Establecer mecanismos de compensación mediante fondos estatales, europeos y programas de colaboración intermunicipal que garanticen la sostenibilidad económica de las entidades locales más vulnerables.

#### *Conversión de la tasa en un impuesto o un gravamen sobre uno existente*

Valorar la posibilidad de transformar la tasa en una figura tributaria que ofrezca mayor flexibilidad financiera, reduciendo la carga administrativa y permitiendo destinar ingresos a inversiones medioambientales y mejoras en la infraestructura de gestión de residuos.

#### *Implementación de un modelo estandarizado de contabilidad de costes*

Crear un modelo homogéneo que permita a los municipios calcular con precisión los costes asociados al servicio de gestión de residuos. Este modelo facilitaría la elaboración de estudios técnico-económicos, asegurando una planificación más transparente y eficiente. Además, reduciría la carga administrativa y contribuiría a la sostenibilidad financiera del sistema.

---

<sup>26</sup> Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) (2024). *Declaración institucional de la FEMP solicitando la reforma de la Ley de Economía Circular*. Recuperado de <https://www.femp.es/sites/default/files/multimedia/Declaraci%C3%B3n%20institucional%20Ley%20Residuos-Suelos%20Contaminados-Econom%C3%ADa%20Circular.pdf>

### *Incorporación de tecnologías avanzadas y digitalización*

Fomentar el uso de contenedores inteligentes, sistemas de pago por peso y herramientas digitales para optimizar los costes operativos, garantizar transparencia y promover la eficiencia en la gestión de residuos.

### *Mejora de la coordinación interadministrativa*

Promover una mayor colaboración entre los distintos niveles de Administración -central, autonómica y local- para garantizar una planificación integrada y reducir disparidades en la implementación de políticas de gestión de residuos. Tal como señala la Comisión Europea en su informe de 2018, las desigualdades entre comunidades autónomas han sido uno de los principales factores que han limitado el progreso de España en esta materia.

### *Campañas de sensibilización y educación ciudadana*

Asegurar que los contribuyentes comprendan los objetivos del sistema PxG y los beneficios asociados, incentivando la participación activa y el cumplimiento de las normativas.

Estas propuestas, en conjunto, buscan transformar los retos actuales en oportunidades para avanzar hacia una gestión de residuos más eficiente, equitativa y sostenible, alineada con los objetivos de la economía circular y las directivas europeas.

## **6.2. Reflexiones sobre el futuro de la gestión de residuos en España**

El futuro de la gestión de residuos en España dependerá en gran medida de la capacidad de adaptación a nuevas tecnologías, que permitirán digitalizar y monitorizar los sistemas de recolección, optimizando los recursos y mejorando la transparencia en la gestión. Sin embargo, estos avances técnicos deben complementarse con una fuerte sensibilización y educación ciudadana, ya que el comportamiento de los ciudadanos y las empresas será clave para reducir la generación de residuos desde su origen.

Además, será fundamental fomentar la colaboración intermunicipal y la creación de consorcios que permitan a los municipios compartir infraestructuras y recursos, reduciendo los costes operativos y mejorando la sostenibilidad a largo plazo (Puig Ventosa, 2008). Esta colaboración también puede extenderse a nivel internacional, permitiendo a España aprender de las experiencias exitosas de otros países que ya han implementado sistemas de pago por generación de forma eficaz (Torretta *et al.*, 2017).

En este sentido, como ha señalado la Comisión<sup>27</sup>, algunos municipios españoles han comenzado a implementar buenas prácticas en sistemas de pago por generación (PxG) que pueden servir de referencia para una implementación más amplia en el futuro:

- *Zaldivia* (Guipúzcoa). Utiliza un sistema de contenedores de diferentes tamaños, adaptado a cada fracción de residuos. Este enfoque permite ajustar el volumen de recolección según las necesidades de cada hogar o comercio, facilitando la separación en origen y promoviendo una mayor participación ciudadana.
- *Esporles* (Mallorca). Este municipio ha adoptado un modelo de tarificación basado en la compra de bolsas de residuos adicionales, lo que incentiva a los ciudadanos a reducir la cantidad de residuos generados. Este enfoque también ayuda a financiar el sistema sin depender exclusivamente de la Administración central.
- *Argentona* (Barcelona). Con un sistema de pago por bolsa, el municipio establece tarifas más altas para aquellos que generan mayores cantidades de residuos, incentivando así la separación en origen y la reducción de residuos. Este enfoque es aplicable tanto a residuos domésticos como comerciales, lo que lo hace efectivo en diferentes contextos.
- *Provincia de Castellón*. Las asociaciones de municipios aplican una reducción de la tasa supramunicipal para los residuos tratados en puntos limpios, lo que incentiva a los ciudadanos a utilizar estos centros de manera correcta y alivia la carga sobre el sistema de recogida general.

<sup>27</sup> Véase nota 3.

Finalmente, es crucial seguir promoviendo la educación y sensibilización ciudadana en torno a la gestión de residuos. Sin un cambio de actitud por parte de los ciudadanos y las empresas, las medidas normativas y técnicas no serán suficientes para alcanzar los objetivos de reducción de residuos y reciclaje establecidos por la Unión Europea (Puig Ventosa, 2008). Estas buenas prácticas demuestran cómo el futuro de la gestión de residuos en España puede avanzar hacia un modelo más equitativo, eficiente y ambientalmente responsable.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Menéndez, E. (2024). El nuevo régimen jurídico de las tasas en materia de residuos. *Cuadernos de Derecho Local*, (65), 159-197. <https://doi.org/10.61521/cuadernosderecholocal.65.981>
- Alzamora, B. R. y Barros, R. T. V. (2020). Review of municipal waste management charging methods in different countries. *Waste Management*, (115), 47-55. <https://doi.org/10.1016/j.wasman.2020.07.020>
- Batlle, I. y Puig, I. (2024). La encrucijada de los municipios para transformar la gestión de residuos. *Equipamiento y Servicios Municipales*, (209). <https://www.eysmunicipales.es/articulos/la-encrucijada-de-los-municipios-para-transformar-la-gestion-de-residuos>
- Batllevell, M. y Hanf, K. (2008). The fairness of PAYT systems: Some guidelines for decision-makers. *Waste Management*, 28(12), 2793-2800. <https://doi.org/10.1016/j.wasman.2008.02.031>
- Bel, G. y Gradus, R. (2016). Effects of unit-based pricing on household waste collection demand: A meta-regression analysis. *Resource and Energy Economics*, (44), 169-182. <https://doi.org/10.1016/j.reseneeco.2016.03.003>
- Carrasco Díaz, D., Buendía Carrillo, D. y Llorente Muñoz, V. (2016). Síntesis y análisis del coste efectivo de los servicios públicos. *Auditoría Pública*, (67), 39-49. <https://asocex.es/sintesis-y-analisis-del-coste-efectivo-de-los-servicios-publicos/>
- Castells Rey, I. y Pellicer García, P. (2024). *Las tasas de residuos en España 2023*. Fundació ENT. [https://www.fiscalidadresiduos.org/wp-content/uploads/2023/11/Tasas\\_2023.pdf](https://www.fiscalidadresiduos.org/wp-content/uploads/2023/11/Tasas_2023.pdf)
- Dahlén, L. y Lagerkvist, A. (2010). Pay as you throw: Strengths and weaknesses of weight-based billing in household waste collection systems in Sweden. *Waste Management*, 30(1), 23-31. <https://doi.org/10.1016/j.wasman.2009.09.022>
- De la Varga Pastor, A. (2020). La incorporación de la economía circular en la legislación estatal de residuos a raíz de la Directiva (UE) 2018/851. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 102(2), 176-203. [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/06/2020\\_06\\_Suplemento-102-2-Junio.pdf#page=177](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/06/2020_06_Suplemento-102-2-Junio.pdf#page=177)
- Dijkgraaf, E. y Gradus, R. H. J. M. (2004). Cost savings in unit-based pricing of household waste: The case of the Netherlands. *Resource and Energy Economics*, 26(4), 353-371. <https://doi.org/10.1016/j.reseneeco.2004.01.001>
- Elia, V., Gnoni, M. G. y Tornese, F. (2015). Designing Pay-As-You-Throw schemes in municipal waste management services: A holistic approach. *Waste Management*, (44), 188-195. <https://doi.org/10.1016/j.wasman.2015.07.040>
- García Carretero, B. (2019). La fiscalidad ambiental en materia de residuos en el nuevo marco de una economía circular. *Crónica Tributaria*, (170), 31-68. <https://cronicatributaria.ief.es/ief/ct/index.php/cronica-tributaria/article/view/224>
- García Martínez, A. (2024). La tasa por la recogida de residuos sólidos urbanos en Italia. *Tributos Locales*, (170), 273-300.
- García-Moncó Martínez, A. (2025). La necesaria constitucionalización de la fiscalidad medioambiental: el principio de «quien contamina, paga», elaboración de una teoría general. En I. Merino Jara (dir.), *Fiscalidad medioambiental* (pp. 161-190). Aranzadi La Ley.
- García-Torres Fernández, M. J. (2024). Análisis del nuevo gravamen sobre el servicio de gestión de residuos. *En Nuevos gravámenes. Monográfico Nueva Fiscalidad* (pp. 165-196). Dykinson. <https://doi.org/10.14679/2896>
- Gomar Sánchez, J. I. (2022). La tasa de residuos locales: observaciones y problemática. *Tributos Locales*, (159), 91-117.
- González-González, J. M. y García-Fénix, M. J. (2020). La implantación del coste efectivo en las entidades locales españolas: Análisis del trabajo institucional en un estudio de caso. *Revista de Contabilidad*, 23(1), 75-90. <https://doi.org/10.6018/rcsar.369351>
- Herrera Molina, P. M. (2021). Incidencia de la futura ley de residuos sobre las tasas y tarifas locales. *Tributos Locales*, (152), 13-41.
- Herrera Molina, P. M. (2024). Comentario al informe consensuado sobre las tasas y tarifas de residuos. *Tributos Locales*, (170), 163-185.
- Kirchherr, J., Reike, D. y Hekkert, M. (2017). Conceptualizing the circular economy: An analysis of 114 definitions. *Resources, Conservation and Recycling*, (127), 221-232. <https://doi.org/10.1016/j.resconrec.2017.09.005>
- López Rodríguez, M. I. (2025). Tratamiento fiscal de los residuos sólidos en España. En I. Merino Jara (dir.), *Fiscalidad medioambiental* (pp. 827-884). Aranzadi La Ley.
- Messina, G., Tomasi, A., Ivaldi, G. y Vidoli, F. (2023). «Pay as you own» or «pay as you throw»? A counterfactual evaluation of alternative financing schemes for waste services. *Journal of Cleaner Production*, (412), artículo 137363. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2023.137363>

- Molinos-Senante, M. y Sala-Garrido, R. (2015). The impact of privatization approaches on the productivity growth of the water industry: A case study of Chile. *Environmental Science & Policy*, (50), 166-179. <https://doi.org/10.1016/j.envsci.2015.02.015>
- Mota Sánchez, E. y Medrano García, M. L. (2015). Costes efectivos de los servicios públicos. En F. García Rubio (coord.), *Análisis y repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales* (pp. 225-260). Instituto Nacional de Administración Pública.
- Nogueira López, A. (2021). Intervención pública y límites del mercado en la transición a la economía circular. En A. Nogueira López y X. Vence Deza (dirs.), *Redondear la economía circular: del discurso oficial a las políticas necesarias* (pp. 97-132). Thomson Reuters Aranzadi.
- Patón García, G. (2024). Análisis de los modelos de determinación de la cuota en la tasa local sobre residuos: hacia una evaluación de los consumos responsables. *Tributos Locales*, (170), 186-209.
- Patón García, G. (2025). La transición hacia una economía circular mediante la implantación de tasas locales de pago por generación. En I. Merino Jara (dir.), *Fiscalidad medioambiental* (pp. 1031-1058). Aranzadi La Ley.
- Patón García, G. y Puig Ventosa, I. (2024). Estudio del marco jurídico de las ordenanzas fiscales locales para la gestión de los residuos. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 15(2), 1-34. <https://doi.org/10.17345/rcda4064>
- Pernas García, J. y Sánchez González, J. (2024). Hacia una gestión local estratégica de los residuos municipales: los programas locales de prevención y gestión y su interrelación con los instrumentos jurídicos de la Ley 7/2022. *Cuadernos de Derecho Local*, (65), 75-127. <https://doi.org/10.61521/cuadernosderecholocal.65.976>
- Prieto Martín, C. y Robleda Cabezas, H. (coords.). (2006). *Guía para la implantación de un sistema de costes en la Administración Local*. Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP). [http://costes.femp.es/Guia\\_Implant.pdf](http://costes.femp.es/Guia_Implant.pdf)
- Puig-Ventosa, I. (2008). Charging systems and PAYT experiences for waste management in Spain. *Waste Management*, 28(12), 2767-2771. <https://doi.org/10.1016/j.wasman.2008.03.029>
- Puig Ventosa, I. y Calaf Forn, M. (2024). Tendencias en las tasas de residuos por generación. *Tributos Locales*, (170), 258-272.
- Puig-Ventosa, I. y Sastre Sanz, S. (2017). An exploration into municipal waste charges for environmental management at local level: The case of Spain. *Waste Management and Research*, 35(11), 1159-1167. <https://doi.org/10.1177/0734242X17727067>
- Romano, G. y Masserini, L. (2023). Pay-as-you-throw tariff and sustainable urban waste management: An empirical analysis of relevant effects. *Journal of Environmental Management*, (347), artículo 119211. <https://doi.org/10.1016/j.jenvman.2023.119211>
- Ruiz Garijo, M. (2023). Cuenta atrás para el establecimiento de gravámenes por el servicio de gestión de residuos municipales (pay as you throw). *Tributos Locales*, (165), 11-34.
- Santodomingo González, Á. L. (2024). El informe económico-financiero en la Ley de Residuos. *Crónica Tributaria*, 3(192), 151-183. <https://doi.org/10.47092/CT.24.3.5>
- Torretta, V., Ferronato, N., Katsoyiannis, I. A., Tolkou, A. K. y Airoldi, M. (2017). Novel and conventional technologies for landfill leachates treatment: A review. *Sustainability*, 9(1). <https://doi.org/10.3390/su9010009>
- Xevgenos, D., Papadaskalopoulou, C., Panaretou, V., Moustakas, K. y Malamis, D. (2015). Success stories for recycling of MSW at municipal level: A review. *Waste and Biomass Valorization*, (6), 657-684. <https://doi.org/10.1007/s12649-015-9389-9>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 23, abril de 2025  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 16-12-2024  
Modificado: 17-03-2025  
Aceptado: 17-03-2025  
Publicado: 29-04-2025  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11490>  
Páginas: 60-80

Referencia: Laguna de Paz, J. C. (2025). Regulación, desregulación y competencia en telecomunicaciones. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 23, 60-80. <https://doi.org/10.24965/reala.11490>

## Regulación, desregulación y competencia en telecomunicaciones

### *Regulation, deregulation and competition in telecommunications*

Laguna de Paz, José Carlos

Universidad de Valladolid. Departamento de Derecho Público (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6095-4488>

[jclaguna@uva.es](mailto:jclaguna@uva.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid. Of counsel at Eversheds Sutherland. Consultor de entidades públicas y privadas. Entre sus publicaciones destacan las referidas a la regulación económica y competencia, así como a algunas de las principales categorías jurídico-administrativas (autorizaciones, contratos, sanciones).

#### RESUMEN

**Objetivos:** analizar una política sectorial europea, valorar críticamente sus resultados y ofrecer posibles remedios. **Metodología:** análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, así como de los más recientes informes. **Resultados:** la promoción positiva de la competencia ha dado lugar a servicios de banda ancha casi universales, mercados muy competitivos, elevada portabilidad, crecimientos de tráfico exponenciales y precios bajos, pero con operadores descapitalizados y con escasa capacidad de inversión. La situación competitiva del sector finalmente ha permitido la desregulación de los mercados. No obstante, las empresas reclaman una mayor consolidación del sector. Se ha suscitado también si la regulación debe crear las condiciones para que las grandes tecnológicas contribuyan a financiar unas redes de las que son los principales usuarios. **Conclusiones:** la política europea de telecomunicaciones tiene dos caras. Es verdad que ha promovido un sector muy competitivo, con una cobertura universal del servicio y precios muy bajos. Sin embargo, también ha contribuido a la descapitalización de los operadores europeos, que no hace tanto tiempo eran líderes mundiales. La solución deben buscarla las propias empresas, en su dinamismo y creatividad. No obstante, la regulación debe facilitarla, premiando el esfuerzo inversor, lo que impulsará la innovación y el crecimiento del sector.

#### PALABRAS CLAVE

Telecomunicaciones; liberalización; regulación; competencia.

#### ABSTRACT

**Objectives:** To analyse a European sectoral policy, critically assess its results and offer possible remedies. **Methodology:** Regulatory, doctrinal and jurisprudential analysis, as well as the most recent reports. **Results:** The positive promotion of competition has resulted in almost universal broadband services, highly competitive markets, high portability, exponential traffic growth and low prices, but with undercapitalised operators with low investment capacity. The competitive situation of the sector has finally allowed the deregulation of markets. Nevertheless, companies are calling for further consolidation of the sector. It has also been raised whether regulation should create the conditions for Big Tech to contribute to financing networks of which they are the main users. **Conclusions:** European telecoms policy has two faces. It is true that it has promoted a very competitive sector, with universal service coverage and very low prices. However, it has also contributed to the decapitalisation of European operators, which not so long ago were world leaders. The solution must be found by the companies themselves, in their dynamism and creativity. However, regulation must facilitate it, rewarding investment efforts, which will drive innovation and growth in the sector.

## KEYWORDS

Telecommunications; liberalisation; regulation; competition.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y REGULACIÓN. 2.1. LIBERALIZACIÓN. 2.2. PRIVATIZACIÓN. 2.3. REGULACIÓN. 3. INTEGRACIÓN VERTICAL. 4. ACCESO AL MERCADO. 5. DERECHOS DE USO. 5.1. ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. 5.2. OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y LA PROPIEDAD PRIVADA. 5.3. NUMERACIÓN. 6. SUJECIÓN A LA REGULACIÓN GENERAL Y SECTORIAL. 7. PROMOCIÓN POSITIVA DE LA COMPETENCIA. 7.1. EUROPA: UNA POLÍTICA SOSTENIDA DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA, CON MERCADOS MUY COMPETITIVOS Y OPERADORES DESCAPITALIZADOS. 7.1.1. Una política sostenida de promoción de la competencia. 7.1.2. Mercados muy competitivos y dinámicos y operadores descapitalizados. 7.1.3. Mercados más desregulados y una normativa más sensible a la promoción de las inversiones. 7.2. ESTADOS UNIDOS: PROMOCIÓN INICIAL DE LA COMPETENCIA Y DESREGULACIÓN DE LA BANDA ANCHA. 8. GARANTÍA DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y DERECHOS DE LOS USUARIOS. 8.1. OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO: SERVICIO UNIVERSAL. 8.2. DERECHOS DE LOS USUARIOS. 9. ESTRUCTURA DEL MERCADO. 9.1. MERCADO INTERIOR EUROPEO. 9.2. MERCADOS INTERNACIONALES. 9.3. MERCADOS NACIONALES. 10. TELECOMUNICACIONES Y GRANDES TECNOLÓGICAS. 10.1. DEBER DE IMPARCIALIDAD EN LA GESTIÓN DE LA RED: NET NEUTRALITY. 10.2. ¿DEBEN LAS BIG TECH PAGAR POR EL USO DE LAS REDES (FAIR SHARE)? 11. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las telecomunicaciones han sido uno de los más característicos monopolios estatales, pero en la actualidad constituyen una actividad completamente *liberalizada* (apartado 2). El propósito es también la mayor desregulación posible o, mejor dicho, que la regulación condicione en la menor medida posible la presencia y actuación de los operadores en el mercado.

A diferencia de los restantes sectores en red, la normativa europea impuso un modelo de operadores verticalmente integrados que deben competir entre sí en redes y servicios (apartado 3). No es fácil saber si ha acertado o si la multiplicación de redes supone una ineficiente aplicación de recursos. Entre otras razones porque no podemos saber cómo hubiera funcionado un modelo basado en la desintegración vertical del sector, que también tiene sus problemas.

El acceso al mercado ha sido simplificado (apartado 4). La condición de operador se adquiere con una simple inscripción registral. Esto hace que las mayores barreras se encuentren en los derechos de uso, que necesitan todos los operadores que no son meros revendedores de servicios (apartado 5). Con todo, la normativa facilita la implantación de infraestructuras, reconociendo al operador el derecho a la ocupación del dominio público y la propiedad privada, previa obtención de los correspondientes títulos habilitantes. La definición de un régimen jurídico adecuado para la adjudicación y uso del espectro radioeléctrico tiene gran importancia para asegurar la eficiente utilización de un recurso escaso.

En el ejercicio de la actividad, los operadores están sujetos a las normas generales que condicionan cualquier actuación económica (urbanísticas, ambientales, etc.), así como a la regulación específica de telecomunicaciones (interconexión, derechos de los usuarios, etc.) (apartado 6). La intervención pública más incisiva –y también la más discutida– es la promoción positiva de la competencia (apartado 7). A este respecto, hay que tener en cuenta que en Europa la situación del mercado, en gran medida, es el resultado de la regulación, que ha favorecido a los nuevos participantes mediante el derecho de acceso a las redes y a las infraestructuras de obra civil. El resultado es un sector muy competitivo, dotado de infraestructuras y con precios bajos, pero descapitalizado y, por tanto, con dificultades para invertir en innovación. En cambio, EE. UU. desreguló la banda ancha y los servicios de acceso a internet, lo que hace que el sector esté mucho más concentrado y los precios sean más altos, pero también que las empresas ganen más dinero, tengan mayor capitalización bursátil y de capacidad de inversión.

El mercado presta la actividad a la mayor parte de los ciudadanos. No obstante, en cuanto servicios esenciales, las telecomunicaciones son actividades con garantía pública, por lo que en caso de necesidad las obligaciones de servicio público aseguran la efectiva prestación del servicio a todos, en adecuadas condiciones de calidad y precio (apartado 8).

Las autoridades administrativas asumen también la tarea de velar por el mantenimiento de la estructura competitiva del mercado, lo que da lugar a otra de las intervenciones públicas más difíciles y discutidas, basada en juicios prospectivos, que —en cuanto tales— siempre son inciertos (apartado 9). La autorización o prohibición de una fusión empresarial, o su sujeción a condiciones, puede influir en gran medida en la situación competitiva y desarrollo del sector.

El dinamismo del sector ha desplazado la cadena de valor a las grandes empresas tecnológicas, que utilizan las redes de telecomunicaciones para la prestación de sus servicios (apartado 10). La discusión es ahora si deben contribuir también a financiar unas redes de las que son los principales usuarios. Se trata de dilucidar si la regulación europea debe crear las condiciones para que los interesados puedan llegar a un acuerdo o, en su defecto, imponer la contribución económica de las tecnológicas.

## 2. LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y REGULACIÓN

### 2.1. Liberalización

En la mayor parte de los países, las telecomunicaciones son un sector liberalizado, en el que rige la libertad de creación de infraestructuras y de prestación de servicios. Esto supone un cambio radical en un sector que tradicionalmente se había desarrollado en régimen de derechos exclusivos.

En concreto, en Europa, durante décadas, las telecomunicaciones se configuraron como monopolios nacionales, cuya prestación se encomendaba a empresas públicas (Laguna, 2010, pp. 45 y ss.). La situación cambia cuando la UE impulsa la liberalización y armonización normativa del sector. Se trata de un proceso gradual, que comienza a finales de los ochenta con la liberalización de los terminales<sup>1</sup> y continúa con los servicios<sup>2</sup>, hasta la completa apertura del sector a finales de los noventa<sup>3</sup>. Hay que advertir que la legislación deja fuera de su ámbito de aplicación tanto a los contenidos (radio y televisión) como a los servicios de la sociedad de la información (internet, comercio electrónico), que se someten a su regulación específica.

En EE. UU., la apertura del sector se produjo un poco antes que en Europa, y también de manera paulatina pero no planificada. «There was no carefully drawn plan to introduce competition into any market, nor was there legislation requiring such liberalization. Rather, the FCC responded to a variety of political pressures and direct petitions from those desiring to offer long-distance service or competitive terminal equipment» (Crandall, 2000, p. 417). Esta es la secuencia:

- a) En EE. UU., las telecomunicaciones se organizaron tradicionalmente también como monopolios estatales, gestionados por empresas privadas en su mayor parte vinculadas a la AT&T (Crandall, 2000, pp. 415 y ss.). El sector era objeto de una intensa regulación por parte de los estados, incluidos los precios, con un amplio régimen de subsidios cruzados (entre llamadas de larga distancia y locales, zonas urbanas y rurales, empresas y particulares).
- b) En 1984, la AT&T fue desmembrada por aplicación de la normativa *antitrust*. La empresa mantuvo las comunicaciones de larga distancia, pero se desvinculó de sus empresas locales, agrupadas en siete *holdings* regionales (Regional Bell Holding Companies), que siguieron prestando el servicio en régimen de monopolio en sus respectivos territorios.
- c) Los terminales fueron liberalizados en 1977 y, poco después, los tribunales validaron la competencia en llamadas de larga distancia (ante la entrada de la MCI).
- d) Finalmente, la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1996 liberalizó las comunicaciones locales e interestatales. Se estableció un régimen de acceso de terceros a las redes, pero se desreguló el cable y los servicios de acceso a internet (Reynolds, 2013, p. 236).

La liberalización del sector es conforme con el modelo de economía de mercado, basado en las *libertades económicas*. No obstante, la ruptura del monopolio se hace inevitable con el espectacular desarrollo

<sup>1</sup> Directiva de la Comisión 88/301/CEE, de 16.5, sobre la competencia en el mercado de estos equipos (DO L 131, de 27-5-1988), derogada por la Directiva 2008/63/CE, de 20-6-2008, relativa a la competencia en los mercados de equipos terminales de telecomunicaciones (DO L 162, de 21-6-2008).

<sup>2</sup> La Directiva de la Comisión 90/388/CEE, de 28-6-1990, sobre competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones.

<sup>3</sup> Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13-3-1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones. (DO L 74, de 22-3-1996), implícitamente derogada por la Directiva de la Comisión 2002/77/CE, de 16-9-2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

tecnológico que sufre el sector a partir de los años ochenta. Las telecomunicaciones son un sector tecnológico en el que los cambios se han sucedido con rapidez, transformándolo profundamente. La liberalización se inició con *redes dedicadas* a tecnologías (fijo, móvil, cable) y servicios (voz, contenidos, datos). Sin embargo, la *convergencia tecnológica* enseguida permitió que todos los servicios pudieran ser prestados a través de las mismas redes. Esto condujo de manera natural a la *convergencia empresarial*. Los grandes operadores se dotaron de redes fijas y móviles, lo que les permitió integrar todos los servicios en su oferta, con frecuencia en paquetes conjuntos (fijo, móvil, contenidos, internet). La creciente sustituibilidad entre comunicaciones fijas y móviles incrementa aún más la competencia en los mercados y favorece la desregulación.

La tecnología no se ha detenido. La digitalización de la economía y de la vida social explica que buena parte de los servicios de la sociedad de la información se presten ahora por grandes plataformas tecnológicas. Con ello, el riesgo para las telecos es ver reducido su papel a la mera provisión de servicios de acceso a internet. No obstante, la propia tecnología puede abrirles la posibilidad de incorporar inteligencia a las redes y, con ello, de prestar nuevos servicios (sanitarios, de movilidad, agrícolas, ambientales, etc.). En el horizonte está también el internet de las cosas, así como la posible reserva de espectro a la industria para su gestión directa por las empresas.

## 2.2. Privatización

La mayor parte de los países no solo ha liberalizado el sector, sino que también ha privatizado sus empresas públicas, que tenían encomendada la prestación del servicio en régimen de derechos exclusivos. No obstante, la normativa de la UE no impone la privatización. De hecho, algunos Estados siguen manteniendo participaciones de control en los antiguos monopolios (Francia, Italia, Alemania, Suiza y ahora, transitoriamente, España).

Eso sí, la competencia requiere que los operadores compitan en igualdad de condiciones (art. 106.1 TFUE). El principio de paridad de trato debe también respetarse en el reconocimiento de cualquier ventaja pública (fiscal, derechos de uso u ocupación del dominio público, etc.)<sup>4</sup>. Con todo, en sectores que dependen tanto de la regulación, el principio de paridad de trato es más fácil de enunciar que de respetar en la práctica.

Por otra parte, no puede dejar de ponerse de manifiesto la asimetría que comporta la política privatizadora y la apertura al exterior de algunos países, mientras que otros siguen dominando a sus empresas y —a través de ellas— adquiriendo el control de empresas de terceros países privatizadas (Laguna, 2023a, pp. 1543-1545).

## 2.3. Regulación

La aspiración de la normativa europea es alcanzar la mayor desregulación posible. En una economía de mercado, la eficiencia económica, la innovación y la satisfacción de los consumidores es el resultado de la libre iniciativa y del mercado. No obstante, un sector estratégico y esencial y con tendencia oligopólica, como son las telecomunicaciones, que implanta infraestructuras en el territorio y utiliza recursos escasos, presumiblemente estará siempre sujeto a regulación. El reto es orientar el sector a la satisfacción de objetivos de interés general, pero interfiriendo en la menor medida posible la dinámica del mercado.

En particular, la regulación se ha orientado a la promoción positiva de la competencia, la garantía del servicio universal y la protección de los consumidores. No obstante —como después veremos—, la política europea se ha olvidado de la competitividad de la industria. La regulación y menor escala de los operadores europeos les sitúa en desventaja frente a sus rivales estadounidenses y asiáticos, que cuentan con mayor capacidad para invertir en investigación y desarrollo (servicios en la nube, inteligencia artificial, semiconductores) (Draghi, 2024, p. 68). Como muestra, en la UE hay 34 operadores móviles de red, lo que contrasta con los 3 de EE. UU. o los 4 de China (Draghi, 2024, p. 69). En el mercado de banda ancha, los tres principales operadores europeos tienen una cuota conjunta del 35 %, mientras que en EE. UU. su cuota es del 66 % y en China del 95 %.

En los últimos años, el mundo ha devenido mucho más inseguro e inestable, lo que obliga a que los factores geoestratégicos y de seguridad nacional cobren mayor importancia en la definición de las políticas públicas. Por ello, la normativa permite limitar la adquisición del control de los operadores de telecomunicaciones por Estados que no sean miembros de la UE o prohibir la implantación de equipos de proveedores de determinados países. Al mismo tiempo, hay que reducir la vulnerabilidad de nuestras redes y servicios frente a posibles ataques, que en un abrir y cerrar de ojos paralizarían nuestra sociedad.

<sup>4</sup> Asunto C-334/03, *Comisión v. R. Portuguesa*, EU:C:2005:623, margs. 32-34.

### 3. INTEGRACIÓN VERTICAL

Las *industrias en red* (telecomunicaciones, energía, transportes, servicios postales), con frecuencia cuentan con elementos difícilmente replicables («bottleneck resources»), debido a su carácter de monopolio natural, la existencia de economías de escala y de alcance o de fuertes barreras a la entrada en el mercado (OECD, 2006). En estos casos, la existencia de un operador verticalmente integrado que domine la infraestructura esencial lleva consigo el riesgo de distorsión de la competencia en los mercados situados *aguas abajo* (Laguna, 2023a, pp. 1249 y ss.). Si no se garantiza que los operadores alternativos tengan acceso a los servicios mayoristas de la empresa propietaria de la infraestructura y en las mismas condiciones que esta aplica a sus propias unidades, inevitablemente se falseará la competencia en los mercados minoristas. En este sentido, con frecuencia la regulación aplica uno u otro grado de separación empresarial.

Las telecomunicaciones son un sector en red, con fuertes barreras de entrada: económicas (es intensivo en capital, con costes hundidos, economías de escala y alcance, efecto red) y naturales (escasez del espectro radioeléctrico). No obstante –a diferencia de los restantes sectores en red, en los que la introducción de la competencia se ha basado en la desintegración vertical del sector–, la UE promovió un modelo de operadores *verticalmente integrados*, basado en empresas que disponen de su propia infraestructura.

El camino para conseguirlo ha sido –y es– la utilización de la regulación sectorial como medio de promoción positiva de la competencia en el sector. En concreto, en caso de que el mercado no funcione en condiciones competitivas, la regulación *ex ante* contempla la imposición del deber de acceso a las redes del operador dominante y, excepcionalmente, medidas de separación empresarial (funcional) –art. 25 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel)–.

El modelo de integración vertical del sector conoce pocas excepciones, como es el caso de Australia (2005), que promovió una red troncal gestionada por un único operador público encargado de prestar servicios mayoristas a todos los operadores. Por su parte, algunos países, aplicaron algún grado de separación: Reino Unido (2005); Italia (2002), funcional; Suecia (2008), y Nueva Zelanda (2007).

Con todo, en los últimos años la regulación de la UE acepta las limitaciones de la competencia en redes, que ya solo promueve hasta donde sea técnica y económicamente eficiente.

Es lo más probable que el mercado mantenga en el tiempo el modelo de integración vertical. No obstante, no puede pasarse por alto que la normativa europea ha acabado reconociendo la existencia de operadores solo mayoristas. Al mismo tiempo, algunos operadores han externalizado sus redes, por más que esta estrategia se deba más a la necesidad de reducir deuda que a una decisión de gestión empresarial. No deja de sorprender que después de décadas de aplicación de una política europea animada por el propósito de que los operadores construyan sus propias redes, el mercado dé lugar a la aparición de operadores de redes que en pocos años pueden alcanzar una capitalización superior a la de los operadores históricos (en agosto de 2020, Cellnex valía en bolsa más que Telefónica). Es difícil saber hasta qué punto estos cambios se vinculan a la delicada situación financiera de las telecos y pueden tener un carácter más o menos coyuntural. No obstante –como decimos–, no es presumible que el sector evolucione hacia la desintegración vertical, que supone cambiar radicalmente el modelo, no crea estímulos para la mejora de la red y fuerza a una regulación permanente.

### 4. ACCESO AL MERCADO

Los controles administrativos o títulos habilitantes solo se justifican en la medida en que sean necesarios. En caso contrario, comportarían una barrera burocrática y una restricción a la libertad económica. Por eso, y con el propósito de *simplificar*, la normativa de la UE prohíbe que el acceso al mercado se haga depender de la previa obtención de un acto administrativo que habilite para el ejercicio de la actividad. En el derecho español, la condición de operador de telecomunicaciones se adquiere con la inscripción en un registro administrativo.

En concreto, los interesados en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas, con anterioridad al inicio de la actividad deben comunicarlo al registro de operadores, sometiéndose a la normativa vigente (art. 6.2 LGTel y art. 5.1 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios). Una vez realizada la notificación, el interesado adquirirá la condición de operador y podrá comenzar la prestación del servicio o la explotación de la red (art. 5.1 del Real Decreto 424/2005).

La inscripción registral puede ser una técnica alternativa a la autorización administrativa en sectores en los que solo se necesita tomar conocimiento de las iniciativas que se ponen en marcha, pero que no se requiere una labor de comprobación previa por parte de la Administración de los requisitos exigidos por la normativa para la realización de una determinada actividad (o cuando dicha comprobación tiene menor complejidad) (Laguna, 2023a, pp. 1177-1179).

En el sector de las telecomunicaciones, la simplificación del acceso al mercado no parece que desproteja el interés público. Hay que tener en cuenta que la nuda condición de operador no tiene un especial potencial dañoso, por lo que tampoco requiere mayores controles. En cambio, se sujeta a la previa intervención de la Administración la implantación de las infraestructuras (licencias urbanísticas y ambientales) y la utilización de recursos escasos (espectro radioeléctrico, numeración). A ello hay que añadir que la tutela del interés general implicado se consigue imponiendo al operador el deber de cumplir la normativa general (urbanística, ambiental) y sectorial, que establece condiciones y límites para el ejercicio de la actividad (requisitos de los equipos, deber de interconexión, derechos de los usuarios, etc.) y prevé la posible imposición de obligaciones de servicio público ante los fallos del mercado. La legislación sectorial protege directamente los derechos e intereses de los consumidores.

## 5. DERECHOS DE USO

### 5.1. Espectro radioeléctrico

El espectro radioeléctrico es un recurso escaso. En la mayor parte de los países, se configura como dominio público estatal, como medio de protección y ordenación del recurso (art. 85.1 LGTel). Su uso se efectúa de acuerdo con la planificación previa, que delimita las bandas y canales atribuidos a cada uno de los servicios. Los usos especiales y privativos están sujetos a autorización o concesión demanial.

El adecuado diseño de los procedimientos, requisitos y condiciones de adjudicación es decisivo. La falta de armonización de la gestión del espectro a nivel de la UE ha permitido a los Estados miembros poner en práctica políticas propias, que en algunos casos han estado orientadas a la maximización de ingresos (BCG-ETNO, 2013, pp. 23-24), sin tomar en cuenta compromisos de inversión (Draghi, 2024, pp. 70-71). Esto contrasta con la política de gestión del espectro aplicada en EE. UU., más favorable a las empresas. «In the US, instead, permanent spectrum ownership and unconstrained auctions allow the possibility for telecom operators to use or freely sell portions of the spectrum» (ibid, p. 70).

A este respecto, hay que tener en cuenta que:

- Los procedimientos de adjudicación basados en el precio (subasta) aportan objetividad, pero tienen contrapartidas (Laguna, 2023a, pp. 1210-1214). La principal es que pueden descapitalizar al sector, como ocurrió en Europa con las subastas UMTS. No hay que olvidar que el objetivo no debe ser obtener ingresos, sino dotar al país de una infraestructura capaz. De ahí que parezca más adecuado exigir compromisos de inversión o de cobertura de red.
- El plazo de adjudicación de derechos de uso debe ser adecuado para que el operador pueda recuperar sus inversiones. La más reciente normativa europea amplía el plazo de disponibilidad del espectro, lo que podría no ser suficiente (Draghi, 2024, p. 75).
- El establecimiento de límites al acaparamiento de derechos de uso trata de mantener una estructura competitiva del mercado. La cuestión es qué límites deberían fijarse. A este respecto, se ha dicho que debería aplicarse solo a operadores con muy sólida posición de dominio (50 % de cuota de mercado) (id).
- En algunos países, se reconoce la *transmisibilidad* de los derechos de uso del espectro, lo que no suele suceder en la práctica, no solo porque los operadores necesitan el recurso para la prestación de sus servicios, sino también porque la cesión potenciaría a sus competidores.

### 5.2. Ocupación del dominio público y la propiedad privada

La normativa facilita la implantación de las redes de telecomunicaciones, reconociendo a los operadores el derecho a la ocupación del dominio público (art. 45 LGTel), lo que no es más que una actualización del viejo principio de accesoria del dominio público respecto del *servicio público*.

La ley también reconoce el derecho a la ocupación de la propiedad privada cuando resulte estrictamente necesario para la instalación, despliegue y explotación de la red, siempre que no existan otras alternativas técnica o económicamente viables (art. 44 LGTel). La ocupación se instrumenta a través de la expropiación forzosa o mediante la declaración de servidumbre forzosa de paso para la instalación, despliegue y explotación de infraestructura de redes públicas de comunicaciones electrónicas.

A ello habría que añadir las exigencias generales derivadas del ordenamiento jurídico, como la de *no discriminación* entre operadores en el reconocimiento de derechos de uso. Así, por ejemplo, la asignación a una empresa de tareas de interés general (mantenimiento y ampliación de infraestructuras de telecomunicaciones) no justifica la discriminación en el otorgamiento de servidumbres de paso<sup>5</sup>.

La regulación también favorece que las empresas utilicen las infraestructuras dedicadas a la prestación de otros servicios públicos (agua, gas, electricidad, metro, alcantarillado). Estas empresas cuentan con redes de distribución de gran capilaridad que, por ejemplo, pueden ser utilizadas para el despliegue de redes de telecomunicaciones. A estos efectos, puede valorarse no solo la disminución del coste económico de implantación de una nueva infraestructura, sino también la menor incidencia que siempre tienen estas actuaciones sobre la vida colectiva (rotura del pavimento, zanja, construcción de la canalización, arquetas y conductos, relleno de la zanja, reposición del pavimento y limpieza de residuos). En concreto, el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, impone el deber de acceso a los propietarios, gestores o titulares de derechos de utilización de infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta velocidad: operadores de telecomunicaciones, operadores de gas, electricidad, calefacción o agua, infraestructuras de transportes (ferrocarriles, carreteras, puertos y aeropuertos). Se incluyen también las infraestructuras de las Administraciones públicas.

En algunos casos, estas redes son de titularidad pública, mientras que en otros son de propiedad privada. En este último supuesto, la imposición del deber del uso compartido –que debería ser económicamente compensado– podría fundamentarse en el privilegio legal que para estas empresas representa el reconocimiento a su favor de una servidumbre legal de paso para el tendido de sus infraestructuras.

### 5.3. Numeración

La numeración es un recurso «limitado» (art. 3.h LGTel) que solo resulta operativo si se sujeta a una adecuada ordenación, planificación y adjudicación de derechos de uso. Todo parece indicar que el Estado ha procedido implícitamente a la reserva de un recurso esencial, en el sentido del art. 128.2 CE –mediante ley «se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales [...]» (De la Quadra, 1998, p. 63)–. Con ello, probablemente, se ha producido también una *demanialización* implícita del bien (Martínez, 2003, pp. 697-699).

La ley encomienda al Gobierno la elaboración de planes de numeración, cuyos derechos de uso son adjudicados por la CNMC a través de procedimientos abiertos, objetivos, no discriminatorios, proporcionados y transparentes (art. 30 LGTel). Los operadores deben garantizar a los usuarios la conservación del número asignado, con independencia del operador que preste el servicio (art. 33 LGTel).

## 6. SUJECIÓN A LA REGULACIÓN GENERAL Y SECTORIAL

En la UE, desde el primer momento la aspiración ha sido alcanzar la mayor desregulación posible<sup>6</sup>. No obstante, la realización de la actividad no sería posible sin regulación, que como hemos visto reconoce a los operadores ventajas (uso del dominio público, beneficio de expropiación forzosa) y les impone deberes (urbanísticos, ambientales, etc.).

A este respecto, la UE ha aprobado también normas de armonización, con el objetivo de aproximar las legislaciones nacionales en materia de infraestructuras y servicios de telecomunicaciones. Se trata de evitar que la disparidad de las legislaciones nacionales dificulte la actuación de las empresas y, con ello, la efectividad del mercado interior.

<sup>5</sup> Asunto C-334/03, *Comisión v. R. Portuguesa*, EU:C:2005:342.

<sup>6</sup> COM (1999) 539 final.

La construcción de infraestructuras de telecomunicaciones se sujeta también a la normativa urbanística y ambiental, que, no obstante, favorece su implantación por considerarlas infraestructuras de interés general. Los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística deben recabar de la Administración General del Estado el oportuno informe sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas (art. 50.2 LGTel). Los planes deben recoger dichas necesidades, garantizar la no discriminación entre operadores y el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el sector.

La legislación impone el deber de interconexión de las redes de telecomunicaciones, lo que garantiza la efectividad del servicio (las llamadas iniciadas en la red fija o móvil de un operador pueden terminar en la de otro) y, con ello, protege a los usuarios. En principio, la interconexión es una medida beneficiosa para todas las redes, ya que les permite ampliar sus prestaciones. Los usuarios pueden acceder a los servicios que se presten a través de otras redes y, con ello, conseguir una más completa capacidad de comunicación. La cuestión es que la situación de competencia perfecta y equilibrada entre redes no siempre se da. Las más grandes tienen menos interés en interconectarse con las más pequeñas, por lo que pueden tratar de negar la conexión con estas con el fin de expulsarlas del mercado. En consecuencia, la normativa suele imponer a los operadores el deber de negociar la interconexión mutua y, en su defecto, prevé la intervención de la autoridad administrativa.

La normativa europea impone el deber de *transparencia* en las condiciones de acceso e interconexión (la llamada oferta de referencia) (art. 18.1.a LGTel), que permite acelerar las negociaciones, evitar litigios y generar confianza en los agentes del mercado en cuanto a la prestación no discriminatoria de servicios. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, se prevé la resolución del conflicto por la autoridad administrativa.

La normativa está basada en el principio de *neutralidad tecnológica* (arts. 3.i y 93 LGTel) (Laguna, 2023a, pp. 431-432). Esto significa que la regulación de las redes debe ser independiente de los servicios que transmitan, lo que no impide tomar en cuenta las diferencias de costes entre unas y otras tecnologías<sup>7</sup>. Además, todas las redes deben estar sujetas al mismo régimen jurídico, salvo las diferencias que puedan venir motivadas por razones de interés general (medio ambiente, salud pública, urbanismo).

A este respecto, hay que tener en cuenta que si no existen razones que lo justifiquen, la regulación no debe favorecer a determinadas tecnologías en detrimento de otras. Como regla, ha de ser el mercado el que decida la tecnología que se utiliza. No hay que olvidar que no siempre es fácil identificar cuál es la mejor tecnología disponible. Más aún, la innovación suele ser el resultado de la competencia entre tecnologías, siempre que exista una adecuada protección de los derechos de propiedad intelectual.

Por eso mismo, el régimen jurídico de los servicios o actividades no debe variar en función de la tecnología o infraestructura utilizada para su prestación, salvo que existan razones objetivas que justifiquen la diferencia. El legislador ha de crear un marco abierto que no limite o condicione la prestación de servicios a través de las distintas infraestructuras o tecnologías, sino que ha de ser el mercado el que decida el medio que resulte más eficiente en cada caso.

## 7. PROMOCIÓN POSITIVA DE LA COMPETENCIA

La liberalización del sector fue acompañada de una intensa regulación sectorial de defensa y promoción de la competencia, que ha contribuido decisivamente a su situación actual. Con todo, la explosión de redes y servicios no se puede explicar sin el cambio tecnológico. Esto hace difícil valorar hasta qué punto el desarrollo del sector se ha visto favorecido o perjudicado por la regulación (Decker, 2023, p. 395). Debido a ello, y como contraste, conviene también tomar en cuenta el modelo de EE. UU., que tras una política inicial de promoción de la competencia acabó desregulando la banda ancha.

### 7.1. Europa: una política sostenida de promoción de la competencia, con mercados muy competitivos y operadores descapitalizados

Desde el primer momento, la UE aplicó una política de promoción positiva de la competencia, basada en el derecho de acceso a las redes. La aplicación de esta política ha dado lugar a mercados muy competitivos,

<sup>7</sup> ECLI:ES:TS:2022:4007, FJ 5.º.

con una cobertura universal y precios bajos, pero con operadores descapitalizados. La fuerte competencia en el sector finalmente ha permitido una mayor desregulación de los mercados, con un marco normativo más sensible a la necesidad de promover las inversiones.

### 7.1.1. Una política sostenida de promoción de la competencia

En Europa, la situación del sector no es solo el resultado del mercado, sino de una *regulación* cuyo objetivo prioritario ha sido generar competencia, al tiempo que garantizaba el servicio universal. Las telecomunicaciones son un sector con fuertes barreras de entrada, económicas y naturales. Al día siguiente de la liberalización, la estructura del mercado seguía dominada por el antiguo monopolio, que disponía de todas las infraestructuras y todos los clientes. El surgimiento espontáneo de la competencia era, pues, improbable.

#### Acceso a las redes, obra civil, edificios y recursos

El impulso a la competencia se ha instrumentado a través de la imposición al operador dominante del deber de acceso a las redes. En su virtud, se reconoce a los nuevos entrantes el derecho a utilizar las infraestructuras del operador dominante a precios regulados cuando el mercado no funcione en condiciones competitivas. En algunos casos, se han fijado precios asimétricos, que tomaban en cuenta la mayor eficiencia del operador histórico respecto de los nuevos entrantes (interconexión a redes móviles).

El deber de acceso se extendió después a las infraestructuras de obra civil o al interior a los edificios, lo que es una medida razonable que promueve la competencia y evita daños a terceros, siempre y cuando se compense debidamente al propietario de la red.

La regulación también puede imponer el acceso mayorista a los recursos necesarios para la prestación de servicios, especialmente cuando sean de titularidad del operador dominante o estén bajo su poder de disposición. Este es el caso de los llamados *móviles virtuales*, que son operadores sin derechos de uso del espectro radioeléctrico, a los que en función de la situación de competencia en el mercado la normativa puede reconocer el derecho a utilizar parte del espectro asignado a un operador. Los móviles virtuales compran al por mayor capacidad de transmisión a las empresas con derechos de uso del espectro, que con mayores o menores elementos de red propia después utilizan para prestar sus servicios a los consumidores finales. En algunos casos, se trata de meros revendedores de servicios. Por eso hay que valorar las ventajas e inconvenientes de su introducción. En un sector muy competitivo no siempre aportan valor y, en cambio, pueden mermar el umbral de rentabilidad de los operadores que invierten en redes. En todo caso, la maduración del mercado ha hecho que en algunos países se retirara la regulación *ex ante*, como es el caso de España.

#### Su aplicación a las redes surgidas en régimen de competencia

La legislación europea de promoción de la competencia no contempla su aplicación exclusiva a las redes de cobre (*legacy networks*), construidas al amparo del régimen de derechos exclusivos de que venía disfrutando el operador histórico (*incumbent*). Se aplican también, por tanto, a las inversiones realizadas ya en un entorno de competencia.

La aplicación del deber de acceso se ha hecho, además, de manera estricta. Hay que tener en cuenta a este respecto que los operadores con infraestructuras propias reclamaron una exención temporal del deber de acceso a las nuevas redes (*regulatory holidays*), lo que les hubiera permitido explotarlas en exclusiva durante algún tiempo y, con ello, recuperar las inversiones. Sin embargo, las autoridades europeas entendieron que la normativa vigente no admitía excepciones, por lo que –si el mercado no funcionaba en condiciones competitivas– debía reconocerse el derecho de acceso de terceros a precios regulados<sup>8</sup>. De hecho, a mediados de 2007 la Comisión Europea abrió un procedimiento por infracción a Alemania a propósito de la modificación de su legislación nacional, que preveía un régimen de excepción para las redes de nueva generación<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> SEC(2007)1843 final, marg. 3.3, 16.

<sup>9</sup> IP/07/889, de 27-6-2007.

### 7.1.2. Mercados muy competitivos y dinámicos y operadores descapitalizados

En una primera aproximación, la liberalización de las telecomunicaciones, el paso del monopolio a la competencia podría considerarse un éxito, con servicios de banda ancha casi universales, mercados muy competitivos crecientemente desregulados, elevados índices de portabilidad, crecimientos de tráfico exponenciales y precios que no dejan de bajar. En particular, España es líder mundial en líneas de banda ancha fija, solo por detrás de Corea del Sur y Japón. Las redes 5G llegan a la mayor parte de la población. Está solo pendiente completar su extensión a las zonas rurales, lo que se facilita un programa de ayudas públicas.

En gran medida, esta situación es resultado de una regulación basada en las libertades económicas, la competencia, el servicio universal, la neutralidad tecnológica y la innovación –«rules matter» (ETNO, 2024, p. 4)–. El problema es que la regulación que ha favorecido la competencia también ha debilitado a los operadores en sus respectivos mercados domésticos –en España, el operador histórico ha perdido más del 60 % de cuota de mercado–. Una regulación que obliga a compartir la innovación con los competidores, a los precios fijados por la Administración, deja muy poco margen para diferenciar servicios. No hay más alternativa que competir en precios, que no dejan de bajar. El resultado es que las telecos europeas apenas tienen retorno por sus inversiones, o lo que es lo mismo, no ganan suficiente dinero y se descapitalizan. En Europa, los ingresos por suscriptor y el gasto de capital per cápita son menos de la mitad de los niveles de EE. UU. y Japón.

En concreto, en la última década la capitalización del sector europeo cayó de media un 41 % (Draghi, 2024, p. 73). Las empresas europeas valen ahora dos veces y media menos que las empresas estadounidenses, cuyo valor en bolsa se ha incrementado en dicho período. La excepción es Deutsche Telekom, cuyo incremento de valor se explica por haber comprado el tercer operador móvil de EE. UU., en un mercado muy concentrado y con precios muy altos, que le permiten obtener buena parte de sus ingresos.

Los precios más bajos en Europa han beneficiado a los ciudadanos y las empresas, pero también han reducido la rentabilidad de la industria y, como consecuencia de ello, los niveles de inversión en Europa, incluida la innovación de las empresas de la UE en nuevas tecnologías más allá de la conectividad básica (ibid., p. 69).

Dinamismo del sector: cambio tecnológico y creciente importancia de los prestadores de servicios on line

La regulación debe ser adecuada, necesaria y proporcionada, lo que exige tomar en cuenta que las telecomunicaciones son un sector tecnológico sujeto a un cambio permanente.

El dinamismo del sector obliga a los operadores a continuas inversiones en redes, servicios y contenidos. En los últimos años, la cadena de valor se ha desplazado a los operadores en línea. La tecnología permite la desvinculación de redes y servicios. Esto hace que los operadores en línea (OTT) presten un número creciente de servicios (software, computación, gestión, almacenamiento, inteligencia artificial, etc.), o lo que es lo mismo, puede reducir el papel de las telecos a la mera provisión de acceso a internet (ISP).

Los operadores ven también amenazada su posición en el mercado de redes. Han aparecido operadores solo mayoristas, en cuyo capital suelen estar grandes fondos internacionales que invierten o compran redes de menor capilaridad. Como hemos avanzado, es presumible que el modelo de operadores verticalmente integrados, impulsado por las autoridades europeas, se mantenga en el tiempo. No obstante, nadie sabe si la aparición de operadores solo mayoristas (como los gestores de torres) será coyuntural (las telecos necesitan reducir deuda) o se consolidará.

Está también por ver hasta qué punto las *big tech* van a seguir invirtiendo en infraestructuras (no solo en cables submarinos) o prestando servicios directamente vinculados a estas (Amazon planea ofrecer servicios de telefonía móvil de bajo coste en EE. UU.). La industria también podría gestionar directamente el internet de las cosas, prescindiendo de los operadores de telecomunicaciones.

Al mismo tiempo, la tecnología puede transformar las redes –«digital networks are undergoing a transformation where connectivity infrastructure is converging with cloud and edge computing capabilities»–<sup>10</sup>. En este contexto, como reacción, las telecos están tratando de llevar *inteligencia* a las redes, lo que las permitiría prestar servicios de valor añadido (sanitarios, de movilidad, agrícolas, ambientales, etc.).

<sup>10</sup> Comisión Europea (2024, 21 de febrero). White Paper. How to master Europe's digital infrastructure needs? <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/white-paper-how-master-europes-digital-infrastructure-needs>

### 7.1.3. Mercados más desregulados y una normativa más sensible a la promoción de las inversiones

La regulación *ex ante* solo se justifica en mercados no competitivos

La promoción de la competencia no es un objetivo en sí mismo, sino un remedio que puede ser aplicado cuando el mercado no ofrezca una situación competitiva. No hay que olvidar que la normativa está presidida por el propósito de alcanzar la mayor desregulación posible<sup>11</sup>. La regulación *ex ante* debe reducirse a medida que los mercados vayan siendo competitivos, hasta «conseguir, en último término, que las comunicaciones electrónicas se rijan tan solo por el Derecho de la competencia»<sup>12</sup>.

A estos efectos, se encomienda a las autoridades nacionales el periódico análisis del mercado, con la finalidad de verificar si se desarrolla en condiciones de competencia efectiva (art. 16 LGTel). En caso de que el mercado no sea competitivo, se prevé la imposición de obligaciones especiales a los operadores con poder de mercado (regulación *ex ante*).

La promoción positiva de la competencia puede ser necesaria en la fase inicial de liberalización del sector o, con más dudas, en zonas del territorio en las que la competencia no sea factible. Ahora bien, si se perpetúa, puede no incentivar las inversiones de los nuevos entrantes y desincentivar las de los operadores establecidos. Si lo que se pretende es crear infraestructuras alternativas, la regulación debe incentivar las inversiones de los nuevos entrantes. De hecho, el derecho de acceso, desde el principio, se configuró como una medida para que los nuevos operadores construyeran sus propias infraestructuras.

De acuerdo con una conocida hipótesis económica, el desarrollo del mercado se explicaba a partir del símil de una «escalera de inversión», que –peldaño a peldaño– había de conducir a que los nuevos entrantes acabaran construyendo sus propias infraestructuras (ladder of investment o ladder of infrastructure construction). Los operadores alternativos necesitaban pasar por una cadena de servicios, cuyo primer escalón era el acceso mayorista regulado (reventa de servicios). Adquirida la suficiente masa crítica de clientes, los nuevos entrantes podrían construir sus propias redes. El objetivo era alcanzar una situación de competencia en infraestructuras hasta donde sea económicamente factible, que es lo que se entiende que permite la diferenciación del producto, garantiza una competencia sostenible y una mayor penetración del servicio.

El funcionamiento de este modelo, como decimos, requiere crear estímulos para que los operadores no se detengan en los primeros escalones, o mejor, hay que trasladarles la presión de tener que progresar en la cadena que conduce a la creación de redes propias (ladder of investment) (Ariño y López de Castro, 2001, pp. 30-31). Esto puede conseguirse con señales tarifarias (precios dinámicos, que se incrementan con el tiempo) o con plazos de carencia (sunset clauses) (ERG, 2006, p. 18). El acceso a las redes debe, pues, tener carácter temporal.

La mayor parte de los mercados han sido desregulados

La progresiva maduración del sector explica que la mayor parte de los mercados hayan sido desregulados. A este respecto, hay que tener en cuenta que existe una pluralidad de operadores de red, así como de empresas que prestan sus servicios utilizando infraestructuras ajenas. Los accesos de banda ancha se han generalizado, con servicios de internet, telefónicos y audiovisuales que frecuentemente se venden empaquetados. La convergencia cada vez es mayor. Los móviles resultan crecientemente sustitutivos de los fijos, como también pueden serlo los servicios prestados a través de internet (over-the-top).

El resultado es que en España, en menos de dos décadas, los mercados susceptibles de regulación *ex ante* han pasado de dieciocho mercados, mayoristas y minoristas (Recomendación de 2003), a solo dos mercados mayoristas (Recomendación de 2020). En la actualidad, la intervención se limita a algunos mercados mayoristas, al acceso a las infraestructuras de obra civil (lo que facilita el despliegue de nuevas redes) y a las infraestructuras en el interior de los edificios.

La desregulación se ha facilitado también por un análisis más preciso del mercado geográfico relevante. Con el tiempo, los reguladores sectoriales abandonaron la delimitación nacional del mercado, que no tenía justificación, ya que las condiciones de competencia son muy distintas en las zonas urbanas y rurales. Esto

<sup>11</sup> COM (1999) 539 final.

<sup>12</sup> Cdo. 29 de la EM de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11-12-2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

ha permitido un análisis más ajustado de las condiciones de competencia en las distintas partes del territorio. En los núcleos urbanos, se ha generado una intensa competencia en infraestructuras, que permite su desregulación. En un entorno competitivo y desregulado (allí donde existen tres redes fijas alternativas), los nuevos entrantes tienen capacidad negociadora para llegar a acuerdos de acceso con los propietarios de las redes. Al mismo tiempo, las obligaciones de servicio público aseguran la cobertura universal del servicio.

La normativa es más sensible a la necesidad de incentivar las inversiones

La nueva regulación europea, aprobada a finales de 2018, es también más sensible a la necesidad de favorecer las inversiones en infraestructuras.

La implantación de redes se puede facilitar con una menor incidencia en la competencia mediante la imposición del acceso a la obra civil (conductos), bajo condiciones y precios razonables, que la legislación no limita a las empresas del sector, sino que lo extiende a las demás empresas de servicios (gas, electricidad, calefacción, agua) y de redes (ferrocarril, carreteras, puertos, aeropuertos). La clave está en fijar un precio adecuado. El propietario de la infraestructura no puede prevalerse de su posición de dominio, pero el regulador tampoco debe fijar un precio insuficiente, que no tome en cuenta todos los costes asociados a la red.

Mientras se mantengan, las obligaciones de acceso deben tomar «*debidamente en cuenta los riesgos en que incurren las empresas inversoras*» (cursiva añadida)<sup>13</sup>.

Aunque la obligatoriedad de la concesión de acceso a la infraestructura de la red es justificable como instrumento para aumentar la competencia, las autoridades nacionales de reglamentación han de llegar a un equilibrio entre el derecho del propietario de una infraestructura a la explotación de la misma en beneficio propio y el derecho de otros proveedores de servicios competidores a acceder a recursos que resulten esenciales para el suministro de sus servicios<sup>14</sup>.

Los acuerdos de compartición de infraestructuras pueden ser también una solución eficiente, siempre que no den lugar a la coordinación de comportamientos (Laguna, 2014, pp. 357 y ss.). De hecho, en España, los principales operadores de telecomunicaciones han llegado a acuerdos de compartición de infraestructuras.

Las empresas han llegado al convencimiento de que «se ha desplegado mucha más fibra de la necesaria ya que el mercado contaba a finales de 2023 con 78,7 millones de accesos a fibra óptica, aunque hay solo unos 25 millones de hogares primarios y 15,3 millones de clientes. Por tanto, no se quiere desperdiciar más dinero con la construcción de redes en paralelo y todos están convencidos que es mejor compartir que solaparse»<sup>15</sup>. «Se trata de no caer en los errores del pasado y no duplicar inversiones, es decir, no gastar dinero en desplegar redes nuevas donde ya existan otras, aunque sean de los rivales»<sup>16</sup>.

En los análisis más recientes se encuentran también llamadas de atención acerca de la necesidad de corregir la política a ultranza de promoción positiva de la competencia mantenida hasta ahora, en un momento en el que se requieren nuevas inversiones: «Today, in a European market with more than 100 operators, keeping the focus only on proentrant regulation, would be detrimental for a technology switch towards advanced networks that require massive investments. In the mobile markets, where access is not regulated, an antitrust approach focused on market entry when evaluating mergers led to the same result» (Letta, 2024, p. 52).

En este sentido, no faltan propuestas a favor de una mayor desregulación del sector, que –se entiende– debe limitarse a combatir prácticas anticompetitivas: «Reduce country-level *ex ante* regulation, which disincentivises investments and risk-taking, and favour rather *ex post* competition enforcement in cases of abuse of dominant position or other anticompetitive conducts» (Draghi, 2024, p. 75).

<sup>13</sup> Art. 3.4.d) de la Directiva (UE) 2018/1972.

<sup>14</sup> Cdo. 189 de la EM de la Directiva (UE) 2018/1972.

<sup>15</sup> *Expansión* (2024, 4 de agosto). De la necesidad, virtud: se cierra el triángulo de pactos de la fibra en España. <https://www.expansion.com/empresas/tecnologia/2024/08/04/66afd844468aebf2758b4598.html>

<sup>16</sup> *Expansión* (2024, 9 de diciembre). La crisis obliga a las «telecos» a pactos masivos para compartir redes. <https://www.expansion.com/empresas/tecnologia/2024/12/09/6756d8a2468aebd9148b4586.html>

## 7.2. Estados Unidos: promoción inicial de la competencia y desregulación de la banda ancha

En EE. UU., la introducción de competencia en el sector se produce en 1984, con la *desintegración* de la AT&T en siete Regional Bell Operating Companies, que funcionaban como monopolios locales y competían en llamadas de larga distancia (Decker, 2023, p. 392). Hubo que esperar a la Ley de Telecomunicaciones de 1996 para la introducción de competencia en llamadas locales. La regulación impuso también a los operadores históricos (incumbents) deberes de acceso, control de precios y no discriminación.

No obstante, las empresas de cable quedaron exentas del deber de acceso. El argumento utilizado fue que los servicios de acceso a internet no eran servicios de telecomunicaciones, sino de la sociedad de la información, que –en cuanto tales– están desregulados. Frente a ello, la Corte de Apelación del Noveno Circuito calificó el cable como servicios de telecomunicaciones, lo que –de acuerdo con la normativa vigente– suponía su consideración como *common carriers*, al igual que las empresas telefónicas (Crawford, 2013, pp. 55-56). Con ello, se sujetaban a los deberes de interconexión y no discriminación. A continuación, en un *declaratory ruling*, la FCC calificó los servicios de cable como de información, lo que suponía su desregulación. Por último, en 2005, el Tribunal Supremo (asunto Brand X) consideró que la legislación dejaba al organismo regulador margen para decidir si debía calificar el cable como un *common carrier*. La consecuencia es que no se consideraron tales y, por tanto, no quedaron sujetos a deberes de acceso e interconexión a precios razonables (Gilroy, 2008, pp. 2-3).

Además, desde 2003, la FCC desreguló las redes de fibra (Decker, 2023, p. 391). El deber de acceso no se aplicó a las redes de nueva generación, con el propósito de incentivar las inversiones (regulatory forbearance). Esto explica que el debate sobre el principio de neutralidad de la red sea especialmente virulento en EE. UU., con opciones políticas claramente contrapuestas<sup>17</sup>. Desde 2010, se han producido continuos cambios en la política de la FCC, en consonancia con el Gobierno de turno.

Es difícil hacer valoraciones globales. El panorama puede ser un mercado muy concentrado, con precios elevados, en el que la mayor parte de la población tiene una limitada capacidad de elección entre proveedores de acceso a internet, a una velocidad limitada. La cobertura del servicio universal es también deficiente (Bredbenner, 2023). La otra cara de la moneda es que, en un sector que depende del progreso tecnológico, las telecos están mejor dotadas que las empresas europeas para invertir en innovación. En particular, las comunicaciones móviles se benefician de la gran dimensión del mercado estadounidense, en el que solo operan tres empresas de ámbito nacional (la mayor parte de los ingresos de Deutsche Telekom proceden del mercado estadounidense).

## 8. GARANTÍA DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y DERECHOS DE LOS USUARIOS

### 8.1. Obligaciones de servicio público: servicio universal

El funcionamiento del mercado también tiene sus limitaciones. La experiencia enseña que la iniciativa privada, por sí misma, no satisface determinadas prestaciones, debido a su falta de rentabilidad. Es, pues, preciso aplicar una intervención pública correctora, que asegure su efectividad, especialmente, en el caso de servicios esenciales. Estos últimos son actividades con garantía pública: los servicios de interés económico general «se diferencian de los servicios ordinarios en que los poderes públicos consideran que deben prestarse incluso cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlo»<sup>18</sup>.

La normativa contempla el posible establecimiento de obligaciones de servicio público. Entre estas destaca el servicio universal, que se define como el conjunto de servicios cuya prestación se garantiza a todos los usuarios finales, con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible (art. 37.1, párr. 1.º, LGTel).

La prestación del servicio universal debe realizarse en base al principio de indemnidad patrimonial del operador encargado de llevarlo a cabo. En consecuencia, es preciso determinar si la prestación del servicio entraña o no un coste neto para el operador. A este respecto, la normativa encomienda a la autoridad

<sup>17</sup> *The Economist* (2017, 22 de abril). Another debate about net neutrality in America. The new head of the FCC will roll back Obama-era rules. <https://www.economist.com/business/2017/04/22/another-debate-about-net-neutrality-in-america>

<sup>18</sup> Comisión Europea (2001). Comunicación de la Comisión. Los servicios de interés general en Europa. (2001/C 17/04, marg. 14). Diario Oficial n.º C017 de 19-01-2001 (pp. 4-23). [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52001XC0119\(02\)&from=MT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52001XC0119(02)&from=MT)

sectorial verificar si la obligación de prestación del servicio universal puede implicar una *carga injusta*<sup>19</sup> para los operadores a los que se encomiende esta tarea (art. 42.2 LGTel). Lo relevante es determinar si la prestación del servicio entraña un coste neto para el operador, una vez valoradas las compensaciones (económicas y de otro tipo) que éste pueda recibir.

A este respecto, hay que tener en cuenta que la financiación pública solo debe extenderse a las prestaciones incluidas en el servicio universal. Esto no quita para que las restantes prestaciones, eventualmente, puedan recibir ayudas públicas por otros conceptos<sup>20</sup>. El mecanismo de financiación no ha de suponer ventajas ni desventajas competitivas para el beneficiario (neutralidad competitiva). En lo posible, tampoco debe favorecer a una tecnología respecto de otra. Las ventajas recibidas por la empresa han de ser estrictamente compensatorias de las cargas que asuma un operador eficiente con la prestación del servicio, en la medida en que no sean retribuidas por los consumidores. En definitiva, la empresa ha de recibir el coste neto de prestación del servicio, incluido el razonable beneficio industrial. De no ser así, las aportaciones públicas tendrían la consideración de ayudas, cuya compatibilidad con el derecho de la UE habría que contrastar. Además, estas aportaciones suplementarias podrían favorecer subvenciones cruzadas a favor de otras actividades desarrolladas por la propia empresa.

Con todo, el problema de fondo es establecer el coste real del servicio<sup>21</sup>. A este respecto, se ha destacado la ventaja que comportan los sistemas que prevén una licitación por la prestación del servicio universal, frente a los que descansan sobre la fijación administrativa del coste neto de la actividad (Gérardin y Kerf, 2003, p. 322). Con frecuencia, las normas concretan los criterios que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del coste neto del servicio.

La financiación del servicio universal no debe contribuir a la perpetuación de la intervención pública, sino que –en lo posible– debe tender a que la actividad sea prestada por la libre iniciativa. A estos efectos, la financiación de las obligaciones de servicio público debe tratar de minimizar las barreras de acceso al mercado por parte de terceros operadores. Además, el mecanismo de financiación ha de incluir incentivos que fomenten una prestación eficiente e innovadora del servicio universal, con el fin de garantizar su prestación al menor coste posible, limitando los posibles efectos negativos sobre el mercado y las inversiones que puedan derivarse de unos costes más elevados de lo necesario (art. 48.1 del Real Decreto 424/2005). En las zonas de alto coste, podrá limitarse la financiación pública a favor de un único operador.

Es frecuente que la financiación del servicio universal se traslade a los operadores del sector, en su caso, complementada con ingresos públicos. A estos efectos, suele preverse la constitución de un fondo directamente gestionado por la autoridad sectorial o por el ministerio competente por razón de la materia. En este sentido –en el sector de las telecomunicaciones–, el ordenamiento jurídico español ha tomado la decisión de financiar el servicio universal a través de un fondo, alimentado por las aportaciones de los operadores del sector. Las aportaciones recibidas se depositarán en el Fondo Nacional del Servicio Universal (art. 42.5 LGTel y art. 50 del Real Decreto 424/2005), que, como su propia denominación sugiere, tiene por finalidad garantizar la financiación del servicio universal.

La legitimidad de esta forma de financiación del servicio universal puede ser cuestionada (Carlón, 2007, p. 310). La pregunta es: ¿por qué se hace recaer sobre los operadores el coste de una política que busca la cohesión territorial y social del país, que beneficia al conjunto de sus habitantes, y, que, por tanto, es a ellos a quienes corresponde correr con su financiación? La única razón que podría justificar la asunción de dicha carga es que se entendiera la compensación debida por una situación privilegiada de que aquellos pudieran disfrutar (derechos exclusivos o especiales). Además, la financiación del servicio universal por parte de los operadores tiene el efecto perverso de disociar el sujeto que toma la decisión de extender el servicio de aquellos a los que incumbe su financiación (Soria, 2003, pp. 122-123). Con todo, la financiación del servicio universal por parte de los operadores, inevitablemente, acabará repercutiéndose –vía precios– a los usuarios.

La financiación debe repartirse entre el conjunto de los operadores. No obstante, en ocasiones, la normativa exonera de dicha carga a las empresas con menor volumen de negocios. El reparto del coste neto entre los operadores obligados deberá hacerse con arreglo a criterios objetivos, proporcionales y no discriminatorios. La procedencia y cuantificación del coste neto del servicio universal (telecomunicaciones), así

<sup>19</sup> Asunto C-494/21, *Eircom*, EU:C:2022:867, marg. 54.

<sup>20</sup> EM de la Directiva 2008/6/CE, Cdo. 30.

<sup>21</sup> ECLI:ES:TS:2017:3099, FJ 3.º.

como la determinación de los operadores con obligación de compensación o compartir tal coste y la cuantía de sus obligaciones, debe hacerse según la normativa vigente en el momento en que nacen tales derechos y obligaciones<sup>22</sup>.

## 8.2. Derechos de los usuarios

El mercado, la libre competencia y las obligaciones de servicio público son la principal salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores (Rodríguez, 2010, p. 838). Sin embargo, no es suficiente. Los servicios de telecomunicaciones involucran a derechos fundamentales (intimidad, tratamiento de datos personales) (arts. 56 y ss. LGTel), que deben ser respetados. Además, es preciso proteger la libertad de elección y los derechos e intereses económicos de los usuarios. A estos efectos, en general, no basta con la normativa general de defensa de los consumidores y usuarios. La legislación sectorial suele incluir normas específicas que fortalezcan o concreten los derechos de los usuarios (portabilidad, desconexión de servicios, transparencia, etc.) (arts. 64 y ss. LGTel).

La normativa también prevé mecanismos de solución de conflictos entre operadores y usuarios (art. 78 LGTel). A este respecto, hay que tener en cuenta que la carga de tener que entablar un proceso para defender los propios intereses resulta demasiado gravosa para la mayor parte de los consumidores. De ahí que la normativa contemple procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos, así como la intervención arbitral de la Administración, en los casos en que las reclamaciones de los consumidores no hayan encontrado la satisfacción debida.

## 9. ESTRUCTURA DEL MERCADO

Los cambios tecnológicos y la intervención pública han favorecido el desarrollo de la competencia en un sector que tiene una natural tendencia oligopólica. No hay que olvidar que las telecomunicaciones son un sector intensivo en capital, que requiere continuas inversiones, debido al creciente uso de las redes y a los incesantes avances tecnológicos. Por ello, las empresas requieren operar a gran escala para alcanzar masa crítica de clientes. De hecho, los operadores europeos argumentan que necesitan adquirir mayor tamaño, para ser más eficientes y tener mayor capacidad de innovación (ETNO, 2024, pp. 19-21).

En esta línea están también los más recientes informes sobre el sector (Letta, 2024, p. 55), que destacan que una regulación europea excesivamente preocupada por la generación de competencia dificulta el grado de consolidación del sector que requiere el funcionamiento eficiente del mercado. A este respecto, resultan particularmente expresivas las palabras del informe Draghi:

Studies suggest that the EU is above the optimal number of operators in the telecom sector, also due to its capital intensity, and that industrial policies have the potential to promote further consolidation without necessarily leading to price increases for consumers (...). Regulation and competition policy in the telecom sector have in fact disincentivised consolidation, favouring a multiplicity of smaller players in each market. In the EU, «*ex ante*» regulation –e.g. to prevent undesirable price effects– and EU and national competition policies have all favoured a plurality of players and low consumer prices. The industry structure has been progressively affected, leading to the prevention or reversal of the consolidation across Member States in favour of single-country investors or private ventures. In the US, on the other hand, «*ex-post*» regulation –e.g. competition enforcement in case of collusion or concerted practices– has allowed consolidation to occur, with the result that both in the US and China a few large operators serve hundreds of millions of citizens each (...). New and non-investment-based operators have been supported and remedies imposed upon attempts to consolidate the market into larger players. This has led to the creation of additional smaller players, reducing or eliminating the benefits of consolidation (Draghi, 2024, pp. 69-70).

Hay tres vías a través de las que los operadores europeos podrían adquirir mayor escala: concentraciones transfronterizas en el mercado interior europeo; su expansión internacional, y su consolidación en los mercados nacionales.

<sup>22</sup> ECLI:ES:TS:2019:575, FJ 4.º.

### 9.1. Mercado interior europeo

El mercado interior debería dar lugar a la formación de operadores de dimensión europea. Sin embargo, el mercado europeo sigue sin ser efectivo. Bajo el paraguas de una misma normativa, los mercados siguen siendo nacionales. La mayor parte de ellos tienen entre tres y cinco operadores principales. Solo unas pocas empresas están presentes en varios países, pero, como decimos, operando en mercados nacionales. Además, como hemos visto, en algunos casos los Estados siguen teniendo participaciones de referencia en los antiguos monopolistas (Francia, Alemania e Italia y, ahora coyunturalmente, España), lo que les permite ejercer una influencia dominante sobre ellos y, por tanto, deben ser calificados como empresas públicas. A ello hay que añadir la existencia de muchas empresas locales de reducido tamaño (en móviles, más de cien). La consecuencia de todo ello es que los operadores no consiguen economías de escala, que les permitan reducir costes e invertir en innovación.

En consecuencia, la creación de valor dentro de estos mercados nacionales es insuficiente, lo que deprime la inversión en redes avanzadas, esencial para un panorama económico competitivo. Ante este panorama, el mero establecimiento de un mercado único no produciría un resultado discerniblemente diferente a menos que facilite el crecimiento de los operadores. Este crecimiento es imprescindible para lograr economías de escala y de alcance que permitan reducir costes y fomentar la innovación: «Given this scenario, the mere establishment of a Single Market would not yield a discernibly different outcome unless it facilitates the growth of operators. Such growth is imperative to achieve economies of scale and scope, enabling cost reduction and fostering innovation» (Letta, 2024, p. 55).

No obstante, la superación de esta situación no está a la vista, por tres razones:

- Las fuertes barreras de entrada que tiene el sector (espectro, autorizaciones, normas urbanísticas y ambientales, etc.) dificultan la entrada de las telecos en mercados vecinos. Además, como decimos, no se trata tanto de multiplicar el número de operadores, sino de que estos ganen tamaño, para que puedan ser más eficientes y tengan mayor capacidad de innovación.
- La forma más sencilla de entrar en un mercado foráneo es a través de concentraciones transnacionales. No obstante, la adquisición de empresas se ve dificultada por la falta recursos económicos de los operadores, que se han descapitalizado en los últimos años. El *riesgo regulatorio* puede verse también como un riesgo para aquellos operadores que deciden entrar en el mercado sin el beneplácito del Gobierno.
- A ello hay que añadir que las concentraciones transnacionales tienen menor interés para las empresas debido a que las economías de escala se producen en las redes de acceso (ETNO, 2024, pp. 19-21). Las únicas ventajas que podría obtener un operador en un proceso de concentración transnacional es el ahorro de costes derivado de la centralización de algunos servicios horizontales.

### 9.2. Mercados internacionales

Los operadores también pueden ganar tamaño entrando en mercados de terceros países. De hecho, en los primeros años de la liberalización del sector los operadores europeos tuvieron una importante presencia en mercados foráneos, que en parte han tenido que revertir. No obstante, la expansión internacional es una operación difícil y arriesgada por las siguientes razones:

- La mayor parte de los países siguen considerando las telecomunicaciones como un sector estratégico, lo que dota a los Gobiernos de herramientas para frenar operaciones que entiendan contrarias al interés general. En la práctica, sin embargo, en muchos casos, simplemente tienden a proteger a sus empresas.
- Los mercados menos maduros son también más inestables políticamente, lo que en sectores con fuertes costes hundidos representa un gran riesgo.
- A ello hay que añadir que la competencia desleal y las interferencias políticas son también un riesgo en un sector globalizado. Los operadores de otras latitudes pueden contar con ventajas de sus respectivos Estados o con la financiación ilimitada que les proporcionan fondos soberanos.

### 9.3. Mercados nacionales

Los operadores de telecomunicaciones argumentan que las autoridades europeas deberían permitir *una mayor consolidación de los mercados nacionales*, que, como hemos avanzado, es donde se encuentran

las economías de escala. Sin embargo, hasta ahora las autoridades de defensa de la competencia han dificultado las concentraciones empresariales dentro del mismo mercado.

Es difícil saber hasta qué punto se está abriendo paso una postura más favorable a permitir una mayor consolidación en los mercados nacionales. A este respecto, hay que tener en cuenta que la prohibición de la Comisión Europea a la fusión entre O2 y Hutchinson fue anulada por el Tribunal de Justicia por no haber demostrado sus efectos nocivos para la competencia<sup>23</sup>, pero ya no tuvo vuelta atrás. Más recientemente, las autoridades europeas autorizaron la fusión de Orange y Más Móvil, que cambia el mercado español, como también lo hacen las desinversiones –y su destino– a las que se condiciona la operación. Es como si el árbitro no se limitase a arbitrar, sino que tuviera también la capacidad de decidir el resultado que se entienda más conveniente para la propia competición.

En este contexto, no puede dejar de advertirse que *la tarea más difícil que puede asumir un regulador es la de configurar la estructura del mercado*. Entre otras cosas porque nadie sabe cuál es el número ideal de operadores para conseguir una mayor eficiencia. La salud del sector no necesariamente viene determinada por un mayor número de operadores ni porque todos ellos tengan cuotas de mercado equilibradas, si eso no es resultado del propio mercado, sino de una regulación que potencia a unos y limita a otros. Como venimos razonando, en un mundo globalizado la regulación debe también procurar que los operadores tengan una dimensión suficiente, que les permita ser competitivos a nivel internacional, ya que en caso contrario no solo no podrán invertir en innovación, sino que podrán ser fácilmente adquiridos por empresas foráneas. La cuestión es que en un mercado ya concentrado, aunque se produzca, la consolidación en los mercados nacionales, por fuerza, tiene que ser limitada.

## 10. TELECOS Y GRANDES TECNOLÓGICAS

La política de promoción positiva de la competencia ha conseguido que el sector de las telecomunicaciones cuente con una pluralidad de operadores que prestan sus servicios a través redes alternativas en mercados muy competitivos, crecientemente desregulados y a precios bajos. La cuestión es que el incremento de capacidad de las redes, de tráfico y de clientes no se traduce en mayores ingresos para las telecos, que apenas obtienen retorno de sus inversiones. Esta situación contrasta con la de las grandes empresas tecnológicas (Netflix, Google, Facebook, Microsoft, Apple, Amazon), cuyos contenidos aportan valor a la red, pero que también hacen un uso más intensivo de ella (más de la mitad del ancho de banda), lideran el desarrollo tecnológico, los ingresos y la capitalización bursátil. En este contexto, por distintas vías se plantea la posibilidad de que las empresas tecnológicas paguen por el uso de la red.

### 10.1. Deber de imparcialidad en la gestión de la red: *net neutrality*

El principio de *neutralidad de la red* (*net neutrality*) obliga a tratar todo el tráfico que circula por internet en igualdad de condiciones, con el propósito de mantener su carácter abierto. La estricta aplicación de este principio impediría a las telecos cobrar a las empresas prestadoras de servicios on line (OTTs) por el ancho de banda que utilizan para la prestación de sus servicios. Las empresas de telecomunicaciones, propietarias de la red de acceso, reclaman el derecho a gestionar sus infraestructuras, lo que les permitiría garantizar a los prestadores de servicios *on line* determinados niveles de calidad del servicio a cambio de un precio. En cambio, apelando al principio de neutralidad de la red, las empresas de servicios *on line* advierten de que ello acabaría con el carácter abierto de internet, lo que echaría a perder todo el potencial de innovación y participación que han sido sus señas de identidad desde sus comienzos.

En EE. UU., el principio de neutralidad de la red es un auténtico avispero, que enfrenta a republicanos y demócratas desde hace lustros. La política de la FCC cambia de sentido en función del partido político gobernante (Bredbenner, 2023).

En cambio, en Europa la neutralidad de la red no ha dado nunca lugar a una particular discusión<sup>24</sup>. Entre otras razones, por la existencia de una competencia real en el acceso a internet. El objetivo es ahora construir redes de muy alta capacidad, que presumiblemente diluirán aún más la cuestión. En este marco,

<sup>23</sup> Asunto T-399/16, *CK Telecoms UK Investments v. Comisión*, ECLI:EU:T:2020:217.

<sup>24</sup> Asuntos acumulados C-807/18, C-39/19, *Telenor Magyarország*, EU:C:2020:708.

la normativa europea protege el carácter abierto de la red, pero también permite a los operadores de telecomunicaciones la gestión razonable de sus infraestructuras.

La normativa reconoce el derecho a una internet abierta, que garantiza el acceso de los usuarios a la información y contenido que circula en la red (art. 3.1 del Reglamento UE 2015/2120)<sup>25</sup>. A estos efectos, los proveedores de acceso a internet deben tratar todo el tráfico de manera equitativa, sin discriminación, restricción o interferencia, e independientemente del emisor y el receptor, el contenido, las aplicaciones o servicios utilizados o prestados, o el equipo terminal empleado (ibid. art. 3.3). Así se entendió que la aplicación de una «tarifa cero», que no computaba como consumo de datos el tráfico con destino a determinadas aplicaciones asociadas, comportaba una distinción en el tráfico de internet según razones comerciales<sup>26</sup>.

No obstante, al mismo tiempo la normativa permite a los proveedores de acceso a internet aplicar medidas razonables de gestión del tráfico, siempre que sean transparentes, no discriminatorias y proporcionadas:

- Estas medidas no pueden basarse en consideraciones comerciales, sino en requisitos objetivos para categorías específicas de tráfico. En particular, no podrán bloquear, ralentizar, alterar, restringir, interferir, degradar ni discriminar entre contenidos, aplicaciones o servicios concretos o categorías específicas.
- Los proveedores podrán ofrecer servicios optimizados para contenidos, aplicaciones o servicios cuando precisen de un nivel de calidad específico (ibid. art. 3.5). Estos servicios no podrán ir en detrimento de la disponibilidad o de la calidad general de los servicios de acceso a internet para los usuarios finales.
- De acuerdo con el principio de transparencia, los proveedores de servicios de acceso a internet deben informar a los usuarios de cómo podrían afectarles las medidas de gestión del tráfico que apliquen (ibid. art. 4).
- Las autoridades nacionales deben velar por la disponibilidad permanente de un acceso a internet no discriminatorio, con niveles de calidad que reflejen los avances de la tecnología (ibid. art. 5). A estos efectos, podrán imponer requisitos relativos a las características técnicas, requisitos mínimos de calidad del servicio y otras medidas a uno o varios proveedores.
- Además, el servicio universal reconoce a todos los consumidores el derecho de acceso a servicios de internet de banda ancha, a un precio asequible<sup>27</sup>. El ancho de banda mínimo será definido por cada Estado miembro, con la finalidad de garantizar a todos la participación social y económica en la sociedad<sup>28</sup>. En todo caso, el acceso a internet debe ser capaz de soportar una serie de servicios mínimos, correo electrónico, herramientas básicas de formación y educación en línea, redes profesionales, banca por internet, administración electrónica etc.<sup>29</sup>

Como puede verse, la normativa de la UE trata de alcanzar una solución equilibrada. Con las debidas garantías, no hay por qué impedir a los operadores de telecomunicaciones que ofrezcan a los prestadores de servicios mayor ancho de banda, a cambio de un precio. De hecho, la diversidad de velocidades de internet ya existe del lado de los usuarios, que contratan diversos anchos de banda para su acceso a internet.

## 10.2. ¿Deben las *big tech* pagar por el uso de las redes (*fair share*)?

Las grandes tecnológicas son las empresas que más ancho de banda consumen, por lo que las empresas de telecomunicaciones tienen la pretensión de que contribuyan a financiar las redes (Laguna, 2023b). En este contexto, se ha propuesto la introducción de una *tasa* (telco tax) o *contribución* (fair share contribution), que obligaría a las *big tech* a pagar a las telecos por el uso de las infraestructuras. La regulación vendría a equilibrar la capacidad negociadora de las partes.

La anterior Comisión Europea no llegó a definir una postura sobre el tema, debido a la existencia de Estados miembros favorables (España, Francia, Italia), pero también otros contrarios a su introducción (Alemania, Austria, Países Bajos, Bélgica, etc.). Existen también dudas acerca de la efectividad de esta medida, que probablemente se repercutiría a los consumidores, que acabarían pagando la factura.

<sup>25</sup> Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a internet.

<sup>26</sup> Asunto C-34/20, *Telekom Deutschland*, ECLI:EU:C:2021:677, marg. 30.

<sup>27</sup> Art. 84.1 de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018.

<sup>28</sup> *Ibid.* art. 84.3.

<sup>29</sup> *Ibid.*, anexo V.

Con todo, Europa no sería la primera en introducir estas medidas. El precedente es Corea del Sur, que introdujo una *telco tax*. Más aún, una postura firme de la UE en este punto podría mover a las grandes tecnológicas a llegar a acuerdos con las telecos europeas, como pone de manifiesto el reciente compromiso al que han llegado en el país asiático. En esta línea, el informe Draghi sostiene que la UE debe promover este tipo de acuerdos entre las telecos y las grandes plataformas tecnológicas y, en caso de que fallen, el arbitraje forzoso a cargo de las autoridades nacionales de la competencia (Draghi, 2024, p. 75). La nueva Comisión Europea tendrá que definir su postura en relación con este tema.

## 11. CONCLUSIONES

Las telecomunicaciones son un sector *liberalizado, aunque sujeto regulación*. En particular, la regulación se ha orientado a la promoción positiva de la competencia, la garantía del servicio universal y la protección de los consumidores. La regulación se ha ido reduciendo a medida que ha madurado el sector. No obstante –presumiblemente–, no desaparecerá nunca del todo. Hay que tener en cuenta que se trata de un sector esencial, con tendencia oligopólica, que implanta infraestructuras en el territorio y utiliza recursos escasos. En un mundo sujeto a dramáticos cambios, la regulación debe ahora atender también a factores geoestratégicos y de seguridad nacional. Lo que es más discutible es la adecuación de una política de defensa de la competencia que ha sido ajena a la rentabilidad de los operadores europeos, a los que sitúa en desventaja respecto a sus competidores.

Desde el comienzo, la regulación promovió un modelo de competencia en infraestructuras, a diferencia de los restantes sectores en red, que se limitan a introducir competencia en servicios. No es fácil valorar hasta qué punto la multiplicación de redes es eficiente desde un punto de vista económico y empresarial. En fechas más recientes, la regulación ha devenido más flexible, al aceptar operadores solo mayoristas que se benefician de la externalización de algunos elementos de red a que se han visto forzadas las telecos. No obstante, no es presumible que el sector evolucione hacia la desintegración vertical, que supone cambiar radicalmente el modelo, no crea estímulos para la mejora de la red y fuerza a una regulación permanente.

La normativa europea ha *simplificado* al máximo el acceso al mercado. En el derecho español, la condición de operador de telecomunicaciones se adquiere con la inscripción en un registro administrativo. La tutela del interés general implicado se consigue imponiendo al operador el deber de cumplir la normativa, general y sectorial, que facilita la implantación de infraestructuras, pero que también establece condiciones y límites al ejercicio de la actividad. Se impone también al operador la carga de obtener los correspondientes títulos habilitantes para la implantación de las infraestructuras y la utilización de recursos escasos.

Desde el primer momento, la UE aplicó una política de promoción positiva de la competencia, basada en el derecho de acceso a las redes. El resultado de esta política es servicios de banda ancha casi universales, mercados muy competitivos, elevados índices de portabilidad, crecimientos de tráfico exponenciales y precios bajos.

No obstante, la revolución tecnológica tiene mucho que ver en la explosión de redes y servicios. Es, pues, difícil valorar hasta qué punto el desarrollo del sector se ha visto favorecido o perjudicado por la regulación. Además, la regulación ha debilitado a los operadores en sus respectivos mercados domésticos, sin dar lugar a empresas de dimensión europea. El resultado es que las telecos europeas apenas tienen retorno por sus inversiones, no ganan suficiente dinero y se descapitalizan. A ello hay que añadir que el sector está animado por un fuerte dinamismo, debido a la continua innovación tecnológica y a la creciente relevancia de los prestadores de servicios *on line*.

La situación competitiva del sector finalmente ha permitido la desregulación de los mercados. La normativa más reciente es también sensible a la necesidad de promover las inversiones.

Las telecomunicaciones son un sector intensivo en capital, que requiere continuas inversiones. El mercado europeo está muy fragmentado, lo que hace que los operadores no tengan tamaño suficiente para rentabilizar las inversiones e innovar y les expone a ser adquiridos por inversores foráneos.

No es fácil superar esta situación. Las concentraciones europeas no encontrarían obstáculos por parte de las autoridades europeas, aunque en algunos casos podrían tener que enfrentarse con velados obstáculos políticos de las autoridades nacionales. A ello hay que añadir la carencia de recursos económicos por parte de los operadores, que tampoco encuentran suficientemente atractiva una operación que solo les ofrece limitados ahorros de costes. Un sector descapitalizado también tiene dificultades para su expansión internacional, siempre expuesta a la inestabilidad política de los países que reciben las inversiones, a la falta

de seguridad jurídica y a la posible competencia desleal. La consolidación en los mercados nacionales se ve también frenada por las autoridades de defensa de la competencia, que ponen el acento en el mantenimiento de una estructura competitiva del mercado.

El incremento de capacidad de las redes, de tráfico y de clientes no se traduce en mayores ingresos para las telecos, que apenas obtienen retorno de sus inversiones. Esta situación contrasta con la de las grandes empresas tecnológicas, cuyos contenidos aportan valor a la red, pero que también hacen un uso más intensivo de ella, lideran el desarrollo tecnológico, los ingresos y la capitalización bursátil. La normativa de la UE permite a los proveedores de acceso a internet aplicar medidas razonables de gestión del tráfico, que han de ser compatibles con la neutralidad de la red. No obstante, no parece que las telecos tengan capacidad por sí mismas para negociar con las grandes tecnológicas. En este contexto, no es fácil saber si la propuesta de las telecos de una regulación europea que favorezca o imponga a las grandes tecnológicas el pago por el uso de la red encontrará suficiente apoyo político.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ariño Ortiz, G. y López de Castro García-Morato, L. (2001). *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político*. Comares.
- Boston Consulting Group (BCG) y European Telecommunications Networks Operators' Association (ETNO) (2013). Reforming Europe's Telecoms Regulation to Enable the Digital Single Market. *Connect Europe*. <https://connecteurope.org/insights/reports/reforming-europes-telecoms-regulation-enable-digital-single-market>
- Bredbenner, M. (2023, 19 de noviembre). Improving affordable internet access. *The Regulatory Review*. <https://www.theregview.org/2023/11/19/sunday-spotlight-improving-affordable-internet-access/>
- Carlón Ruiz, M. (2007). *El servicio universal de telecomunicaciones*. Thomson-Civitas.
- Crandall, R. W. (2000). Telecommunications liberalization: The U. S. Model. En T. Ito y A. O. Krueger (eds.), *Deregulation and Interdependence in the Asia-Pacific Region* (pp. 415-436). University of Chicago Press.
- Crawford, S. (2013). *Captive Audience. The Telecom Industry and Monopoly Power in the New Gilded Age*. Yale University Press.
- De la Quadra-Salcedo, T. (1998). Comentario al art. 128 CE. En O. Alzaga Villaamil (coord.), *Comentarios a la Constitución española de 1978* (vol. X, pp. 45-85). Edersa.
- Decker, C. (2023). *Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice* (2.ª ed.). Cambridge University Press.
- Draghi, M. (2024). *The future of European competitiveness. Part B. In-depth analysis and recommendations*. European Commission. [https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92\\_en](https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92_en)
- ERG (2006). *Revised ERG Common Position on the Approach to Appropriate Remedies in the ECNS Regulatory Framework* [ERG documents (06)33]. Berec. [https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/documents/erg\\_06\\_33\\_remedies\\_common\\_position\\_june\\_06.pdf](https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/documents/erg_06_33_remedies_common_position_june_06.pdf)
- European Telecommunications Networks Operators' Association (ETNO) (2024). Response to the public consultation on the European Commission white paper «How to Master Europe's digital infrastructure needs»? *Connect Europe*. <https://connecteurope.org/news/connect-europe-calls-transformative-connectivity-policies-secure-europes-competitiveness>
- Gérardin, D. y Kerf, M. (2003). *Controlling market power in telecommunications: Antitrust vs. sector-specific regulation*. Oxford University Press.
- Gilroy, A. A. (2008). *Net Neutrality: Background and Issues* [CRS Report for Congress]. The Library of Congress. <https://sgp.fas.org/crs/misc/RS22444.pdf>
- Laguna de Paz, J. C. (2010). *Telecomunicaciones: regulación y mercado* (3.ª ed.). Aranzadi.
- Laguna de Paz, J. C. (2014). In search of efficiency in telecoms: Agreements between undertakings under European competition law. *Competition and Regulation in Network Industries*, 15(4), 357-381. <https://doi.org/10.1177/178359171401500403>
- Laguna de Paz, J. C. (2023a). *Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico* (5.ª ed.). Civitas.
- Laguna de Paz, J. C. (2023b, 20 de septiembre). Should Big Tech pay for the use of telecom networks? *The Regulatory Review*. <https://www.theregview.org/2023/09/20/laguna-de-paz-should-big-tech-pay-for-the-use-of-telecom-networks/>
- Letta, E. (2024). *Much more than a market*. European Commission. <https://european-research-area.ec.europa.eu/documents/letta-report-much-more-market-april-2024>
- Martínez López-Muñiz, J. L. (2003). La publicatio de recursos y servicios. En L. Cosculluela Montaner (coord.), *Estudios de derecho público económico: libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* (pp. 687-718). Civitas.
- OECD (2006). *Report to the Council on Experiences on the Implementation of the Recommendation Concerning Structural Separation in Regulated Industries* [C(2006)65].

- Reynolds, L. (2013). El poder regulatorio de los gobiernos locales en los Estados Unidos: un contrapunto a la Directiva de Servicios en el ámbito local. *Anuario de Derecho Municipal*, (7), 223-245.
- Rodríguez Font, M. (2010). Protección y garantías de los usuarios desde las técnicas e instituciones de la regulación. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la regulación económica* [vol. I: Fundamentos e instituciones de la regulación] (pp. 829-880). Iustel.
- Soria Bartolomé, B. (2003). El nuevo papel del Estado: el servicio universal y otras cuestiones. En G. Ariño Ortiz (dir.), *Telecomunicaciones y audiovisual. Cuestiones disputadas* (pp. 101-134). Comares.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 23, abril de 2025  
 Sección: ARTÍCULOS  
 Recibido: 05-11-2024  
 Modificado: 21-03-2025  
 Aceptado: 21-03-2025  
 Publicado: 29-04-2025  
 ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11473>  
 Páginas: 81-98

Referencia: Palacín Sáenz, B. (2025). Estrategia social en las compras públicas. Un camino hacia la sostenibilidad y, por tanto, hacia la eficiente utilización de los fondos públicos. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 23, 81-98. <https://doi.org/10.24965/reala.11473>

## Estrategia social en las compras públicas. Un camino hacia la sostenibilidad y, por tanto, hacia la eficiente utilización de los fondos públicos

*Social strategy in public procurement. A path towards sustainability and, therefore, towards the efficient use of public funds*

Palacín Sáenz, Bernabé  
 Ayuntamiento de Logroño (España – Spain)  
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8627-1669>  
 bernabepalacin@gmail.com

### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por la Universidad de La Rioja. Director general de Alcaldía del Ayuntamiento de Logroño. Líneas de investigación de contratación pública, responsabilidad social y calidad de los servicios públicos.

### RESUMEN

**Objetivos:** capacitar a los compradores públicos en el uso de la perspectiva estratégica del contrato y en las competencias no formales para alcanzar una mayor eficiencia en la calidad de la prestación y en la utilización de los fondos públicos. Obtener la máxima complicitad de los operadores económicos, especialmente de las PYME, en los procesos de compra pública. **Metodología:** análisis clásico de marco normativo, doctrina científica y administrativa y jurisprudencia, así como de competencias no jurídicas, tales como las capacidades de comunicación, negociación, empatía y gestión de proyectos y de riesgos, consustanciales a la buena administración. **Resultados:** estudio del grado de interiorización de las compras estratégicas y sus áreas de mejora, con ejemplos de clausulado con perspectiva social y medioambiental que incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. **Conclusiones:** la fundamental conclusión de este trabajo es que es posible progresar en la interiorización de la compra pública socio-responsable dotando a los empleados públicos tramitadores de instrumentos que garanticen la seguridad jurídica y el control material, no formal, de los procesos, y promover una mayor participación de las pymes, mediante la mejora de las aquí denominadas competencias no formales, tales como las capacidades de comunicación, negociación, empatía, gestión de proyectos y flexibilidad de los compradores públicos.

### PALABRAS CLAVE

Compra estratégica; responsabilidad social; sostenible; calidad de servicio; cláusulas sociales; objetivos de desarrollo sostenible (ODS); control material; competencias no formales; pymes.

### ABSTRACT

**Objectives:** To train public purchasers in the use of a strategic contract perspective and in informal skills to achieve greater efficiency in the quality of services and the use of public funds. To obtain maximum involvement from economic operators, especially SMEs, in public procurement processes. **Methodology:** Classic analysis of the regulatory framework, scientific and administrative doctrine, and jurisprudence, as well as non-legal skills, such as communication, negotiation, empathy, and project and risk management, which are essential to good administration. **Results:** Study of the degree of internalization of strategic purchasing and its areas for improvement, with examples of clauses with a social and environmental perspective to be

included in the specifications of specific administrative clauses. **Conclusions:** The fundamental conclusion of this work is that it is possible to progress in the internalization of socially responsible public procurement, providing public employees with tools that guarantee legal security and material, non-formal control of the processes, and promoting greater participation of SMEs, by improving the so-called non-formal skills here, such as communication, negotiation, empathy, project management and flexibility skills of public buyers.

## KEYWORDS

Strategic public procurement; social responsibility; sustainable; quality of service; social clauses; SDGs (Sustainable Development Goals); material control; non-formal skills; SMEs.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU COMPRA SOSTENIBLE. 1.1. ¿QUÉ ES LA RESPONSABILIDAD SOCIAL, CUÁLES SON SUS BENEFICIOS? 1.2. EL VIAJE DESDE UNA CONTRATACIÓN INSTRUMENTAL GARANTISTA HASTA OTRA ESTRATÉGICA. 2. LA CALIDAD DE SERVICIO. DEL CÓMO AL PARA QUIÉN SE HACEN LAS COSAS. 3. MARCO NORMATIVO Y DOCTRINAL DE LAS COMPRAS PÚBLICAS ESTRATÉGICAS. 3.1. MARCO NORMATIVO ESTRATÉGICO. 3.2. CONTEXTO DOCTRINAL. 4. INCLUSIÓN DE CARACTERÍSTICAS SOCIALES, MEDIOAMBIENTALES Y DE INNOVACIÓN EN TODAS LAS FASES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN. ALINEAMIENTO CON LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE, ODS. 5. CONTROL MATERIAL, NO FORMAL, EVALUACIÓN Y REVISIÓN DEL PROCESO DE COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA PARA SU MEJORA CONTINUA. 6. LA MEJORA DE LAS COMPETENCIAS NO FORMALES (CAPACIDADES DE COMUNICACIÓN, NEGOCIACIÓN, EMPATÍA, GESTIÓN DE PROYECTOS Y FLEXIBILIDAD) DE LOS COMPRADORES PÚBLICOS, UNA OPORTUNIDAD PARA EL ENCUENTRO ENTRE GESTORES Y OPERADORES ECONÓMICOS COLABORADORES. 7. PROMOCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS PYME EN LOS PROCESOS DE COMPRA PÚBLICA. 8. GRADO DE INTERIORIZACIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA EN LAS ADMINISTRACIONES ESPAÑOLAS. ÁREAS DE MEJORA. CONCLUSIONES. FUENTES CITADAS. ANEXO 1. ALGUNOS EJEMPLOS DE CLAUSULADO CON PERSPECTIVA SOCIAL Y MEDIOAMBIENTAL PARA INCLUIR EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN

Es tradicional la consideración de que la contratación pública socialmente responsable aborda la repercusión que los bienes, servicios y obras adquiridos por el sector público tienen en la sociedad, yendo más allá del mero cumplimiento formal de las normas legales y reglamentarias por las que se conduce su procedimiento. También se va convirtiendo en otra consideración clásica las dificultades de los gestores para abordar aquellas cuestiones críticas sobre la inclusión de características sociales y medioambientales en los contratos por el temor a que poco después se vean anuladas por los tribunales administrativos de recursos contractuales, quedando en una situación incómoda a la hora de dar cuentas a su responsable político, siempre interesado en la máxima agilidad del procedimiento.

Pero además de estas consideraciones clásicas, muy presentes en la perspectiva social de los contratos, el ámbito de la gestión viene reflexionando sobre la calidad de servicio, con un componente teleológico orientado a conseguir la calidad de vida de los ciudadanos, verdadera causa de los contratos públicos, cuando responden a los fines institucionales, propios de las administraciones contratantes. Y en esta línea, que es estratégica, se sitúan los elementos facilitadores del procedimiento; se trata de competencias extra-jurídicas, cada vez más necesarias, tales como la planificación, la capacidad de comunicación y de negociación, la empatía, la gestión por proyectos, el análisis de riesgos o la minimización de ineficiencias, todas ellas necesarias para obtener una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, que ha de verse asegurada por un más exhaustivo control, seguimiento y revisión de los procedimientos.

## 1. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU COMPRA SOSTENIBLE

A priori, podríamos pensar que la responsabilidad social no es predicable de las Administraciones públicas, ni siquiera cuando la utilizamos para justificar un planteamiento estratégico de una de sus actividades

clásicas, tal como la compra pública. Probablemente, porque se ha venido entendiendo que era intrínseca a su labor social, propia de la prestación de servicios de su competencia —especialmente los esenciales y básicos, que contribuyen a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal—, en un contexto en el que se trata de corregir las imperfecciones del mercado, que no considera atractivos en lo económico la prestación de servicios tales como los sociales, de salud pública, culturales, deportivos, de seguridad ciudadana o medioambientales.

En cambio, para el sector privado empresarial la responsabilidad social es un vehículo a través del cual se decide voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio, respondiendo así a las expectativas de los distintos grupos de interés y yendo más allá del cumplimiento de las normas.

En la Administración pública ese compromiso voluntario, que como dice Molina (2008, pp. 3-64) comienza donde termina la obligación legal, se manifiesta con un contenido más amplio, que arranca de la base de los servicios culturales, deportivos, de promoción de la salud o de la integración social, allá donde las empresas alcanzan su techo altruista y benefactor, y que para las Administraciones públicas, que ya los tienen interiorizados por sus propias competencias básicas, especialmente en la referencia a las locales, necesitan actuar en otros campos, como la contratación estratégica, persiguiendo beneficios sociales y medioambientales, complementarios de las políticas activas directas en esas mismas materias.

### 1.1. ¿Qué es la responsabilidad social, cuáles son sus beneficios?

La Comisión de las Comunidades Europeas<sup>1</sup> la define como el compromiso que va más allá de las obligaciones reglamentarias y convencionales, sin sustituir la normativa, «invirtiendo más en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores». Y, aunque reconoce que la responsabilidad principal de las empresas consiste en generar beneficios, considera su compatibilidad con la consecución de objetivos sociales y medioambientales. Es más, interpreta que un comportamiento responsable puede generar igualmente otros beneficios directos e indirectos derivados para alcanzar una mayor reputación de la organización en la comunidad local. El Parlamento Europeo insta a las autoridades públicas a desempeñar un papel importante en la responsabilidad social, especialmente en el ámbito de la contratación pública, mediante convenciones e incentivos. El considerando 60 de su resolución reconoce este papel «en la formación, la igualdad, el comercio justo y la integración social de trabajadores desfavorecidos y de personas con discapacidad, para incentivar a las empresas a incrementar su responsabilidad social, aunque no tiene clara la efectividad de estas medidas».

Igualmente, hay que señalar la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas (en adelante RSE) del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2014, pp. 22 y ss.), que se ha referido a la RSE en las Administraciones públicas y que destaca, además de su papel impulsor y de apoyo en el ámbito de las empresas, el suyo propio, tildado de carácter ejemplar, como organizaciones prestadoras de servicios a los ciudadanos, que deben ser cada vez más eficientes en su actividad «puesto que interactúan en un entorno social y ambiental que deben respetar y mejorar, al tiempo que deben velar por el desarrollo profesional y el bienestar laboral de los empleados públicos». Así como el modelo EFQM<sup>2</sup>, que propugna un enfoque ético de actuación a través del cual las organizaciones excelentes «alcanzan y mantienen en el tiempo resultados sobresalientes que satisfacen o exceden las necesidades y expectativas de los grupos de interés relevantes de la sociedad».

Destacábamos en la introducción el carácter intrínseco a la RSE a las Administraciones públicas, consustanciales a sus fines y competencias, entendidos como aquellos que satisfacen necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, esto es, como si formara parte de su ADN. Características éstas, que podrían ignorar el concepto de responsabilidad social en un contexto público. Sin embargo, esto no es enteramente cierto, ya que es posible trascender el cumplimiento estricto de las normas legales, incorporando no solo medidas

<sup>1</sup> Según la Comisión de las Comunidades Europeas. Libro verde: *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, 18 de julio de 2001 (p. 7) COM (2001) 366 final. «Ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo más en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores».

<sup>2</sup> European Foundation for Quality Management, EFQM (Fundación Europea para la Gestión de la Calidad). Modelo de gestión de la calidad, de establecimiento voluntario, que se apoya en el esquema general de la mejora continua de los resultados y de los agentes facilitadores que los soportan. Este esquema es conocido como metodología REDER («R» de resultados que se quieren lograr; «E» de enfoque según la estrategia a seguir para conseguir los resultados; «D» de despliegue de la estrategia para asegurar su implantación; «E» de evaluación de los enfoques basándose en los resultados alcanzados, y «R» de revisión para mejorar).

incentivadoras y contributivas de otras políticas sociales, medioambientales y de innovación a través de la contratación pública, sino también de incentivación a la motivación y rendimiento de los empleados públicos.

Pueden citarse ejemplos de buena administración, responsable socialmente, tales como la *Memoria de responsabilidad social corporativa* del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), que recoge a través de sus objetivos generales sus valores éticos y sociales plenamente alineados con la Agenda 2030 y sus objetivos de desarrollo sostenible. Resulta de especial interés la selección de empleo público, un modelo cooperativo de aprendizaje con enfoque competencial, el impulso de la investigación, la reflexión y el debate, así como la generación y difusión del conocimiento abierto sobre Administración y valor públicos. También el Plan de Mejora del Ayuntamiento de Logroño, aprobado por su Junta de Gobierno Local, de 18 de septiembre de 2015, con el que se persiguen tres objetivos básicos:

1. Velar por el ajuste a la normativa laboral y mantenimiento de las condiciones de trabajo de los muchos empleados al servicio de las empresas contratistas municipales, por la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, evitando ser discriminada, y por la generación de empleo para las personas más vulnerables, en especial para personas con discapacidad.
2. Impulsar la introducción de buenas prácticas de conservación del medio ambiente, como la compra pública ecológica, de acuerdo con lo previsto en la normativa comunitaria, capaces de activar sinergias en el desarrollo de tecnologías ambientales, garantizando al mismo tiempo el uso eficiente de los recursos.
3. Contribuir a la construcción de un sistema de responsabilidad social que devuelva a la sociedad una buena parte de lo conseguido con su esfuerzo económico mediante la mejora de la calidad de vida de las personas.

## 1.2. El viaje desde una contratación instrumental garantista hasta otra estratégica

El ordenamiento jurídico reciente dibuja la transición desde una función clásica de la contratación pública –limitada al abastecimiento de bienes y servicios, bajo unos principios orientados a garantizar la libertad de acceso y no discriminación de las empresas licitadoras, con el propósito de conseguir los bienes y servicios más ventajosos, efectivos y económicos posibles, que sea legal y oportuna– hasta otra función estratégica orientada a la satisfacción de bienes superiores que atienden necesidades sociales, ambientales y de innovación. Una contratación pública al servicio de la ciudadanía, que ha de pensar en valor y resultados (Gimeno, 2024, p. 31).

La nueva contratación pública, sin olvidar los principios constitucionales cuya prevalencia es incuestionable, según el profesor Moreno (2006, p. 31), introduce una visión estratégica basada en un elenco de bienes jurídicos que la Administración ha de alcanzar y proteger para abrazar nuevas e innovadoras posibilidades de influir en políticas sociales y medioambientales.

Particularmente significativa resulta la comunicación interpretativa de 4 de julio de 2001, cuando expresa que «para conseguir en la práctica un desarrollo sostenible es necesario que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable». Expresión que pone en equilibrio la libre competencia y los beneficios sociales y medioambientales.

La jurisprudencia europea más reciente –léase por todas la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), de 30 de enero de 2020, asunto C395/2018, en la que el Tribunal interpreta el art. 18 de la Directiva 2014/24/UE– dice que el legislador ha querido erigir el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral en principio de igual nivel que los de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad.

Sin embargo, la incertidumbre jurídica sobre la correcta aplicación de esta visión atenaza las posibilidades de innovar en el campo de la compra pública, impide una auténtica contribución a la ejecución de las políticas y favorece la vuelta a una compra clásica, basada en el precio y calidad intrínseca de las prestaciones. Y es que, como dice el profesor Nieto, «el mundo feliz de los libros no es el mundo terrenal cotidiano de los tribunales (...)\», ni de los órganos de contratación, añadiríamos.

## 2. LA CALIDAD DE SERVICIO. DEL CÓMO AL PARA QUIÉN SE HACEN LAS COSAS

Toda la filosofía de la calidad aplicada a la gestión, y concretamente en el caso de la Administración pública, gira en torno a la misma idea: convertir al ciudadano en el centro de nuestra atención y preocupación.

Sin embargo, conceptos como *calidad total*, *orientación al cliente* o *mejora continua* quedan muy lejos de la idea que tiene la sociedad sobre la Administración, una organización *pesada*, *lenta*, *poco dinámica*, incapaz de dar respuesta a las condiciones cambiantes que presenta la sociedad en sus demandas.

La Administración camina hacia un cambio de modelo, con un marco jurídico diferente. Es preciso dar solución a los inconvenientes de una organización administrativa interna verticalizada y plantear un marco diferente de horizontalidad y de cohesión entre departamentos, orientados a la realización de unos mismos fines que les trascienden como órgano especializado y funcional. Un nuevo modelo de gestión inteligente basado en un proyecto de ciudad con sentido global, cohesionado social y territorialmente, sostenible, digitalmente atrayente, eficaz, eficiente y efectivo, mejorando continuamente la calidad de sus productos y servicios, aunque para ello no esté sometida a la disciplina del mercado y la fidelización de clientes, en la mayoría de los casos cautivos.

Como bien dice Jiménez (2021), las Administraciones públicas, también las locales, «estructuran sus respectivas organizaciones a partir del modelo divisional/departamental, repartiendo las responsabilidades gubernamentales (atribuciones o funciones) en departamentos o “silos” (Mazzucato), cuyas posibilidades de interrelación recíproca ofrecen limitados recorridos sobre su eficiencia organizativa y, asimismo, presentan altos costes de transacción».

Nos preguntamos: ¿hasta cuándo conceptos como la *eficacia*, *eficiencia*, o la *satisfacción de los grupos de interés*, acogidos por nuestro ordenamiento jurídico, con antecedentes inmediatos en la Constitución española de 1978, dejarán de ser mera retórica y se aplicarán realmente? Porque no es solo buena voluntad y querencia lo que necesita la Administración; es algo más, se trata de método y de garantía de cumplimiento, ya que como dice Moreno (2014), «los mecanismos administrativos convencionales para garantizar los derechos ciudadanos a menudo son insuficientes e ineficaces (...)». Y esto no solo es válido para aplicar calidad, que los lleva implícitos, sino también para la implantación de servicios transversales, como la contratación electrónica, la transparencia, la función directiva, la integridad y hasta el mero cumplimiento de las normas, de la mano del cambio de paradigma que la nueva cultura de gestión conlleva.

El objetivo o la finalidad de las Administraciones públicas suele ser coincidente con su misión y definirse como la mejora permanente de la calidad de vida de sus ciudadanos, satisfaciendo sus necesidades y expectativas. Aunque lo habitual es encontrarnos con modelos organizacionales de corte burocrático profesional, en terminología de Mintzberg (1982, pp. 66-84), anclados a la seguridad del procedimiento, la jerarquía y estructuras funcionales poco operativas.

Se hace preciso, entonces, transitar desde un modelo de gestión reactiva hacia otro de mejora continua de los servicios, asociado a las necesidades y expectativas de ciudadanos y grupos de interés. De ahí que se necesite trascender del *cómo se hacen las cosas al para quién*.

FIGURA 1. DE LA BUROCRACIA A LA NUEVA GESTIÓN



Fuente: elaboración propia.

Como puede verse, se parte de una actividad muy centrada en el procedimiento y en las normas internas y se transita con el objetivo puesto en los ciudadanos y grupos de interés, en nuestro caso ciudadanos y colaboradores, tales como los licitadores, entre otros. Pero este tránsito no es espontáneo, necesita de un *motor* que haga de punto de apoyo, el que nos dan los principios de buena administración y el sentido de *utilidad* de los servicios.

Los modelos de gestión de la calidad más extendidos, tales como ISO y EFQM, nos hablan de enfoque al cliente como principio de gestión, considerándolo un aspecto nuclear para cumplir con sus requisitos. Característica esta que también está presente en el complejo normativo administrativo, concretamente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que en su art. 3.º recoge los principios de servicio efectivo y proximidad a los ciudadanos, si bien, igualmente cierto es que las Administraciones todavía se hallan lejos de este cambio de paradigma. Los motivos pueden ser varios: la falta de cultura del compromiso, auspiciada por las reticencias a salir de la zona de confort y por las resistencias al cambio; la existencia de estructuras funcionales no orientadas a procesos y, por tanto, poco permeables entre sí; la falta de liderazgo, político y técnico, que apoya una Administración garantista y reactiva, pero poco centrada en sus ciudadanos, y, por último, la falta de control y evaluación.

### 3. MARCO NORMATIVO Y DOCTRINAL DE LAS COMPRAS PÚBLICAS ESTRATÉGICAS

#### 3.1. Marco normativo estratégico

Resultaría sobredimensionada la pretensión de incluir el elenco de normativa, doctrina y jurisprudencia de aplicación a las compras públicas, aunque ello se refiera, en una primera derivada, a las estratégicas. En su lugar, optamos por hacer una básica referencia al articulado más significativo de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre Contratación Pública (en adelante Directiva 2014/24/UE), y de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), 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 de Contratos del Sector Público, de necesario conocimiento por gestores y operadores económicos, para la correcta aplicación del derecho de la contratación pública en la acotada parte que se refiere a la perspectiva socio-medioambiental y de innovación, propiciadora de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador<sup>3</sup>, y que garantiza al mismo tiempo un uso para obtener la mayor calidad de la prestación y la mejor utilización de los fondos públicos.

A este efecto, sin abandonar el ánimo de simplicidad que inspira el apartado, podemos estructurar este ámbito normativo, original y derivado en los siguientes bloques:

#### Principios estratégicos

La Directiva 2014/24/UE incide en el respeto a los principios del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), en particular a la libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como en los principios derivados, tales como la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia (considerando 1). Asimismo, destaca el papel clave de la contratación pública en la Estrategia Europa 2020 como instrumento para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, que garantice al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos y facilite la participación de las pymes en la contratación pública y su utilización en apoyo de objetivos sociales comunes (considerando 2).

Además, promueve la mejor utilización estratégica de la contratación pública para fomentar la innovación, dado su papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de servicio (considerando 47).

En coherencia con el tratamiento de la Directiva 2014/24/UE, la LCSP, nos dice en el artículo primero, de carácter programático, cómo la norma tiene por misión regular la contratación pública a fin de garantizar los principios de libertad de acceso, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, garantizando así una eficiente utilización de fondos públicos. Su apartado 3 nos anticipa la perspectiva estratégica de la norma al establecer la incorporación, de manera transversal y preceptiva, de criterios sociales

<sup>3</sup> Comunicación [COM (2010) 2020 final], denominada «Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

y medioambientales, vinculados al objeto del contrato, y expresa el convencimiento de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, debiendo facilitar el acceso a la contratación pública de las pymes y de las empresas de economía social, aunque esa presunción a favor de una mayor eficiencia deba demostrarse (Díez, 2017, pp. 195 y ss.). Principios de corte estratégico que concreta en su art. 28 al establecer el apdo. 2 que las entidades del sector público valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación. Igualmente promoverán la participación de las pymes.

### **La relación calidad-precio como criterio de evaluación de las ofertas**

La Directiva 2014/24/UE contempla los criterios que evalúen la mejor relación calidad-precio, diciendo de ellos que han de permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del contrato, tal y como se define en las especificaciones técnicas (considerando 92), y facilita la evaluación de la rentabilidad de la oferta basándose en factores sociales y medioambientales (papel reciclado, actividad maderera sostenible, externalidades medioambientales, integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos de personas vulnerables, asignadas a la ejecución del contrato (considerando 93). En el mismo sentido, su art. 67, que determina la oferta más ventajosa sobre la base del precio o coste atendiendo a un planteamiento de coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio en función de aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato. El precepto nos define el concepto de vinculación, ampliándolo a los factores productivos, aun cuando no formen parte de su sustancia material.

Criterios los citados de distinta naturaleza a las condiciones de ejecución, definidas como requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas, de carácter económico o relacionadas con la innovación o lo social, medioambiental o laboral, pero que también deben estar vinculadas al objeto del contrato (considerando 104 y art. 70).

Asimismo, potencia la integración de consideraciones sociales y medioambientales en cualquiera de sus aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida, incluidos los factores que intervengan en el proceso específico de producción, prestación o comercio, también el comercio justo, y excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa de la empresa, desvinculada del objeto del contrato (considerando 97 y art. 68).

Por su parte, la LCSP recoge en su art. 145 diferentes finalidades medioambientales o sociales (lista no cerrada), que pueden servir al órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio en la forma establecida en su apdo. 6, de especial consideración, puesto que define el concepto de vinculación al objeto del contrato con mayor precisión y amplitud que el art. 67, ya citado, de la Directiva 2014/24/UE, al integrar las formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas, y define el ciclo de vida de un producto, obra o servicio como fases consecutivas o interrelacionadas que se suceden durante su existencia y que exceden, habitualmente, de los costes incluidos en el precio de compra (art. 148).

Y en su art. 147 regula los criterios de desempate, también vinculados al objeto del contrato, con una clara perspectiva social, ya que deben referirse a trabajadores con discapacidad, proposiciones de empresas de inserción, entidades sin ánimo de lucro en contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, entidades del comercio justo o empresas que incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Su apdo. 2, de aplicación subsidiaria para el supuesto de que los pliegos no recojan una previsión al efecto, opta por una resolución del desempate atendiendo al mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social, menor porcentaje de contratos temporales, mayor porcentaje de mujeres empleadas o, en su caso, el sorteo.

Finalmente, se establece la posibilidad de incorporar condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre vinculadas a su objeto, que no sean discriminatorias. En todo caso, será obligatorio al menos una de las que recoge el apdo. 2 del artículo, de tipo económico, relacionadas con la innovación o de tipo medioambiental o social.

### **Los servicios a las personas**

La Directiva 2014/24/UE determina un régimen específico para los contratos de servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, que tienen una dimensión transfronteriza

limitada. De ahí, la libertad de los poderes públicos para prestar por sí mismos esos servicios u organizarlos de manera que no sea preciso celebrar contratos públicos, garantizando los principios de transparencia y no discriminación (considerando 114). De otro lado, la DA 49.<sup>a</sup> de la LCSP, sin la mínima concreción, recoge la competencia de las comunidades autónomas para legislar instrumentos no contractuales para la prestación de servicios a las personas.

### La reserva de contratos

Contempla la posibilidad de reservar la formalización de contratos para entidades cuyo objeto sea la realización de una misión de servicio público, que reinviertan sus beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización y que sus estructuras de dirección se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación, siempre que la entidad no haya resultado adjudicataria de otro contrato de estas características en los tres años precedentes (art. 77).

En su transposición, la LCSP regula el establecimiento de porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar de centros especiales de empleo de iniciativa social y de empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 % (disposición adicional 4.<sup>a</sup>).

Además, establece una nueva reserva para contratos de carácter social, cultural y de salud que enumera el anexo IV a organizaciones que cumplan con determinados requisitos, tales como la realización de una misión de servicio público, que los beneficios se reinviertan según los objetivos de la organización, que las estructuras de dirección o propiedad se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o, finalmente, que no se haya adjudicado a la entidad correspondiente un contrato de estos servicios en los tres años precedentes (disposición adicional 48.<sup>a</sup>).

### 3.2. Contexto doctrinal

En medio del debate de si es posible una compra estratégica, más allá de la consideración del rendimiento económico del contrato, ha ido ganando terreno un *sentir* mayoritario en la gestión pública de cierta indiferencia por lo social, dada la incertidumbre jurídica que afecta a los gestores. Como consecuencia de ello, asistimos a un pobre impacto de las políticas basadas en estrategias sociales, por lo que quedan relegadas a beneficios indiscutidos pero de menor impacto, como la formación, la prevención de riesgos laborales y el empleo de personas vulnerables.

La cuestión, como digo en un trabajo anterior (Palacín, 2023, pp. 285-314), no es baladí: «Cuando pasamos de las posibilidades teóricas que nos da la valoración conjunta de las directivas de contratación, la jurisprudencia del TJUE, y la doctrina legal y científica, y observamos la interiorización del “valor estratégico de la compra pública” en las administraciones territoriales, obtenemos unos exiguos resultados (...)».

Si analizamos la doctrina legal sobre la compra pública estratégica, por ser la de mayor impacto sobre la práctica gestora, se observa un posicionamiento polarizado en torno al rigor con el que materializa la vinculación al objeto del contrato y la evaluación del rendimiento comparado de las ofertas.

El desencuentro entre distintos órganos revisores y consultivos llega hasta la actualidad, aunque con ligeros matices de cierta convergencia entorno al principio de vinculación y a la toma en consideración de beneficios sociales indirectos, en los que comienza a hablarse de rendimiento social (Pernas, 2020, p. 908), aplicable a las características de la prestación que no tienen incidencia directa en la mejora de su calidad.

Si nos detuviéramos en esta interpretación intrínseca de la vinculación al objeto del contrato, debemos citar los informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, 53/3/2009 y 12/2011 (necesidades sociales cuya satisfacción constituya el objeto del contrato); las resoluciones del TACRC de 24 de abril de 2015, de 5 de mayo de 2017, de 26 de octubre de 2018, y más recientemente la Resolución 193/2021, de 26 de febrero, así como otras Resoluciones del TARCJA y del TACRC, de 18 de febrero de 2016, y 996/2019, de 6 de setiembre, respectivamente, que rechazan criterios de adjudicación que valoran criterios subjetivos de las empresas, tales como plantillas independientemente del compromiso de adscripción de medios, participación de trabajadores en el control de la empresa, proporcionalidad de los salarios entre distintas categorías o la disposición de un plan de igualdad.

El Informe 14/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón considera los aspectos sociales de difícil vinculación al objeto del contrato, no siendo posible,

en general, incluirlos en los criterios de adjudicación del contrato, «pues se exige una vinculación entre el criterio y la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. Situación que se da en pocos supuestos».

En otras resoluciones del TACRC, 235/2019, 344/2019, de 8 y 29 de marzo, y 1967/2021, de 29 de diciembre, sobre mejoras de las condiciones salariales de los trabajadores al servicio de la contrata, el tribunal administrativo mantiene que no guardan relación directa con el objeto del contrato ni sirven a su rendimiento económico ni para efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato (TACRC 1672/2023, de 28 de diciembre), o «no mejoran la calidad de las prestaciones objeto del contrato, ni su rendimiento ni cualidades» (Resolución 14/2020, de 9 de enero). En la reciente Resolución 223/2023, de 29 de mayo, del TCCSP, se aducen tres aspectos para anular el pliego: la falta de vinculación al objeto del contrato, la falta de adecuación a la finalidad social que debe servir de fundamento y la ausencia de sostenibilidad económica y financiera del contrato, exigidas legalmente.

Por otra parte, si nos referimos al rendimiento social de la oferta, el TACP, en su Resolución 16/2016, de 3 de febrero, niega que todo criterio de adjudicación haya de referirse necesariamente a una característica intrínseca de un producto, considerando que nada se opone a que el mismo proceda del comercio justo; u otra de 10 de mayo de 2017, favorable a ligar criterios sociales con calidad de la oferta.

Un poco más reciente, el propio TACRC, en su Resolución 1844/2021, de 16 de diciembre, se ha mostrado a favor de la inclusión, como criterio social, de la contratación entre un 5 y 10 % de desempleados de larga duración de 45 años o más, entendiendo que se fomenta la empleabilidad del colectivo; aunque la propia JCCPE, en su Acuerdo 38/2022, de 29 de julio, rechaza una cláusula que exija una jornada inferior a la establecida en el convenio colectivo de aplicación.

Como dice Medina (2019, pp. 274 y ss.), «el punto de partida es el mismo: resulta obligatorio que los criterios de adjudicación se encuentren vinculados al objeto del contrato, pero las diferencias interpretativas surgen, principalmente, respecto de la manera de entender esta vinculación, mucho más estricta en el caso del TACRC y más flexible en opinión del TACPM».

#### **4. INCLUSIÓN DE CARACTERÍSTICAS SOCIALES, MEDIOAMBIENTALES Y DE INNOVACIÓN EN TODAS LAS FASES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN. ALINEAMIENTO CON LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE**

Visto el contexto sociorresponsable de la compra pública sostenible, como espacio propiciador para la asociación entre los fines institucionales que satisfacer y las necesidades y expectativas ciudadanas, de las que no podemos separar a los grupos de interés como necesarios colaboradores de las Administraciones Públicas; visto, igualmente, el marco normativo-doctrinal de aplicación, hemos de descender un nivel para aproximarnos a las posibilidades de este tipo de compra en cualesquiera fases del procedimiento administrativo de la contratación.

La incorporación de cláusulas de tipo social o medioambiental en la fase de acreditación de la capacidad y solvencia del empresario se manifiesta preferentemente en la delimitación de las prohibiciones de contratar con las entidades previstas en el art. 3 de la LCSP, así como en los criterios de selección que establecer por los órganos de contratación, para verificar la solvencia profesional o técnica de los licitadores, vinculada y proporcional al objeto del contrato. Entre ellas, como prohibición para contratar, la condena firme por delitos relativos a la trata de seres humanos, contra los derechos de los trabajadores, y la protección del medio ambiente; el haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad; el haber sido sancionadas por infracción muy grave en materia medioambiental, en materia laboral o social; en el caso de empresas de cincuenta o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 % de sus empleados sean trabajadores con discapacidad o con la obligación de contar con un plan de igualdad. Como requisitos de capacidad: la experiencia en el campo social y medioambiental, las titulaciones académicas y profesionales y los sistemas de control de la calidad de servicio y gestión medioambiental.

En la fase de preparación del contrato, ha de tenerse en cuenta el diseño de la prestación, poniendo en relación la cohesión de su objeto con una finalidad pública que satisfacer, valorando la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación, promoviendo la participación de las pymes

y las empresas de la economía social. Se trata de la evaluación de las necesidades reales que satisfacer, teniendo en cuenta los elementos personales, recursos materiales y medios e instalaciones precisos para su ejecución. El contrato proyectado contendrá un análisis del convenio de aplicación; de la representación de la mujer en el sector de actividad correspondiente; de la compatibilidad de las tareas que realizar con la prestación por personas con discapacidad; el establecimiento de estándares de ejecución por actividad, tales como frecuencias, número de personas a adscribir, jornadas, horarios; la ponderación de la mano de obra necesaria y su mecanización; el ahorro de agua y energía asociadas a la prestación; la eficiencia energética y la utilización de productos reciclados y reciclables. Además, se evaluarán los costes directos e indirectos de la prestación, considerando todas circunstancias, tanto intrínsecas al órgano de contratación como extrínsecas de apoyo a otras políticas, sociales, medioambientales o de innovación, de las que igualmente resulta beneficiario. Del citado análisis, surgirán las prescripciones técnicas, claras, concretas y precisas, definitorias de las calidades de la prestación y de sus condiciones sociales y ambientales, sin que puedan impedir el acceso de los licitadores en condiciones de igualdad.

En la fase de adjudicación, nos adentramos en el rendimiento comparado de las ofertas. De ahí que los criterios han de incorporar métricas capaces de evaluarlas atendiendo, una vez más, a la vinculación al objeto del contrato. Fase del procedimiento sometida, como hemos visto, a discrepantes visiones doctrinales, que derivan en una importante inseguridad jurídica para el gestor.

El TJUE, en las sentencias *Concordia Bus Finland*, de 17 de septiembre de 2002, (as. C-513/99), y *Wienstrom GmbH*, de 4 de diciembre de 2003 (as. C-448/2001), fija la doctrina que finalmente accede al contenido regulador de las directivas de 2004 y 2014, esto es, que los criterios de adjudicación

no deben conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada y deben asegurar la posibilidad de una competencia real y equitativa e ir acompañados de modalidades que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores. (...) tales criterios deben respetar todos los principios fundamentales del derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios.

Algunos de los ejemplos –no exhaustivos– de características sociales, éticas y medioambientales que definen en la perspectiva estratégica o instrumental de la contratación pública para conseguir el bien común se contienen en el art. 145.2. LCSP, entre los que se destacan las sociales, tales como el fomento de la integración social de personas con discapacidad y su inserción sociolaboral, miembros de grupos vulnerables asignados a la ejecución del contrato, subcontratación con centros especiales de empleo y empresas de inserción, igualdad entre mujeres y hombres, conciliación de la vida laboral, personal y familiar, la mejora de las condiciones laborales y salariales, la estabilidad en el empleo, la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato, la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; las éticas, tales como la utilización de productos basados en un comercio equitativo; o las *verdes*, tales como el ahorro y la eficiencia energética, utilización de fuentes de energía renovables, el uso de materiales de construcción sostenibles, las medidas de reducción de gases de efecto invernadero, las de adaptación al cambio climático, la compra de proximidad para la reducción de la huella de carbono, de acuerdo con la normativa medioambiental, evitando discriminaciones o inequidades entre los licitadores, el ciclo de vida de los productos o la economía circular.

Por último, en la fase de ejecución se fijan aspectos y características sociales y medioambientales que responden al carácter preceptivo del que nos informa el art. 1.3 de la LCSP. Son condiciones de tipo social, ético, medioambiental, etc., previstas como instrucciones para llevar a cabo la ejecución de las prestaciones, y que influyen en el mejor aprovechamiento del precio que pagamos por ellas. Ello permite al órgano de contratación, según nos dice González (2019, p. 42), «dictar las instrucciones que resulten adecuadas para conseguir una ejecución que resulte especialmente adecuada con el principio de sostenibilidad». También las condiciones de ejecución han de estar vinculadas al objeto del contrato. Excluida la política general de la empresa, han de indicarse en el anuncio de licitación y los pliegos, no deben ser discriminatorias y sí compatibles con el derecho comunitario. La Directiva 2014/24/UE, en su considerando 97, cita algunos ejemplos de tipo medioambiental, como la fabricación de productos utilizando máquinas eficientes desde el punto de vista energético, el suministro o la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato, la entrega, el embalaje y la eliminación de productos o la minimización de los residuos y la eficiencia energética. Del lado social, el considerando 98 recoge la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer, la conciliación del

trabajo y la vida familiar o la contratación de un mayor número de personas con discapacidad al que exige la legislación nacional.

Pero, ¿qué tiene que ver la perspectiva estratégica que estudiamos con la *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*? La Asamblea General de la ONU aprobó, el 25 de septiembre de 2015, el documento titulado la *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*. La *Agenda*, como declara su preámbulo, «es un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad», y asocia el desarrollo sostenible a la erradicación de la pobreza en todas sus formas. Según declara, pretende hacer realidad los derechos humanos y alcanzar la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas. Los objetivos y metas que se pretenden imbrican las tres dimensiones del desarrollo sostenible; esto es, económica, social y ambiental. Pero la *Agenda* no se apoya en la contratación pública como herramienta para conseguir los citados objetivos; es mucho más generalista: su vocación es la de realizar declaraciones solemnes, fijar principios, objetivos y metas en el largo plazo, hasta el año 2030; sin embargo, tiene el valor de orientación consensuada de principios del desarrollo humano, tales como los derechos humanos, la igualdad de género, la promoción de una cultura de paz y no violencia y la contribución de la cultura al desarrollo sostenible, finalidades que se incorporarán como el marco general de objetivos, metas y criterios del clausulado social que proponemos. Así lo prevé el ODS 12 (producción y consumo sostenible), cuya meta 7 promueve prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales. Del mismo modo, la medida 8 del Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030 en España, de 29 de junio de 2018, pretende alinear la compra pública con los ODS.

## 5. CONTROL MATERIAL, NO FORMAL, EVALUACIÓN Y REVISIÓN DEL PROCESO DE COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA PARA SU MEJORA CONTINUA

El control, en su aspecto formal-regulatorio, deja entreverse en el artículo primero de la LCSP, ligado al gasto público, y persigue la eficiente utilización de los fondos públicos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios. Para conseguirlo, se requiere un eficaz control de ejecución material de las prestaciones por el responsable del contrato, que resultará rentable al órgano de contratación por la mejor adecuación entre el precio pagado y la prestación obtenida.

Aspectos específicos continuamente reclamados por la doctrina científica sobre un eficiente control de la fase de ejecución de las prestaciones de los contratos son: el rigor para no apartarse de lo contratado; la fijación de funciones concretas al responsable del contrato; la observación directa como fórmula complementaria del control formal o financiero (Martínez, 2016, pp. 213-230); el diseño de mecanismos de control, con metodología y asignación clara de responsabilidades (Solorzano *et al.*, 2016, p. 48); las limitaciones propias de la actuación inspectora por falta de tiempo y realización de actividades concurrentes que recaen sobre el responsable del contrato (Ortega, 2014); la verificación de que se alcanzaron los objetivos primarios y estratégicos del contrato (Gordo, 2021, pp. 14-28), o que sin la función de control no hay competencia real, sino «meros juegos de artificio» (Gallego, 2017, pp. 92-113).

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), en su *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España* (diciembre 2019), considera que la ejecución del contrato es la fase en la «que tradicionalmente ha existido menos acento en estudio, seguimiento y control, sin perjuicio del control económico presupuestario ejercido por las intervenciones y órganos responsables que conlleva la ejecución del presupuesto». Esta afirmación explica por qué no es suficiente el control formal, reclamándose actuaciones que vayan más allá de la mera comprobación de un acta de recepción y su factura (García Molinero, 2019).

Como complemento de las funciones atribuidas a los responsables del contrato, pueden definirse las siguientes, de tipo estratégico:

- Velar por el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el pliego de cláusulas administrativas particulares u ofertadas por el adjudicatario en su proposición, de tipo estratégico, relacionadas con beneficios sociales y medioambientales.
- Recepcionar los documentos que justifican el cumplimiento de las obligaciones.
- Colaborar con el responsable del contrato en la solución de incidencias, interpretaciones, modificaciones y prórrogas de los contratos relacionadas con el cumplimiento de las citadas obligaciones.
- Alertar al órgano de contratación de potenciales incumplimientos del contrato verificados mediante los controles preventivos que lleve a cabo.

- Proponer al órgano de contratación las acciones correctoras precisas para subsanar las desviaciones observadas en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

La ventaja de esta configuración es evidente: la descarga de tareas de control administrativo, a veces irrelevantes para los responsables técnicos del contrato, más preocupados por el desarrollo material de la obra o prestación. Liberados de estas tareas formales, se considera que la menor carga de trabajo incidiría en la supervisión de especificaciones técnicas, el control presupuestario de la operación, el plazo y la calidad intrínseca de la misma.

Claro, que este salto cualitativo del control formal llevado a cabo por los órganos de control interno y externo al control material de la obra, suministro o servicio, especialmente de sus aspectos estratégicos, no resulta efectivo si no va acompañado de su correspondiente evaluación, que debe arrojar datos sobre la mayor eficiencia que se busca, corrigiendo las desviaciones detectadas. Por último, la revisión para dar respuesta a las debilidades detectadas, incorporándolas a un proceso de mejora continua de las prestaciones contratadas, y evitar con ello la frustración de las políticas públicas.

## **6. LA MEJORA DE LAS COMPETENCIAS NO FORMALES (CAPACIDADES DE COMUNICACIÓN, NEGOCIACIÓN, EMPATÍA, GESTIÓN DE PROYECTOS Y FLEXIBILIDAD) DE LOS COMPRADORES PÚBLICOS, UNA OPORTUNIDAD PARA EL ENCUENTRO ENTRE GESTORES Y OPERADORES ECONÓMICOS COLABORADORES**

El personal de las organizaciones, también de las públicas, es la pieza clave para responder a las exigencias sociales de nuestro tiempo, esto es, «a una nueva cultura de gestión de los servicios públicos en la línea de los principios inspiradores de la gobernanza, entendiendo esta como el modo de gestión característico de nuestra era: principio de la apertura y la transparencia, de la participación, responsabilidad, eficacia y coherencia», según dice el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Las compras públicas necesitan de profesionales que trasciendan el mero conocimiento del procedimiento administrativo, requiriendo competencias substantivas en materia laboral, social, medioambiental, económica o matemáticas, pero también otras formales –como explica Gimeno (2018, p. 11)– en planificación estratégica y gestión de proyectos y riesgos. A lo que debemos añadir capacidades de comunicación y negociación, todas ellas necesarias para obtener el mejor diseño del contrato, la mejor adjudicación –la más ventajosa en calidad-precio– y la mejor ejecución sin incidencias –es decir, siguiendo el mandato del art. 1 de la LCSP– para la obtención de la mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

Resulta ilustrativo el documento *Integridad en la contratación pública*, de la OCDE, de 2009, en su desafío 2, «Cómo convertir la contratación pública en una profesión estratégica», al expresar que «la contratación pública es un factor significativo para gestionar correctamente los recursos públicos y, por ello, debería considerarse como una profesión estratégica y no solo como una función administrativa (...)». También el *Informe anual de supervisión de la contratación pública* de 2021, de la OIReScon, que aconseja actuar en dos frentes: en el acceso al empleo público, aumentando el contenido de los temas sobre contratación pública, y en la formación especializada para quienes tienen ya la condición de empleados públicos, para permitir la creación de itinerarios acordes a la complejidad de la materia.

Sin embargo, recientemente se han puesto en marcha dos iniciativas de gran calado. De un lado, el ProcurCompEU (Marco Europeo de Competencias para los Profesionales de la Contratación Pública, Comisión Europea. junio 2020), que destaca como primera competencia los conocimientos sobre planificación, incluidos los planes presupuestarios, teniendo en cuenta las prioridades políticas y normativas de la organización y los posibles riesgos y oportunidades del proceso de ejecución; también la gestión de proyectos (competencia 28), para garantizar que el contrato se ejecute de acuerdo con el calendario, el presupuesto, la calidad y la participación de las partes interesadas, reduciendo riesgos; o la comunicación (competencia 22), que ahonda en la comprensión de los objetivos de la contratación en general y en el contrato en particular, para proporcionar la información coherente con los principios de no discriminación, transparencia e igualdad de trato; o, finalmente, la negociación (competencia 9), aplicable a las fases de preparación, adjudicación y gestión de los contratos, para lograr la mejor relación calidad-precio, a pesar de los intereses contrapuestos entre contratante y contratista, y respetando los principios generales citados.

Y de otro lado, el Marco de Competencias para la Contratación del Sector Público Español del INAP (versión 2.1. de febrero de 2024, p. 5), que incluye la importancia económica y estratégica de la contratación

pública<sup>4</sup>, haciéndose eco de la Recomendación UE 2017/1805, de octubre, y del citado Marco Europeo. Contempla unas competencias similares, si bien adaptadas al sector público español y bajo el singular enfoque del ciclo de vida del proceso. El documento integra la contratación pública sostenible, que refiere a la capacidad de los profesionales que participan en los procesos de contratación de integrar aspectos ambientales, sociales y éticos. También se fija en la planificación, que refiere a la gestión de los recursos humanos, a la gestión de la contratación y a la lucha contra el fraude y la corrupción; en la gestión de proyectos, como herramienta que garantice la ejecución de los contratos en tiempo, presupuesto y calidad y reduce riesgos; en la comunicación interna y externa, como mecanismo de diálogo con los proveedores para comprender sus capacidades y necesidades, o en la negociación de proyectos, ligada a la comunicación en la búsqueda de la mejor calidad-precio.

## 7. PROMOCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS PYME EN LOS PROCESOS DE COMPRA PÚBLICA

Ya se ha hecho alusión al artículo primero de la LCSP, de carácter programático: decíamos que esta norma expresa el convencimiento de que la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales proporciona una mejor relación calidad-precio, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, facilitando el acceso a la contratación pública de las pymes y las empresas de economía social.

Si nos situamos frente a los objetivos de la Directiva 2014/24/UE, en relación con las pymes, su considerando 2 señala el de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando, en particular, la participación de estas en la contratación pública. Su art. 18.2 impone a los Estados miembros la obligación de regular mecanismos jurídicos que permitan valorar caso a caso, que las empresas contratistas cumplen con los requisitos de carácter medioambiental, social o laboral.

Pero es un hecho que las pymes tienen dificultades para acceder a la contratación. Son paradigmáticas la falta de información, el desconocimiento de los procedimientos de licitación, la falta de formación, la carga burocrática administrativa, la falta de integridad de los procedimientos, la magnitud de los contratos licitados, la oposición de las unidades proponentes para hacer lotes, los plazos insuficientes para preparar las ofertas y su coste, los requisitos de certificación desproporcionados, las garantías financieras excesivas, los criterios de valoración, a veces, muy subjetivos, poco claros, los criterios localistas y los incumplimientos de los plazos de pago por los poderes adjudicadores.

Para solucionar todos estos problemas, la Directiva 2014/24/UE, en su considerando 124, propone una serie de medidas, como la simplificación general de las obligaciones de información en los procedimientos (documento europeo único de contratación DEUC), la limitación de los requisitos de participación mediante la simplificación de las exigencias de solvencia, la división de los contratos en lotes y la posibilidad de pagar directamente a los subcontratistas.

En el mismo sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2020, sobre una nueva estrategia para las pymes europeas, establece que

Las Administraciones públicas nacionales y europeas deben facilitar y aumentar la participación de las pymes y las microempresas en la contratación pública, simplificando el acceso a la información relativa a las licitaciones y los procedimientos, evitando al mismo tiempo requisitos desproporcionados y prácticas discriminatorias como los criterios de licitación que establecen exigencias o cualificaciones más allá de los elementos fundamentales del servicio o los bienes adquiridos, contribuyendo así a acortar y diversificar las cadenas de suministro.

Y pide la división de los grandes contratos en lotes más pequeños porque puede acortar y diversificar las cadenas de suministro, ofreciendo mejores incentivos a las pymes locales; la valoración de los contratos km 0, estableciendo criterios que beneficien a las empresas locales, y que el DEUC sea más accesible.

Por su parte, la Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026 plantea como objetivo promover la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública y señala como objetivos operativos la adopción de medidas, como la habilitación de canales de asistencia para la resolución de dudas, plazos de presentación de proposiciones, automatizar la comprobación de la información o los planes de formación

<sup>4</sup> En 2022 alcanzó el 11,52 % del Producto Interior Bruto (PIB) y el 24,11 % del total del gasto público (Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo I: Las cifras de la contratación pública en 2022).

de empleados públicos, entre otros; la promoción del pago en plazo a los subcontratistas, o la mejora de la información disponible sobre la participación de las pymes en la contratación pública.

Finalmente, para completar el deseo del legislador comunitario e interno sobre el fomento de la participación de las pymes en la contratación pública, es preciso referirse, igualmente, a otros aspectos que surgen del comportamiento de los operadores económicos en su relación con los poderes adjudicadores. Me refiero, siguiendo a Melián Abogados (2020), a los errores típicos de los licitadores en las compras públicas, entre los que destacamos los siguientes:

- La falta de preparación de la documentación necesaria para activar la participación electrónica en el procedimiento: certificados, *software*, personal especializado, etc.
- No ser consciente del alcance de las consultas preliminares al mercado.
- No leer y entender bien los pliegos y no preguntar al órgano de contratación.
- No presentar una oferta detallada, incluyendo generalidades irrelevantes.
- Presentar ofertas anormalmente bajas por no atender a los parámetros fijados en los pliegos.
- Asumir mejoras que afecten a la viabilidad del contrato.
- No planificar la licitación, presentar una oferta incoherente o tardía.
- No utilizar las plantillas o formularios propuestos por el órgano de contratación.

## 8. GRADO DE INTERIORIZACIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA EN LAS ADMINISTRACIONES ESPAÑOLAS. ÁREAS DE MEJORA

Hay un importante *gap* entre el diseño estratégico de la Directiva 2014/24/UE y la ley de transposición sobre la perspectiva social y medioambiental introducidas y el grado de interiorización en las Administraciones públicas españolas.

Así se verifica en el estudio llevado a cabo en el marco de mi trabajo, en el que partiendo de una revisión del *estado del arte* mediante el análisis de más de cien pliegos de condiciones, verificando la corrección jurídica de la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en las diferentes fases del proceso, así como de la existencia y funciones de los órganos de supervisión y control de la ejecución de los contratos, se llega a las siguientes conclusiones:

### Preparación del contrato

Se detecta una escasa justificación de la necesidad del contrato desde la perspectiva estratégica; mucho menos la consecución de una eficiente utilización de los fondos públicos. Tampoco la medición de beneficios indirectos para el órgano de contratación, tales como el ahorro en políticas sociales, incremento del número de cotizantes y de la tributación en renta. La conclusión que puede extraerse es que el establecimiento de cláusulas sociales parece que obedece más al mandato del legislador que a un verdadero convencimiento de su *bondad*, y se desaprovecha la fase embrionaria del procedimiento.

### Adjudicación

Siendo el epicentro del establecimiento del clausulado estratégico, más de la mitad de los contratos estudiados no incorporan cláusulas sociales. Entre las causas que se presumen cabe citar la falta de profesionalización, ausencia de cultura social e incertidumbre jurídica. Solo unos pocos órganos de contratación introducen criterios de dificultad, tales como la mejora de las condiciones de trabajo o salariales, lógicamente por el temor a una revisión administrativa, si no judicial, posterior. Como áreas de mejora, se detectan la poca transparencia y la redacción ambigua y poco clara de criterios de adjudicación.

### Ejecución

Caracterizada por la menor dificultad de aplicación, dada su obligatoriedad y mayor seguridad jurídica, frente a los criterios de valoración. Aun así, no todos los órganos de contratación integran la perspectiva estratégica como condiciones especiales de ejecución, concretamente un 26%. Buena parte de la muestra contiene requisitos ambiguos, inconclusos, poco claros e incompatibles con las finalidades del art. 202

LCSP, dificultando el seguimiento y control de los contratos. Se confunden obligaciones sociales con los requisitos objetivos de cumplimiento del contrato.

## Control

Cumplimiento laxo de la función de control. Solo el 64 % de los contratos contienen algún tipo de seguimiento, y el 24 % solo una escueta referencia al art. 62 LCSP, con una mínima descripción funcional del responsable del contrato o de la unidad encargada del control. Los criterios de adjudicación y las condiciones de ejecución anteriores, ambiguas e inacabadas, suponen un bloqueo que determina la propia y timorata función de control.

De todo ello se deduce que «no se está aprovechando plenamente el potencial de la contratación pública en lo que respecta a ayudar a construir una economía social de mercado competitiva», como lo atestigua el Parlamento Europeo en su Resolución de 4 de octubre de 2018. Aspecto que corrobora Moreno (2024) haciéndose eco del *Informe del Tribunal de Cuentas Europeo 28/2023 sobre contratación pública en la UE*, en el que se pide reflexionar «sobre si los objetivos políticos estratégicos deberán alcanzarse mediante requisitos estratégicos para los procedimientos de contratación pública, o una mayor regulación de las especificaciones relativas a las obras, bienes y servicios». De nuevo, la inseguridad jurídica por la falta de una interpretación uniforme del principio de vinculación de las cláusulas estratégicas con el objeto del contrato –concluye el profesor refiriéndose a la JCCPE– en su informe trienal, relativo a la contratación pública en España, en 2018, 2019 y 2020.

Por su parte, si nos hacemos eco del *Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en 2023* (OIReScon), que pulsa la actualidad en la materia, obtenemos las siguientes conclusiones: casi un 85 % de los pliegos examinados no contempla en su clausulado el uso de criterios estratégicos en las condiciones de admisión (capacidad y solvencia); más de un 66 % no contempla el uso de criterios estratégicos como criterios de adjudicación o valoración de los contratos, siendo mayoritarios en el cumplimiento los relacionados con los criterios de tipo social, con un 17,86 %; y, finalmente, por tratarse de un contenido obligatorio (art. 202 LCSP), las condiciones especiales de ejecución, de carácter social o medioambiental, que no alcanzan el 100 %, aparecen en casi un 94 % de los contratos examinados, si bien, se advierte un claro desequilibrio entre las condiciones de carácter social, con un 40,19 % del total, frente a un 22,72 % de carácter medioambiental. El resto, hasta completar el citado 94 %, se lo reparten los criterios mixtos *medioambiental + social* y otros inespecíficos.

Concluye el organismo de supervisión señalando el importante incumplimiento de la inclusión de criterios sociales y medioambientales, la falta de condiciones de innovación y la existencia de condiciones de ejecución limitadas al mero cumplimiento de la legalidad. Y recomienda, entre otras, las consultas preliminares al mercado para configurar los criterios estratégicos y la opción de premiar a los contratistas que cumplan más allá del mínimo exigido.

## CONCLUSIONES

- La Administración pública, al igual que las empresas, puede ser responsable socialmente si va más allá del cumplimiento de sus obligaciones, competencias y servicios básicos y esenciales, introduciendo la perspectiva estratégica en sus contratos.
- Existe un marco normativo y doctrinal relativo a la contratación estratégica, cuyo conocimiento puede contribuir a neutralizar la parálisis –por inseguridad de los gestores– a la hora de afrontar la inclusión de esta perspectiva en los contratos.
- Es preciso concienciarse de la importancia del control material, no formal, de los procesos de compra pública mediante la aplicación de técnicas de observación directa de las actividades contratadas, contrastando y ajustando el contenido documental justificativo de operadores económicos y responsables de contrato, junto a la realidad de lo ejecutado.
- Puede y debe promoverse una mayor participación de las pymes mediante la mejora de las denominadas en este trabajo *competencias no formales*, tales como las capacidades de comunicación, negociación, empatía, gestión de proyectos y flexibilidad de los compradores públicos.
- La interiorización del valor o perspectiva estratégica en la contratación pública continúa mejorando, aunque muy lentamente, por lo que son necesarios mecanismos de concienciación en los gestores,

pero también una mayor profesionalización que combata el escaso impacto que, en la actualidad, tienen las cláusulas que acceden a nuestros pliegos.

## FUENTES CITADAS

- Carta de Zaragoza (2021). *Manifiesto por una compra pública responsable*. <https://www.obcp.es/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>
- Comisión de las Comunidades Europeas. Libro Verde. *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*. Bruselas, 18 de julio de 2001, COM (2001) 366 final. [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com\(2001\)366\\_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_es.pdf)
- Comunicación de la Comisión. *Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. Bruselas, 3 de marzo de 2010, COM (2010) 2020 final. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF>
- Comisión Europea (2020). *ProcurCompEU. Marco europeo de competencias para los profesionales de la contratación pública*. [https://commission.europa.eu/funding-tenders/tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals\\_es](https://commission.europa.eu/funding-tenders/tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals_es)
- Instituto Nacional de Administración Pública (2022). *Memoria de Responsabilidad Social Corporativa del INAP*. <https://www.inap.es/documents/10136/1717825/Memorias+de+responsabilidad+social+corporativa+2022.pdf/9f038a9b-d21c-f965-c76e-b267726600e2>
- Instituto Nacional de Administración Pública (2023). *Marco de competencias para la Contratación del Sector Público Español*. <https://social.inap.es/sites/default/files/attachedfiles/Marco%20de%20competencias%20definitivo.pdf>
- OIReScon (2019). *Informe anual de supervisión de la Contratación Pública de España. Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación*. <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/27901388-df3a-434d-8a47-3356a7c11261/INFORME+SUPERVISION+OIRESCON+2019.pdf?MOD=AJPERES>
- OIReScon (2023). *Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en 2023. Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación*. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica2023.pdf>
- Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2013, sobre la responsabilidad social de las empresas: promover los intereses de la sociedad y un camino hacia la recuperación sostenible e integradora (2012/2097(INI)). <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ba0e65b2-c0d9-11e5-9e54-01aa75ed71a1>

## ANEXO 1. ALGUNOS EJEMPLOS DE CLAUSULADO CON PERSPECTIVA SOCIAL Y MEDIOAMBIENTAL PARA INCLUIR EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

La interiorización del planteamiento estratégico de las compras públicas no ha discurrido en paralelo con las guías, instrucciones, circulares e incluso reglamentos comprensivos de multitud de ejemplos del clausulado específico que incluir en las diferentes fases del procedimiento de contratación pública, como hemos visto.

Por esta razón, en este apartado, más que citar una muestra de ejemplos pertinentes –esto es, claros, ilustrativos, no discriminatorios, capaces de servir a la evaluación del rendimiento comparativo de las ofertas y vinculados al objeto del contrato– recogemos una muestra de los diferentes instrumentos administrativos que sirven a su recopilación y establecimiento posterior en los respectivos pliegos de condiciones, técnicas y administrativas. Tras la lectura de este trabajo, estoy seguro de que el gestor de compras, tanto del sector público como privado, sabrá utilizarlos adecuadamente según las reglas que han quedado expuestas.

En el sentido indicado, se hace referencia a las siguientes con sus respectivos enlaces, visitados en el mes de mayo de 2024:

- *Manual para la contratación pública ecológica de la Administración General del Estado*. Coordinado por Ximena Lazo Vitoria. Universidad de Alcalá. Edita la Subsecretaría del Ministerio para la Transición

- Ecológica y el Reto Demográfico. <https://fundacion-biodiversidad.es/wp-content/uploads/2024/05/Manual-contratacion-publica-ecologica.pdf>
- *Guía para la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en la contratación del sector público de la Junta de Andalucía, 2023.* [https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-09/guia\\_inclusion\\_clausulas\\_sociales\\_medioambientales\\_junta\\_de\\_andalucia\\_2023.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-09/guia_inclusion_clausulas_sociales_medioambientales_junta_de_andalucia_2023.pdf)
  - *La compra y contratación pública verde en Euskadi 2005-2020. Una historia de éxito (2022).* <https://www.ihobe.eus/publicaciones/compra-y-contratacion-publica-verde-en-euskadi-2005-2020-una-historia-exito>
  - *Guía verde. Medidas medioambientales en la contratación pública en el ámbito de la edificación de la Generalitat Valenciana (2022).* <https://guiaverda.gva.es/es>
  - *Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas (2.ª ed., 2021).* <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/47c69b3a-cfcf-11eb-ac72-01aa75ed71a1>
  - *Contratación responsable del Gobierno de Navarra.* <https://portalcontratacion.navarra.es/es/contratacion-responsable>
  - *Buenas prácticas del Foro de la Contratación Socialmente Responsable.* <https://www.conr.es/buenas-practicas>
  - *Making socially responsible public procurement work. 71 good practice cases.* <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/69fc6007-a970-11ea-bb7a-01aa75ed71a1>
  - *Guía de derechos laborales en la contratación pública.* REAS Aragón y Ayuntamiento de Zaragoza, 2018. <https://www.economiasolidaria.org/recursos/reas-aragon-biblioteca-guia-de-derechos-laborales-en-la-contratacion-publica/>
  - *Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado 2018-2025.* <https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-ecologica.html>
  - *Instrucción 1/2018 en materia de contratación pública del Ayuntamiento de Logroño.* <https://logrono.es/documents/20121/426682/Instrucci%C3%B3n%2B1-2018%2Baprobada%2BJGL.pdf/1983164b-35e6-285d-624d-919aea484beb?t=1678366438392>
  - *Instrucción 1/2018, para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible en el Ayuntamiento de Valladolid y las entidades de su sector público.* <https://www.valladolid.es/es/ayuntamiento/normativa/instruccion-1-2018-impulsar-contratacion-socialmente-eficie>
  - *Instrucción para la contratación socialmente responsable y sostenible del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz (2016).* [https://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/was/contenidoAction.do?idioma=es&uid=u1c8d2793\\_150faf226ae\\_\\_7e59](https://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/was/contenidoAction.do?idioma=es&uid=u1c8d2793_150faf226ae__7e59)
  - *Instrucción 1/2016, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal.* [https://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2016/ficheros/Instruccion1\\_2016.pdf](https://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2016/ficheros/Instruccion1_2016.pdf)
  - *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica, 3.ª ed.* Documento indicativo de los servicios de la Comisión. [https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-ecologica/adquisicionesecologicas\\_tcm30-523749.pdf](https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-ecologica/adquisicionesecologicas_tcm30-523749.pdf)
  - *Instrucción sobre incorporación de criterios sociales, medioambientales, de promoción de las pymes y de impulso de la sostenibilidad en la contratación pública de la Junta de Extremadura y de las entidades que integran su sector público (2016).* [http://instituciones.juntaex.es/filescms/ig/uploaded\\_files/interlex\\_contratacion/Resol\\_25\\_febrero\\_Instruccion\\_CG\\_Clausulas\\_sociales.pdf](http://instituciones.juntaex.es/filescms/ig/uploaded_files/interlex_contratacion/Resol_25_febrero_Instruccion_CG_Clausulas_sociales.pdf)
  - *Guía de contratación pública social.* Ayuntamiento de Barcelona (2016). <https://bcnroc.ajuntament.barcelona.cat/jspui/handle/11703/99132>
  - *Guía práctica para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos públicos de la Diputación Foral de Guipúzcoa (2015).* <https://reaseuskadi.eus/wp-content/uploads/cpr-DF-Gipuzkoa-Guia-practica-para-la-aplicacion-de-clausulas-sociales-en-los-contratos-publicos-de-la-Diputacion-Foral-de-Gipuzkoa-2015.pdf>
  - *Proyecto Life 12 ENV/ES/000222 GREEN TIC. Reducir la huella de carbono de las tecnologías de la información y la comunicación.* Coordinado por la Fundación Patrimonio Natural de Castilla y León, Fundación San Valero (Aragón) y Ayuntamiento de Logroño (La Rioja). [http://www.lifegreentec.eu/sites/default/files/documentos/life\\_green\\_tic\\_-\\_informe\\_final\\_web1.pdf](http://www.lifegreentec.eu/sites/default/files/documentos/life_green_tic_-_informe_final_web1.pdf)
  - *Guía de cláusulas sociales y laborales en la contratación pública.* UGT. [https://ugt-sp.es/images/Guia\\_de\\_contratos\\_AAPP.pdf](https://ugt-sp.es/images/Guia_de_contratos_AAPP.pdf)

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Díez Sastre, S. (2017). Las cláusulas sociales en la contratación pública. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (21) [Ejemplar dedicado a: Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares], 195-219. <https://afduam.es/wp-content/uploads/2021/06/Contenido-22.pdf>
- Gallego Córcoles, M. I. (2017). La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública. *Documentación Administrativa*, (4), 92-113. <https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10497>
- García Molinero, A. (2019, 25 de noviembre). *Sobre el control de la fase de ejecución de los contratos públicos: ¿evasión o responsabilidad? Reflexiones de un interventor*. <https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2019/11/25/sobre-el-control-de-la-fase-de-ejecucion-de-los-contratos-publicos-evasion-o-responsabilidad/>
- Gimeno Feliú, J. M. (2018). Prólogo. La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública. En *50 criterios de calidad y excelencia para la prestación del servicio, que aportan valor en la Contratación Pública* (pp. 4-11). Club Excelencia en Gestión. <https://www.clubexcelencia.org/conocimiento/plataforma-de-conocimiento/50-criterios-de-calidad-y-excelencia-para-la-prestacion-del>
- Gimeno Feliú, J. M. (2024). *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*. Marcial Pons.
- González García, J. V. (2019). Sostenibilidad Social y Ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública. *Revista Española de Derecho Europeo*, (56), 13-42. [https://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/188-sostenibilidad-social-ambiental-directiva\\_2014\\_24\\_eu-contrat](https://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/188-sostenibilidad-social-ambiental-directiva_2014_24_eu-contrat)
- Gordo Cano, D. (2021). Aspectos prácticos de la ejecución del contrato. Problemas y soluciones. *Contratación Administrativa Práctica*, (171), 14-28.
- Jiménez Asensio, R. (2021). *Organización Administrativa y gestión por proyectos (el caso de las unidades administrativas y estructuras similares de gestión de proyectos financiados con fondos europeos)*. [Newsletter La Administración al Día]. [https://rafaeljimenezasensio.com/wp-content/uploads/2021/09/inap\\_lad\\_1512075.pdf](https://rafaeljimenezasensio.com/wp-content/uploads/2021/09/inap_lad_1512075.pdf)
- Martínez Fernández, J. M. (2016). *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación* [El Consultor de los Ayuntamientos]. Wolters Kluwer.
- Medina Arnáiz, T. (2019). El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública. En J. M. Gimeno Feliú (dir.) y C. de Guerrero Manso (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2018* (pp. 253-279). Thomson Reuters Aranzadi.
- Melián Abogados (2020). *Los 40 Principales errores de los licitadores de compra pública*. [https://mymabogados.com/series/errores-de-los-licitadores#google\\_vignette](https://mymabogados.com/series/errores-de-los-licitadores#google_vignette)
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2014). *Estrategia española de responsabilidad social de las empresas. Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora* [aprobada por el Consejo de Ministros, el día 24 de octubre de 2014]. <https://www.mites.gob.es/es/rse/eerse/index.htm>
- Mintzberg, H. (1982). La necesidad de coherencia en el diseño de la organización. *Harvard Deusto Business Review*, (11), 66-84.
- Molina Navarrete, C. (2008). Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, (302), 3-64. <https://doi.org/10.51302/rtss.2008.5591>
- Moreno Molina, J. A. (2006). *Los principios generales de la Contratación de las Administraciones Públicas*. Editorial Bomarzo.
- Moreno Molina, J. A. (2014). La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano: una excelente manifestación del derecho fundamental a la buena Administración. *Actualidad Administrativa*, (3).
- Moreno Molina, J. A. (2024). Una valoración de los principales logros y fracasos de las directivas UE sobre Contratación Pública, tras diez años desde su aprobación. *Observatorio de Contratación Pública*. <https://www.obcp.es/opiniones/una-valoracion-de-los-principales-logros-y-fracasos-de-las-directivas-ue-sobre>
- Ortega Olivencia, L. (2014). El coste de los servicios públicos locales ¿Punto y seguido o inicio real de su valoración efectiva para una eficiencia económica y social de los recursos públicos utilizados en la gestión pública local? *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, (5), 575-584.
- Palacín Sáenz, B. (2023). Un lustro entre el entusiasmo de la compra socialmente responsable y sus áreas de mejora. En J. Pintos Santiago (dir), *Cinco años de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio de situación y soluciones para su regulación* (pp. 285-314). Thomson Reuters Aranzadi.
- Pernas García, J. J. (2020). Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica. En G. García-Álvarez García, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda y A. Nogueira López (coords.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2020* (pp. 873-914). CIEMAT.
- Solorzano García, M., Navío Marco, J. y Contreras Comeche, R. (2016). Incorporación de valor social a la contratación pública en España: Situación y perspectivas. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (4), 41-50. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i4.10306>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 23, abril de 2025  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 04-11-2024  
Modificado: 07-03-2025  
Aceptado: 07-03-2025  
Publicado: 29-04-2025  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11471>  
Páginas: 99-121

Referencia: Ballesteros Moffa, L. Á. (2025). La cosa juzgada material en la duplicidad punitiva. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 23, 99-121. <https://doi.org/10.24965/reala.11471>

## La cosa juzgada material en la duplicidad punitiva

### *Res judicata in the duplication of sanctions*

Ballesteros Moffa, Luis Ángel

Universidad de León. Departamento de Derecho Público (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8895-1040>

labalm@unileon.es

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de León. Líneas de investigación: derecho administrativo europeo, protección de datos personales, contratación pública, jurisdicción contencioso-administrativa, derecho administrativo sancionador. Miembro del grupo de investigación de la Universidad de León Derecho del Interés Común Europeo.

#### RESUMEN

**Objetivos:** el principio *non bis in idem* se sigue explicando en buena medida a partir de la cosa juzgada, sobre todo en su reconocimiento internacional. Sin embargo, no está resuelta adecuadamente la conexión de este óbice procesal con aquel derecho fundamental frente al doble reproche. **Metodología:** el artículo sigue una metodología dogmático-jurídica, basada en el análisis e interpretación sistemática de normas (penales y administrativas) y de la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Examina la doctrina relevante y recurre a fuentes legales y sentencias para fundamentar sus conclusiones. Utiliza asimismo un enfoque comparativo de analogías y diferencias desde una perspectiva interdisciplinar. **Resultados:** contribución a la clarificación de sendas instituciones, poniendo de manifiesto no solo su punto de encuentro en la teoría de la triple identidad, sino la equiparación entre el llamado *non bis in idem* procedimental y la cosa juzgada material negativa (convergencia de procedimientos penales o administrativos sancionadores) y positiva (confluencia de ambos órdenes punitivos). **Conclusiones:** el estudio propone una ordenación integrada de las dos figuras desde el momento en que la cosa juzgada material da respuesta a la mayor parte de los problemas prácticos de duplicidad punitiva.

#### PALABRAS CLAVE

Concurso de normas; concurso de ilícitos; non bis in idem; cosa juzgada; teoría de las identidades.

#### ABSTRACT

**Objectives:** The *non bis in idem* principle, which prohibits double jeopardy for the same offence, is directly related to the force of *res judicata*, in particular in its procedural and international aspects. However, the relationship between this procedural guarantee and that fundamental right has not been sufficiently clarified. **Methodology:** The article uses a dogmatic-legal methodology, based on the systematic analysis and interpretation of norms (criminal and administrative) and of constitutional and ordinary case law. It studies the relevant doctrine and uses legal sources and judgments to support its conclusions. It also uses a comparative approach of analogies and differences from an interdisciplinary perspective. **Results:** Contribution to the clarification of both institutions. In order to do so, it will first highlight their meeting point in the triple-identity rule. Secondly, it will analyse the equivalence between the procedural *non bis in idem* and the negative effect of *res judicata* (overlapping of criminal or administrative proceedings) and the positive effect of *res judicata* (confluence of the two sanctioning regimes). **Conclusions:** The study

proposes an integrated arrangement of the two figures, taking into account that *res judicata* provides an answer to most of the practical problems of punitive duplication.

## KEYWORDS

Conflict rules; concurrent offences; non bis in idem; *res judicata*; triple-identity rule.

## SUMARIO

1. CONCURSO DE NORMAS EN UN CONTEXTO DE HIPERTROFIA REPRESIVA. 2. EL *IDEM* COMO PRESUPUESTO: LA TEORÍA DE LAS IDENTIDADES. 3. EL *BIS* EN EL *NON BIS IN IDEM* SUSTANTIVO. 3.1. ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. 3.2. DENTRO DEL DERECHO PENAL O DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. EL CONCURSO DE ILÍCITOS. 4. EL *BIS* EN EL *NON BIS IN IDEM* PROCEDIMENTAL. 4.1. DENTRO DEL DERECHO PENAL O DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: COSA JUZGADA MATERIAL NEGATIVA. 4.2. ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: COSA JUZGADA MATERIAL POSITIVA. 5. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. CONCURSO DE NORMAS EN UN CONTEXTO DE HIPERTROFIA REPRESIVA<sup>1</sup>

Aunque corresponde al legislador optar entre la responsabilidad penal o la responsabilidad administrativa sancionadora, deslindando entre ambos sistemas correctivos y precisando conforme a los principios de legalidad y tipicidad los diferentes delitos e infracciones dentro de cada uno de ellos, no faltan situaciones coincidentes en las que distintos preceptos castigan por unos mismos hechos, participando a la vez del mismo fundamento jurídico. Amén del orden constitucional de competencias, tales concursos o aparentes conflictos de normas, hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos que no pueden aplicarse conjuntamente, deben ser resueltos jurídicamente con la aplicación de una sola de las normas que desplaza a las demás<sup>2</sup> (entre otras, además de la preferencia penal, las normas concursales internas de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad de los arts. 8 y 67 del Código Penal; 16 de la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas; 31.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana; 46.5 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; 34 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera; 34.5 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria; o el propio criterio cronológico de imposición<sup>3</sup>). Es esta superposición sancionadora a la que responde el principio *non bis in idem*<sup>4</sup>, erigido en derecho fundamental de modo indirecto en virtud del art. 25.1 Constitución, siendo susceptible por ende de recurso de amparo y cuya lesión determina la nulidad radical de los actos administrativos, según el cual no se puede castigar dos veces (penal y administrativamente o dentro de cada vía punitiva) cuando se aprecie identidad de sujetos, hechos y fundamentos jurídicos, encontrando su trasunto

<sup>1</sup> Esta publicación es parte del proyecto «Reforma y evolución del derecho penal: límites, garantías y respuestas» (PID2023-148510NB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

<sup>2</sup> «[...] En la medida en que el desvalor que representa el comportamiento ilícito es abarcado íntegramente por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás. El conflicto de normas debe resolverse con la aplicación de solo una de ellas, que excluya a las demás, razón por la que algunos hablan de aparente conflicto, ya que este finalmente desaparece a favor de una sola norma» (STS de 15 de octubre de 2018, Sala Tercera, Sección Segunda, Rec. 4561/2017, FJ 3.º).

<sup>3</sup> Aplica como mera muestra este último criterio la STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2007 (Rec. 194/2005, FJ 7.º), al rechazar las actuaciones disciplinarias de la Federación Catalana de Taekwondo por la participación de los recurrentes en competiciones organizadas por entidades ajenas a la estructura federativa, ya que «la Federación Catalana de Taekwondo, que había puesto en conocimiento de la Federación Española los hechos de autos a los efectos disciplinarios pertinentes, no podía iniciar a su vez un nuevo expediente sancionador por los mismos hechos, ni podía imponer una sanción cuando ya lo había hecho anteriormente la Federación Española, al tratarse de unos mismos hechos y una misma infracción».

<sup>4</sup> Bien entendido que «lo que prohíbe [este principio] no es una distinta regulación [el concurso de normas] y sí una doble sanción por unos mismos hechos [...]»; en concreto, según la sentencia de instancia, «prohíbe que una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho, pero no impide que una misma conducta pueda estar tipificada en dos disposiciones diferentes por afectar a personas que mantienen distinta relación jurídica con la ONCE (como afiliado o como trabajador)» (STS de 24 de abril de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 5231/1994, FJ 5.º). Reclama, no obstante, una adecuada técnica legislativa a la hora de definir los tipos infractores, Boto Álvarez (2006, pp. 273-294) y Cubero Marcos (2018, pp. 253-288).

procedimental, con apoyatura en la cosa juzgada y enunciados internacionales, en la interdicción de procedimientos o enjuiciamientos sucesivos sobre lo mismo<sup>5</sup>.

La reiteración de penas y/o sanciones guarda relación con el incremento del ordenamiento punitivo del Estado, que no ha dejado de crecer a partir del art. 25.1 Constitución, al reconocerse para ambos sistemas los principios de legalidad, tipicidad (a veces solapado con técnicas de reenvío como las leyes penales en blanco<sup>6</sup>) e irretroactividad *in peius*, lo cual, si es especialmente grave en el derecho penal, llamado a constituir la *ultima ratio* (De León Villalba, 1998; Navarro Cardoso, 2001), se manifiesta también en la preocupante disgregación de la potestad sancionadora y disciplinaria entre los entes constitucionales, institucionales o corporativos (Casares Marcos, 2012); o en la tipificación de infracciones y sanciones locales por ordenanzas, como singularidad a la reserva de ley, en aquellas materias sin apoyatura en la legislación sectorial (arts. 139 a 141 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, tras la reforma por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), teniendo en cuenta en cualquier caso que, si bien no hay diferencias sustanciales entre las penas judiciales y las sanciones administrativas –estas últimas como actividad de policía fruto de una autotuela reduplicada que sustituye al juez penal–, lo que permite compartir a grandes rasgos unos mismos principios informadores, unas y otras se distinguen en aspectos tan importantes como el poder que las impone, el fin perseguido (art. 25.2 Constitución), la prohibición de sanciones privativas de libertad (arts. 25.3 Constitución y 29.1 LSP<sup>7</sup>), o la exclusión de la responsabilidad penal de la Administración (art. 31 quinquies Código Penal).

Por otra parte, no resulta ocioso atender a algunas excepciones a la prohibición de la doble sanción, entre otros principios inspiradores. Se trata de las sanciones disciplinarias y rescisorias, o aquellas que se imponen en el marco de relaciones de sujeción especial (véanse Quintana López, 1986, pp. 585-597; García Macho, 1991, pp. 515-527; Trayter Jiménez, 1991, pp. 113-136; Vera Jurado, 1993, pp. 537-542; Meseguer Yebra, 2000, pp. 19 y ss.; Mestre Delgado, 2005, pp. 2338-2339; Tolivar Alas, 2008, pp. 133-157; Rebollo Puig, 2010, pp. 423-448; Gallardo Castillo, 2015, pp. 5-13; Castillo Ramos-Bossini, 2024, pp. 15-101), como las trabadas en los ámbitos de personal, contratación, servicios públicos o profesiones colegiadas<sup>8</sup>. La dualidad de fundamento explica la concurrencia de sanciones en estos casos<sup>9</sup>, lo que ocurrirá cuando el reproche penal incluye la condición funcional o disciplinaria del autor como agravante de un delito que puede ser perpetrado por cualquier persona, pero no en los delitos especiales contra la Administración que solo pueden ser cometidos por autoridades o funcionarios, cuyo bien jurídico es también el buen funcionamiento de la Administración<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Sobre la primigenia regla de la compatibilidad de la sanción administrativa con la penal, fruto del tradicional sistema de conflictos entre la Administración y los Tribunales y rectificada por el Tribunal Constitucional: García de Enterría y Fernández Rodríguez (2022, pp. 208 y ss.); Nieto García (2012, pp. 479 y ss.) y Parada Vázquez (1995, vol. 3, pp. 4436 y ss.). Estudian la presencia de esta compatibilidad en el derecho comparado: Mourgeon (1967, pp. 298 y ss.); Moderne (1997, pp. 1-27); Dellis (1997, pp. 248 y ss.); Huergo Lora (2007, pp. 436 y ss.); Fernández Torres (2009, pp. 17 y 20), y Sánchez Sáez (2009, pp. 141-142).

<sup>6</sup> Como afirma Cano Campos (2001, p. 197), «la existencia de muchos delitos requiere de la constatación de una infracción administrativa, la cual, sin embargo, no podrá ser sancionada por haber sido ya tenida en cuenta como un elemento constitutivo del tipo penal».

<sup>7</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>8</sup> Según la STS de 22 de noviembre de 2023 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 44/2022, FFJJ 5.º y 6.º), es posible continuar con un procedimiento administrativo sancionador de defensa de la competencia (por la Agencia de Defensa de la Competencia en Andalucía) tras una sanción colegial firme (por el Consejo Andaluz de Colegios de Abogados), porque sendos procedimientos (y sanciones) presentan fines diferentes en protección de distintos bienes jurídicos (valores esenciales en la profesión y correcto funcionamiento de los mercados, respectivamente), siendo compatibles entre sí en «un todo coherente y proporcionado» (SSTEDH de 15 de noviembre de 2016, A y B/Noruega; 8 de diciembre de 2020, *Bajcic/Croacia*; y 14 de enero de 2021, *Sabalić /Croacia*), sin que concurra, por tanto, la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos para la aplicación del principio *non bis in idem*.

<sup>9</sup> «La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones [...]. Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección» (STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2.º).

<sup>10</sup> «La singular condición de funcionario del sujeto activo, cuando es considerada para la definitiva calificación penal de unos hechos, lo puede ser de dos maneras o con dos finalidades distintas: puede ser ponderada como un elemento imprescindible para que una determinada acción tenga relevancia penal. Y cuando así sucede la norma penal lo que suele reflejar es el propósito de reprimir determinadas conductas funcionariales porque se estiman contrarias al interés propio de la Administración pública de la que dicho funcionario es agente o elemento integrante. Pero, en otras ocasiones, opera sobre acciones o conductas que habrían sido constitutivas de infracción penal aunque las hubiera realizado un particular no funcionario [...]. Apareciendo entonces esa condición funcional, no como elemento imprescindible para apreciar la existencia de una figura penal, sino como circunstancia genérica de agravación de la pena, o como determinante de un subtipo agravado de otro tipo básico u ordinario. Y cuando esto segundo acontece, ello es revelador de que la condición de funcionario no opera en el ámbito penal como elemento expresivo de la protección de un determinado interés

## 2. EL *IDEM* COMO PRESUPUESTO: LA TEORÍA DE LAS IDENTIDADES

El *ne bis in idem*, tanto sustantivo como procesal, exige que haya no solo una unidad de sujetos y hechos, sino también de fundamentos jurídicos o intereses públicos protegidos, pues unos mismos hechos pueden dar lugar a varias infracciones (concurso ideal de ilícitos). No puede haber reiteración punitiva cuando se pretende castigar al mismo sujeto (diferenciándose entre la persona jurídica y la persona física que actúa por ella<sup>11</sup>; y con independencia, por otra parte, de la Administración o acusador penal<sup>12</sup>) por los mismos hechos (según criterios de valoración jurídica<sup>13</sup>), y a la vez por causa de unos mismos tipos que participan de los mismos elementos esenciales, como el bien jurídico protegido por el legislador<sup>14</sup>. La falta de coincidencia en cualquiera de estos ingredientes deja fuera la aplicación del principio estudiado, por ser el punto de partida para la vulneración de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*, de no padecer una doble sanción y no ser sometido a un doble procedimiento punitivo.

Al apreciarse en concreto la posible identidad de fundamento jurídico entre la infracción administrativa consistente en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica apreciada a través de una prueba de alcoholemia, y el delito de conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el Tribunal Constitucional concluye de forma paradigmática que

ambas infracciones, administrativa y penal, comparten un elemento nuclear común –conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas–, de modo que al imponerse ambas sanciones de forma cumulativa, dicho elemento resulta doblemente sancionado, sin que dicha reiteración sancionadora pueda justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo, dado que el bien o interés jurídico protegido por ambas normas es el mismo –la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos [...] (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5.º).

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que

hay casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un ilícito, mientras que un examen más atento muestra que solo debe ser perseguido un ilícito porque engloba todos los ilícitos contenidos en los demás [...]. Así, cuando diferentes ilícitos basados en un acto son perseguidos de forma consecutiva, uno tras la resolución firme del otro, el Tribunal debe examinar si tales ilícitos tienen o no los mismos elementos esenciales (STEDH de 29 de mayo de 2001, Franz Fischer contra Austria, apartado 25).

---

que es propio o exclusivo de la Administración pública, sino como factor demostrativo de una superior culpabilidad, o de una mayor perversidad moral, en esas acciones que serían delictivas aunque las hubiera realizado un sujeto no funcionario, y hace que esas acciones sean merecedoras de una mayor penalidad» (STS de 3 de noviembre de 2014, Sala Tercera, Sección Séptima, Rec. 832/2013, FJ 4.º).

<sup>11</sup> La STS de 7 de julio de 2003 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 10397/1998, FJ 5.º) excluye la vulneración del *non bis in idem* por la imposición de sanción administrativa en materia de mercado de valores tanto a las sociedades mercantiles que fueron adquirentes directas de las acciones, como a la persona física que controlaba una y era propietaria de la otra, «pues indudablemente los sujetos son distintos y cada uno se hace acreedor a la sanción por su propia actuación». Aplica, no obstante, distinto criterio el art. 9.5 de la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas, así como en los casos de sociedades unipersonales. *In extenso*, Rebollo Puig (2023, pp. 187 y ss.), y Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2023, pp. 251 y ss.).

<sup>12</sup> Aunque, atendiendo al fundamento jurídico, «el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de marzo de 1987 sostiene que la existencia de una dualidad de procedimientos en sendas Administraciones diferentes no representa violación alguna de tal principio si, tratándose de los mismos hechos, tales procedimientos son consecuencia de la aplicación de normativas diferentes, de inexcusable acatamiento para cada órgano, y, en el presente caso, ambas Administraciones (autonómica y estatal) protegen intereses distintos (pesca fluvial y dominio público hidráulico) con normativas diferentes en cada ámbito, lo que lleva a desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada por ser ajustada a derecho» (STSJ de Asturias, de 20 de enero de 1998, Rec. 1235/1995, FJ 3.º).

<sup>13</sup> La STC 204/1996, de 16 de diciembre (FJ 5.º), aprecia unidad de acción o de hechos, para castigar por un único delito de usurpación de funciones, a la conducta consistente en el ejercicio de una profesión sin título habilitante, aunque se llevara a cabo en dos establecimientos diferentes y períodos temporales no del todo coincidentes, porque «no resulta trascendente a los efectos penales [...] pues precisamente el tipo penal contempla la realización, no de un acto aislado, sino de “actos propios de una profesión” en general, una de cuyas características suele ser la habitualidad». Por el contrario, aprecia hechos distintos en las infracciones de la normativa de concentración de empresas relativas a las obligaciones de notificar y no ejecutar la concentración antes de la autorización, la STJUE de 9 de noviembre de 2023, *Altice Group Lux Sàrl/Comisión*, C-746/21, apdos. 49 y ss.

<sup>14</sup> Según el art. 18.2, en conexión con el art. 16.2 de la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas, «se entenderá que hay identidad de fundamento cuando: a) La infracción penal o administrativa que se castiga con la pena o sanción precedente proteja el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo que la infracción que se esté considerando. b) Existiendo ciertas diferencias entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos contemplados, estas no tengan la entidad suficiente como para justificar la doble punición, por referirse a aspectos cuya protección no requiere la segunda sanción».

El Tribunal Constitucional niega por ejemplo la vulneración del principio *non bis in idem* por ser diferentes los hechos y el fundamento jurídico derivados de la comparación entre, por un lado, la sanción administrativa impuesta por la Junta Electoral Central al entonces presidente del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña por la exhibición, pública y notoria, de lazos amarillos y otros símbolos en las fachadas de diferentes edificios y espacios públicos dependientes de la Generalitat, y, por otro, la condena penal por desobediencia como consecuencia del incumplimiento de los requerimientos emitidos por la Junta Electoral Central para la retirada de esas pancartas, lazos y banderas. Respecto a los hechos, porque «la sanción administrativa se produjo por la colocación de esos objetos, mientras que la condena penal se produjo por no retirarlos». Y, en cuanto al fundamento, porque «la sanción administrativa se basa en lo dispuesto en el art. 50.2 LOREG como infracción del deber de neutralidad impuesto directamente por el ordenamiento electoral, sin necesidad de mandato previo de una autoridad», mientras que el delito de desobediencia del art. 410.1 Código Penal «sanciona las consecuencias de quebrantar un mandato expreso dirigido al autor, en este caso, para la cesación de aquella conducta ilícita», bajo el fundamento de los principios de competencia y colaboración (STC 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.º 4.3.3).

La STS de 3 de noviembre de 2023 (Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 3032/2020, FJ 5.º), por su parte, reconoce la compatibilidad de las sanciones impuestas al Club de Fútbol del Getafe por los mismos incidentes de invasión del campo y lanzamiento de un bote de humo (una impuesta por la Delegación del Gobierno en aplicación de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte, y la otra por la Administración deportiva conforme al Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol), porque, aunque «hay coincidencia en los hechos [...]» y «también coincide el sancionado: Getafe Club de Fútbol, S. A. D. [...]», «son distintos los intereses protegidos por los diferentes preceptos, aunque todos sean intereses públicos y estén relacionados con la evitación de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. En un caso, los de la Ley 19/2007 miran al orden público y la seguridad [...]. En el otro, los del Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol a la preservación de la disciplina deportiva [...]».

La teoría de la triple identidad<sup>15</sup> requerida para los diferentes institutos jurídicos nace de la cosa juzgada material<sup>16</sup> y litispendencia (Acosta Estévez, 1987; Málaga Diéguez, 1999; Serrano Hoyo, 2014, pp. 29-51) para impedir la repetición indebida de litigios, a fin de que no se produzcan resoluciones contradictorias o fraude en los plazos perentorios. Si la cosa juzgada hace referencia a un supuesto idéntico resuelto en el fondo por sentencia firme, estimatoria o desestimatoria, la litispendencia, como institución tutelar o anticipada de la cosa juzgada, se produce cuando se halla pendiente de resolución el mismo pleito con efectos desde la interposición de la demanda/recurso (art. 410 LEC). Dos baluartes desde diferente plano temporal del *non bis in idem* para evitar resoluciones reiterativas o contradictorias. Pues, aunque antiguamente la cosa juzgada significaba una presunción de que lo juzgado era cierto (arts. 1251 y 1252 Código Civil), en la actualidad se reconduce a esta censura procesal para impedir a cualquier órgano jurisdiccional volver a pronunciarse sobre lo ya decidido con fuerza de cosa juzgada.

Se trata naturalmente de la cosa juzgada material en su sentido negativo o excluyente, aparte de la vinculación positiva de lo juzgado a otros procesos relacionados, pero sin identidad plena (art. 222.4 LEC: basta con identidad subjetiva, cualesquiera que sean las posiciones que se ocupen, y antecedente lógico<sup>17</sup>), frente a la cosa juzgada formal, que impide recurrir –salvo en revisión– contra resoluciones firmes, así consideradas por ley o preclusión de los plazos del recurso. Es decir, mientras esta despliega sus efectos excluyentes dentro del mismo proceso (art. 207 LEC), la cosa juzgada material (*res iudicata*) se proyecta

<sup>15</sup> «Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que esta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron» (antiguo art. 1252, primer párrafo, del Código Civil, derogado por la LEC).

<sup>16</sup> Una perspectiva comparada de la *res iudicata* en la actualidad ofrece Ezurmendi Álvarez (2021), Urbano (2020) y Costagliola (2024). Véanse, asimismo, Guasp Delgado (1948, pp. 435-472); González Pérez (1952, pp. 67-102); Cortés Domínguez (1975); De la Oliva Santos (1991), y Domínguez Barragán (2024).

<sup>17</sup> Como señala De la Oliva Santos (1991, p. 105), «se trata, en suma, de que parte de lo que se ha de resolver en el segundo proceso o de lo que en él ha de tomarse como base haya sido jurídicamente resuelto en resolución firme de un proceso anterior». O, en palabras de Menéndez Sebastián (2019, p. 42), «la decisión final sobre el objeto del pleito producirá efecto de cosa juzgada positiva en el posterior en la medida en que esa cuestión litigiosa sea condicionante del segundo fallo, ya sea porque se vuelve a formular equivalente pretensión con variación temporal (por ejemplo, reclamación del mismo derecho en un intervalo diferente), ya sea porque esa concreta cuestión litigiosa determina el sentido de lo pretendido en el segundo pleito (por ejemplo, derecho a que la indemnización por despido se calcule tomando en consideración el tiempo completo de prestación de servicios cuando ha habido una sentencia previa que califica de indefinida la relación contractual), etc.».

externamente sobre otras causas (res iudicanda) con el mismo objeto cuando haya recaído sentencia firme sobre el fondo. El art. 222 LEC vincula la cosa juzgada material a las «sentencias estimatorias o desestimatorias», con exclusión de las de inadmisibilidad sin perjuicio de que adquieran firmeza o cosa juzgada formal, alcanzando a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción bajo el tratamiento procesal de los arts. 416.1.2.<sup>a</sup> y 421 LEC (audiencia previa al juicio ordinario tras la contestación a la demanda). En el contencioso-administrativo, el impedimento de cosa juzgada o litispendencia aparece recogido expresamente en el art. 69.e) LJCA<sup>18</sup> como uno de los fallos de inadmisión de la sentencia, aunque tales excepciones pueden ser alegadas con anterioridad en el incidente de alegaciones previas y contestación a la demanda (art. 58.1 LJCA por remisión al art. 69 LJCA)<sup>19</sup>. Y, en el proceso penal, los arts. 666.2.º y 675 LECrim. contemplan la cosa juzgada negativa –excluida la positiva en este orden– entre los artículos de previo pronunciamiento o excepciones procesales previas al juicio oral, cuya estimación dará lugar al sobreseimiento libre y archivo de la causa, que de no prosperar pueden ser reproducidos en el juicio oral como medio de defensa (art. 678 LECrim.); siendo en el juicio oral del procedimiento abreviado, tras la lectura de los escritos de acusación y defensa, donde pueden ser alegados conforme al art. 786.2 LECrim.

Es importante precisar que, aunque la cosa juzgada negativa en la dogmática penal, donde no existe una petición concreta de tutela jurídica, ha llegado a exigir solo una doble identidad integrada por el acusado (con independencia de la parte acusadora) y el relato histórico de hechos punibles, siendo irrelevantes para la inviabilidad de un segundo proceso la calificación del delito o el título de participación<sup>20</sup>, debe seguirse reclamando para la construcción de un sistema cabal, además de la consideración de los hechos en atención a las calificaciones jurídicas, la identidad objetiva del fundamento jurídico, entendido como tutela del mismo bien o interés jurídico o misma perspectiva de defensa social de la infracción jurídica<sup>21</sup>. Según ha discernido el abogado general en el asunto C-436/04 –que daría lugar a la STJUE de 9 de marzo de 2006, *Leopold Henri Van Esbroeck*–, el elemento del *idem* en la máxima *ne bis in idem* puede articularse desde «un triple punto de mira: el de atender a los hechos, sin más [*idem factum*], el de centrarse en su calificación jurídica o el de poner el acento en los bienes tutelados con el tipo penal [*idem crimen*]» (apdo. 43)<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Son clásicos los trabajos sobre inadmisibilidad procesal de Vivancos (1963); Friginal Fernández-Villaverde (1984, pp. 283-332); González Pérez (1994, pp. 357-380), y Alonso Ibáñez (1996).

<sup>19</sup> La STS de 22 de marzo de 2022 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 1588/2020, FFJJ 3.º y 4.º) ha confirmado que no puede apreciarse la cosa juzgada material negativa sin esperar a la formalización de la demanda en la que se contiene la *causa petendi* y el *petitum*, necesarios para apreciar la plena identidad requerida, negándose, pues, como momento procesal el previsto en el art. 51 LJCA (a la vista del expediente administrativo con anterioridad a la demanda).

<sup>20</sup> «[...] Frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir, exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos [...]» (por todas, SSTS de 30 de noviembre de 2016 [Sala Segunda, Sección Primera, Rec. 646/2016, FJ 3.º] y 12 de julio de 2022 [Sala Segunda, Sección Primera, Rec. 4862/2020, FJ 1.º]).

<sup>21</sup> En todo caso, defiende la perspectiva normativa frente a la naturalista de la identidad fáctica, Pérez Manzano (2002, pp. 100 y ss.). Así, el «[...] Tribunal Constitucional tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hecho y fundamento, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem* y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, pero siempre dentro del respeto a los límites de la jurisdicción de amparo, de modo tal que se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial [...]» [SSTC 91/2008, de 21 de julio, FJ 2.º y 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.º 2.H)].

<sup>22</sup> Aunque se afirma en el seno de una jurisprudencia que vincula asimismo los documentos europeos que consagran el derecho *non bis in idem* (arts. 4.1 Protocolo núm. 7 al CEDH, 54 Convenio Schengen y 50 CDFUE) con «la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido» (STJUE de 9 de marzo de 2006, *Leopold Henri Van Esbroeck*, C-436/04), pues, como señala el abogado general en el asunto C-58/22, «la calificación jurídica de los hechos en Derecho nacional no es pertinente para determinar la existencia de la misma infracción, puesto que el alcance de la protección [comunitaria] no puede variar de un Estado miembro a otro» (apdo. 90). *Idem factum* generalizado también en materia de competencia (SSTJUE de 22 de marzo de 2022, *Bpost*, C-117/20, apdo. 35; 22 de marzo de 2022, *Nordzucker y otros*, C-151/20, apdo. 40; y 14 de septiembre de 2023, *Volkswagen Group Italia y Volkswagen Aktiengesellschaft*, C-27/22, apdo. 67; frente a la anterior STJUE de 25 de febrero de 2021, *Slovak Telekom*, C-857/19, apdo. 43), sin perjuicio de la posible limitación del derecho sobre la base del art. 52.1 CDFUE (limitación legal, respeto al contenido esencial del derecho limitado, y, dentro de la proporcionalidad, limitación necesaria y que responda efectivamente a objetivos de interés general) con la consiguiente posibilidad de acumulación de procedimientos y sanciones (a partir de la STJUE de 20 de marzo de 2018, *Luca Menci*, C-524/15). Sin que pueda considerarse que una acumulación automática respete el contenido esencial, ni el principio de proporcionalidad cuando la normativa no asegure una coordinación de los procedimientos que permita reducir a lo estrictamente necesario la carga adicional que supone la acumulación, incluso en un contexto transfronterizo, y no permita garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se corresponda a

Volviendo a la cosa juzgada *stricto sensu*, pese a la difícil extrapolación, en el ámbito civil y por extensión en el contencioso-administrativo esta exige la plena identidad del objeto entre los dos procesos, extendida al *petitum* o pretensión propiamente dicha (declarativa, ejecutiva o cautelar, y en el aspecto mediato del bien jurídico/eadem res que se pide; incluida la actuación/inactividad administrativa recurrida a las pretensiones anulatoria y de plena jurisdicción en el contencioso), *causa petendi* o hechos que sustentan las pretensiones y partes intervinientes en la misma calidad o posición ritual en que actúan (afectados si los efectos son erga omnes) (Guasp Delgado, 1952; 1985; Guasp Delgado y Alonso Olea, 1981; García Trevijano-Fos, 1962, pp. 15 y ss.; González Pérez, 1953, pp. 77-128; 2016). Esto es, para que la nulidad de los actos procesales no tenga una aplicación rígida y desproporcionada es necesaria una perfecta o triple unidad –objetiva, causal y subjetiva– de la acción ejercida<sup>23</sup>, considerándose incluidos en la triada también los fundamentos o títulos jurídicos en la *causa petendi*, motivos de impugnación –tanto de forma como de fondo– en el contencioso, o cuestiones de impugnación por «cuestionar» la validez o invalidez de la actuación administrativa; motivos en definitiva en que puede incurrir la actuación administrativa, como sus posibles vicios de nulidad o anulabilidad. En efecto, la «teoría de la individualización» (arts. 218.1 y 400.2 LEC), frente a la «teoría de la sustanciación»<sup>24</sup>, considera que el título de pedir está formado, además de por el elemento fáctico, por el elemento jurídico, excluidas las meras citas normativas del apotegma *iura novit curia*. O, desde un planteamiento sincrético, la razón de pedir, como fundamento en que se apoya la petición de tutela jurídica, debe estar fácticamente sustanciada y jurídicamente individualizada, por lo que la ortodoxia procesal exige de una identidad cualificada entre el proceso ya resuelto –o iniciado– y el nuevo en el que se opone la autoridad de cosa juzgada –o litispendencia–.

### 3. EL «BIS» EN EL «NON BIS IN IDEM» SUSTANTIVO

#### 3.1. Entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador

El principio genuino de unicidad sancionatoria, como parte integrante según la jurisprudencia constitucional de los principios de legalidad y tipicidad (tras prescindir el constituyente de su inclusión expresa en el art. 9 del Anteproyecto de Constitución), veda la imposición de una dualidad de sanciones, en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración [entre otras muchas, SSTC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4.º; 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2.º; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3.º; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2.º; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5.º; 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.º; 2/2003, 16 de enero, FJ 3.º; 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.º 2.H)]. Además del art. 25.1 Constitución, el art. 31 LSP –como el anterior art. 133 LRJPC y 5 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto– establece expresamente que «no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Lo cual es reiterado, con algunas variaciones, en numerosas normas estatales y autonómicas, generales y sectoriales del ordenamiento administrativo<sup>25</sup>.

---

la gravedad de la infracción de que se trate (por todas, STJUE de 4 de mayo de 2023, MV-98, C-97/21, apdos. 54 y 55, y 56 y ss., respectivamente). Abogan abiertamente por la reconducción de esta jurisprudencia, que alcanza al TEDH (Sentencia de 10 de febrero de 2009, Zolotukhin/Rusia), si bien también con elementos correctores (procedimientos con vínculo material y temporal suficientemente estrecho, a modo de proceso dual integrado, en los términos de la STEDH de 15 de noviembre de 2016, A y B/Noruega, apdos. 146 y ss.; y los límites de los hechos nuevos o vicios esenciales del primer procedimiento, según la STEDH de 14 de enero de 2021, *Sabalić/Croacia*, apdos. 99 y ss.), Cano Campos (2022, pp. 9-53); Bueno Armijo (2021, pp. 295 y ss.; 2022, pp. 171-206); y Rodríguez Cembellín (2024, pp. 341 y ss.).

<sup>23</sup> Corregida por el art. 400 LEC, en el sentido de considerar existente tal identidad cuando los nuevos hechos y fundamentos jurídicos incorporados al segundo proceso fueron susceptibles de invocación en el primero, aunque no se hiciera.

<sup>24</sup> Sobre estas teorías antitéticas gestadas en Alemania a principios del siglo xx y desplegadas señaladamente en nuestro orden civil, véanse De la Oliva Santos y Díez-Picazo Giménez (2004, pp. 72 y ss.); Alcalde Santos (2008); Gimeno Sendra (2017, pp. 211 y ss.); García Trevijano-Fos (1962, pp. 20 y ss.); García Pérez (1999, pp. 144 y ss.); De Vicente Domingo (2016, pp. 97 y ss.). Desde la perspectiva del objeto del proceso penal, «el modo en el que cada uno de estos elementos [hecho y delito] incide en el objeto del proceso ha suscitado distintas teorías, al igual que sucede en el proceso civil con la confrontación entre las denominadas teorías de la individualización y de la sustanciación [...]»: Rifá Soler *et al.* (2006, p. 55).

<sup>25</sup> No pocas veces sin vincularse expresamente la prohibición de dualidad sancionatoria a la identidad de sujetos, hechos y fundamentos jurídicos (v. gr. art. 55.2 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General Subvenciones), de lo que alerta Alarcón Sotomayor (2010b, pp. 405 y ss.).

En cualquier caso, dado el considerable casuismo en la materia<sup>26</sup>, aunque no pueda aplicarse el imperativo *non bis in idem* por inexistencia de identidad de fundamento jurídico, pero existan puntos comunes entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos considerados, el principio de proporcionalidad debe llevar a una minoración o compensación de la segunda sanción, tal y como reconoce el art. 18.3 de la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas, cuando la sanción o pena impuesta precedentemente sirva en parte al fin tuitivo de la infracción que se va a sancionar.

Este planteamiento se extiende a la concurrencia entre una sanción administrativa y una sanción impuesta por los órganos comunitarios europeos, conforme a la dicción que –a diferencia del anterior art. 5.2 del Reglamento del procedimiento sancionador– recoge el art. 31.2 LSP: «cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción»<sup>27</sup>.

La STC 2/2003, de 16 de enero, ha llevado hasta sus últimas consecuencias el principio *non bis in idem* al afrontar el supuesto patológico más controvertido de exceso punitivo, como es la imposición de una pena judicial por unos hechos castigados previamente por el derecho administrativo, volviendo a legitimar como solución, a partir de la primacía de la vertiente procesal sobre la material, el descuento de la sanción administrativa ya satisfecha en ejecución de la ulterior sentencia penal (Marina Jalvo, 2003, pp. 175-188; Jaén Vallejo, 2003, pp. 1-8; Díaz y García Conlledo, 2004, pp. 9-27; López Barja de Quiroga, 2004, pp. 67 y ss.; Puerta Seguido y Beltrán de Felipe, 2004, pp. 363-393; Gimeno Sendra, 2007, pp. 1855-1861; Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2023, pp. 232 y ss.), frente a la exigencia por la anterior STC 177/1999, de 11 de octubre, de un pronunciamiento penal absolutorio del inculpado, en detrimento de la preferencia penal, que también aplicó con diferente resultado por razones formales la STC 152/2001, de 2 de julio (Meseguer Yebra, 2000; Sanz Rubiales, 2000, pp. 545-572; De Vicente Martínez, 2000, pp. 473-486; Narváez Rodríguez, 2000, pp. 1789-1798; Muñoz Lorente, 2001; Cano Campos, 2001; Pérez Manzano, 2002). Según el FJ 6.º de la primera, la rebaja en la pena de las sanciones administrativas de multa y privación temporal del carné de conducir «no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación –bis– de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE [...]», doctrina que vuelve a aplicar la STC 334/2005, de 20 de diciembre, «pues se ha previsto expresamente en la resolución impugnada que para el cumplimiento de la sanción penal le fuera de abono el tiempo de privación de libertad sufrido por la imposición de la sanción administrativa» (FJ 2.º), así como la STC 2/2023, de 6 de febrero, con estimación en esta ocasión del recurso de amparo, al no realizar los órganos judiciales la compensación necesaria para evitar el exceso de punición<sup>28</sup>.

### 3.2. Dentro del derecho penal o derecho administrativo sancionador. El concurso de ilícitos

En lo que concierne a cada sistema punitivo, aparte de que puede activarse la interdicción constitucional por un mismo delito o infracción, o por identidad de fundamento jurídico entre dos o más delitos o infracciones (especialmente de la misma ley sectorial), incluida la agravación ya considerada en el tipo infraccional<sup>29</sup>, lo que

<sup>26</sup> «Resuelto primero el expediente por el tipo agravado [que contiene todos los elementos de la infracción simple, más alguno añadido], podrá solicitarse la absolución por el simple –e impugnar la sanción, si se produjere a pesar de todo– argumentando la prohibición del *bis in idem*. Resuelto primero el expediente simple, la situación se complica, ya que en el expediente agravado no se puede invocar el *non bis in idem*, dado que se trata de una acción –y de una infracción– distinta [...]»: Nieto García (2012, p. 514).

<sup>27</sup> En parecidos términos se pronuncia el art. 26.2 de la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas.

<sup>28</sup> León Acosta (2024, pp. 703-741). La STS de 20 de diciembre de 2004 (Sala Quinta, Sección Primera, Rec. 184/2003, FJ 7.º) se plantea asimismo, si, ante la identidad de persona, hechos y fundamentos, «la solución adoptada por el Tribunal de instancia de descontar de la pena impuesta el tiempo de arresto domiciliario sufrido por el recurrente a consecuencia de las sanciones disciplinarias satisface la interdicción de incurrir en “bis in idem” o si, por el contrario, lo que ha de dejarse sin efecto es la pena impuesta por el Tribunal Militar», concluyendo que «una solución como la adoptada por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición de incurrir en “bis in idem” ya que entre otras consideraciones, el Tribunal de instancia no podía, de una parte, dejar de condenar penalmente al recurrente dada la prevalencia de la Jurisdicción Penal, y de otra, no podía desconocer que la pena impuesta al mismo podía suponer una reiteración sancionadora prohibida por el art. 25.1 de la Constitución».

<sup>29</sup> Arts. 67 del Código Penal y 180.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Así, la STS de 12 de noviembre de 2001 (Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 3173/1996, FJ 4.º) rechaza la agravación específica de una infracción por falta de medidas

se excluye es el concurso de delitos o infracciones carentes de la identidad en el espíritu de la norma (lesión a bienes jurídicos distintos o varias lesiones al mismo bien jurídico), no bastando entonces una única norma o infracción para agotar el injusto o desvalor jurídico de la acción, ya se trate de un concurso real (un sujeto realiza dos o más hechos que implican dos o más ilícitos, aunque sean del mismo tipo), ideal (un sujeto realiza un hecho constitutivo de dos o más ilícitos homogéneos u heterogéneos) o medial (un sujeto realiza dos o más hechos tipificados como delitos independientes, siendo el primer delito medio necesario para cometer el otro u otros a través de una relación objetiva de instrumentalidad de medio a fin en el caso concreto)<sup>30</sup>.

Ahora bien, aunque estos concursos de ilícitos cuentan con reglas especiales de proporcionalidad (Andrés Pérez, 2008, pp. 18 y ss.; Petit, 2019, pp. 367-397), a partir de la norma general de acumulación de castigos, el concurso medial puede considerarse un supuesto aproximado a la prohibición de la doble sanción dentro de cada uno de los sistemas de represión<sup>31</sup>. Mientras el art. 29.5 LSP dispone que «cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida»<sup>32</sup> (absorción), el art. 77.3 Código Penal especifica –al dejar de compartir la punición con el concurso ideal tras la reforma de 2015– que, cuando uno de los delitos es medio necesario para cometer el otro, «se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos [...]» (exasperación)<sup>33</sup>.

Prueba de este paralelismo es el caso resuelto por la STS de 4 de mayo de 2022 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 1979/2021), en el que, como consecuencia de una emisión no autorizada en el canal 66 de la TDT, la Administración impuso al operador de comunicaciones dos multas por importes de 35 000 € y 50 000 €, tanto por la infracción muy grave consistente en la realización de emisiones radioeléctricas no autorizadas (por no colaborar en la identificación del prestador audiovisual sin título habilitante para el uso del espectro radioeléctrico) como por la grave de poner la red pública de comunicaciones a disposición de un tercero que no tiene autorización para realizar las mismas emisiones radioeléctricas por la que se ha sancionado, previstas respectivamente en los arts. 76.5 y 77.30 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. El Alto Tribunal decide aplicar únicamente la infracción más grave, habida cuenta de que «no es compatible sancionar a una misma persona por la realización de emisiones radioeléctricas no autorizadas [...] y a la vez sancionarle como responsable de poner su red a disposición de un tercero que no tiene autorización para realizar las mismas emisiones radioléctricas por la que ha sido sancionado [...], porque implicaría castigar a una misma persona dos veces por la misma conducta» (FJ 3.º). Es decir, resuelve como concurso medial un supuesto que, aunque catalogado dentro de la doble punición por concurso de normas incompatibles, bien podría incardinarse en aquel. Pues, teniendo en cuenta las características del caso concreto, la infracción final no puede ser nunca cometida si no es a través de la infracción media<sup>34</sup>.

---

de seguridad en el trabajo como consecuencia de los riesgos inherentes a la operación que se estaba ejecutando, «ya que precisamente ha sido la inminencia de esos riesgos la que ha servido para calificar de “muy grave” la falta cometida, sin que quepa reduplicar sus efectos imponiendo esa falta muy grave en su grado máximo». En cuanto a la agravante de reincidencia, la STC 150/1991, de 4 de julio, la considera compatible con el principio *non bis in idem*, por cuanto, «si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan solo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos» (FJ 9.º). Lo que no se extiende a aquellos tipos infractores que castigan el hecho de haber sido sancionado previamente en más de una ocasión durante un determinado período, porque, «al no existir un hecho nuevo, se castigan realmente hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio *non bis in idem*» (STC 188/2005, de 7 de julio, FJ 4.º).

<sup>30</sup> Izquierdo Carrasco (2001, pp. 231 y ss.). Sobre las distintas figuras concursales en el derecho penal, Queralt Jiménez (1992); Cuerda Riezu (1992); García Albero (1995); Escuchuri Aisa (2004), y Sanz Morán (2012).

<sup>31</sup> «[...] Cabe dudar si no está regulando, más bien, el caso que el derecho penal conoce como actos anteriores y posteriores impunes o de los actos en progresión criminal que son distintos del concurso medial y que generalmente se tratan como un concurso de normas en el que la imposición de un único castigo absorbe y deja sin fundamento al otro» (Alarcón Sotomayor, 2008, p. 78).

<sup>32</sup> Según el art. 17.2 de la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas, al concurso medial e infracción continuada se impondrán las sanciones menos graves de las establecidas para cada infracción, sin que la sanción final pueda superar lo establecido para la infracción más grave cometida. Mientras que, de conformidad con el art. 94.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, «en el caso de que unos hechos fueran constitutivos de una infracción calificable como medio o instrumento para asegurar la comisión de otros hechos, también constitutivos de infracción de modo que estos deriven necesariamente de aquellos, se impondrá la sanción más grave de las dos en su mitad superior».

<sup>33</sup> Véase la Circular 4/2015, de 13 de julio, de la Fiscalía General del Estado sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos, en: [https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR\\_04\\_2015.html](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_04_2015.html)

<sup>34</sup> La STSJ de Madrid, de 13 de mayo de 2004 (Rec. 548/2002, FJ 2.º) aplica el concurso medial de infracciones administrativas para anular una segunda sanción por el vertido de fueloil procedente de un buque mercante porque «dada la conexión entre ambas

Más allá de esta conexidad medial donde las infracciones o delitos van ligados necesariamente, y que más se acerca en la práctica al derecho a no ser doblemente sancionado dentro de cada ámbito, el concurso ideal de delitos se dilucida en el art. 77.2 Código Penal, con la aplicación de la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones (absorción agravada); llevando aparejado en sede administrativa la regla general de la suma de castigos, salvo previsión especial<sup>35</sup>, a menos que se acuda a la pauta penal como norma integradora del ordenamiento sancionador<sup>36</sup>. Es el caso paradigmático del delito contra la seguridad vial con resultado de muerte o lesiones, bajo los parámetros de mayor punición de la reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor. O, verbigracia, el concurso ideal entre los delitos de desórdenes públicos y de impedir el derecho de reunión respecto a la invasión del lugar público donde unas personas se reunían en conmemoración de la Diada de Cataluña, desde el momento en que son diversos los intereses o bienes jurídicos que cada tipo delictivo aspira a proteger, atentando el primero contra la paz pública o el orden público, protegiendo el segundo el ejercicio legítimo del derecho fundamental. De modo que, por no concurrir la identidad de fundamento que presupone la infracción del principio *non bis in idem*, la aplicación conjunta de tales delitos no configura un concurso de normas, sino de delitos (STC 1/2020, de 14 de enero, FJ 8.º)<sup>37</sup>.

Por su parte, el concurso real se resuelve en los arts. 73 y ss. Código Penal, a través del cumplimiento simultáneo o sucesivo de las penas, sin perjuicio de las oportunas limitaciones, como en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2022 (Sala Tercera, Sección Octava, Rec. 37/2022) respecto al derecho administrativo sancionador, donde el incumplimiento de la obligación de transporte comparable o alternativo a raíz de la cancelación masiva de vuelos por el anuncio de huelga de los tripulantes de cabina de pasajeros de la compañía Ryanair, llevó a la consideración de un concurso real de infracciones, tantas como vuelos cancelados, a partir en concreto de 320 hechos y 320 cancelaciones (8 000 € por infracción leve, haciendo un total de 2 560 000 €): «hay un concurso real pues se producen tantas infracciones como vuelos cancelados, al constar incumplimiento de obligación respecto todos ellos, pero no existe concurso ideal o medial alguno» (FJ 6.º)<sup>38</sup>.

---

conductas [una no puede cometerse sin ejecutar la otra], la Administración debió, por imperativo del precepto mencionado [anterior art. 4.4 Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto], sancionar solo la infracción más grave (el vertido) y no imponer sanción alguna por la más leve (el incumplimiento del plan y la presencia de fuel-oil en el tanque de lastre)».

<sup>35</sup> Según los arts. 94.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; 89.2 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal; 311.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre; y 31.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, cuando un solo hecho sea constitutivo de dos o más infracciones, se sancionará solamente por la más grave.

<sup>36</sup> La STS de 9 de junio de 1999 (Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 5855/1993, FJ 4.º) aplica el art. 77 Código Penal para sustituir dos multas administrativas de diez millones de pesetas por una única de 15 millones de pesetas, porque «en ausencia de norma específica en contra dentro del ordenamiento sancionador administrativo en la materia o del común administrativo, es adecuado a Derecho aplicar como norma subsidiaria de segundo grado los principios del Derecho penal [...], cuando los hechos, que constituyen unidad, en este caso, sociológica, constituyan dos o más delitos». Y la STS de 30 de abril de 2013 (Sala Tercera, Pleno, Rec. 884/2011, FJ 12.º) ampara el art. 87.3 del Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas (anterior Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre), que establece para el concurso ideal (y medial) en este ámbito la misma regla penal de absorción agravada, con el límite también de que en ningún caso la sanción puede superar la que correspondería a una hipotética sanción de ambas infracciones, pues no solamente no altera los términos de la Ley de Auditoría de Cuentas (anterior Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio), que se limita a imponer para dicho concurso ideal una única sanción, sino que «además ha de señalarse que, en ausencia del precepto impugnado, la previsión del art. 31 [de la Ley de Auditoría de Cuentas] de que solo puede sancionarse una infracción en el supuesto de concurso ideal obligaría a subsanar la laguna legal recurriendo a la norma sancionadora del Código Penal como norma sancionadora básica del ordenamiento jurídico [...]». Reproduce la misma previsión el actual art. 137.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, aprobado por Real Decreto 2/2021, de 12 de enero.

<sup>37</sup> La STS de 15 de julio de 2002 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 6171/1996, FJ 5.º) confirma la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia contra el concierto colusorio consistente en fijar precios y repartirse el mercado de aceite de oliva correspondiente a una subasta pública, como infracciones tipificadas respectivamente en el art. 1.a) y c) de la ya derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, porque «nada impide que un mismo hecho sea susceptible de integrar dos infracciones en concurso».

<sup>38</sup> En el mismo sentido, las SSTs de 21 de mayo de 2008 (Sala Tercera, Sección Tercera, Recs. 3378/2007 y 1713/2005, FFJJ 12.º y 11.º respectivamente) consideran compatibles dos multas impuestas a la empresa distribuidora de energía eléctrica Fecsa (más tarde, Endesa) por la Generalitat de Cataluña, como consecuencia de la interrupción del suministro eléctrico a un elevado número de abonados, en la medida en que sendas sanciones por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el art. 60.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector eléctrico corresponden a expedientes sancionadores distintos, al separarse por su singularidad del resto de incidentes causados por un temporal de nieve en Cataluña los hechos relativos a Barcelona y parte de su área metropolitana.

Un subtipo particular de concurso real es la infracción continuada del art. 29.6 LSP o delito continuado del art. 74 Código Penal<sup>39</sup>. En términos del primero de los preceptos, consiste en «la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión», lo que deberá probarse por quien la alega. El beneficio penológico de esta unidad jurídica en virtud del principio de proporcionalidad explica su reticente consideración por los Tribunales<sup>40</sup>. Aunque si la infracción continuada y ya sancionada se mantiene, puede volver a sancionarse conforme al art. 63.3 LPAC: «no se podrán iniciar nuevos procedimientos de carácter sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora, con carácter ejecutivo»<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Cuya pena según este precepto del Código Penal es la que corresponda a la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Y, si se trata de infracciones contra el patrimonio, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado, pudiendo alcanzar la pena superior en uno o dos grados si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas (delito masa). Para la STS de 2 de abril de 2014 (Sala Tercera, Sección Séptima, Rec. 300/2013, FJ 9.º), es aplicable a la infracción continuada del derecho administrativo sancionador el concepto y consecuencias del delito continuado del art. 74.1 Código Penal, esto es, un plus de sanción con relación a como lo habría sido si la infracción la hubiera constituido un hecho aislado. En el mismo sentido, bajo determinados requisitos, Gómez Padilla (2006, p. 151) y Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2023, pp. 631 y ss.).

<sup>40</sup> A tenor de la STS de 7 de marzo de 2006 (Sala Tercera, Sección Sexta, Rec. 1728/2002, FJ 3.º), «no basta para apreciar la existencia de infracción continuada con la simple reiteración de conductas semejantes, como es el caso de la realización por la recurrente de diversas campañas publicitarias en razón de la actividad a que se dedica, es preciso que esa reiteración de conductas, además de infringir el mismo precepto u otro semejante, responda a un mismo proceso psicológico y material [...], que no es el caso de las distintas actuaciones profesionales desarrolladas en el tiempo en razón de las oportunidades comerciales que se plantean [...]»; y, en cuanto a la existencia de una infracción permanente, afirma esta Sentencia que «la propia descripción de las conductas sancionadas, consistentes en la utilización de datos personales en diversas campañas publicitarias, excluye la calificación como infracción permanente, si se atiende a la consideración como tales de aquellas conductas antijurídicas que persisten en el tiempo y no se agotan con un solo acto, determinando el mantenimiento de la situación antijurídica a voluntad del autor, caso del desarrollo en el tiempo de actividades sin las preceptivas autorizaciones y otros supuestos semejantes». Y para la STS de 5 de noviembre de 2020 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 4697/2019, FJ 4.º), «pese a que hay similitudes en el modo de proceder de la empresa infractora, nada indica que aquellas actuaciones formen parte de una única campaña de mercadotecnia o que respondan siquiera a un único designio o a un plan preconcebido». Asimismo, la STSJ de las Islas Baleares de 11 de junio de 2001 (Rec. 162/1998, FJ 7.º in fine) niega la infracción continuada en favor de veintiocho infracciones independientes en materia sanitaria por incumplimiento de las normas de señalización de zonas de fumadores, «por cuanto el incumplimiento se produce en veintiocho oficinas bancarias, no son idénticas, y no se está ante un plan preconcebido habida cuenta la observancia de la normativa en otras sucursales». Sin reconocer tampoco esta figura la STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2002 (Rec. 5144/1998, FJ 9.º) respecto a unas infracciones contra la seguridad ciudadana por participar y organizar varias manifestaciones, dada la inexistencia de «dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implique la unidad de resolución y del propósito infractor». Por el contrario, la STS de 24 de octubre de 1998 (Sala Tercera, Sección Sexta, Rec. 9092/1992, FJ 1.º) ratifica la existencia de una sola falta continuada muy grave conforme a la legislación del juego de Andalucía, bien entendido que «son requisitos o condiciones de la infracción para que pueda calificarse de continuada [...]: la pluralidad de acciones, que obedecen a un mismo propósito, y su tipificación en idéntico precepto, que tampoco cabe confundir con la infracción continua o permanente, la cual consiste en una conducta reiterada por una voluntad duradera, en la que no se da situación concursal alguna sino una progresión unitaria con repetición de actos». La STS de 19 de marzo de 2008 [Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 3063/2005, FJ 2.º D)] confirma también la decisión de la Sentencia de instancia de anular las cuatro sanciones impuestas al Sindicato por el Tribunal de Defensa de la Competencia, de 50 millones de pesetas cada una, e imponer por infracción continuada una única sanción de 100 millones de pesetas, al apreciar en los diferentes acuerdos colusorios una misma unidad de voluntad o designio unitario de fijación de precios para el transporte de todo tipo de mercancías en el puerto de Bilbao. Y la STS de 11 de noviembre de 2019 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 6537/2018, FJ 6.º) anula la resolución administrativa impugnada en cuanto sanciona por dos infracciones independientes, ordenando a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que dicte nueva resolución en la que se sancione a la empresa como autora de una infracción continuada por publicidad encubierta conforme a la legislación de comunicación audiovisual, por presentar los microespacios publicitarios emitidos en programas distintos las mismas características y responder a un designio común. Por último, las SSTs de 5 de julio de 2022 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 93/2020, FJ 7.º) y 4 de julio de 2023 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 4831/2021, FJ 4.º) aprecian la existencia de infracción permanente caracterizada por una única acción típica prolongada en el tiempo, cuya prescripción no se inicia hasta que cesa la conducta incumplidora (art. 30.2 LSP). Analizan la jurisprudencia española y europea en materia de infracción continuada y permanente, De Palma del Teso (2001, pp. 553-572) y Laguna de Paz (2023, pp. 1754 y ss.).

<sup>41</sup> Véase igualmente el art. 7.4 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo. Rechazan el *bis in idem* por la sanción repetida de infracciones continuadas o permanentes, siempre que el segundo procedimiento sancionador sea incoado después de haber alcanzado firmeza en vía administrativa la primera sanción, las SSTs de 3 de mayo de 2018 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 1091/2016, FFJJ 2.º y 3.º) y 24 de septiembre de 2018 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 2687/2016, FFJJ 2.º y 3.º), por persistir en la infracción las entidades gestoras de las centrales nucleares de Almaraz y Trillo, respectivamente, una vez impuesta una primera sanción por no adaptarse a la exigencia de titularidad única de las autorizaciones de explotación en el plazo del año establecido en la norma.

## 4. EL *BIS* EN EL *NON BIS IN IDEM* PROCEDIMENTAL

### 4.1. Dentro del derecho penal o derecho administrativo sancionador: cosa juzgada material negativa

Es sabido que la faceta procesal o formal del *ne bis in idem* se orienta no solo a impedir el proscrito resultado de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, sino a evitar también que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio. Especialmente en el ámbito internacional y comunitario (arts. 14.7 PIDCP<sup>42</sup>, 4.1 Protocolo núm. 7 al CEDH<sup>43</sup>, 54 Convenio Schengen<sup>44</sup> y 50 CDFUE<sup>45</sup>), el principio prohíbe la articulación de un nuevo procedimiento represivo sobre lo mismo cuando haya recaído sentencia firme estimatoria o desestimatoria (o auto de sobreseimiento libre<sup>46</sup>), por lo que de nuevo la cosa juzgada material vuelve a apropiarse de la prohibición de la doble punición<sup>47</sup>, pese a las dificultades técnicas por armonizar una teoría completa y actualizada<sup>48</sup>, toda vez que el principio no solo resulta vulnerado cuando haya doble sanción por los mismos hechos, sino también cuando se incoan dos procedimientos sancionadores iguales, aunque ese doble enjuiciamiento no suponga varios castigos, aplicándose en definitiva las mismas reglas de nulidad procesal al sector específico del derecho punitivo, de modo que basta la inadmisión del nuevo procedimiento por cosa juzgada (o litispendencia) para conseguir la interdicción de la doble

<sup>42</sup> «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

<sup>43</sup> «Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los Tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado».

<sup>44</sup> «Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena».

<sup>45</sup> «Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley». Estudian las consecuencias de privilegiar estos ámbitos la dimensión procesal del *non bis in idem* como derivación de la fuerza de cosa juzgada, Arroyo Zapatero y Nieto Martín (2007); Alcácer Guirao (2013, pp. 25-52); Oliver y Bombois (2012, pp. 266-272); Chinchilla Marín (2015, pp. 791-815); Van Bockel (2016); Coutron y Lecomte (2018, pp. 5-18); López Guerra (2019, pp. 9-26); Cano Campos (2022, pp. 9-53); Bueno Armijo (2021, pp. 271-307; 2022, pp. 171-206); Martín Fernández (2023, pp. 243-275); Bernardini (2024, pp. 311-335); Karagianni (2024, pp. 7-38); De Vries (2024, pp. 123-138), y López Espejo (2024, pp. 313-343).

<sup>46</sup> Pues en ningún caso tienen eficacia negativa de cosa juzgada material en el ámbito penal «las resoluciones judiciales por las que se rechaza una denuncia ni los autos de sobreseimiento provisional o asimilados, incluso para los casos en que se estime que el hecho no es constitutivo de infracción penal» (STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 18.º in fine). Por su parte, la jurisprudencia comunitaria mantiene que, «para que pueda considerarse que una resolución se ha pronunciado en firme sobre los hechos sometidos a un segundo procedimiento [art. 50 CDFUE], no solo es necesario que dicha resolución haya adquirido firmeza, sino también que haya sido adoptada tras una apreciación en cuanto al fondo del asunto» (SSTJUE de 22 de marzo de 2022, Bpost, C-117/20, apdo. 29, y 23 de marzo de 2023, Dual Prod, C-412/21, apdo. 55).

<sup>47</sup> De hecho, mientras la prohibición de doble sanción por el mismo ilícito aparece consagrada en numerosos preceptos, el *non bis in idem* formal no se encuentra positivizado en nuestro ordenamiento interno, más allá de las relaciones procesales entre los órdenes penal y administrativo. A diferencia del derecho internacional y europeo, donde la dimensión formal toma cuerpo, sin perjuicio de que «como corolario del principio de fuerza de cosa juzgada, el principio *non bis in idem* tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica y la equidad, velando por que, cuando haya sido objeto de un procedimiento sancionador y, en su caso, sancionada, la persona afectada tenga la certeza de que no se la enjuiciará de nuevo por la misma infracción» (SSTJUE de 3 de abril de 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie, C-617/17, apdo. 33; y 22 de marzo de 2022, Nordzucker y otros, C-151/20, apdo. 62). «Además, habida cuenta de la importancia que reviste el principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el Tribunal de Justicia ha declarado que el Derecho de la Unión no exige inaplicar las normas procesales nacionales que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución jurisdiccional [...]» (STJUE de 20 de marzo de 2018, Enzo Di Puma y otros, C-596/16 y C-597-16, apdo. 31). En opinión de González-Varas Ibáñez (2023, pp. 113 y ss.), «la naturaleza del *non bis in idem* es esencialmente la de la cosa juzgada y la prejudicialidad [...], sin excluir la prejudicialidad resuelta o cosa juzgada extensiva», llegando a afirmar que, «hasta cierto punto, parece incluso prescindible este principio del *non bis in idem*».

<sup>48</sup> Nieto García (2012, pp. 474 y ss.) considera que «la conexión entre el *non bis* y la cosa juzgada –que siempre ha existido y que deliberadamente ha potenciado el Tribunal Constitucional– no deja de ser sorprendente y técnicamente ofrece dificultades», especialmente en su proyección sobre el derecho administrativo sancionador, a pesar de que «en su origen el principio del *non bis in idem* fue una derivación de la cosa juzgada en sus dos vertientes o efectos: el positivo (lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica) y el negativo (imposibilidad de que se produzca un nuevo planteamiento sobre el tema)». A juicio de Alarcón Sotomayor (2008, p. 201), estas «reglas son manifestación de la cosa juzgada material de las sentencias penales, pero en mayor medida son distintas: tienen un ámbito de aplicación más amplio (son aplicables a veces con relación a resoluciones administrativas) o un significado superior (vinculación a los hechos) o inferior (no siempre impiden un segundo enjuiciamiento al mismo sujeto por los mismos hechos) que el que tradicionalmente reconoce el Derecho procesal penal». Maridaje de instituciones que, para Pérez Manzano (2002, p. 57), «puede conducir a desdibujarlas, a producir efectos distorsionadores en la propia configuración del derecho, o a una concepción tan limitada del mismo que le impide cumplir su función garantista». Se muestran asimismo críticos Cano Campos (2001, pp. 201 y ss.) y Gallardo Castillo (2006, pp. 70 y ss.).

sanción, bien entendido que para ello el doble castigo procesal tiene que sustanciarse en sendos procedimientos<sup>49</sup>, quedando fuera en cualquier caso de esta exclusión procesal la interacción entre el proceso penal y el procedimiento sancionador, sujeta a otras reglas rituales, pues basta una sentencia penal absolutoria para poder iniciar o continuar el procedimiento sancionador contra quien no ha sido condenado en vía penal.

En efecto,

la garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3.º), que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3.º; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4.º; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3.º; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.º). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona (STC 66/1986, FJ 2.º), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, FJ 3.º) [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3.º a) y 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.º 2.H].

Esta prohibición de la reproducción indefinida del mismo litigio por aplicación de la causa de inadmisión de cosa juzgada material (o litispendencia y cuestiones de competencia respecto al enjuiciamiento simultáneo) es reconocida especialmente dentro de la justicia penal (con identidad de sujetos pasivos y hechos-fundamentos jurídicos)<sup>50</sup>, según señala asimismo la precitada STC 2/2003, de 16 de enero, en su FJ 3.º, apartado b): «hasta ahora este Tribunal solo ha reconocido de manera expresa autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal (STC 159/1987, de 26 de octubre; ATC 1001/1987, de 16 de septiembre) [...]»; o la STS del «caso ERE» (13 de septiembre de 2022, Sala Segunda, Sección Primera, Rec. 601/2020, FJ 3.º), al delimitar el complejo relato factual para que los condenados por malversación en esta pieza matriz o procedimiento específico –exonerados luego en su caso por amparo constitucional– no puedan volver a ser enjuiciados por los mismos hechos en las piezas separadas: «en la esfera jurídico-penal el principio “non bis in idem” está vinculado a la problemática del concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada [...]».

Pero cabe extenderla más allá del *nomen iuris* al ámbito del derecho administrativo sancionador<sup>51</sup>, incluso sin el escalón de un proceso contencioso<sup>52</sup>, pues, al igual que la cosa juzgada formal encuentra su

<sup>49</sup> Aplica la regla sustantiva *non bis in idem* dentro del mismo proceso penal, la STC 154/1990, de 15 de octubre. Por el contrario, niegan esta garantía desde la exclusiva consideración procesal del art. 50 CDFUE, sin perjuicio del principio de proporcionalidad, las SSTJUE de 3 de abril de 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie* (C-617/17) y 4 de marzo de 2020, *Mowi ASA/Comisión* (C-10/18). Según el apdo. 34 de la primera, «la protección que el principio *non bis in idem* pretende ofrecer contra la repetición de diligencias dirigidas a imponer una condena carece de objeto en una situación en la que, en una misma resolución, se hace una aplicación paralela del Derecho nacional de la competencia y del Derecho de la Unión en materia de competencia».

<sup>50</sup> El Tribunal Constitucional ha mantenido asimismo la inviabilidad de anular resoluciones penales absolutorias firmes a través de la estimación del recurso de amparo, pues ello supondría prolongar indebidamente el proceso penal, al arrojar «sobre quien ha sido absuelto o ha visto archivada una querrela la carga y gravosidad de un nuevo enjuiciamiento, que sería incompatible con la Constitución al no estar destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional» (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 2.º); dispensándose en estos casos la tutela del derecho fundamental a través de un pronunciamiento declarativo en el que se le reconozca el derecho o libertad pública cuya lesión ha motivado la demanda de amparo. La STC 9/2024, de 17 de enero, expone, a partir de la ponderación de los derechos y valores constitucionales en conflicto, la solución a los distintos supuestos de vulneración del derecho a no ser doblemente enjuiciado, en relación con una decisión judicial de retroacción para la celebración de un nuevo juicio en la necesidad de tutelar derechos fundamentales sustantivos o garantías procesales de las partes; hipótesis de doble enjuiciamiento que, formalmente o en apariencia, se verifican dentro de un solo proceso penal pero que pueden implicar globalmente una desproporción en el ejercicio del *ius puniendi*, materialmente equivalente a una dualidad de procesos, incluso cuando la retroacción pretenda tutelar derechos procesales del propio individuo condenado (FJ 3.º).

<sup>51</sup> Por el contrario, para Alarcón Sotomayor (2008, pp. 190 y ss.) «puede afirmarse con carácter general que se admite en nuestro Derecho la sucesión de distintos procedimientos administrativos sancionadores, tanto si el primero ha acabado con absolución como si lo ha hecho con condena». Pero la STS de 17 de abril de 2002 (Sala Tercera, Sección Séptima, Rec. 466/2000, FJ 19.º) subraya que, teniendo en cuenta que «la regla “non bis in idem” viene a reforzar en el Derecho sancionador las consecuencias y los efectos que corresponden a la cosa juzgada [...], la prohibición que comporta la regla “non bis in idem” impide que hechos idénticos y correspondientes al mismo período puedan dar lugar a dos diferentes procedimientos sancionadores»; no así cuando el ulterior procedimiento investiga y en su caso sanciona el ilícito que puede resultar de nuevas circunstancias adicionales.

<sup>52</sup> En todo caso, no se considera vulnerado el *non bis in idem* por la repetición de un nuevo procedimiento sancionador cuando la primera sanción ha sido anulada por motivos de forma, sin que haya habido un pronunciamiento sobre el fondo de los hechos

paralelismo en el procedimiento administrativo, desde el momento en que no cabe impugnación administrativa —con excepción de la revisión de oficio y el recurso administrativo de revisión de los arts. 106 y 125 LPAC respectivamente— contra los «actos firmes en vía administrativa», es obvio que tampoco caben reiteraciones en esta sede, salvo excepciones (caducidad, desistimiento)<sup>53</sup>, aunque no se menciona literalmente la duplicidad procesal (o en sentido estricto la cosa juzgada o litispendencia<sup>54</sup>) entre las causas de inadmisión de instancias (art. 88.5 LPAC) o recursos administrativos (art. 116 LPAC).

Es numerosa la jurisprudencia de Estrasburgo y Luxemburgo que asimila el proceso y sanción «penal» de los documentos internacionales (arts. 4.1 Protocolo núm. 7 al CEDH y 50 CDFUE) con el procedimiento y sanción administrativa, a partir de los llamados «criterios Engel», como estándar instrumental de equiparación fijado por vez primera en la STEDH de 8 de junio de 1976, *Engel y otros/Países Bajos*: calificación jurídica de la infracción en el derecho nacional, naturaleza de la infracción y gravedad de la sanción que puede imponerse al interesado<sup>55</sup>. Según la STEDH de 16 de junio de 2022, *Goulandris y Vardinogianni/Grecia*, apdo. 67, «la Corte no puede aceptar el argumento del Gobierno de que los actos administrativos que impusieron las multas [por construcción ilegal] no podían constituir cosa juzgada y que los procedimientos administrativos no habían sido definitivos».

La STS de 26 de octubre de 2021 (Sala Tercera, Sección Sexta, Rec. 100/2020), sobre la repetición de un expediente disciplinario contra un juez sustituto por falta grave de desconsideración y abuso de autoridad, lleva a la órbita administrativa la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido objeto de un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, para negar que se haya vulnerado en el presente caso el *non bis in idem* procesal, ya que el primer procedimiento sancionador no ha concluido con una resolución de fondo, sino de una forma peculiar<sup>56</sup>: por la pérdida sobrevenida de la condición de juez sustituto del expedientado, condición que volvería a adquirirse con la consiguiente incoación del nuevo expediente que impondría la sanción recurrida de 1 500 €. En cualquier caso, el criterio es que

la vulneración del principio *non bis in idem* ha de circunscribirse únicamente a aquellos procedimientos que por sus características y grado de complejidad, producen al sujeto una situación equiparable al sufrimiento y gravamen que causa la sujeción a un proceso penal [...]. En consecuencia, habrá que ponderar caso por caso, y habrá que aplicar la doctrina fijada por el Tribunal

---

imputados, al no tener dicha anulación el valor de una absolución en el sentido punitivo (véase STJUE de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99, C-244/99, C-245/99, C-247/99, C-250/99, C-252/99 y C-254/99, apdo. 62; y SSTG de 9 de noviembre de 2022, *Ferriere Nord/Comisión*, T-667/19, apdos. 332-342 y 9 de noviembre de 2022, *Feralpi/Comisión*, T-657/19, apdos. 308-313). Por lo que resulta altamente discutible la STS de 15 de enero de 2024 (Sala Tercera, Sección Segunda, Rec. 2847/2022), al acoger dicha vulneración del principio procesal por la nueva tramitación de un procedimiento sancionador tributario que, aunque excede de una mera ejecución, viene precedido de la anulación por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Canarias de la primera sanción por el hecho de que la liquidación de la que traía causa no había tomado en consideración las alegaciones del recurrente. Por el contrario, «el *non bis in idem* del art. 25.1 Constitución explicaría la proscripción de la reiteración de procedimientos sancionadores cuando el vicio determinante de la anulación del acto sancionador es “de fondo”» (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 8 de marzo de 2016, Rec. 1399/2012, FJ 2.º).

<sup>53</sup> «Es de recordar la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1987 cuando afirma que “[...] la cosa juzgada [...] no solo impide a los Tribunales volver a pronunciarse sobre un asunto ya fallado definitivamente, sino que impide, asimismo, que la Administración se pronuncie válidamente de nuevo sobre el mismo asunto, en un sentido contrario o distinto del fallo recaído, a menos que se hubieren producido circunstancias o hechos nuevos que alterasen sustancialmente los hechos enjuiciados» (STSJ de Madrid, de 20 de enero de 2001, Rec. 149/1997, FJ 3.º).

<sup>54</sup> A este sentido estricto se refiere la STC 2/2003, de 16 de enero, cuando afirma que «en cuanto al reconocimiento de efecto de cosa juzgada de la resolución administrativa, se ha de señalar que, en sentido estricto, dicho efecto es predicable tan solo de las resoluciones judiciales» (FJ 7.º).

<sup>55</sup> Pueden destacarse las SSTEDH de 21 de febrero de 1984, *Öztürk/República Federal de Alemania*; 23 de octubre de 1995, *Gradinger/Austria*; 6 de junio de 2002, *Sallen/Austria*; 10 de febrero de 2009, *Zolotukhin/Rusia*; 16 de junio de 2009, *Ruotsalainen/Finlandia*; 14 de enero de 2010, *Tsonyo Tsonnev/Bulgaria*; 18 de octubre de 2011, *Tomasovic/Croacia*; 15 de noviembre de 2016, *A y B/Noruega*; 8 de julio de 2019, *Mihalache/Rumanía*; 3 de octubre de 2023, *Vasile Sorin Marin/Rumanía*; y 14 de noviembre de 2023, *C.Y./Bélgica*. Y la recepción de esta jurisprudencia por las SSTJUE de 5 de junio de 2012, *Łukasz Marcin Bonda* (C-489/10); 26 de febrero de 2013, *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson* (C-617/10); 20 de marzo de 2018, *Luca Menci* (C-524/15); y 20 de marzo de 2018, *Garlsson Real Estate y otros* (C-537/16). Sobre la aplicación de los «criterios Engel» por el Tribunal Supremo a efectos de interpretar el concepto de «acusación en materia penal» (por todas, STS de 25 de noviembre de 2021, Sala Tercera, Pleno, Rec. 8156/2020, FFJJ 1.º 4 y 3.º), Palomar Olmeda y Rodríguez García (2023, pp. 28 y ss.). Véanse asimismo Martínez Cantón y Pérez Cerdón (2020, pp. 73-92); García-Manzano Jiménez de Andrade (2023, pp. 593-615); Bouazza Ariño (2024), y Ballesteros Panizo (2024).

<sup>56</sup> Como en los casos de caducidad de los procedimientos a instancia de parte y caducidad de los procedimientos sancionadores en el ámbito del silencio en los procedimientos de oficio. Véase al respecto Doménech Pascual (2010, pp. 779-788).

Constitucional<sup>57</sup> cuando nos encontremos en situaciones y expedientes de carácter muy singular y que producen un desasosiego tal en el administrado, equiparable al sufrimiento que pueda producir estar sujeto a un proceso penal [...] (FJ 5.º).

Hace lo propio la STS de 15 de junio de 2022 (Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 3358/2020) por no haber recaído en esta ocasión resolución firme en el primero de la dualidad de expedientes de la CNMC partícipes del mismo objeto, al incorporar a un segundo expediente sancionador la información reservada de aquel por posible abuso de poder dominante de la SGAE. Aunque la cuestión que presenta interés casacional objetivo es aclarar la existencia o no de un acto de trámite cualificado susceptible de recurso, el Tribunal no se resigna a cuestionar la cosa juzgada material o litispendencia en este ámbito, habida cuenta de que ninguno de los dos procedimientos ha sido resuelto, siendo «criterio del Tribunal Constitucional que, para que entre en juego dicho principio [*non bis in idem*], es necesaria la existencia de una sentencia (condenatoria o absolutoria) firme», sin perjuicio de que «sostener que el principio *non bis in idem* en su faceta procesal puede regir también en ausencia de resolución firme exigiría una argumentación adicional, que en este caso no se ha hecho» (FJ 8.º).

#### 4.2. Entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: cosa juzgada material positiva

A tenor de lo que establecía el art. 7 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y actualmente las diferentes normas sancionadoras autonómicas y sectoriales<sup>58</sup> (bajo la inspiración de la prejudicialidad penal del primer párrafo del art. 114 LECrim.<sup>59</sup>), no rige la prohibición de doble procedimiento sancionador en la concurrencia entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador, al menos tal y como ha sido expuesto. La desproporcionada reacción punitiva consistente en una dualidad de procedimientos tras una resolución sancionadora firme se torna en esta ocasión en una vis atractiva del proceso penal y subsidiariedad sancionadora de la Administración; prevalencia que descansa en la exclusiva competencia de este orden

<sup>57</sup> FJ 8.º de la STC 2/2003, de 16 de enero, aunque tal doctrina se refiere más bien al concurso entre el proceso penal y el procedimiento administrativo.

<sup>58</sup> Entre las primeras, el art. 5 del Decreto 278/1993, de 9 de noviembre, sobre procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalitat de Cataluña; el art. 3 del Reglamento del procedimiento sancionador de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, aprobado por Decreto 189/1994, de 25 de agosto; el art. 2 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 245/2000, de 16 de noviembre; o el art. 25 de la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas Vascaas. Entre las segundas, el art. 32 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; el art. 94.3 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; el art. 30.3 y 4 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria; el art. 63.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; el art. 5 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo; el art. 120 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; los arts. 250 y 251 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; el art. 38.1 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte; el art. 36.3 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental; el art. 33 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera; el art. 46.2 y 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; el art. 82 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; el art. 311.3 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre; el art. 45 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana; el art. 110.2 del Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio; el art. 85.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre; el art. 31 de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de Lucha contra el Dopaje en el Deporte; o el art. 99 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte. La suspensión a veces se vincula a los mismos hechos o hechos distintos cuya separación de los sancionables sea racionalmente imposible: arts. 44.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; 78.1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva; 117 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito; y 272.2 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre. Aboga por la reconducción general de esta última tríada regulatoria cuya literalidad se refiere también a la independencia entre la potestad sancionadora y la responsabilidad penal, Esteban Ríos (2018, pp. 309-354).

<sup>59</sup> «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». La cuestión prejudicial penal devolutiva se recoge también en el art. 10.2 LOPJ, con la excepción de los arts. 4 y 86 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

jurisdiccional para depurar y castigar las conductas constitutivas de delito (art. 10.2 LOPJ)<sup>60</sup>, junto al contenido garantista del proceso penal<sup>61</sup>, con la prohibición de actuar o deber de suspender la tramitación del expediente administrativo hasta que una respuesta absolutoria firme de la justicia penal, no fundamentada en la inexistencia de los hechos o no participación del sujeto en los mismos<sup>62</sup>, deje expedita la vía administrativa con vinculación a los hechos probados en sede penal<sup>63</sup>.

El Tribunal Constitucional ha querido justificar este planteamiento en el carácter menos gravoso del derecho administrativo sancionador, que impide su equiparación con el derecho penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador. «En la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador —reza el FJ 8.º de la STC 2/2003, de 16 de enero— difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional»<sup>64</sup>, argumentación que no logra explicar satisfactoriamente el sistema legal de prejudicialidad penal, y que se encuentra alejada en todo caso de la jurisprudencia europea comprensiva de la sanción administrativa, pero que sirve a nuestro Tribunal de Garantías para justificar también la sustanciación del proceso penal tras un procedimiento administrativo sancionador<sup>65</sup>, e incluso la legitimación de dos procedimientos administrativos sancionadores sucesivos<sup>66</sup>,

<sup>60</sup> Entre la difícil acogida doctrinal de esta preferencia penal, Cid Moliné (1996, pp. 162 y ss.); Alonso Mas (2004), y Nieto García (2007, pp. 7-13; 2012, pp. 486 y ss.).

<sup>61</sup> «[...] Mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista [...]» [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 10.º y 2/2023, de 6 de febrero, FJ 4.º b)].

<sup>62</sup> La STS de 22 de julio de 1999 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 962/1992, FJ 3.º) confirma la anulación de los actos administrativos sancionadores impuestos por daños en una zona arqueológica conforme a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, dada la insuficiencia de pruebas obrantes en los autos del proceso penal previo concluido con sentencia firme absolutoria de un posible delito de daños por los mismos hechos, pues «no está acreditado que los denunciados conocieran la demarcación concreta, ni que la arena extraída perteneciera a tal yacimiento, ni el día o días de autos ni que se llegara a extraer tales productos de sitio alguno».

<sup>63</sup> Alarcón Sotomayor (2008, pp. 101 y ss.) desvincula estas reglas de la necesaria concurrencia de la triple identidad, siendo también aplicables por tanto fuera del principio *non bis in idem*. Por el contrario, la STC 70/2012, de 16 de abril, afirma que, «puesto que la prioridad de la Jurisdicción penal se dirige a preservar el principio *non bis in idem*, la obligación de la Administración de suspender la tramitación del expediente administrativo sancionador tiene como premisa que concurren en los correspondientes procedimientos penal y administrativo una triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento» (FJ 3.º). Aunque, según la STS de 27 de septiembre de 2022 (Sala Cuarta, Sección Primera, Rec. 1841/2019), en interpretación del art. 3 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, para la suspensión del procedimiento administrativo basta con una conexión directa con el proceso penal, sin prejuzgar tal suspensión la aplicación ulterior del principio *non bis in idem* por concurrencia de la triple identidad, como en el caso de autos, donde la inexistencia de identidad subjetiva llevó finalmente a la condena administrativa. En realidad, como señala Nieto García (2012, pp. 489-490) a la luz del anterior art. 7 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, lo que se pretende con la comunicación fiscal o judicial sobre las actuaciones practicadas es que la Administración tenga los elementos de juicio suficientes para adoptar la decisión de suspender porque se están tramitando procedimientos superpuestos sobre los mismos hechos, sujetos y fundamentos; lo que no impedirá reanudar el procedimiento administrativo si se comprueba a la vista de la sentencia penal firme que, en contra de lo previsto en el momento de suspensión, el proceso penal no se ajusta a la triple identidad. Solo el afán por evitar pronunciamientos contradictorios sobre una misma realidad fáctica puede llegar a justificar, en supuestos también de compatibilidad de sanciones por inexistencia de plena identidad, la suspensión del expediente administrativo o al menos del dictado de su resolución, como en el caso de la STS de 22 de julio de 2008 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 5614/2004, FJ 1.º), con base en el art. 32.2 de la anterior Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, conforme al cual, «[...] la resolución definitiva del expediente solo podrá producirse cuando sea firme la resolución recaída en el ámbito penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción».

<sup>64</sup> «Todo esto hace sospechar que las razones esgrimidas por el Tribunal Constitucional son tan solo argumentos inconsistentes y poco convincentes con los que salir al paso y que, en realidad, el Tribunal Constitucional negará siempre que el procedimiento administrativo sancionador sea equiparable a un proceso penal»: Alarcón Sotomayor (2010a, p. 419). Aplica esta doctrina a la responsabilidad penal por delito fiscal y responsabilidad administrativa por infracciones tributarias, al no actuar con la misma intensidad la dimensión procesal del principio en los casos de heterogeneidad de los cauces punitivos, sin perjuicio de la singularidad del supuesto litigioso marcado por una injustificada y extraordinariamente larga dilación en el ejercicio de la potestad sancionadora, la STS de 27 de julio de 2023, Sala Tercera, Sección Segunda, Rec. 6723/2021, FF. JJ. 7.º y 8.º.

<sup>65</sup> Sumándose en este caso el razonamiento de que «la interdicción de doble procedimiento sancionador solo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador» (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 8.º).

<sup>66</sup> La STC 48/2007, de 12 de marzo, excluye la vulneración del *non bis in idem* procesal en un caso de incoación de cuatro expedientes disciplinarios por la continuada negativa de un recluso a cumplir la orden de traslado de módulo, «al no ser posible equiparar los procedimientos disciplinarios sufridos por el recurrente con un proceso penal, a la vista de la poca complejidad de los hechos objeto de sanción, de la sencillez en la tramitación de los expedientes disciplinarios y de la naturaleza y entidad de las sanciones finalmente impuestas en el presente caso» (FJ 3.º). Por el contrario, la STC 188/2005, de 7 de julio, afirma que, «en la medida en que el *ius puniendi* aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio *non bis in idem* opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo

pese a no concurrir el factor comparativo con el proceso penal, lo que supone negar desafortunadamente la aquí defendida aplicación de la cosa juzgada material negativa al derecho administrativo sancionador.

Sea como fuere, lo cierto es que, reconducido el derecho a no ser sometido a un doble proceso tras una resolución sancionadora firme a una primacía del orden jurisdiccional penal, el *non bis in idem* centra toda su lógica en la faceta sustantiva de evitar un doble resultado aflictivo, lo que se consigue, de haberse cumplido con la precedencia penal, vinculando el inicio o reanudación de las actuaciones administrativas a una resolución penal firme absoluta (incluido en este caso el auto de sobreseimiento provisional<sup>67</sup>), de modo que, concluido el proceso penal con sentencia firme condenatoria, se archivará el procedimiento sancionador sin declaración de responsabilidad, mientras que, de sustanciarse primero el expediente administrativo sin respeto por la prioridad legal, lo procedente es la anulación de la sanción administrativa ya impuesta por vulneración de un derecho fundamental<sup>68</sup>, o bien, cuando el foco impugnatorio recaiga en el juez penal, el descuento de la sanción administrativa anticipada en ejecución de la sentencia penal<sup>69</sup>.

Ahora bien, tal y como establece actualmente el art. 77.4 LPAC, «en los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien»<sup>70</sup>. Es decir, despejada de la ecuación la cosa juzgada material negativa o preclusiva por la diferente entidad del procedimiento administrativo sancionador, lo que impide inadmitir el segundo proceso por duplicidad procedimental, entra en juego el elemento fáctico de la vertiente positiva de la cosa juzgada material<sup>71</sup>, según la cual, la

---

sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente» (FJ 2.º).

<sup>67</sup> «[...] El proceso penal terminó en un Auto de sobreseimiento provisional [...] por no poder fijarse con claridad los hechos de relevancia penal, lo cual no es en modo alguno sinónimo de la inexistencia de hechos sancionables a los efectos del procedimiento administrativo, y, lógicamente, la no apreciación de hechos constitutivos de delito no puede equipararse a la ausencia de una infracción administrativa sancionable por aquellos mismos hechos» (STC 22/1990, de 15 de febrero, FJ 6.º).

<sup>68</sup> La STS de 9 de febrero de 2007 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 8740/2003, FJ 3.º) anula la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de expulsión del territorio nacional de un ciudadano italiano, con prohibición de entrada durante cinco años, por estar incurso en la causa de expulsión prevista en el art. 53.f) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, «por cuanto que por los mismos hechos por los que se acordó su expulsión del territorio nacional se habían abierto unas diligencias previas en el Juzgado de instrucción núm. 33 de Barcelona, motivo este por el cual se deberían haber suspendido las actuaciones sancionadoras administrativas, en aplicación del principio “non bis in idem”». Ahora bien, si la sentencia penal firme es absoluta sin declaración de hechos probados, no será necesario anular la sanción administrativa anticipada, como en el caso de la STS de 10 de febrero de 2004 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 633/1999, FJ 6.º), donde concurrían con identidad fáctica una causa penal y un expediente sancionador por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ya que «la inexistencia de cualquier declaración de hechos probados en el Auto de 11 de marzo de 1997 que sobreseyó las actuaciones penales priva de sentido a una hipotética nulidad del acto administrativo originariamente impugnado y a la consiguiente retroacción de actuaciones, pues ya no hay pendencia penal a la que esperar en el procedimiento administrativo sancionador». O en la STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2002 (Rec. 983/1999, FJ 4.º), que declara válida una sanción administrativa por infracción de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, dado que el proceso penal seguido posteriormente contra la recurrente con identidad sustancial de hechos por un presunto delito contra la ordenación del territorio concluye con fallo absolutorio al no acreditarse fehacientemente la concurrencia de los elementos integrales del tipo por el que el Ministerio Fiscal articuló la acusación.

<sup>69</sup> Véanse las SSTC 2/2003, de 16 de enero; 334/2005, de 20 de diciembre y 2/2023, de 6 de febrero. Y la STS de 20 de diciembre de 2004, Sala Quinta, Sección Primera, Rec. 184/2003.

<sup>70</sup> Regla que se aplica también al régimen disciplinario de los empleados públicos conforme al art. 94.3 *in fine* del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y a las faltas cometidas por los jueces y magistrados en el ejercicio de sus cargos, según el art. 415.2 LOPJ, siendo complementada por el art. 25.4 de Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas, con el siguiente tenor: «la Administración revisará de oficio las resoluciones administrativas fundadas en hechos contradictorios con los declarados probados en la resolución penal, de acuerdo con las normas que regulan los procedimientos de revisión de oficio».

<sup>71</sup> La STS de 29 de diciembre de 2015 (Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 1153/2014, FJ 3.º) recuerda la teoría jurisprudencial sobre la cosa juzgada positiva o prejudicial: «La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibles el proceso cuando advierte que el objeto de este coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquel no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en este. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su *thema decidendi* cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida. [...] El efecto prejudicial positivo dependerá de la conexión entre el acto, disposición o actuación juzgados y el acto, disposición o actuación respecto de los que se invoca dicho efecto en el proceso ulterior». Lo que corrobora la STS de 22 de marzo de 2022 (Sala Tercera, Sección Tercera, Rec. 1588/2020, FFJJ 3.º y 4.º) al no exigir en estos casos la plena identidad entre los objetos de los procesos sino la conexidad entre ellos, siempre que los sujetos sean los mismos, cualesquiera que sean las posiciones que ocupen cada uno de ellos (como cuando en uno de los procesos la Administración actúa como demandante como consecuencia de una declaración de lesividad, alcanzando la cosa juzgada también a la reconvencción ex art. 222.2 LEC), y lo resuelto

resolución que se dicte deberá respetar en todo caso la declaración de hechos probados en el proceso penal, las declaraciones jurídicas sobre los hechos realizadas con fuerza de cosa juzgada que vinculan en supuestos de conexidad (no plena identidad) a todos los órganos que conozcan de un procedimiento posterior<sup>72</sup>, excluyéndose, sin embargo, en estos casos la vinculación a la calificación jurídica según las diferentes normativas, incluso si estas valoraciones han tenido su traslación a la parte dispositiva o fallo, considerado como el punto de partida de la cosa juzgada positiva<sup>73</sup>. En términos de la STC 77/1983, de 3 de octubre (Muñoz Quiroga, 1985, pp. 129-142):

La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema. [...]. El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (FF. JJ. 3.º y 4.º).

Aunque se negara incluso la cosa juzgada entre los diferentes órdenes jurisdiccionales, los hechos constituyen siempre el margen vinculante más difícil de soslayar, pudiendo apartarse del *factum* el segundo proceso o procedimiento no sancionador solo de manera justificada<sup>74</sup>, dentro de lo que vienen a considerarse efectos prejudiciales de la cosa juzgada para los que bastaría la conexidad procesal, y cuya vinculación en el ámbito del *ius puniendi*, para el que también se ha llegado a excepcionar la plena identidad<sup>75</sup>, se circunscribe al planteamiento fáctico y no a las consecuencias jurídicas derivadas del mismo<sup>76</sup>, acentuándose su

---

en el primer juicio mediante pronunciamiento firme sea parte del objeto del segundo o, como dice el art. 222.4 LEC, «aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto».

<sup>72</sup> «La necesidad de entender que los hechos probados quedan afectados por la cosa juzgada positiva resulta de la obviedad de que en el mundo jurídico un mismo hecho no puede existir y no existir a la vez [...]»: Menéndez Sebastián (2019, p. 43). Sin embargo, como recuerda la STC 2/2023, de 6 de febrero, en su FJ 4.º b) *in fine*, «esa vinculación no se produce a la inversa. La determinación fáctica del procedimiento administrativo sancionador sin control judicial ulterior por la Jurisdicción contencioso-administrativa carece de efectos de cosa juzgada (STC 2/2003, FJ 7.º), y no vincula a la Jurisdicción penal, pues aquel relato de hechos se ha efectuado “por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba” (STC 2/2003, FJ 10.º)». Aunque en puridad no hace falta acudir a este argumento para negar la vinculación fáctica penal, toda vez que se niega con carácter general el efecto positivo de la cosa juzgada para el orden jurisdiccional penal.

<sup>73</sup> «[...] Lo único vinculante para la Administración serán los mencionados hechos y no las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, ya que estas habrán de valorarse a la luz de normas disciplinarias y no de normas penales» (STS de 30 de mayo de 2005, Sala Quinta, Sección Primera, Rec. 44/2004, FJ 4.º).

<sup>74</sup> Sobre la vinculación a la apreciación de los mismos hechos entre las distintas jurisdicciones, y, en particular, entre la jurisdicción penal y civil ex art. 116 LECrim. (inexistencia de hechos declarada por sentencia penal firme), véanse la STC 158/1985, de 26 de noviembre (FJ 6.º) y la STS de 29 de octubre de 2012 (Sala Tercera, Sección Segunda, Rec. 3781/2009, FJ 4.º). Según Calaza López (2009, p. 80), «parece de una evidencia palmaria que esta institución no podrá limitarse, con carácter general, a su propia jurisdicción, –en nuestro estudio, la civil–, con total olvido y prescindencia de su proyección en los restantes órdenes, cuando el contenido de sus resoluciones pueda colisionar frontalmente con el de aquellas otras resoluciones, hasta el extremo de provocar manifiestas contradicciones o, en su caso, incompatibilidades notorias en nuestro sistema de impartición de Justicia».

<sup>75</sup> «Este motivo de casación debe prosperar porque, en contra del parecer de la Sala de instancia, no se trata de que sea posible enjuiciar penalmente los hechos constitutivos de un delito contra la integridad de las personas [delitos de homicidio y lesiones atribuidos a personas físicas] y de sancionar administrativamente, como consecuencia de esos mismos hechos, a una persona jurídica por haber incurrido en una infracción administrativa por desórdenes graves en las vías o espacios públicos, tipificada en el artículo 23.n) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, sino que la cuestión está en la fijación de los hechos realmente sucedidos, pues no cabe que en el proceso penal se declaren probados hechos diferentes de los que se consideren acaecidos para la Administración sancionadora, por lo que en el caso enjuiciado estamos ante lo que correctamente denomina la representación procesal de la entidad recurrente proscricción de la doble verdad con el fin [sic] de evitar pronunciamientos contradictorios sobre una misma realidad fáctica, por lo que el artículo 32.2 de la citada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, establece que la resolución definitiva del expediente solo podrá producirse cuando sea firme la resolución recaída en el ámbito penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción» (STS de 22 de julio de 2008, Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 5614/2004, FJ 1.º).

<sup>76</sup> «En suma, de la jurisprudencia expuesta pueden extraerse los siguientes criterios: a) si el Tribunal penal declara inexistente los hechos, no puede la Administración imponer por ellos sanción alguna; b) si el Tribunal declara la existencia de los hechos pero absuelve por otras causas, la Administración debe tenerlos en cuenta y, valorándolos desde la perspectiva del ilícito administrativo

peculiaridad para este inicio o continuación de los procedimientos administrativos, ya que es reiterada la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que niega la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada material entre los jueces y tribunales penales, a diferencia de la negativa, pudiendo diferir entre ellos de lo que haya sido probado en sede penal<sup>77</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

A pesar de las singularidades y dificultades técnicas, la institución de la cosa juzgada material –en este aspecto en su vertiente negativa– no solo coincide con la teoría de los concursos en el presupuesto de la regla de la triple unidad de sujetos, hechos y fundamentos jurídicos –cuya inexistencia daría entrada a las reglas especiales de los concursos de delitos o infracciones–, sino que además da respuesta, atribuyendo sus propiedades procesales, a la mayoría de los supuestos de conflictos aparentes de normas punitivas donde dicha identidad prohíbe una doble sanción (non bis in idem sustantivo) y un doble proceso tras una resolución firme (non bis in idem procesal): con carácter excluyente, impidiendo de antemano un segundo procedimiento sobre lo mismo tanto en el concurso de normas penales como en el concurso de normas administrativas (o por reiteración de la misma norma); con carácter positivo, vinculando la Administración a los hechos probados en el proceso penal absolutorio dentro de la preferencia legal entre los dos sistemas concurrentes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta Estévez, J. B. (1987). *Pretensión procesal administrativa, ejecución de sentencias y construcción jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso-administrativo*. Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU).
- Alarcón Sotomayor, L. (2008). *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Iustel.
- Alarcón Sotomayor, L. (2010a). Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem. En M. Rebollo Puig, M. Izquierdo Carrasco, L. Alarcón Sotomayor y A. Bueno Armijo (coords.), *Derecho administrativo sancionador* (pp. 359-422). Lex Nova.
- Alarcón Sotomayor, L. (2010b). El “non bis in idem” como principio general del Derecho administrativo. En J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo* (pp. 387-426). La Ley.
- Alcácer Guirao, R. (2013). El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el “bis in idem” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional. *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, (61), 25-52.
- Alcalde Santos, J. A. (2008). *La interpretación jurisprudencial del artículo 400 de la LEC*. Noticias Jurídicas. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4378-la-interpretacion-jurisprudencial-del-articulo-400-de-la-lec/>
- Alonso Ibáñez, M.ª R. (1996). *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*. Civitas.
- Alonso Mas, M.ª J. (2004). *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*. Tirant lo Blanch.
- Andrés Pérez, M.ª R. (2008). *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*. Bosch.
- Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (coords.) (2007). *El principio de “ne bis in idem” en el Derecho penal europeo e internacional*. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Ballesteros Panizo, C. (2024). Los límites al arbitraje en el Derecho administrativo sancionador. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (237).

distinta de la penal, imponer la sanción que corresponda conforme al ordenamiento administrativo, y c) si el Tribunal constata simplemente que los hechos no se han probado, la Administración puede acreditarlos en el expediente administrativo y, si así fuera, sancionarlos administrativamente» (STS de 19 de abril de 1999, Sala Tercera, Sección Cuarta, Rec. 408500/1982, FJ 4.º). No obstante, critica la reiteración por la Administración del intento probatorio de hechos comunes que fueron objeto de indagación penal específica, por contradecir la vertiente procesal del *bis in idem*, Cierco Seira y Pavel (2022, pp. 86 y ss.). A este respecto, la STS de 23 de septiembre de 2013 (Sala Tercera, Sección Séptima, Rec. 2838/2012, FFJJ 3.º y 4.º), ante la cuestión de «si la absolución por falta de prueba de los hechos resulta vinculante para la Administración en razón de la cosa juzgada», afirma que «lo que impide dicho principio, como ocurre en el caso analizado, es que hechos que la Sentencia penal, de carácter preferente, da por no probados, se consideren probados luego en el expediente disciplinario, pues como se dice en la Sentencia recurrida los hechos no pueden existir y no existir en ambos procedimientos penal y disciplinario».

<sup>77</sup> Negándose tal vinculación tanto en los casos de un mismo inculpado por distintos hechos conexos como de otro inculpado por los mismos hechos, con la posible excepción de la sentencia absolutoria por inexistencia del hecho, según De la Oliva Santos (1991, pp. 160 y ss.).

- Bernardini, L. (2024). Reopening Criminal Proceedings and Ne Bis in Idem: Towards a Weaker Res Iudicata in Europe? *European Papers*, 9(1), 311-335. <https://doi.org/10.15166/2499-8249/759>
- Boto Álvarez, A. (2006). Sobre el principio non bis in idem y la importancia de la técnica legislativa (al hilo de la STC 188/2005, de 7 de julio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (76), 273-294. <https://www.cepc.gov.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-76-eneroabril-2006/sobre-el-principio-non-bis-idem-y-laimportancia-de-la-tecnica-legislativa-2>
- Bouazza Ariño, O. (2024). Jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de sanciones. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (237).
- Bueno Armijo, A. (2021). El principio “non bis in idem” en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español. En M. Rebollo Puig, A. J. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021* (pp. 271-307). Thomson Reuters-Civitas.
- Bueno Armijo, A. (2022). Carácter procedimental del non bis in idem en la Unión Europea. *Revista de Administración Pública*, (218), 171-206. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.06>
- Calaza López, S. (2009). La cobertura actual de la cosa juzgada. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (20), 67-93. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6032>
- Cano Campos, T. (2001). Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, (156), 191-249. <https://www.cepc.gov.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-156-septiembrediciembre-2001/non-bis-idem-prevalencia-de-la-penal-y-teoria-de-los-concursos-en-el-derecho-administrativo-2>
- Cano Campos, T. (2022). Los claroscuros del “non bis in idem” en el espacio jurídico europeo. *Revista Española de Derecho Europeo*, (80), 9-53. [https://doi.org/10.37417/rede/num80\\_2021\\_709](https://doi.org/10.37417/rede/num80_2021_709)
- Casares Marcos, A. B. (2012). *Principio de legalidad y ejercicio de la potestad administrativa sancionadora: en especial, la Administración institucional y las corporaciones de derecho público*. IAAP.
- Castillo Ramos-Bossini, S. E. (2024). Non bis in idem y cargos públicos. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (37), 15-101. <https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/articulos/non-bis-idem-y-cargos-publicos>
- Chinchilla Marín, M.<sup>a</sup> C. (2015). La audiencia pública en el procedimiento administrativo sancionador y la prohibición de iniciar actuaciones penales por unos hechos que ya han sido sancionados por la Administración: dos exigencias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos según la STEDH de 4 de marzo de 2014. En M. Rebollo Puig, M. López Benítez y E. Carbonell Porras (coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas. Libro Homenaje al profesor Luis Cosculluela* (pp. 791-816). Lustel.
- Cid Moliné, J. (1996). Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas. *Revista de Administración Pública*, (140), 131-172. <https://www.cepc.gov.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-140-mayoagosto-1996/garantias-y-sanciones-argumentos-contra-la-tesis-de-la-identidad-de-garantias-entre-las-sanciones-2>
- Cierco Seira, C. y Pavel, E. V. (2022). La vinculación de la Administración sancionadora a la apreciación penal de los hechos. *Revista de Administración Pública*, (218), 63-100. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.02>
- Cortés Domínguez, V. (1975). *La cosa juzgada penal*. Real Colegio de España.
- Costagliola, F. (2024). La cosa juzgada y los pronunciamientos sobrevenidos del TJUE. ¿Un conflicto irresoluble? (Análisis de los remedios disponibles frente a la res iudicata anticomunitaria en el derecho italiano). *Revista de Administración Pública*, (224), 95-127. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.224.04>
- Coutron, L. y Lecomte, F. (2018). Le principe ne bis in idem dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne: de la diversité dans l'unité? *Revue du Droit Public*, (1), 5-18.
- Cubero Marcos, J. I. (2018). Las aporías del principio non bis in idem en el Derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, (207), 253-288. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.09>
- Cuerda Riezu, A. (1992). *El concurso de delitos y determinación de la pena*. Tecnos.
- De la Oliva Santos, A. (1991). *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- De la Oliva Santos, A. y Díez-Picazo Giménez, I. (2004). *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- De León Villalba, F. J. (1998). *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio «ne bis in idem»*. Bosch.
- De Palma del Teso, Á. (2001). Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (112), 553-572.
- De Vicente Domingo, R. (2016). *La demanda en el proceso contencioso-administrativo. Motivos de impugnación y función jurisdiccional*. Thomson Reuters-Civitas.
- De Vicente Martínez, R. (2000). Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio ne bis in idem). *Actualidad Penal*, (22), 473-486.
- De Vries, A. (2024). The principle of Ne Bis In Idem (Article 50 of the Charter) at the Cross-Border Interface of Punitive Administrative and Criminal Proceedings in the European Union. *Review of European Administrative Law*, 17(2), 123-138. <https://doi.org/10.7590/187479824x17198441525175>

- Dellis, G. (1997). *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. LGDJ.
- Díaz y García Conlledo, M. (2004). Ne bis in idem material y procesal. *Revista de Derecho*, (9), 9-27. <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i9.990>
- Doménech Pascual, G. (2010). Principio non bis in idem y reapertura de procedimientos sancionadores caducados. En B. Lozano Cutanda (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas* (pp. 779-788). Lustel.
- Domínguez Barragán, M.<sup>a</sup> L. (2024). *La cosa juzgada en el proceso civil*. Atelier.
- Escuchuri Aisa, E. (2004). *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*. Comares.
- Esteban Ríos, J. (2018). Non bis in idem: ¿independencia de la responsabilidad penal y administrativa en materia de valores y entidades de crédito? *Revista Española de Derecho Administrativo*, (193), 309-354.
- Ezurmendia Álvarez, J. (2021). *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada: comparación entre modelos de civil law y common law*. Bosch. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1tqcx7z>
- Fernández Torres, J. R. (2009). La potestad sancionadora en el Derecho comparado. Francia (I). *Documentación Administrativa*, (282-283), 7-23. <https://doi.org/10.24965/da.v0i282-283.9635>
- Friginal Fernández-Villaverde, L. (1984). Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo y el derecho a la jurisdicción. *Revista de Administración Pública*, (104), 283-332. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-104-mayoagosto-1984/las-causas-de-inadmisibilidad-del-recurso-contencioso-administrativo-y-el-derecho-la-jurisdiccion-2>
- Gallardo Castillo, M.<sup>a</sup> J. (2006). La concurrencia de sanciones penales y administrativas: una prohibición en desuso. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (61), 55-88. <https://doi.org/10.46735/raap.n61.92>
- Gallardo Castillo, M.<sup>a</sup> J. (2015). El ilícito penal y el ilícito administrativo y su distinto «fundamento» como justificación de la imposición de la doble sanción en el ámbito de las relaciones de sujeción especial. *Actualidad Administrativa*, (1), 5-13.
- García Albero, R. M. (1995). *Non bis in idem: material y concurso de leyes penales*. Cedecs.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2022). *Curso de Derecho Administrativo II* (17.<sup>a</sup> ed.). Aranzadi.
- García Macho, R. J. (1991). Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (72), 515-528.
- García-Manzano Jiménez de Andrade, P. (2023). El «non bis in idem» por identidad de fundamento sancionador. En E. Ortega Burgos y F. Pastor Ruiz (dirs.), *Derecho Administrativo 2023* (pp. 593-615). Tirant lo Blanch.
- García Pérez, M. (1999). *El objeto del proceso contencioso-administrativo*. Aranzadi.
- García Trevijano-Fos, J. A. (1962). Acotamiento cualitativo de la pretensión contencioso-administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente. *Revista de Administración Pública*, (38), 9-33. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-38-mayoagosto-1962/acotamiento-cualitativo-de-la-pretension-contencioso-administrativa-y-desviacion-de-poder-en-el-2>
- Gimeno Sendra, V. (2007). Los principios de legalidad y “non bis in idem” en la doctrina del Tribunal Constitucional. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (3), 1855-1861.
- Gimeno Sendra, V. (2017). *Derecho procesal civil I. El proceso de declaración. Parte general*. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.
- Gómez Padilla, R. (2006). Concurso de normas y de infracciones en el Derecho administrativo sancionador. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, (41), 137-160.
- Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, Í. (2023). *Derecho administrativo sancionador. Parte general* (5.<sup>a</sup> ed.). Aranzadi.
- González Pérez, J. (1952). La cosa juzgada en lo contencioso administrativo. *Revista de Administración Pública*, (8), 67-102.
- González Pérez, J. (1953). La pretensión procesal administrativa. *Revista de Administración Pública*, (12), 77-128. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-12-septiembrediciembre-1953/la-pretension-procesal-administrativa-3>
- González Pérez, J. (1994). Los obstáculos del acceso a la Justicia administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (83), 357-380.
- González Pérez, J. (2016). *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*. Thomson Reuters-Civitas.
- González-Varas Ibáñez, S. (2023). *Derecho administrativo sancionador*. Aranzadi.
- Guasp Delgado, J. (1948). Los límites temporales de la cosa juzgada. *Anuario de Derecho Civil*, 1(2), 435-472.
- Guasp Delgado, J. (1952). La pretensión procesal. *Anuario de Derecho Civil*, 5(1), 7-61.
- Guasp Delgado, J. (1985). *La pretensión procesal*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Guasp Delgado, J. y Alonso Olea, M. (1981). *La pretensión procesal*. Civitas.
- Huergo Lora, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Lustel.
- Izquierdo Carrasco, M. (2001). La determinación de la sanción administrativa. *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, (extra 1), 207-258.
- Jaén Vallejo, M. (2003). Principio constitucional “ne bis in idem” (a propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003). *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (584), 1-5.
- Karagianni, A. (2024). Ne bis in idem at the intersection between prudential and AML/CFT supervision. *Review of European Administrative Law*, 17(2), 7-38. <https://doi.org/10.7590/187479824x17198441525120>

- Laguna de Paz, J. C. (2023). *Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico*. Civitas.
- León Acosta, M. (2024). Sobre la naturaleza punitiva del billete de pago aplazado. A propósito de la STC 2/2023, de 6 de febrero. En M. Rebollo Puig, A. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2024* (pp. 703-741). Aranzadi.
- López Barja de Quiroga, J. (2004). *El principio: non bis in idem*. Dykinson.
- López Espejo, J. (2024). La transnacionalidad del principio "non bis in idem" en el ámbito europeo a propósito de la STC 1/2023, de 6 de febrero. En X. Arzo Santisteban (coord.), *La irradiación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (pp. 313-343). Marcial Pons. <https://doi.org/10.37417/cgpd8c03>
- López Guerra, L. (2019). «Ne bis in idem» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Europeo*, (69), 9-26. <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/66>
- Málaga Diéguez, F. (1999). *La litispendencia*. Bosch.
- Marina Jalvo, B. (2003). La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem. *Revista de Administración Pública*, (162), 175-188. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-162-septiembrediciembre-2003/la-problematica-solucion-de-la-concurrencia-de-sanciones-administrativas-y-penales-nueva-doctrina-2>
- Martín Fernández, C. (2023). La jurisprudencia europea sobre los procedimientos punitivos vinculados: una oportunidad para que España se alinee con Europa en la garantía del "non bis in idem". En M. Rebollo Puig, A. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023* (pp. 243-275). Civitas.
- Martínez Cantón, S. y Pérez-Cordón, R. (2020). La identidad de procedimientos en el principio non bis in idem ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Jurídica de Castilla y León*, (52), 73-92. <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/Publicacion/1284997647498/Redaccion>
- Menéndez Sebastián, P. (2019). La cosa juzgada material positiva en el proceso social. Configuración legal y aportación jurisprudencial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, (437-438), 23-64. <https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1248>
- Meseguer Yebra, J. (2000). *El principio «non bis in idem» en el procedimiento administrativo sancionador*. Bosch.
- Mestre Delgado, J. F. (2005). Sanciones administrativas. En S. Muñoz Machado (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo* (vol. 2, pp. 2338-2339). Iustel.
- Moderne, F. (1997). Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens. *Revue française de droit administratif*, (1), 1-43.
- Mourgeon, J. (1967). *La répression administrative*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Muñoz Lorente, J. (2001). *La nueva configuración del principio non bis in idem*. Ecoiuris.
- Muñoz Quiroga, A. (1985). El principio "non bis in idem". *Revista Española de Derecho Administrativo*, (45), 129-142.
- Narváez Rodríguez, A. (2000). Principio "non bis in idem", ¿una nueva doctrina constitucional? *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (1), 1789-1798.
- Navarro Cardoso, F. (2001). *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*. Colex.
- Nieto García, A. (2007). Régimen sancionador de las Administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivador del Derecho administrativo sancionador. *Cuadernos de Derecho Local*, (14), 7-13. <https://doi.org/10.61521/cuadernosderecholocal.14.300>
- Nieto García, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador*. Tecnos.
- Oliver, P. y Bombois, T. (2012). Ne bis in idem en droit européen: un principe à plusieurs variantes. *Journal de Droit Européen*, (9), 266-272. <https://ssrn.com/abstract=2569404>
- Palomar Olmeda, A. (dir.) y Rodríguez García, J. (2023). *El Estado actual del Derecho sancionador*. Aranzadi.
- Parada Vázquez, J. R. (1995). Voz «Non bis in idem». En *Enciclopedia Jurídica Básica* (vol. 3, pp. 4436-4438). Civitas.
- Pérez Manzano, M. (2002). *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Tirant lo Blanch.
- Petit, J. (2019). La proporcionalidad de las sanciones administrativas. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (22), 367-397. <https://doi.org/10.18601/21452946.n22.14>
- Puerta Seguido, F. y Beltrán de Felipe, M. (2004). Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el ne bis in idem. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (71), 363-393. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-71-mayoagosto-2004/perplejidades-acerca-de-los-vaivenes-en-la-jurisprudencia-constitucional-sobre-el-ne-bis-idem-2>
- Queralt Jiménez, J. J. (1992). *El principio non bis in idem*. Tecnos.
- Quintana López, T. (1986). El principio «non bis in idem» y la responsabilidad administrativa de los funcionarios. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (52), 585-600.
- Rebollo Puig, M. (2010). En especial, el principio non bis in idem en sanciones disciplinarias. En M. Rebollo Puig, M. Izquierdo Carrasco, L. Alarcón Sotomayor y A. Bueno Armijo (coords.), *Derecho administrativo sancionador* (pp. 423-448). Lex Nova.
- Rebollo Puig, M. (2023). *Responsables de las infracciones administrativas*. Editorial Universidad de Sevilla.
- Rifá Soler, J. M.<sup>a</sup>, Richard González, M. y Riaño Brun, I. (2006). *Derecho procesal penal*. Gobierno de Navarra.

- Rodríguez Cembellín, D. (2024). *Potestad sancionadora y grupos de empresas*. Iustel.
- Sánchez Sáez, A. J. (2009). La potestad sancionadora en el Derecho comparado: Reino Unido. *Documentación Administrativa*, (282-283), 91-167. <https://doi.org/10.24965/da.v0i282-283.9638>
- Sanz Morán, Á. J. (2012). *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho Penal*. Ubijus.
- Sanz Rubiales, Í. (2000). Potestad sancionadora administrativa, non bis in idem y primacía del orden penal (comentarios a la STC 177/1999, de 11 de octubre). *Revista del Poder Judicial*, (59), 545-572.
- Serrano Hoyo, G. (2014). Sustanciación de dos procesos penales por los mismos hechos y subsiguientes errores procesales A propósito de la sentencia de la audiencia provincial (Sección 3.ª) de Sevilla 416/2008, de 5 de diciembre. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, (31), 29-51.
- Tolivar Alas, L. (2008). Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada. *Documentación Administrativa*, (280-281), 133-157. <https://doi.org/10.24965/da.v0i280-281.9605>
- Trayter Jiménez, J. M. (1991). Sanción penal-sanción administrativa: el principio «non bis in idem» en la jurisprudencia. *El Poder Judicial*, (22), 113-136.
- Urbano, G. (2020). *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*. Giappichelli.
- Van Bockel, B. (ed.) (2016). *Ne bis in idem in EU Law*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316091845>
- Vera Jurado, D. J. (1993). El principio “non bis in idem” y su aplicación a las relaciones de sujeción especial de la policía gubernativa (STC 234/1991, de 10 de diciembre de 1991). *Revista Española de Derecho Administrativo*, (79), 537-542.
- Vivancos, E. (1963). *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*. Bosch.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 23, abril de 2025  
Sección: ESTUDIOS BREVES  
Recibido: 26-11-2024  
Modificado: 20-01-2025  
Aceptado: 21-01-2025  
Publicación anticipada: 05-01-2025  
Publicado: 29-04-2025  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11480>  
Páginas: 122-141

Referencia: Cortés-Abad, Ó. y Hernández-Sánchez, V. (2025). Digitalización de los procesos selectivos en la Administración pública: lecciones desde el Ayuntamiento de Madrid. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 23, 122-141. <https://doi.org/10.24965/reala.11480>

## Digitalización de los procesos selectivos en la Administración pública. Lecciones desde el Ayuntamiento de Madrid

### *Digitalization of recruitment procedures in public administration. Lessons from the Madrid City Council*

Cortés-Abad, Óscar

Universidad Rey Juan Carlos. Departamento de Derecho Público I y Ciencia Política (España – Spain)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6657-5582>  
oscar.cortes@urjc.es

#### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por la Universidad de A Coruña e ingeniero industrial del ICAI. Profesor en el Departamento de Derecho Público I y Ciencia Política de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, acreditado por ANECA como profesor titular de Universidad. Ha sido asesor del ministro de Justicia entre 2014 y 2018 y desempeñado otros cargos en el sector público estatal. Actualmente dirige la comunicación digital del Ayuntamiento de Madrid.

Hernández-Sánchez, Vicente

Ayuntamiento de Madrid (España – Spain)  
hernandezsv@madrid.es

#### NOTA BIOGRÁFICA

Funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional desde 2001, especialista en Transparencia, Acceso a la Información Pública y Gobierno Abierto por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset (IUIOG) y máster universitario oficial en Alta Dirección Pública por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Desde abril de 2009 he desempeñado varios puestos en el Ayuntamiento de Madrid, donde ocupa actualmente el cargo de subdirector general de Selección.

---

#### RESUMEN

**Objetivos:** estudiar los factores que facilitan la adopción de medios tecnológicos en los procesos selectivos. **Metodología:** estudio del caso del proceso selectivo del Ayuntamiento de Madrid, desarrollado con técnicas cualitativas y cuantitativas, como revisión documental, entrevistas no estructuradas y una encuesta. **Resultados:** este trabajo nos muestra algunas claves para sentar las bases de uso de los medios electrónicos en procedimientos administrativos. **Conclusiones:** se constata cómo contribuyen los factores de contexto, los intangibles, como el liderazgo y la captación, y la necesidad de medios electrónicos con madurez y calidad.

#### PALABRAS CLAVE

Gestión electrónica; recursos humanos; procesos selectivos; reforma de función pública; Administración electrónica; Ayuntamiento de Madrid.

## ABSTRACT

**Objectives:** To examine the factors that facilitate the adoption of technological tools in selection processes. **Methodology:** A case study of the selection process conducted by the Madrid City Council, employing both qualitative and quantitative techniques, such as documentary review, unstructured interviews and a survey. **Results:** This study identifies key elements for establishing the foundation for the use of electronic tools in administrative procedures. **Conclusions:** The findings highlight the contribution of contextual factors, intangibles such as leadership and stakeholder engagement, and the importance of mature and high-quality electronic tools.

## KEYWORDS

E-human resources management; e-selection; civil service reform; e-government; Madrid City Council.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. MARCO TEÓRICO. 1.1. LA REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: UN BUCLE MELANCÓLICO SIN FIN. 1.2. LA REFORMA DE LA SELECCIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS COMO CATALIZADOR DE LA TRANSFORMACIÓN. 1.3. APLICACIÓN DE LA TECNOLOGÍA A UNA MEJOR GESTIÓN DEL TALENTO PÚBLICO. 1.4. HACIA UN NUEVO PROCESO SELECTIVO DIGITAL. 2. METODOLOGÍA. 3. ANÁLISIS DEL CASO. LA IMPLANTACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO PARA LA SELECCIÓN EN EL AYUNTAMIENTO DE MADRID (2020-2024). 3.1. DIAGNÓSTICO DE PARTIDA. LAS RAZONES PARA ACTUAR SOBRE LOS PROCESOS SELECTIVOS MUNICIPALES MEDIANTE MEDIOS ELECTRÓNICOS. 3.1.1. Ausencia de planificación, acumulación en las ofertas de empleo público y lentitud de procesos selectivos. 3.1.2. La disrupción de la COVID-19. 3.2. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LAS DIRECTRICES PARA LA TRAMITACIÓN CON MEDIOS ELECTRÓNICOS DE LOS PROCESOS SELECTIVOS EN EL ÁMBITO DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID Y DE SUS ORGANISMOS AUTÓNOMOS. 3.2.1. Utilización de medios electrónicos en las fases del proceso selectivo. 3.2.2. Valoración de los medios electrónicos utilizados. 3.2.3. Incentivos para el uso de medios electrónicos. CONCLUSIONES. ANEXO 1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN

El estudio de los procesos de reforma de la Administración pública es un clásico en la disciplina de ciencia de la Administración. Más necesario aun cuando los continuos movimientos que se van sucediendo en la sociedad empujan a una permanente adaptación por parte del sector público y las políticas de reforma son intentos profesionales de promover cambios en el funcionamiento de las organizaciones, sus estructuras, procesos y cultura con el objetivo de alcanzar un trabajo más funcional y eficiente (García-Pelayo, 1977) para crear los vínculos entre la estructura institucional y el contexto cambiante.

Numerosos paradigmas se vienen sucediendo desde aquella primera aproximación científica al funcionamiento de las instituciones públicas formulada por Weber y que consagró lo que hoy conocemos como burocracias. Pronto la idea del Estado burocrático, siendo necesaria, comenzó a envejecer a medida que se consideró prioritario atender el bienestar a través de nuevos servicios, ajustar el presupuesto público, racionalizar la gestión, reorganizar y simplificar, introducir dinámicas de mercado; en definitiva, medidas de *empresarialización* de la gestión pública para hacerla más ágil, flexible, eficiente y con calidad al servicio del ciudadano, desregulando en cierta medida el funcionamiento del gobierno (Metcalf y Richards, 1987; Peters, 1993).

Es en este momento cuando se proclama la necesidad de pasar de administrar la legalidad de manera vertical a gestionar (Atrio y Piccone, 2008) con un enfoque horizontal, transversal, relacional y en red, que haga la gestión más inclusiva y participativa. La idea de dirigir gestionando, del *management* en el sector público, da pie a un nuevo espacio directivo al margen de la alta función pública tradicional y se impone mediante los distintos programas de modernización administrativa en las democracias avanzadas desde finales de los ochenta y la década de los noventa hasta nuestros días (Pollitt, 1990; Prats, 1987).

En estas circunstancias, tecnología y personas son factores decisivos para el cambio. La tecnología ya desde finales de los años noventa está relacionada con paradigmas de reforma como la nueva gestión pública (Misuraca *et al.*, 2013). En su versión más primaria, el llamado e-gobierno o Administración

electrónica sirve para optimizar procesos y realizar tareas sobre un soporte electrónico que ahorra tiempos y papel. Pero también se pueden conectar datos, ofrecerlos de manera más transparente y mejorar la toma de decisiones. Las evoluciones tecnológicas facilitan un mayor potencial transformador y son la excusa para profundizar en la renovación de las estructuras administrativas. Todo ha de cambiar para adaptarse a la revolución digital, las leyes, los procedimientos, las personas, los liderazgos; en definitiva, la cultura, la forma de hacer y de actuar por parte de las entidades administrativas (Mergel *et al.*, 2019). Las personas no solo forman parte de la función pública que como institución central que garantiza la independencia y objetividad para preservar el interés general. Representan el saber hacer, la memoria, los usos y costumbres; en definitiva, el pulso humano que hay detrás de la fría burocracia. Cualquier planteamiento transformador que se precie debe incorporar propuestas en función pública y avance de la digitalización.

Este trabajo pone la mirada en el funcionamiento de las Administraciones públicas desde el punto de vista del proceso selectivo, una de las partes fundamentales en lo que podríamos llamar el ámbito de la función pública. Y lo hace desde el punto de vista de cómo la tecnología incide en dicho proceso preguntándonos cómo puede mejorar sustancialmente la gestión de personas en las instituciones públicas. El foco de estudio lo ponemos en la fase inicial de los procesos de transformación digital: la introducción de medios electrónicos para ir sustituyendo el papel, muy presente pese a los años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas por procedimientos íntegramente electrónicos. En la primera parte construimos un marco teórico que se nutre de la literatura para desarrollar ideas sobre la reforma de la función pública en general y la selección en particular, así como el papel de la tecnología en todo ello. A continuación, exponemos la metodología que hemos elegido partiendo de la pregunta de investigación formulada y justificando el caso elegido, así como las técnicas que se han aplicado para estudiarlo. En el tercer capítulo detallamos los resultados obtenidos y una discusión sobre los mismos. Finalmente formulamos las conclusiones.

## 1. MARCO TEÓRICO

### 1.1. La reforma de la función pública: un bucle melancólico sin fin

A finales del siglo pasado y principios de este, dos pensadores de la talla de Beck y Bauman nos dejaban reflexiones muy valiosas sobre la nueva modernidad que alumbraba el siglo XXI. A juicio de Beck (1998), rasgos característicos del nuevo entorno vendrían a ser el riesgo y la incertidumbre, es decir, la imposibilidad de prever, de anticipar, con un matiz fundamental: el potencial transformador de la técnica hace que esta se convierta en un asunto político y, por tanto, una cuestión clave en el proceso modernizador de la sociedad. Para Bauman (2003), ante una modernidad que es líquida al individuo le cuesta identificarse con un Estado que tiene difícil ser garante de seguridad y certezas, y se aleja ese viejo modelo en el que el Estado representaba la solidez y la certidumbre.

Desde que Bauman y Beck formularan sus teorías han pasado dos décadas y, entre ellas, dos grandes crisis que han acentuado más algunos de los argumentos que expusieron. La gran recesión (2008-2013) y la crisis de la COVID-19 son ejemplos de shocks contextuales que han conducido a las características de incertidumbre, volatilidad y ambigüedad las de complejidad en las relaciones, conexiones y decisiones, así como la no linealidad y circularidad de los episodios, inesperados y de gran calado. Lo que algunos han venido a denominar entornos BANI (Tait y Richardson, 2010; Arenilla Sáez, 2022).

Todo ello invita al cambio en las relaciones entre el Estado y la sociedad (Pont Vidal, 2021) y tiene una incidencia notable sobre las políticas de reforma en el sector público. Los procesos de reforma se ven condicionados por la velocidad de los cambios en el entorno. En estos contextos líquidos, que ya anticipó Baumann, donde prima la incertidumbre, las Administraciones públicas han de asumir un plus de liderazgo y buena gestión, repensar su direccionamiento estratégico, abordar el talento humano y el conocimiento como principal intangible (Urbano-Carazo, 2022). Solo es posible lograrlo si se han realizado reformas en su funcionamiento.

Por tanto, tras más de dos décadas que llevamos de siglo XXI y episodios como el más reciente del *coronabreak* no cabe sino acelerar las políticas de transformación y fortalecimiento institucional (Cortés-Abad, 2020) para apuntalar un Estado al que se recurre más en tiempos complejos porque la sociedad ha cambiado y con ella los servicios más demandados y porque la nueva realidad exige que el sector público y el privado tengan una agenda compartida (Cortés-Abad y Catalá Polo, 2020a).

Transformar tiene más de innovar que de modernizar. Hablamos de replantear completamente cómo se hacen las cosas, yendo más allá de los retoques de puesta al día de lo rutinario (Gil-García *et al.*, 2016). Pero la transformación del sector público no debe perder el horizonte de que las reformas contribuyan a un mejor cumplimiento de la misión de salvaguarda del interés general que tiene encomendada la Administración pública, sin poner en juego principios fundamentales del Estado de derecho, como la objetividad y la imparcialidad, la igualdad o la accesibilidad.

La transformación debe afectar a los procedimientos y el funcionamiento de la burocracia pública, pero también a la prestación de servicios, la cultura interna, la gestión de los recursos (personas, presupuestos), el liderazgo y la toma de decisiones, el propio ejercicio directivo, el planeamiento estratégico, la evaluación, la relación que la Administración tiene con la sociedad. En definitiva, la transformación debe conducir a una Administración más abierta e inteligente, en consonancia con la sociedad a la que debe servir.

La reforma de la función pública es un asunto de gran amplitud, que admite muchas perspectivas de estudio y en la que se plantean objetivos muy diversos: la selección, que veremos a continuación; desplegar una carrera profesional, más flexible y motivadora, alineada con una evaluación del desempeño como instrumento esencial y estratégico para la organización (Cámara Mas, 2023); corregir históricos desequilibrios retributivos, alinear los salarios con el mercado y dotarles de cohesión y coherencia interna (Arenilla Sáez *et al.*, 2022); resolver la tensión entre políticos y burócratas creando una auténtica dirección pública profesionalizada que aporte visión estratégica y buena gestión (Cortés-Abad, 2024b; Dahlstrom y Lapuente, 2018); resolver problemas recientes como integrar el teletrabajo en la organización administrativa (Rastrollo Suárez, 2022); adaptar la capacitación de los empleados públicos a las demandas de la revolución digital (Trujillo Sáez y Álvarez Jiménez, 2021), o flexibilizar y aplanar la arquitectura administrativa para dotar a las instituciones de mayor agilidad y capacidad de respuesta ante los problemas públicos que deben atender (Cortés-Abad y Catalá Polo, 2020b).

Asimismo, es objeto de interés incluso para países con modelos tradicionales y arraigados que vienen promoviendo reformas en los últimos tiempos para conseguir que su Administración, también por las personas que la representan, se parezcan más a la sociedad. El caso francés es un ejemplo de refundación para hacer más atractiva, diversa y cohesionada la alta función pública con una marcada cultura de servicio público común (Crespo González, 2021).

## 1.2. La reforma de la selección de empleados públicos como catalizador de la transformación

La selección de empleados públicos está en el foco de la transformación desde el momento exacto que empieza la profesionalización del personal al servicio de las Administraciones públicas. El objetivo de este proceso es claro: desde una planificación precisa que identifique perfiles y vacantes necesarias que cubrir, se trata de incorporar al mejor talento respetando principios esenciales como la igualdad, el mérito y la capacidad, y haciéndolo de manera eficiente, especialmente con agilidad, en tiempos que sean razonables y no den lugar a procesos selectivos excesivamente largos. La planificación es clave para anticipar las necesidades de efectivos en la Administración (Soriano Arnanz, 2022), pero también disponer de un conjunto de actividades mediante las que se dé una respuesta eficaz a las siguientes preguntas: ¿qué competencias requiere la organización? ¿Cómo atraer a la función pública a las personas con las competencias requeridas? ¿Cómo seleccionarlas? (OCDE, 2017).

Es decir, a la planificación hay que incorporar estrategias de atracción que permitan conseguir que los mejores se interesen por lo público y garantizar así una diversidad que sea representativa de la pluralidad de la sociedad a la que sirve (Crespo González, 2021). Pero es en el proceso selectivo donde se plantea el reto de alcanzar la excelencia alineando intereses de la Administración, capacidades de los candidatos, principios constitucionales básicos y todo ello al menor tiempo y coste posible; en definitiva, mérito y flexibilidad (Longo Martínez, 2004). Para ello hay una pluralidad de modelos si nos atenemos al análisis comparado, que dependerán de la cultura jurídico-administrativa del Estado, de su marco legalidad y tipo de empleado público a reclutar o de los recursos disponibles (Mapelli Marchena, 2018; INAP<sup>1</sup>).

Los nuevos tiempos invitan a innovar en el acceso al empleo público, pero sin que dicha innovación suponga necesariamente una revolución o una ruptura, sino una mejora respecto a lo que se venía

<sup>1</sup> INAP (2017). Modelos comparados selección de empleados públicos. <https://bci.inap.es/material-modelos-comparados-de-selecci%C3%B3n-de-empleados-p%C3%BAblicos>

haciendo; se trata, al menos, de hacer bien lo que se debe hacer (Gorriti Bontigui, 2018). En este sentido, autores como el citado Gorriti Bontigui, Jiménez-Asensio (2019) o Cortés-Abad y Catalá Polo (2020b) invitan a reflexionar sobre el tipo de pruebas que realizar, quitando importancia a las tradicionales pruebas memorísticas o de conocimiento. Alegan estos autores que en los nuevos tiempos de la automatización y la inteligencia artificial las máquinas realizarán muchas de las tareas de las personas y que estas deberán explotar sus cualidades humanas para singularizar su valor respecto al algoritmo (Ramió Matas, 2019). Y es ese valor humano, no el conocimiento que está en los libros y que una máquina entrenada puede gestionar de manera mucho más eficiente, sino su capacidad para enfrentar problemas, aportar creativamente soluciones, tener iniciativa, curiosidad o imaginación. Cualidades todas ellas esencialmente humanas, al menos mientras que el imparable avance tecnológico no haya logrado alcanzar una superinteligencia artificial (Lassalle, 2024).

Cuando, tal y como indican Criado Grande y Gil-García (2017), las instituciones se abocan a la complejidad del entorno, su público objetivo es más diverso y la densidad de la burocracia alcanza cotas inimaginables la gestión de su capital humano tiene necesariamente que evolucionar obligada por los tiempos y abocada a una transformación, por mucha inercia contraria que la pesada cultura burocrática ofrezca (Ramió Matas y Salvador Serna, 2018). Dicha evolución también debe afectar al subsistema de selección de empleados públicos, que habrá de alinearse y abrirse cada vez más, otorgando un peso creciente a las competencias en detrimento del conocimiento teórico o doctrinal de la norma (Peña-López, 2022). A juicio de Jiménez-Asensio (2019), supone pasar de la «oposición dura» a una selección avanzada integrada en un sistema de gestión de personas en el que los rígidos contornos de los subsistemas tradicionales (selección, provisión, ordenación, evaluación, desarrollo profesional, formación, retribución) se difuminen en un nuevo modelo de gestión de perfiles profesionales que favorezca la transformación institucional.

Este cambio conceptual debe implantarse incorporando nuevas técnicas de selección, cambiando los procedimientos e introduciendo nuevas metodologías y medios avanzados, como son las tecnologías de la información. Llegamos aquí a un punto, ya señalado por diversos autores, donde converge la necesaria reforma de la función pública con la incorporación de la tecnología para transformar el funcionamiento de las burocracias públicas y, concretamente, la gestión de personas (Salvador Serna, 2021).

### 1.3. Aplicación de la tecnología a una mejor gestión del talento público

La denominada gestión electrónica de recursos humanos –por sus siglas en inglés, eHRM– es un amplio paraguas bajo el que se recoge todo lo que tiene que ver con la introducción de tecnología en los diferentes subsistemas de gestión de personal (Marler y Parry, 2016). Tiene que ver con planificar e implementar herramientas informáticas que conecten e integren servicios, bases de datos, actividades y tareas que se producen en la función de recursos humanos (Strohmeier, 2007), contribuyendo así a mejorar dicha función desde un punto de vista técnico y estratégico. Si hablamos en el contexto de la Administración pública, el eHRM forma parte del concepto más amplio de e-Administración, y se entendería como las distintas aplicaciones tecnológicas sirven para aligerar y deconstruir la burocracia, en este caso la asociada a la gestión del talento público.

A esta dimensión operacional se suma un planteamiento más elevado estratégicamente: la gestión electrónica de recursos humanos es una palanca ineludible para que se cumplan los objetivos estratégicos planteados en la reforma de la función pública (Almashyakhi, 2022) y contribuye a que dicha reforma desempeñe un papel principal dentro de las políticas de transformación institucional (De Alwis *et al.*, 2022). Es, por tanto, un factor clave a la hora de avanzar en la modernización administrativa y su efectividad va ligada a diferentes factores de contexto (Marler y Fisher, 2013), entre los que podríamos citar el nivel de rendimiento tecnológico de la organización y su capacidad técnica y humana para haber implementado estrategias de digitalización (Zhou *et al.*, 2022).

Para otros autores, el e-HRM es mucho más que un conjunto de aplicaciones informáticas que sirven de *driver* de eficiencia para alcanzar objetivos de simplificación, agilización o reducción de costes. Va más allá, al incidir en el reparto de roles y responsabilidades entre los profesionales de los recursos humanos, contribuyendo así a una mayor efectividad en la gestión del amplio universo de actores que componen los diferentes subsistemas de la gestión del talento público (Bondarouk *et al.*, 2009; Ruel *et al.*, 2007). Acorde con ello, esta nueva gestión del talento público a través de tecnología permite empoderar a todos los empleados de la organización, descentralizando algunas tareas propias de la

administración de personal y liberando recursos para que la función de recursos humanos adopte un posicionamiento más estratégico y se centre en elementos de valor, lo cual incide en la productividad del conjunto (Mitrofanova *et al.*, 2023).

El desempeño que pueda alcanzar una gestión electrónica de recursos humanos tendrá mucho que ver con las áreas de aplicación y el tipo de tecnologías que sean utilizadas, potencialmente todos los subsistemas de la función de recursos humanos. Desde este punto de vista, Salvador Serna (2021) nos habla de diferentes subgrupos en los que puede conceptualizarse el eHRM. En primer lugar, tendríamos las aplicaciones dedicadas propiamente a la administración de personal (e-Employee profile), que gestionarían los datos asociados a las personas que trabajan para la institución permitiendo, como veremos después, no solo el despacho burocrático de asuntos (por ejemplo, la gestión del registro de personal), sino también la analítica de datos. Otras aplicaciones dentro de eHRM permitirían gestionar los sistemas de evaluación del desempeño (e-Performance management) y las retribuciones del conjunto de personas que forman parte de la organización (e-Compensation); ambos podrían estar vinculados o no y su existencia en una institución pública estaría condicionada a la implantación efectiva de sistemas de incentivación por desempeño, que aún no son habituales en el sector público y particularmente en su aparato más administrativo. También existen soluciones informáticas para facilitar los flujos de tareas, el teletrabajo, conectar el talento y mejorar las dinámicas de trabajo interno que se producen en una organización a través de una mejor gestión de los flujos de comunicación (e-Communication). Por último, tenemos herramientas que facilitan el aprendizaje y la capacitación de los empleados a través de formación *online* estructurada en cursos a distancia, aulas virtuales o plataformas de contenidos (e-Learning o e-Training).

#### 1.4. Hacia un nuevo proceso selectivo digital

Dejamos para el final, aunque no por ser menos importante, sino porque es el objeto de este trabajo, la parte del eHRM destinado a los procesos de planificación de necesidades, reclutamiento y selección (e-Recruitment, e-Selection).

La introducción de tecnología en este subsistema, juntamente con otras modificaciones en el proceso selectivo, como la redefinición de tribunales o de las propias pruebas, tiene como objetivo fundamental alinear las funciones que pretende abarcar la Administración pública con candidatos capaces de desarrollar una carrera profesional de éxito en ella. Pero también alcanzar procesos más ágiles, rápidos y dinámicos (Giacomelli Treviño, 2009), facilitar a todos los intervinientes en la selección de personal la gestión y conseguir una relación más fluida entre los ciudadanos y la Administración.

Se trata de herramientas que permiten un abanico muy amplio de posibilidades, que van desde la planificación hasta el propio proceso selectivo, pasando por la fase intermedia de captación de potenciales empleados. En cuanto a la planificación, la tecnología podría contribuir a una reposición automatizada de vacantes, determinando cuáles son las que con justificación objetiva deben ser repuestas y cuáles no, debiendo ser transformadas o suprimidas; para ello es necesario disponer y gestionar abundante información (Gorriti Bontigui, 2018). Esto, lógicamente, adquiere mayor importancia en un contexto en el que las tecnologías exponenciales asociadas al dato –la inteligencia artificial, la más significativa de todas ellas– plantean una redefinición funcional que alcanzará a un conjunto muy importante de empleados públicos (Galindo Caldés, 2019).

En cuanto a la captación de talento, las técnicas de *e-Recruitment* facilitan dar a conocer el atractivo de trabajar en la Administración y la existencia del proceso selectivo a los posibles candidatos, pudiendo incluso identificar características útiles en los perfiles y el contacto con ellos. Por último, las técnicas de *e-Selection*, entre las cuales se pueden considerar (o no) los procesos de planificación automatizada antes comentados, incluirían todo tipo de herramientas para un desarrollo eficiente del proceso selectivo propiamente dicho y otras que incluso pueden aportar valor al ayudar a predecir comportamientos una vez ingresados en sus puestos de trabajo los que han superado el proceso.

Al igual que cuando nos referimos al concepto más amplio transformación digital, podemos distinguir conceptualmente entre lo que es la Administración electrónica (propiamente dicha) –herramientas para alcanzar un procedimiento que en esencia es exactamente igual que en papel, pero sobre otro soporte que es electrónico– y la Administración digital –que incluiría reingeniería de procesos y herramientas tecnológicas avanzadas– (Salvador Serna, 2021), en el ámbito de la *e-Selection* podemos delimitar dos niveles de desarrollo: uno más básico, en el que se considera introducir tecnologías de Administración electrónica,

permitiendo una tramitación electrónica que facilita el trabajo a distancia y la simplificación de determinadas tareas, y otro más avanzado en el que se incluyen tecnologías disruptivas que ofrecen la posibilidad de innovar con mayor intensidad.

Dentro del nivel más básico nos podemos referir a cuestiones como la difusión y publicación de los diferentes eventos del proceso selectivo a través de canales web o redes sociales; la existencia de servicios digitales para tramitar la solicitud de participación, así como para facilitar el seguimiento del proceso con avisos, alarmas u otro tipo de llamadas de atención; la tramitación electrónica de las pruebas y sus resultados; el funcionamiento a distancia de tribunales, etc.

Más sofisticado es el uso de tecnologías avanzadas, que analizan los datos y facilitan la existencia de soluciones que propicien decisiones más afinadas, procesos más optimizados y recursos mejor aprovechados (Marler y Boudreau, 2017). La explotación del dato tiene un enorme potencial para aplicar técnicas de analítica avanzada e inteligencia artificial. También en el ámbito de los recursos humanos y de la selección, en los que se generan importantes cantidades de datos por parte de las diferentes entidades que los gestionan y cuyo aprovechamiento –teniendo en cuenta las restricciones a las que están sometidos datos de especial protección (carácter personal, secreto estadístico, propiedad intelectual)– puede dar lugar a servicio o tramitaciones más eficaces y eficientes.

Para poder desplegar estas técnicas con unas garantías aceptables de fiabilidad es preciso disponer de infraestructuras que permitan alojar datos en cantidad, calidad y disponibilidad suficientes que sirvan de base a estos servicios de valor añadido y cuenten con todas las garantías. Dichas infraestructuras, los espacios comunes de datos, se deben nutrir de datos que puedan compartirse y explotarse conjuntamente, superando las barreras de explotación, técnicas y legales; de esta manera, técnicas implementadas con estos avances pueden utilizarse en actividades de selección de personal en las que se manejan grandes cantidades de datos, como pueden ser los que formen parte de un *currículum vitae* o una solicitud de participación en un proceso selectivo (Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, 2024).

Pero es que, además, el uso de la inteligencia artificial en la selección de empleados públicos puede aligerar sustancialmente el manejo burocrático del ingente volumen de información generada en el proceso (Soriano Aranz, 2022). Se puede automatizar la extracción de datos, su cotejo, la elaboración de listas de admitidos y excluidos, la creación de pruebas específicas y su corrección; en definitiva, podríamos alcanzar un procedimiento selectivo automatizado o semiautomatizado en el que máquinas especialmente entrenadas aligerarían la gran parte de burocracia que conlleva asociada. Esta automatización, en mayor o menor grado, puede alcanzarse en procesos de complejidad baja o media donde los trámites estén reglados, las pruebas sean objetivas y no haya demasiado margen de interpretación o discrecionalidad (Cortés-Abad, 2023). Las ganancias de eficiencia serían exponenciales a medida que el proceso selectivo alcanzara un tamaño respetable, como ya lo son muchas de las oposiciones que se convocan anualmente, especialmente en los cuerpos más nutridos de personal de la Administración. Por otro lado, la aplicación de sistemas predictivos a los procesos de planificación que tienen relación con el empleo público puede ofrecer alertas o sugerencias automatizadas que permitan proactivamente poner en marcha determinados procesos selectivos según el diagnóstico y las predicciones de necesidades que puedan detectar.

Todo este potencial transformador no necesariamente garantiza un cambio efectivo, como defiende un amplio sector doctrinal. Así, por ejemplo, Jiménez-Asensio (2019, p. 40) afirma que se puede advertir la necesidad

de llevar a cabo un giro copernicano en la forma que actualmente se lleva a cabo en nuestras Administraciones Públicas la selección de funcionarios, pues su obsolescencia e inadaptación son evidentes. No cabe duda de que la inercia administrativa contamina la forma de ejercer esos procesos selectivos y aboga hacia la continuidad de modelos claramente periclitados e inservibles, pero que ahí siguen, aguantando las embestidas del tiempo y del entorno, como si fuera nada pasara.

O más rotundo, Fondevila Antolín (2020, pp. 21-22) cuando afirma directamente que «es preciso que no se pierda la referencia de que la administración digital en la implementación de los procedimientos selectivos es solo un instrumento que puede aportar transparencia y eficiencia, pero sin una reforma integral de los mismos estaremos ante meros fuegos artificiales», o que «el debate no debería centrarse en el uso o no de medios electrónicos en las pruebas, sino en lo más importante, la necesaria renovación de los tipos de

pruebas». Y eso habida cuenta de que, como señala el propio Fondevila Antolín, la introducción de medios electrónicos en las pruebas ya plantea una serie de objeciones legales y materiales en cuanto a impugnación, gestión de datos, etc., abogando por su adaptación e, incluso, la utilización por ello de nuevos tipos de pruebas o ejercicios.

Desde el punto de vista del reclutamiento interno y en los procesos que legalmente lo permitieran (como es el caso de los de libre designación) se plantean otras posibilidades avanzadas: se podría utilizar la inteligencia artificial para profundizar en el análisis del puesto e identificar elementos clave que incorporar en las pruebas (entrevistas) que normalmente se realizan. Los currículos podrían depurarse con herramientas de *text mining*, *entity recognition*, *machine learning*, IA generativa, extrayendo la información más relevante y generando textos resumidos que evitaran tener que leer en bruto el conjunto de currículums. Otro tipo de instrumentos entrenados como sistemas de recomendación podrían participar en el proceso de toma de decisiones sobre la persona más idónea para la adjudicación del puesto de trabajo. Sistemas predictivos incluso podrían anticipar el comportamiento y desarrollo profesional de los candidatos evaluados. En estos casos, la máquina mejoraría el proceso selectivo, sugiriendo a los funcionarios decisores quiénes son los candidatos idóneos dando lugar a una selección de empleados públicos con capacidades aumentadas lo que redundaría en una mayor calidad y precisión en todo el proceso.

Sin embargo, la utilización de sistemas inteligentes en el ámbito de la selección de empleados públicos merece una doble consideración. En cuanto a los sistemas de apoyo a la decisión –predictivos o de recomendación– que puedan ser utilizados por los funcionarios públicos para tomar decisiones requieren un entendimiento entre persona y máquina para que la colaboración fluya y, a su vez, surja la confianza que permita al funcionario persona utilizar las posibilidades de la máquina de inteligencia artificial en toda su amplitud (Cortés-Abad, 2024a). Este tándem permite optimizar la experiencia y la capacidad del funcionario decisor, pero solo desde el conocimiento y la confiabilidad sobre la máquina, la cual se alcanza con transparencia (explicabilidad de los resultados que ofrece) y horas de convivencia en las que se pueden visualizar los resultados, la fiabilidad y los errores que pudieran plantearse.

Por otra parte, es conveniente conocer las limitaciones regulatorias planteadas en la utilización de sistemas de inteligencia artificial aplicados al empleo público. A tal efecto es necesario referirnos al Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los reglamentos (CE) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 –Reglamento de Inteligencia Artificial, RIA, en el que se establece niveles de riesgo a la hora de utilizar este tipo de sistemas por parte de los llamados «responsables de despliegue», que, atendiendo al considerando 13, serían «cualquier persona física o jurídica, incluida cualquier autoridad pública, órgano u organismo, que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad»-. Los sistemas de alto riesgo son aquellos para los que el Reglamento establece requisitos fuertes de uso e implantación que tienen que ver con los datos, la transparencia, la solidez técnica, la resistencia frente a terceros y la vigilancia humana.

Es decir, tanto proveedores como responsables de despliegue están sometidos a un exigente cumplimiento de requisitos que tienen como objetivo garantizar un uso confiable de la IA en áreas que son sensibles desde el punto de vista del Reglamento y que forman parte de un anexo III en cuyo punto 4, apartado a, se incluyen «sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos» y siempre que «supongan un riesgo importante para los derechos fundamentales» o «influyan sustancialmente en la toma de decisiones» (art. 6.3. RIA). Es decir, según en qué condiciones de uso, podríamos encontrarnos que la aplicación de sistemas de inteligencia artificial en la selección de empleados públicos podría estar sujeta a condiciones más exigentes o menos.

Entre las más exigentes se encontraría la hipotética utilización de inteligencia artificial para alcanzar una selección automatizada o semiautomatizada que condicionara en exceso la elección del candidato, es decir, que los sistemas inteligentes fueran instrumentos decisorios directos o indirectos, tal y como hablábamos anteriormente.

Sin embargo, otro tipo de usos, como aquellos destinados a aligerar la carga burocrática del proceso selectivo no conllevarían la exigente calificación de alto riesgo y permitirían un uso de la inteligencia artificial más ligero, aunque, eso sí, con las prevenciones que demandan unas tecnologías que plantean riesgos y que, en todo caso, deben estar sujetas a vigilancia humana y control.

## 2. METODOLOGÍA

En este trabajo abordamos como objeto de estudio la modernización de la selección de empleados públicos, un ámbito de investigación fundamental para entender la reforma de la función pública y, por ende, las dinámicas de modernización administrativa. La tecnología es una palanca fundamental para esta modernización y comprender cómo puede ser asimilada por las burocracias públicas ayudará a entender cómo pueden impulsarse con éxito las políticas de modernización.

Por ello, en esta obra nos preguntamos por los factores que facilitan la adopción de medios electrónicos por parte de las estructuras burocráticas a cargo de los procesos selectivos, desde sus unidades directivas promotoras hasta sus participantes externos (opositores) e internos (funcionarios tramitadores y miembros de los órganos de selección).

Para responder a la pregunta de investigación que nos hemos planteado hemos elegido una metodología empírica basada en el estudio del caso, que mezcla rasgos exploratorios y analíticos (Remenyi, 2012). Autores como Coller (2005) señalan la importancia de construir el caso como punto de partida al aplicar esta metodología. La revisión de la literatura nos ha mostrado las numerosas derivadas que existen a la hora de abordar la modernización de los procesos selectivos en una institución pública y la necesidad de reforzar con experiencias empíricas las posibilidades reales de poner en marcha las diferentes medidas y conocer cuáles son las más eficaces.

Basándonos en la construcción de este marco teórico hemos seleccionado como caso de estudio el proceso de modernización en la selección de empleados públicos puesto en marcha por el Ayuntamiento de Madrid durante la COVID-19 y su desarrollo posterior.

Las razones que nos han llevado a esta elección son varias. En primer lugar, la importancia y representatividad del Ayuntamiento de Madrid como institución pública en la que la captación y gestión del talento es una baza fundamental: se trata de una organización de un tamaño considerable (casi 40 000 empleados) y un presupuesto que alcanza los 5 500 millones de euros. El tamaño y su importancia política y administrativa en la arquitectura institucional española le otorgan una relevancia notable que nos permitirá dar respuesta a la pregunta planteada y extraer conclusiones de interés para otras investigaciones o la propia aplicación práctica para otros profesionales que trabajen en esta materia.

Por otra parte, la investigación está acotada en un periodo que se extiende entre 2020 y 2024, unas fechas que aportan interés al estudio, puesto que permiten abordar la pregunta de investigación desde el punto de vista de un contexto singular como fue el fenómeno sistémico de la COVID y su impacto a la hora de abordar la selección de empleados públicos y las consecuencias posteriores, ya en un periodo de normalidad.

Para desarrollar el caso hemos aplicado un método mixto de investigación compuesto por técnicas cualitativas y cuantitativas. Desde un punto de vista cualitativo, hemos hecho una revisión documental de los principales textos elaborados durante ese periodo por el Ayuntamiento de Madrid en relación con la materia objeto de investigación: las ofertas de empleo público entre 2016 y 2023, las directrices para la tramitación con medios electrónicos de los procesos selectivos en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid y de sus organismos autónomos, las memorias anuales del Sistema de Sugerencias y Reclamaciones del Ayuntamiento de Madrid y otros documentos, como los decretos aprobados por el Área de Gobierno de Hacienda y Personal indicados más adelante. Además, se consideró necesario entrevistar a los responsables directos de determinados servicios responsables de la implantación del proceso selectivo con medios electrónicos, como el jefe del Departamento de Gestión de Bases de Convocatorias y Evaluación, la consejera técnica adjunta a la Subdirección General de Selección o la subdirectora general de la Escuela de Madrid Talento. Estas entrevistas, en formato no estructurado, sirvieron para ampliar información no recogida en el estudio documental anterior, resolver dudas y recabar datos complementarios de algunas de las medidas.

Además, dentro del método para el estudio del caso se ha incluido una técnica cuantitativa consistente en una encuesta con diez preguntas (ver anexo 1) remitida a setenta personas que han aplicado las directrices para la tramitación con medios electrónicos de los procesos selectivos en el Ayuntamiento de Madrid en calidad de secretarios de los órganos de selección. El haber centrado la encuesta en la posición de secretario ha sido por considerar que son los que tienen una implicación más directa en el proceso y pueden ofrecer una visión más completa del mismo. La encuesta se realizó entre el 24 y 26 de octubre de 2024, y de las setenta personas a las que se les ha enviado han contestado un total de cuarenta y uno; el hecho de que más de un 50% de encuestados hayan respondido permite obtener una fotografía próxima a la realidad que favorece llegar a algunas conclusiones, aun asumiendo que carecer del tamaño muestral suficiente de la entidad es una limitación de los resultados de este estudio que ha de ser tomada en cuenta.

### 3. ANÁLISIS DEL CASO. LA IMPLANTACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO PARA LA SELECCIÓN EN EL AYUNTAMIENTO DE MADRID (2020-2024)

#### 3.1. Diagnóstico de partida. Las razones para actuar sobre los procesos selectivos municipales mediante medios electrónicos

##### 3.1.1. Ausencia de planificación, acumulación en las ofertas de empleo público y lentitud de procesos selectivos

El estudio de las diferentes ofertas de empleo público (en adelante, OEP) muestra cómo los procesos selectivos se convocaban de manera tardía con la intención de acumular las plazas incluidas en distintas ofertas. Así, por ejemplo, la convocatoria de 2019 incluía las plazas de la misma categoría incluidas en las OEP de 2016, 2017 y 2018, pues, con carácter general, la OEP se venía aprobando en el mes diciembre del año correspondiente.

La necesidad de acumular plazas derivaba del hecho de que las OEP contenían plazas de un elevado número de categorías, pero en número muy reducido. Aunque esta tendencia se fue reduciendo, se mantuvo visible en las OEP del periodo 2019-2022, como muestra la tabla 1.

**TABLA 1. ANÁLISIS DE LA OFERTA PÚBLICA DE EMPLEO DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID**

Oferta de Empleo Público	Año			
	2019	2020	2021	2022
Hasta 10	37	41	47	47
Hasta 20	13	6	8	11
Hasta 30	8	4	4	4
Hasta 40	1	3	2	2
Hasta 50	3	2	1	3
Hasta 60	0	0	1	0
Hasta 70	0	1	0	1
Hasta 80	0	0	0	0

*Fuente:* elaboración propia.

Del presente cuadro se deduce una media de 43 procesos por OEP con menos de diez plazas, situación que dificulta la agilidad de los procesos de selección y agudiza la necesidad de acumular plazas de distintas OEP en una única convocatoria.

Esta situación se produce por una ausencia de planificación o, más bien, por la imposibilidad de aplicar los principios de planificación y racionalización de los recursos humanos porque la OEP ya venía comprometida de antemano por la cobertura de los puestos con personal interino o laboral temporal, lo cual implicaba que ese nombramiento se vinculaba a la OEP de ese ejercicio o del siguiente por imperativo legal, dejando realmente muy pocas plazas para la planificación y generando una OEP con muchas categorías, fruto de nombramientos realizados por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, desde una visión individualista.

Otra de las circunstancias que marcan el diagnóstico de partida es el excesivo tiempo transcurrido entre el momento en que una plaza se quedaba vacante y se decidía la necesidad de su cobertura (y, en consecuencia, su inclusión en una OEP), hasta que dicha plaza se cubría con carácter definitivo con un funcionario de carrera o un laboral fijo.

La lentitud incide a su vez en la planificación: la solicitud de interinidad para cubrir el puesto provoca que las OEP no se puedan planificar y haya muchas categorías con pocas plazas, lo que motiva que los procesos selectivos sean más lentos aún al tener que convocar simultáneamente muchas convocatorias.

### **3.1.2. La disrupción de la COVID-19**

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en su disposición adicional tercera establecía la interrupción de los plazos para la tramitación de los procedimientos, incluyendo entre ellos los procedimientos selectivos, si bien, el art. 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, entre las medidas que introducía disponía que «con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas.»

A fin de dar cumplimiento a lo anterior, con fecha 1 de junio de 2020 se aprobó el Decreto de la delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal por el que se levanta la suspensión de actuaciones que impliquen concurrencia de candidatos a la realización de pruebas selectivas y se autoriza la reanudación de actividades formativas presenciales, disponiendo que se levantaba la suspensión a la realización de los ejercicios de procesos selectivos programados, así como a las actuaciones que impliquen concurrencia de candidatos a la realización de pruebas, y que se mantiene el desarrollo ordinario de los procesos selectivos en curso. Disponía, asimismo, que volvía a estar plenamente vigente la programación prevista en el Decreto de 21 de mayo de 2020 de la delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal por el que se aprueba la previsión de convocatorias de procesos selectivos para el año 2020.

Esta situación trajo como consecuencia la necesidad de adoptar medidas que permitiesen el normal desarrollo de los procesos selectivos ya convocados en el Ayuntamiento de Madrid, en un escenario de nueva normalidad, y en consecuencia se comenzó la elaboración de las directrices para la tramitación con medios electrónicos de los procesos selectivos en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid y de sus organismos autónomos, que serían finalmente aprobadas por Acuerdo de 18 de marzo de 2021 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, y que son la bases del análisis del presente trabajo.

### **3.2. Análisis de la aplicación de las directrices para la tramitación con medios electrónicos de los procesos selectivos en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid y de sus organismos autónomos**

El estudio de la implementación de las directrices para la tramitación con medios electrónicos de los procesos selectivos en el Ayuntamiento de Madrid y en sus organismos autónomos nos permitirá conocer cómo se ha implantado un procedimiento electrónico de selección de empleados públicos municipales. Se trata de comprobar cuáles son sus efectos sobre la modernización de la selección en el empleo público municipal y extraer conclusiones y aprendizajes que puedan incorporarse a la literatura académica y la práctica profesional.

Las directrices son un instrumento que pretende, ante todo, conseguir dar agilidad a los procesos selectivos, facilitando no solo la labor de los órganos de selección, sino también el resto de actuaciones que completan la selección, y que van desde la presentación de instancias hasta la toma de posesión efectiva; y todo ello respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad contemplados en los arts. 23 y 103 de la Constitución española, así como el resto de principios rectores que contempla el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público en su art. 55.

Respecto de su ámbito de aplicación, las directrices afectan a la totalidad de los procesos selectivos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos, sin perjuicio de las especificidades relativas a los cuerpos de Policía Municipal, del Servicio de Extinción de Incendios y de SAMUR-Protección Civil.

Su aprobación viene precedida en el Ayuntamiento de Madrid por dos normas que son las que permiten su operatividad: el Reglamento de Ordenación del Personal del Ayuntamiento de Madrid, de 22 de diciembre de 2005, que dispone en su art. 23 que todos los órganos, unidades administrativas y el personal al servicio del Ayuntamiento de Madrid y de sus organismos públicos realizarán las peticiones y comunicaciones internas e intercambios de documentación mediante el empleo de los medios electrónicos previstos en el art. 24, quedando suprimido el uso del papel a tales efectos y que dicha obligación también será exigible a los ciudadanos que participen en procedimientos selectivos para el acceso a la condición de empleado público del Ayuntamiento de Madrid. La misma previsión se incluye en el anexo de la Ordenanza de Atención a la Ciudadanía y Administración Electrónica del Ayuntamiento de Madrid, de 26 de febrero de 2019. En este

marco, y en el más general de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es donde las directrices justifican su capacidad de obligar.

Asimismo, sirve también de referencia lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Actuación y Funcionamiento del Sector Público por Medios Electrónicos, que bajo la rúbrica «Obligatoriedad de uso de medios electrónicos en los procesos selectivos para el acceso al empleo público en el ámbito de la Administración General del Estado» disponía que «las personas participantes en procesos selectivos convocados por la Administración General del Estado, sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes a la misma, deberán realizar la presentación de las solicitudes y documentación y, en su caso, la subsanación y los procedimientos de impugnación de las actuaciones de estos procesos selectivos a través de medios electrónicos», que si bien no obligaba de manera directa a las entidades locales, sí podía constituir un incentivo para que la Administración local actuase a fin de no quedarse rezagada respecto de la Administración estatal.

### **3.2.1. Utilización de medios electrónicos en las fases del proceso selectivo**

Las directrices establecen la utilización generalizada de medios electrónicos en todos los procedimientos que forman parte del proceso selectivo municipal. Entre dichos procedimientos se encuentran los procedimientos previos, los que tienen que ver con la gestión de candidatos y los que transcurren como parte del procedimiento selectivo propiamente dicho.

Entre los procedimientos previos se encuentran el de elaboración de las bases de la convocatoria, produciéndose comunicaciones electrónicas entre órganos, así como entre la Subdirección General de Selección y la parte sindical. Aunque las mesas de negociación de las bases con la parte sindical no se plantearon inicialmente como virtuales, en la postpandemia se impusieron como consecuencia de las medidas de precaución que eran de necesaria adopción en cualquier lugar de concentración de personas. Una vez se llevaron a cabo las primeras sesiones telemáticas de negociación de bases se comprobó que era un sistema más eficaz y ágil que las mesas presenciales; así, la totalidad de las mesas realizadas desde la entrada en vigor de las directrices han sido celebradas telemáticamente, con la única excepción de las dos primeras sesiones de mesa que se celebraron para aprobar las bases generales que regirían los procesos de estabilización, por su singularidad propia.

Las 119 convocatorias publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* desde la entrada en vigor de las directrices se han realizado electrónicamente, así como el nombramiento de los 263 órganos de selección constituidos en dicho periodo (78 turno libre, 48 en promoción interna independiente y 137 en la estabilización según la Ley 20/2021), incluida la solicitud y remisión de declaraciones responsables que los miembros del tribunal deben presentar. Además, se ha conseguido que tanto la petición y posterior designación por la Junta de Personal, como las actuaciones con el citado observador, lo sean por medios electrónicos.

La relación entre los opositores y el Ayuntamiento de Madrid también es a través de medios electrónicos, tanto en la presentación de instancias de participación en los procesos selectivos como el abono de la tasa. Ambas exigen mecanismos de identificación y firma electrónica. Además, los aspirantes se relacionan con el Ayuntamiento a través del registro electrónico y, por otro lado, se ha residenciado en el espacio *oposiciones* de la web municipal, un formulario web a través del cual solamente se pueden plantear dudas relacionadas con procesos selectivos ya en curso del Ayuntamiento de Madrid y en relación con su tramitación. A través del buzón de correo electrónico se canaliza una información oficial y ágil no supeditada a requisitos procedimentales. A partir de la entrada en vigor de las directrices empieza a funcionar con sistema «remite» asociado al formulario web; es decir, solo reciben consultas formuladas a través de dicho formulario. En el periodo estudiado –desde la puesta en marcha de las directrices en 2021 hasta octubre del 2024– se han realizado 9503 respuestas: 1700 en 2021, 3600 en 2022, 2674 en 2023 y 1529 en 2024.

Aparte de estas consultas, se reciben consultas diarias a través del buzón de la Subdirección General de Selección, que se derivan a los negociados correspondientes y otras que llegan directamente a las distintas cuentas de los negociados.

Como consecuencia del número de consultas planteadas, se decidió asimismo incluir en espacio de «Preguntas frecuentes y dudas», en las que respondemos a las dudas más comunes a las que se enfrenta el opositor. Dicho banco de preguntas se va actualizando periódicamente.

Para facilitar este proceso, en el espacio oposiciones de la página web municipal se incorporan los enlaces necesarios para obtener los certificados electrónicos para presentar la instancia en caso de el aspirante no disponga de él. Además, se ha incluido en la web un espacio de preguntas frecuentes y un formulario

electrónico para la resolución de incidencias informáticas producidas en la tramitación de la solicitud de admisión en procesos selectivos.

La totalidad de las notificaciones se tramitan por vía electrónica. También existe información sobre las notificaciones electrónicas que como participantes en el proceso selectivo están obligados a recibir. Para recibir las notificaciones electrónicas, el Ayuntamiento dispone de la carpeta ciudadana, que permite el acceso a múltiples gestiones y trámites. A este respecto, no existe singularidad respecto de los procesos selectivos, más allá de la obligación de relacionarse electrónicamente de todos los opositores. Los miembros de los órganos de selección disponen de la posibilidad de identificarse y firmar electrónicamente, así como de un correo corporativo, que es usado para las comunicaciones entre los miembros del órgano de selección, o entre estos y la Subdirección General de Selección.

Se ha organizado e impartido como formación obligatoria virtual el curso OB-05-2979-V-24 Miembros de Tribunales de Selección, cuyos destinatarios son personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos que deba formar parte en procesos de selección, y su contenido consiste en la explicación de la normativa en materia de selección, especialmente la instrucción de funcionamiento de tribunales, reglas de actuación, procedimiento de elaboración de exámenes, etc. El curso consta de dos ediciones de cinco horas cada una y cuarenta alumnos por edición.

En cuanto a la realización de pruebas con medios electrónicos recogida en las directrices se trata de una posibilidad que se encuentra menos desarrollada. No obstante, sí que se ha implementado la convocatoria y celebración de sesiones telemáticas, adoptar acuerdos y remitir actas y documentos a distancia recogida en el art. 19 de las directrices. Esta posibilidad ha generado un beneficio doble; por un lado, permite que el proceso se desarrolle de manera más ágil y, de otro, consigue facilitar la captación de miembros para ser órganos de selección, y esto último por dos razones fundamentales: la primera porque el propio interesado sabe que evitar el desplazamiento hasta el lugar de celebración de la sesión en una ciudad como Madrid supone un importante ahorro de tiempo y, de otro, porque superior jerárquico sabe que una sesión del órgano de selección ya no implica dedicarle toda una mañana. Las sesiones telemáticas han puesto de manifiesto otra ventaja fundamental: no depender de espacios físicos para la celebración de las sesiones.

Las directrices establecen la obligación de los aspirantes de presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos a través de medios electrónicos y, asimismo, por el mismo medio deben presentar su solicitud de adjudicación de destinos. De este modo se evita todo desplazamiento a las dependencias municipales y se consigue de nuevo el «papel cero».

Pero lo más relevante es el procedimiento específicamente diseñado para desarrollar el art. 27, referido a la toma de posesión. El primer paso consiste en un correo electrónico en el que desde la Subdirección General de Selección se comunica a la Secretaría General Técnica o servicio u organismo autónomo de destino que se va a producir la incorporación efectiva del empleado público. En dicho correo se le anticipa la fecha publicación en el BOAM de la Resolución del director general de Planificación de Recursos Humanos por la que se dispondrá el nombramiento como funcionarios de carrera de los aspirantes que han superado el proceso selectivo de que se trate y, asimismo, se les comunica que el plazo de la toma de posesión será de un mes comenzando a partir del día siguiente al de la publicación.

Acto seguido, se le indica que de conformidad con el art. 27 de las directrices, para realizar la toma de posesión efectiva deberán llevarse a cabo los siguientes trámites: el aspirante firma electrónicamente la diligencia del acto de acatamiento y toma de posesión, remitiéndola acto seguido por correo electrónico a la Subdirección General de Selección. Una vez que el aspirante haya firmado y remitido la misma, se personará en los servicios correspondientes, debiendo acudir provisto de DNI o pasaporte; en ese momento, deberá acreditar que la diligencia de acto de acatamiento a la Constitución y toma de posesión ha sido firmada electrónicamente y remitida al correo electrónico indicado en el párrafo anterior en la misma fecha de la personación. Comprobado el cumplimiento de los extremos anteriores se deberá comunicar a la dirección de correo [docnombramientos@madrid.es](mailto:docnombramientos@madrid.es) que se ha procedido a la efectiva incorporación del aspirante en el mismo día en que conste la firma electrónica de la citada diligencia. Si el aspirante en el momento de personarse no exhibe o aporta la diligencia firmada en el mismo día y su remisión al citado correo electrónico, no se producirá la toma de posesión en dicho momento. En este caso, los correspondientes servicios deberán emplazar al aspirante a que firme electrónicamente y remita la diligencia en ese mismo momento o a que los firme electrónicamente y los remita en otro momento posterior, incorporándose en la fecha que los firme, momento en el cual se producirá la toma de posesión efectiva. La efectividad de la toma de posesión estará condicionada a que la firma electrónica de la diligencia y la personación del aspirante en los servicios correspondientes se produzca en el mismo día. Asimismo, en el supuesto de que el puesto en que tome posesión

el funcionario de carrera se encontrara ocupado temporalmente por personal laboral temporal o funcionario interino, se le indica que deberá comunicarlo a los correos electrónicos de los órganos competentes para que procedan a la tramitación del cese. De este modo, se evita que el aspirante deba desplazarse a las dependencias de la Subdirección General de Selección y a continuación incorporarse a su destino, lo cual en una ciudad como Madrid puede suponer un importante ahorro de tiempo. Asimismo, se consigue el «papel cero» en todo el proceso de la toma de posesión.

### 3.2.2. Valoración de los medios electrónicos utilizados

La existencia de un marco jurídico habilitante previo es condición necesaria pero no suficiente si luego se carecen de los medios técnicos necesarios para poder implementarla, ya sea por parte del administrado o de la Administración. Como indica la exposición de motivos del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Actuación y Funcionamiento del Sector Público por Medios Electrónicos, se debe tender en todo caso a la satisfacción del interesado, y dado que el procedimiento electrónico no es un fin en sí mismo, sino un medio, es fundamental garantizar adecuadamente sus derechos y facilitar el cumplimiento de sus obligaciones en su relación con las Administraciones públicas. «Por ello, es prioritario disponer de servicios digitales fácilmente utilizables y accesibles, de modo que se pueda conseguir que la relación del interesado con la Administración a través del canal electrónico sea fácil, intuitiva, efectiva, eficiente y no discriminatoria» establece el citado reglamento.

La aplicación de las directrices, en su dimensión *ad extra*, implica la necesidad del correcto funcionamiento de sistemas tecnológicos que permitan participar en procesos selectivos, de modo que los opositores puedan cumplimentar su instancia y proceder al abono de las tasas por medio electrónicos. En este aspecto, se ha ido produciendo una mejora paulatina, siendo ciertamente complicada la situación en los primeros años, tanto por el hecho utilizar un aplicativo novedoso como por la falta de experiencia de los opositores al presentar la solicitud y realizar el pago.

Esta evolución queda reflejada en los datos obrantes en el sistema de sugerencias y reclamaciones del Ayuntamiento de Madrid (SYR). En el año 2020, del total de SYR presentadas en materia de selección (144), las mismas se refieren principalmente (en un 68 %) al tratamiento deficiente de la página web del Ayuntamiento para la presentación de solicitudes de participación en procesos selectivos tramitadas *online*, a problemas con la pasarela de pagos de los procesos selectivos y a la tramitación de procesos selectivos de personal de nuevo ingreso. En el año 2021, el número desciende considerablemente y de un total presentadas de 60 SYR en materia de selección, la mayoría (84 %) corresponden a temas relacionados con los procesos selectivos, centradas principalmente (en un 42 %) en incidencias producidas en la realización del trámite electrónico para la presentación de solicitudes de participación, así como a problemas con la pasarela de pago de la tasa por derechos de examen. No solo se reduce el número considerablemente, pasando de casi 100 en 2020 a 21 en 2021, sino que, además, hay que tener en cuenta en el año 2021 se presentaron un total de 43 565 instancias de participación en procesos selectivos, por lo que el número de incidencias pasa a ser muy bajo. La tendencia se confirma en los años 2022 y 2023, donde el número de SYR relacionadas con problemas en la presentación de instancias de participación en procesos selectivos y pago *online*, es de cero.

En su dimensión *ad intra*, los responsables de tramitar los procesos selectivos y los miembros de los órganos de selección disponen de medios electrónicos y los usan. Todos los empleados municipales tienen acceso a la firma electrónica y el proyecto *easydro* ha conseguido con éxito, transformar el entorno digital del personal municipal para hacer su trabajo más ágil, eficiente y, sobre todo, permite trabajar en remoto. La encuesta revela que el 100 % de los que han respondido han manifestado afirmativamente que disponen de la posibilidad de identificación y firma electrónica y tienen asignada una cuenta personal de correo corporativo. Ante la pregunta de si se han comunicado con el resto de los miembros por correo electrónico, las respuestas afirmativas («siempre») representan un 66 %, mientras que solo un 34 % han contestado «a veces», probablemente por considerar que además de correo electrónico se han comunicado por otras herramientas de comunicación electrónica (Teams). Parecidos resultados se obtienen respecto a la celebración telemática de las convocatorias y sesiones de los órganos de selección, el 63,4 % ha respondido «siempre» y el 36,6 % «a veces». Por último, en la mayor parte de los casos se constata que la comunicación para recibir o enviar propuestas de preguntas y supuestos de examen ha sido electrónica: un 63,4 % ha respondido «siempre», el 19,5 % «nunca» y el 17,1 % «a veces».

Los resultados de la encuesta muestran que los instrumentos antes referidos son «adecuados» para un 92,6 % y «regulares» para el resto, un 7,3 %. Además, preguntados si necesitasen otros medios técnicos

más avanzados de los puestos a disposición solo un 12,1% respondió afirmativamente, señalando que el camino de tecnologías más disruptivas, como la inteligencia artificial.

**TABLA 2. LA IMPORTANCIA DE LA CALIDAD DE LOS MEDIOS TÉCNICOS PARA UNA CORRECTA IMPLANTACIÓN DEL PROCESO SELECTIVO ELECTRÓNICO**

Pregunta	Posible respuesta	Resultado
¿Qué opinión te merecen los medios técnicos para los procesos selectivos que el Ayuntamiento de Madrid pone a tu disposición?	Buena	38 (92,6%)
	Regular	3 (7,4%)
	Mala	0 (0,0%)
¿Consideras que necesitarías otros medios técnicos para tu trabajo como miembro de órganos de selección, además de los que ya dispones? En caso afirmativo, indícanos los que consideres.	Sí	5 (12,1%)
	No	36 (81,9%)
¿Dispones de la posibilidad de identificación y firma electrónica y tienes asignada una cuenta personal de correo corporativo?	Sí	41 (100,0%)
	No	0 (0,0%)
Cuando has participado como miembro de órganos de selección, ¿te has comunicado con el resto de los miembros por correo electrónico?	Siempre	27 (66,0%)
	A veces	14 (14,0%)
	Nunca	0 (0,0%)
Cuando has participado como miembro de un órgano de selección, ¿se han convocado y celebrado las sesiones de forma telemática?	Siempre	26 (63,4%)
	A veces	15 (16,6%)
	Nunca	0 (0,0%)
¿Has enviado/recibido propuestas de preguntas o supuestos de examen, por vía telemática?	Siempre	26 (63,4%)
	A veces	17 (17,1%)
	Nunca	8 (19,5%)

Fuente: elaboración propia. N= 41.

### 3.2.3. Incentivos para el uso de medios electrónicos

Otra de las cuestiones clave para abordar la implantación de un procedimiento de selección electrónico ha sido el liderazgo y la capacitación. La Dirección General de Planificación de Recursos Humanos ha desarrollado actividades de comunicación a todo el personal implicado para dar a conocer la existencia de las directrices, su contenido y la necesidad de aplicar las posibilidades que brindan con sus evidentes beneficios. Esto ha hecho que la mayor parte de quienes habían de aplicarlas las conocieran, un total de 38 personas sobre 41.

La Escuela Madrid Talento ha realizado una formación para la transformación digital alineada con la Estrategia de Transformación Digital del Ayuntamiento de Madrid<sup>2</sup> destinada a la capacitación digital de los empleados. Se ha ofertado una formación integral con un programa específico dentro del plan de formación, el 7, de competencias digitales. En datos cerrados de 2023, asistieron 8030 alumnos y de ellos 6826 obtuvieron alguna certificación en formación de competencias digitales. Se ha potenciado la Escuela Virtual del Ayuntamiento de Madrid para la formación virtual y semipresencial; en datos cerrados de 2023, más de 17 800 alumnos lo han sido en modalidad virtual y semipresencial. Finalmente, se oferta una formación virtual de libre acceso 24/7 para toda la plantilla, que ha supuesto la creación en marzo de 2023 de la Biblioteca

<sup>2</sup> Ayuntamiento de Madrid (2020). Madrid 2020-2023. Estrategia de Transformación de la Gestión de Recursos Humanos. Área de Gobierno de Hacienda y Personal del Ayuntamiento de Madrid. <https://transparencia.madrid.es/FWProjects/transparencia/PlanesYMemorias/Planes/Ficheros/EstrategiaTransformacionRRHH.pdf>

Virtual, y en la actualidad tenemos 75 formaciones de libre acceso. A juicio de los encuestados, esta oferta formativa es suficiente para su labor dentro del proceso selectivo por medios electrónicos: en cuanto a la formación genérica en herramientas digitales, 39 de 41 de ellos lo confirmado que sí; mientras que, al referirse a una formación específica para herramientas digitales necesarias en el proceso selectivo, la respuesta afirmativa ha sido del 100 %.

La formación ha sido también una palanca necesaria para el cambio cultural. Concretamente, el curso especializado para personal en órganos de selección que forma parte del Plan de Formación ha contado con una participación mayoritaria, según los resultados de la encuesta: el 58,5% de los encuestados lo han realizado. De este modo se consigue de una forma más eficaz un cambio en la actitud y actividad de los responsables de la tramitación de los procesos selectivos y de los órganos de selección en aplicación de las directrices, necesario para poder dar pasos más ambiciosos e innovadores que permitan una mayor digitalización.

**TABLA 3. LA IMPORTANCIA DE LA CAPACITACIÓN PARA UNA CORRECTA IMPLANTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO DE SELECCIÓN**

Pregunta	Posible respuesta	Resultado
¿Conoces el Acuerdo de 18 de marzo de 2021 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por el que se aprueban las directrices para la tramitación con medios electrónicos de los procesos selectivos en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid y de sus organismos autónomos?	Sí	38 (92,6 %)
	No	3 (7,4 %)
¿Consideras que estás bien formado en el uso de estos medios técnicos?	Sí	39 (95,1 %)
	No	2 (4,9 %)
¿Consideras que tienes una formación adecuada para el manejo de las herramientas necesarias para participar como miembro de órganos de selección en procesos que se tramitan con medios electrónicos (Teams, firma electrónica...)?	Sí	41 (100,0 %)
	No	0 (0,0 %)
¿Has realizado el curso de órganos de selección que se imparte a través del Plan de Formación?	Sí	24 (58,5 %)
	No	17 (41,5 %)

Fuente: elaboración propia. N= 41.

## CONCLUSIONES

En este trabajo hemos abordado la modernización en los procesos selectivos de empleados públicos. Uno de los factores clave para dicha modernización es el uso de medios electrónicos que lleven a construir un auténtico proceso selectivo electrónico. Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, hacia una verdadera transformación de la selección como parte fundamental de la reforma de la función pública.

El estudio aborda la primera fase de este proceso de transformación, como es la aplicación de herramientas digitales para hacerlo más ágil y eficiente. Es este el objeto de estudio que se ha elegido, ya que aunque se constata en él una limitación –en cuanto que no entra en profundidad en cuestiones esenciales en la reforma del proceso selectivo, como la renovación de los tipos de pruebas, la posible reformulación de los órganos de selección o incluso la supresión de determinados procedimientos burocráticos asociados–, sí que resulta de interés su estudio por cuanto la agilización y eficiencia procesal constituye uno de los factores de calidad en la ejecución del proceso y en la adecuada mejora del rendimiento de las burocracias públicas.

Las pretensiones que nos hemos planteado para este estudio son más modestas: qué es necesario para avanzar hacia un nuevo modelo de proceso selectivo digital y cómo sentar las bases para hacer viable una digitalización más transformadora con tecnologías más avanzadas. Para ello hemos estudiado la mejora del proceso selectivo en el Ayuntamiento de Madrid entre 2019 y 2024 mediante la aplicación de las directrices para para la tramitación con medios electrónicos en los procesos selectivos.

Este estudio nos ha permitido recabar algunos aprendizajes. En primer lugar, que la mera publicación de una norma, independientemente del rango jurídico que adquiriera, no es suficiente para producir un cambio en el proceso y sus procedimientos asociados. Se requiere la existencia de medios técnicos, pero además estos han de dotarse de la madurez y la calidad necesaria. Solo así se establecerá la confianza necesaria para que los usuarios los utilicen con el convencimiento que requiere un cambio de esta magnitud.

En segundo lugar, que hay factores de contexto que favorecen el cambio y la pandemia ha sido uno de ellos. Es difícil imaginar que la amplia utilización de medios electrónicos en el proceso selectivo, incluso en el ámbito de los órganos de selección, hubiera sido posible sin un factor catalizador de esta naturaleza.

En tercer lugar, hay factores intangibles, como el liderazgo y la capacitación, que son precisos para acompañar este tipo de experiencias. Invertir en ellos garantizan el éxito; ignorarlos hará que los puntos de bloqueo y las resistencias internas tan características de las organizaciones burocráticas se vuelvan insalvables.

Por último, hemos comprobado cómo la aplicación básica de tecnología sobre un procedimiento que no cambia en lo esencial quizá no represente un cambio abrumador ni dé pie a un caso de relumbrón, pero sí permite mejoras en lo que se venía haciendo, con mayor agilidad y eficiencia, o con más seguridad, en el sentido que todos los documentos electrónicos que ahora conforman el expediente no pueden ser modificados, ni mucho menos sustituidos. Futuras líneas de investigación pueden analizar el impacto de las tecnologías emergentes y su relación con cambios estructurales en el proceso tal y como hemos desarrollado en el marco teórico del trabajo; es decir, si la gestión de datos, los modelos predictivos o generativos de IA pueden mejorar cuantitativamente y cualitativamente no solo el desarrollo burocrático del proceso (por ejemplo, cómo impactaría la IA a los órganos de selección), sino en su verdadera esencia, es decir, mejorar en el objetivo de que la Administración sea capaz de incorporar un talento de más calidad y adaptado a sus necesidades.

## ANEXO 1

1. ¿Conoces el Acuerdo de 18 de marzo de 2021 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por el que se aprueban las directrices para la tramitación con medios electrónicos de los procesos selectivos en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid y de sus organismos autónomos?  
 Sí  
 No
2. ¿Qué opinión te merecen los medios técnicos para los procesos selectivos que el Ayuntamiento de Madrid pone a tu disposición?  
 Buena  
 Regular  
 Mala
3. ¿Consideras que estás bien formado en el uso de estos medios técnicos?  
 Sí  
 No
4. ¿Consideras que necesitarías otros medios técnicos para tu trabajo como miembro de órganos de selección, además de los que ya dispones? En caso afirmativo, indícanos los que consideres.
5. ¿Consideras que tienes una formación adecuada para el manejo de las herramientas necesarias para participar como miembro de órganos de selección en procesos que se tramitan con medios electrónicos (teams, firma electrónica...)?  
 Sí  
 No

6. ¿Dispones de la posibilidad de identificación y firma electrónica y tienes asignada una cuenta personal de correo corporativo?  
 Sí  
 No
7. Cuando has participado como miembro de órganos de selección, ¿te has comunicado con el resto de miembros por correo electrónico?  
 Siempre  
 A veces  
 Nunca
8. ¿Has realizado el curso de órganos de selección que se imparte a través del Plan de Formación?  
 Sí  
 No
9. Cuando has participado como miembro de un órgano de selección, ¿se han convocado y celebrado las sesiones de forma telemática?  
 Siempre  
 A veces  
 Nunca
10. ¿Has enviado/recibido propuestas de preguntas o supuestos de examen, por vía telemática?  
 Siempre  
 A veces  
 Nunca

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almashyakhi, A. M. (2022). An Evidence-Based Review of e-HRM and Its Impact on Strategic Human Resource Management. *Journal of Human Resource and Sustainability Studies*, 10(3), 542-556. <https://doi.org/10.4236/jhrss.2022.103033>
- Arenilla Sáez, M. (2022). *La Administración digital*. INAP.
- Arenilla Sáez, M., Llorente Márquez, J. y Redondo Lebrero, J. C. (2022). Las retribuciones de las Administraciones públicas españolas. Un estudio de su equidad interna. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (18), 137-155. <https://doi.org/10.24965/reala.11120>
- Atrio, J. L. y Piccone, M. S. (2008). De la Administración Pública a la Gerencia Pública. El porqué de la necesidad de gestionar la transición. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (42), 173-210. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357533673006>
- Bauman, Z. (2003). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica de España.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós Ibérica.
- Bondarouk, T., Ruel, H. y van der Heijden, B. (2009). e-HRM effectiveness in a public sector organization: a multi-stakeholder perspective. *The International Journal of Human Resource Management*, 20(3), 578-590. <https://doi.org/10.1080/09585190802707359>
- Cámara Mas, R. (2023). La evaluación del desempeño de los empleados públicos. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (19), 214-233. <https://doi.org/10.24965/reala.11090>
- Coller, X. (2005). *Estudio de casos*. Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Cortés-Abad, Ó. (2020). La Administración tras el coronabreak. Políticas para ¿un nuevo paradigma administrativo? *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (24), 6-23. <https://doi.org/10.24965/gapp.i24.10811>
- Cortés-Abad, Ó. (2023). *La inteligencia artificial en la gestión pública*. La Ley.
- Cortés-Abad, Ó. (2024a). Función pública y algoritmos. Factores de ¿sustitución o convivencia? En M. Castilla Barea y M. D. Cervilla Garzón (dirs.) e I. Hernández Meni y M. Neupavert Alzola (coords.), *El derecho y la justicia ante la inteligencia artificial y otras tecnologías disruptivas* (pp. 299-320). Aranzadi.

- Cortés-Abad, Ó. (2024b). Situación de la dirección pública profesional en España. Análisis comparado en el sector público estatal y autonómico. *Documentación Administrativa*, (12), 8-27. <https://doi.org/10.24965/da.11386>
- Cortés-Abad, Ó. y Catalá Polo, R. (2020a). *Administración 2030. Una visión transformadora*. EsadeGov. <https://www.esade.edu/faculty-research/es/esadegov/media/informe-la-administracion-2030-una-vision-transformadora>
- Cortés-Abad, Ó. y Catalá Polo, R. (2020b). *Talento público para una Administración tras el corona shock*. EsadeGov. <https://www.esade.edu/faculty-research/es/esadegov/publication/talento-publico-para-una-administracion-tras-el-corona-shock>
- Crespo González, J. (2021). ¿Debe la alta función pública parecerse a la sociedad? Algunas enseñanzas de la reforma de la alta función pública en Francia. *Documentación Administrativa*, (8), 9-24. <https://doi.org/10.24965/da.i8.11022>
- Criado Grande, J. I. y Gil-García, J. R. (2017). Las tecnologías de información y comunicación en las administraciones públicas contemporáneas. En J. R. Gil-García, J. I. Criado Grande y J. C. Téllez Mosqueda (eds.), *Tecnologías de información y comunicación en la Administración Pública: conceptos, enfoques, aplicaciones y resultados* (pp. 1-35). Infotec.
- Dahlstrom, C. y Lapuente, V. (2018). *Organizando el Leviatán*. Deusto.
- De Alwis, A. C., Andrljic, B. y Sostar, M. (2022). The Influence of E-HRM on modernizing the role of HRM context. *Economies*, 10(8), 1-13. <https://ideas.repec.org/a/gam/jecomi/v10y2022i8p181-d872938.html>
- Fondevila Antolín, J. (2020). *La gestión de los procedimientos selectivos en un entorno digital* [colección: Análisis y Comentarios, 57]. CEMCI.
- Galindo Caldés, R. (2019). Big data e inteligencia artificial en la gestión de los recursos humanos del sector público. *Revista Catalana de Dret Públic*, (58), 49-63. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3276>
- García-Pelayo, M. (1977). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Editorial.
- Giacomelli Treviño, R. (2009). Las tecnologías de información y su aplicabilidad en el proceso de reclutamiento y selección. *International Journal of Good Conscience*, 4(2), 53-96. <http://hdl.handle.net/20.500.12424/174340>
- Gil-García, J. R., Zhang, J. y Puron-Cid, G. (2016). Conceptualizing smartness in government: An integrative and multi-dimensional view. *Government Information Quarterly*, 33(3), 524-534. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2016.03.002>
- Gorriti Bontigui, M. (2018). Innovar en selección desde la evidencia empírica y las nuevas competencias. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, (14), 66-85. <https://www.ivap.euskadi.eus/webivap00-a5app2/es/t59auUdaWar/R3/verArticulo?numejem=3&tipo=S&seccion=51&correlativo=1&contenido=3&locale=es>
- Jiménez-Asensio, R. (2019). *Doce tesis y seis hipótesis sobre la selección de empleados públicos y su futuro*. <https://rafaeljimenezasensio.com/wp-content/uploads/2019/04/doce-tesis-y-seis-hipoccc81tesis-sobre-la-seleccioccc81n-de-empleados-pucc81blicos-y-su-futuro-3.pdf>
- Lassalle Ruiz, J. M. (2024). *Civilización artificial*. Ediciones Arpa.
- Longo Martínez, F. (2004). *Mérito y flexibilidad. La gestión de las personas en las organizaciones del sector público*. Editorial Paidós.
- Mapelli Marchena, C. (2018). La visión comparada: nuevos sistemas de selección de la alta función pública en las democracias avanzadas. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, (14), 35-50. <https://www.ivap.euskadi.eus/webivap00-a5app2/es/t59auUdaWar/R3/verArticulo?numejem=3&tipo=S&seccion=51&correlativo=1&contenido=1&locale=es>
- Marler, J. H. y Boudreau, J. W. (2017). An evidence-based review of HR Analytics. *The International Journal of Human Resource Management*, 28(1), 3-26. <https://doi.org/10.1080/09585192.2016.1244699>
- Marler, J. H. y Fisher, S. L. (2013). An evidence-based review of e-HRM and strategic human resource management. *Human Resource Management Review*, 23(1), 18-36. <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2012.06.002>
- Marler, J. H. y Parry, E. (2016). Human resource management, strategic involvement and e-HRM technology. *The International Journal of Human Resource Management*, 27(19), 2233-2253. <https://doi.org/10.1080/09585192.2015.1091980>
- Mergel, I., Edelman, N. y Haug, N. (2019). Defining digital transformation: Results from expert interviews. *Government Information Quarterly*, 36(4). <https://doi.org/10.1016/j.giq.2019.06.002>
- Metcalfe, L. y Richards, S. (1987). *Improving public management*. Sage Publications.
- Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública (2024). *Consenso por una Administración abierta. Proyecto 1: IA generativa y espacios de datos*. INAP. <https://www.inap.es/documents/10136/2342224/GT1-IAGenerativaYEspaciosDeDatos.pdf/5ae519f3-fad5-ac66-ffa7-068b73eec720>
- Misuraca, G., Codagnone, C. y Rossel, P. (2013). From practice to theory and back to practice: Reflexivity in measurement and evaluation for evidence-based policy making in the information society. *Government Information Quarterly*, 30(suplement 1), 568-582. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2012.07.011>
- Mitrofanova, E., Mitrofanova, A. y Margarov, G. (2023). HRM-ecosystem of the organization in the context of global challenges. En *Proceedings of Computer Science and Information Technologies 2023 Conference* (pp. 313-317). Institute for Informatics and Automation Problems. [https://doi.org/10.51408/csit2023\\_75](https://doi.org/10.51408/csit2023_75)
- OCDE (2017). *Skills for a High Performing Civil Service*. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264280724-en>
- Peña-López, I. (2022). De la función pública a la política y servicio públicos. En *XXVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública* [Sucre, Bolivia, 23 de noviembre de 2022]. CLAD.

- Peters, B. G. (1993). *The public service, the changing State and governance*. Canadian Centre for Management Development.
- Pollitt, C. (1990). *Managerialism and the public services: The Anglo-American experience*. Basil Blackwell.
- Pont Vidal, J. (2021). Administración y Estado en el contexto post COVID-19: ¿Hacia un nuevo tipo de vínculo? *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (26), 33-47. <https://doi.org/10.24965/gapp.i26.10798>
- Prats i Catalá, J. (1987). La administración pública entre el sistema de dominación y el sistema de gestión. *Revista Valenciana D'estudis Autonòmics*, (8), 177-210.
- Ramió Matas, C. (2019). *Inteligencia Artificial y Administración pública: robots y humanos compartiendo el servicio público*. Los Libros de la Catarata.
- Ramió Matas, C. y Salvador Serna, M. (2018). *La nueva gestión del empleo público*. Tibidabo Ediciones.
- Rastrollo Suárez, J. J. (2022). La integración del teletrabajo en la organización administrativa. *Revista General de Derecho Administrativo*, (59), 1-44. [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=424636](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=424636)
- Remenyi, D. (2012). *Case Study Research*. Academic Publishing International.
- Ruel, H. J. M., Bondarouk, T. V. y van der Velde, M. (2007). The contribution of e-HRM to HRM effectiveness: Results from a quantitative study in a Dutch Ministry. *Employee Relations*, 29(3), 280-291. <https://doi.org/10.1108/01425450710741757>
- Salvador Serna, M. (2021). Transformación digital y función pública: capacidades institucionales para afrontar nuevos retos. *Documentación Administrativa*, (8), 25-42. <https://doi.org/10.24965/da.i8.11030>
- Soriano Arnanz, A. (2022). El uso de la inteligencia artificial en la selección y gestión del personal de las administraciones públicas. *Documentación Administrativa*, (9), 11-25. <https://doi.org/10.24965/da.11148>
- Strohmeier, S. (2007). Research in e-HRM: Review and implications. *Human Resource Management Review*, 17(1), 19-37. <http://dx.doi.org/10.1016/j.hrmr.2006.11.002>
- Tait, A. y Richardson, K. (2010). *Complexity and knowledge management. Understanding the role of knowledge in the management of social networks*. Information Age Publishing.
- Trujillo Sáez, F. y Álvarez Jiménez, D. (2021). Transformación digital de la administración pública: ¿Qué competencias necesitan los empleados públicos? *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (27), 49-67. <https://doi.org/10.24965/gapp.i27.10923>
- Urbano-Carazo, M. (2022). Factores Determinantes de la Gestión de Conocimiento y su incidencia en el Desempeño Organizacional en entornos BANI: Una revisión teórica. *Revista Científica Anfibios*, 5(1), 11-25. <https://doi.org/10.37979/afb.2022v5n1.99>
- Zhou, Y., Cheng, Y., Zou, Y. y Liu, G. (2022). e-HRM: A meta-analysis of the antecedents, consequences, and cross-national moderators. *Human Resource Management Review*, 32(4). <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2021.100862>

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 23, abril de 2025  
Sección: RECENSIONES  
Recibido: 29-12-2024  
Aceptado: 14-03-2025  
Publicado: 29-04-2025  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11496>  
Páginas: 142-144



Referencia: Acín Biota, J. (2025). Julio José Enríquez Mosquera: La reforma de la Administración local y el futuro de las diputaciones provinciales: de la función de asistencia a la prestación especializada de servicios municipales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 23, 142-144. <https://doi.org/10.24965/reala.11496>

## Julio José Enríquez Mosquera: *La reforma de la Administración local y el futuro de las diputaciones provinciales: de la función de asistencia a la prestación especializada de servicios municipales*

Acín Biota, Javier  
Generalitat de Catalunya (España – Spain)  
ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-7271-7121>  
[javieracin@uoc.edu](mailto:javieracin@uoc.edu)

### NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Barcelona. Licenciado en Derecho por la Universitat Oberta de Catalunya. Inscrito en el ROAC (Registro Oficial de Auditores de Cuentas). Interventor-tesorero de la Administración local con habilitación de carácter nacional, categoría superior. Interventor de la Generalitat de Catalunya. Profesor colaborador en el máster de Fiscalidad de la Universitat Oberta de Catalunya.

### RESUMEN

Reseña del libro de Julio José Enríquez Mosquera, *La reforma de la Administración local y el futuro de las diputaciones provinciales: de la función de asistencia a la prestación especializada de servicios municipales*. *Temas de la Administración Local*, 121, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2024, 196 pp.

### PALABRAS CLAVE

Administración local; Administración pública; derecho administrativo; políticas públicas.

### ABSTRACT

Review of the book by Julio José Enríquez Mosquera, *La reforma de la Administración local y el futuro de las diputaciones provinciales: de la función de asistencia a la prestación especializada de servicios municipales*. *Temas de la Administración Local*, 121, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2024, 196 pp.

### KEYWORDS

Local Governments; Public Administration; administrative law; public policies.

Como sostenía Nieto García (1996, p. 238), la institución pública que probablemente menos ha evolucionado en los dos últimos siglos sea la diputación provincial, «lo que habla mucho en favor de su perfección inicial por lo mismo que explica su actual obsolescencia». Y es que la vigente configuración de los entes provinciales en nuestro ordenamiento jurídico no parece, al decir de muchos, que responda de forma plena y satisfactoria a todos los retos y desafíos de la cada vez más compleja realidad social, política y económica.

Desde la positivización originaria de los entes provinciales en el art. 325 de la Constitución de Cádiz de 1812 («En cada provincia habrá una diputación llamada provincial, para promover su prosperidad [...]»), el papel que desempeñan ha sido –en mayor o menor medida– cuestionado por razones de diversa índole e,

incluso en algún momento, desde determinados sectores se ha abogado por su supresión, como sucedió, por ejemplo, con la grave crisis económico-financiera iniciada en 2007. De la pertinaz crítica que, casi como una sombra, ha venido acompañando a las diputaciones provinciales se hacía eco Martín-Retortillo Baquer (1991, pp. 59-60) cuando indicaba que la existencia de dichas instituciones «ha estado en entredicho desde su nacimiento; dando lugar a un resultado verdaderamente paradójico: su fortalecimiento».

Por todo ello, cualquier aportación de valor al debate es siempre bienvenida. Con mayor motivo si quien la realiza no tan solo es un acreditado profesional en el ámbito del control económico de las entidades locales, sino que también es un gran conocedor de las fortalezas y debilidades que presentan las diputaciones provinciales, como es el caso de Julio José Enríquez Mosquera, funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional, de la subescala de Intervención-Tesorería, en la actualidad el tesorero adjunto de la Diputación Provincial de Málaga. Así pues, no podemos por menos que congratularnos de recibir su última obra: *La reforma de la Administración local y el futuro de las diputaciones provinciales: de la función de asistencia a la prestación especializada de servicios municipales*.

El ensayo aquí reseñado se estructura en ocho capítulos: siete de carácter expositivo y uno de conclusiones. Adicionalmente, el libro se completa con dos capítulos más, destinados a las referencias bibliográficas y al listado de abreviaturas. En mi opinión, dos aspectos de este trabajo merecen ser destacados de forma especial sobre los demás. Primero, el ánimo constructivo que parece inspirar en todo momento las páginas del libro; por ejemplo, cuando se indica alguna posible ineficiencia (o deficiencia de funcionamiento en el sistema) siempre se muestra alguna línea de actuación para afrontar el problema o alguna vía alternativa para reconducir la situación. Segundo, el esfuerzo del autor no solo por abordar cuestiones –en ocasiones– abstrusas o poco pacíficas, sino también por atreverse a realizar una labor prospectiva y ponderar cuál podría ser –a medio y largo plazo– una mejor organización territorial del Estado a nivel local, más idónea y deseable para las necesidades de la sociedad, así como el plus de valor que las diputaciones provinciales podrían aportar a la misma.

El primer capítulo constituye una introducción, en la que el autor formula el planteamiento del problema que se da en una Administración local bifronte, como la española. La existencia de una planta municipal excesivamente fragmentada, con un elevado número de municipios que –por su reducida dimensión– no gozan de una real autonomía financiera que les permita prestar adecuadamente los servicios que les corresponden (el fenómeno del inframunicipalismo), hace que las diputaciones provinciales acaben prestando a dichos municipios una asistencia imprescindible para la vertebración de nuestra Administración local.

En su segundo capítulo, «Contexto: los orígenes y el sistema local actual», se abordan los orígenes de nuestra Administración local, lo que ayuda, por un lado, a entender las razones por las que se estableció la estructura del sistema local vigente a día de hoy y, por otro, a valorar si tales motivos continúan siendo válidos en el presente o sustentan, por el contrario, una estructura disfuncional.

En el tercer capítulo se comentan las soluciones al inframunicipalismo en el derecho comparado. En este sentido, se menciona la *estrategia del Norte* (la fusión de municipios), seguida por diversos países de la Europa continental (entre otros: Alemania, Suecia, Dinamarca y Bélgica) durante la segunda mitad del siglo xx, ya que «con la llegada del estado del bienestar, se embarcaron en una modificación de su planta municipal para incrementar el tamaño de sus municipios y aumentar también su capacidad y autonomía» (p. 70). También la *estrategia del Sur* (la gestión integrada de servicios), que se decanta por mantener la planta municipal existente y suplir sus carencias mediante la asociación de municipios que puedan prestar determinados servicios supramunicipalmente. Esta última estrategia es la que históricamente se ha venido siguiendo en España mediante figuras jurídicas como las mancomunidades, las comarcas, las áreas metropolitanas y los consorcios.

El cuarto capítulo se detiene en la estrategia seguida por España y en el impacto que en los últimos años ha tenido sobre la misma el intento de impulsar un cambio de paradigma mediante la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Por su parte, el interés del quinto capítulo estriba en la explicación de las particularidades que ofrecen tres sistemas de estructura local para la prestación de servicios municipales en el derecho comparado, a saber: los *Kreise* alemanes, las provincias italianas y las autoridades unitarias junto con los *county councils* en Gran Bretaña.

El sexto capítulo ahonda en las tres principales críticas de las que suele ser objeto la institución provincial: 1) el déficit de legitimidad democrática, ya que carece de un sistema de elección directa de sus miembros por parte de los vecinos y, además, se observa una falta de rendición de cuentas por dichos miembros frente a los electores; 2) la falta de competencias visibles, en tanto en cuanto las competencias instrumentales de la diputación son «tan amplias que pecan de indefinición y pueden suponer que cada una de las diputaciones

realice actividades de lo más diverso» (p. 141), y 3) que sea considerada –por algunas corrientes de opinión– como una institución superflua, que únicamente genera un mayor dispendio de los recursos públicos, ya que si –de una vez por todas– se abordara con determinación el problema de la histórica ineficiencia en la planta municipal, la razón de ser de las diputaciones provinciales desaparecería.

El séptimo capítulo, «El futuro de las diputaciones provinciales: el *outsourcing* de servicios municipales», se interroga acerca de cuándo un servicio debe ser prestado por el ayuntamiento y cuándo por la diputación provincial. En este sentido, se apunta que puede resultar útil tener presente la clasificación de los servicios locales que, con motivo de la reforma del gobierno local en el Reino Unido, la Comisión Redcliffe-Maud estableció en 1969. En dicha clasificación se diferencia entre los servicios personales (aquellos que de una forma más directa repercuten en la persona, como sucede con la educación, acción social, cultura, etc.) y los servicios territoriales (aquellos en los que no se da una relación tan directa con la persona y donde la logística tiene mayor protagonismo, como sucede con la gestión urbanística, transporte, abastecimiento y depuración de agua, recogida y tratamiento de residuos, etc.). Apoyándose en la clasificación anterior, el autor sostiene que «en servicios de carácter territorial debería tener más protagonismo la entidad provincial, mientras que en los personales debería suceder lo contrario», si bien «las estructuras preexistentes tienen mucho que decir en relación con la viabilidad, eficacia y eficiencia de los servicios dado que muchos pequeños municipios no podrán prestar por sí mismos ninguno de ellos» (p. 149). En este mismo capítulo se explican con detalle algunos servicios prestados exitosamente por las diputaciones provinciales: el servicio de recaudación provincial, el servicio de prevención y extinción de incendios y el servicio de recogida y tratamiento de residuos.

Finalmente, en el capítulo octavo, el autor hace el ejercicio de –a la luz de todo lo tratado a lo largo de las páginas del libro– sintetizar sus conclusiones en nueve puntos. Cabe decir que en este capítulo el autor no esquiva las cuestiones que suscitan más controversia ni tampoco rehúye compartir su criterio. Por otro lado, en alguna de las conclusiones no duda en manifestar la necesidad de acometer algún cambio o reforma de calado, como por ejemplo en los siguientes casos: cuando manifiesta que, de acuerdo con la lógica económica, sería conveniente llevar a término un proceso de fusión de municipios –análogo al realizado por otros países europeos en el siglo xx– hasta alcanzar «un tamaño poblacional y territorial que garantice la capacidad económica y de gestión necesaria para la adecuada prestación de servicios a los vecinos» (en la conclusión número 1, p. 176); o cuando afirma que es necesario encarar «una reforma de la institución provincial que las acerque a los ciudadanos y defina de forma más nítida sus competencias, tal y como sucede en instituciones similares de derecho comparado (...). Estas reformas entendemos que redundarían en una mayor eficacia y eficiencia de la institución provincial» (en la conclusión número 5, p. 178).

En suma, como puede apreciarse, Julio José Enríquez Mosquera nos ofrece un trabajo lúcido y riguroso, a la par que nos proporciona abundante *food for thought* sobre el presente y futuro de las diputaciones provinciales. Sin duda, esta obra –desde su aparición– no solo ha pasado a ser un documento de referencia entre los estudiosos e investigadores en la materia, sino que creemos que algunas de sus propuestas y enfoques podrían servir como fuente de inspiración para los profesionales de las políticas públicas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Enríquez Mosquera, J. J. (2024). *La reforma de la Administración local y el futuro de las diputaciones provinciales: de la función de asistencia a la prestación especializada de servicios municipales* [Temas de la Administración Local, 121]. Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1991). *La provincia: pasado, presente y futuro*. Civitas.
- Nieto García, A. (1996). *Los primeros pasos del Estado constitucional: historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*. Ariel.

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 23, abril de 2025  
Sección: RECENSIONES  
Recibido: 30-10-2024  
Aceptado: 10-03-2025  
Publicado: 29-04-2025  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11464>  
Páginas: 145-148



Referencia: Marcos Castro, I. (2025). José Manuel Cantera Cuartango: Régimen jurídico de la contratación de las sociedades públicas urbanísticas locales. De su pasada y vigente regulación a su deseable ordenación en beneficio de la sociedad: una propuesta constructiva. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 23, 145-148. <https://doi.org/10.24965/reala.11464>

## José Manuel Cantera Cuartango: *Régimen jurídico de la contratación de las sociedades públicas urbanísticas locales. De su pasada y vigente regulación a su deseable ordenación en beneficio de la sociedad: una propuesta constructiva*

Marcos Castro, Ignacio  
Universidad de Burgos. Departamento de Derecho Público (España – Spain)  
[ignaciomarcos@aguasdeburgos.com](mailto:ignaciomarcos@aguasdeburgos.com)

### NOTA BIOGRÁFICA

Letrado titular de la Asesoría Jurídica de la Sociedad Pública Municipal de Aguas de Burgos. Profesor asociado de Derecho Administrativo en la Universidad de Burgos. Sus principales líneas de investigación son el derecho administrativo en materia de contratación, función pública, gestión de servicios públicos y organización administrativa y derecho de aguas.

### RESUMEN

Recensión del libro de José Manuel Cantera Cuartango: *Régimen jurídico de la contratación de las sociedades públicas urbanísticas locales. De su pasada y vigente regulación a su deseable ordenación en beneficio de la sociedad: una propuesta constructiva*, Aranzadi, 2023, 406 pp.

### PALABRAS CLAVE

Contratación pública; sociedades urbanísticas locales; empresas públicas; urbanismo.

### ABSTRACT

Review of the book by José Manuel Cantera Cuartango: *Régimen jurídico de la contratación de las sociedades públicas urbanísticas locales. De su pasada y vigente regulación a su deseable ordenación en beneficio de la sociedad: una propuesta constructiva*, Aranzadi, 2023, 406 pp.

### KEYWORDS

Public procurement; local planning societies; public companies; town planning.

La obra del profesor José Manuel Cantera Cuartango, titulada *Régimen jurídico de la contratación de las sociedades públicas urbanísticas locales. De su pasada y vigente regulación a su deseable ordenación en beneficio de la sociedad: una propuesta constructiva*, nos adentra en los mares turbulentos de la contratación administrativa de las sociedades públicas urbanísticas locales, señalando tres puntos de referencia a los que refiere, con claridad y distinción, a lo largo de la obra: a) el ámbito subjetivo (la sociedad municipal, genuina empresa pública que solo puede calificarse como organismo de derecho público); b) el ámbito objetivo (las potestades, competencias y atribuciones propias del urbanismo en la Administración local), y c) el ámbito operacional: la contratación pública.

El autor presenta su estudio con una metodología novedosa, pues al estudio jurídico diacrónico y sincrónico de los anteriores puntos de referencia se une un valiosísimo estudio de campo del sector público local.

La obra aporta sagacidad, perspicacia, frescura y universalidad. Sagacidad en la utilización de las fuentes académicas sin caer en el tedio de la cita gratuita; perspicacia en la obtención, manejo y discernimiento de los datos públicos (Tribunal de Cuentas, Intervención General de la Administración del Estado); frescura en un realismo jurídico que muestra la pasión y lucha por el derecho según lo definió Von Ihering, y, finalmente, universalidad, pues siendo la obra de un jurista, dirigida a otros juristas, despierta el interés no solo de los académicos, sino también de politólogos, sociólogos, economistas y de aquellos juristas que bien en el ejercicio de la jurisdicción, bien siendo servidores públicos (funcionarios locales con habilitación nacional, técnico de Administración general local, empleados del sector público local), están llamados a su aplicación, constituyendo por todo ello la presente obra una doctrina cierta y segura del mejor derecho posible en términos de transparencia y buena Administración.

La obra se articula en cuatro capítulos. Así pues, en el capítulo I comienza a señalar la verdad que, por evidente, es eludida: la sociedad municipal es una empresa pública, no una sociedad de capital, por imperio del derecho europeo; naturaleza que viene además refrendada por el hecho de que no existe sociedad urbanística local sin que a la misma y debidamente moduladas se la confieran –como forma de gestión directa de los servicios públicos– las potestades y atribuciones propias de aquella. En la segunda parte del precitado capítulo I se constata que desde 1953 (Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales) hasta la ley de contratos de 2007, «ni la normativa urbanística autonómica ni la legislación básica estatal, es decir, ni el legislador autonómico ni el legislador estatal tienen interés en que las sociedades públicas urbanísticas locales estén sometidas al régimen de contratación administrativa». Lo que muestra una vez más el culmen, a la par que agotamiento, de la tan denostada «huida del derecho administrativo».

En el capítulo II el autor procede a realizar un doble análisis de la normativa tanto urbanística (estatal y autonómica) como contractual (la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), discerniendo las mismas desde la óptica del derecho europeo. La implantación paulatina de instituciones de cuño europeo como «organismo de derecho público», «poder adjudicador» o «contratos armonizados» se han visto confrontada con una arquitectura legal emanada del legislador estatal donde los distintos entes del sector público se benefician, por dilución o degradación, de la normativa en materia de contratación estableciendo un régimen jurídico dispar y, progresivamente, centrifugo en relación con los principios y garantías en materia de contratación pública, culminándose en las denominadas *instrucciones internas de contratación*, verdadero ingenio o artificio de elusión, nunca de desarrollo, de la normativa contractual.

Esta pugna, evidente en la Ley 30/2007, y aún a pesar de la *persuasión* de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de las directivas de tercera y cuarta generación, en la vigente Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público persiste al establecerse un sistema contractual fundado en la artificial declinación de la condición de poder adjudicador que difumina, aun cuando formalmente pretende ser coherente con el derecho europeo, el régimen de contratación pública por este previsto. De hecho, el autor señala, que la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra, es el texto normativo que mejor ha transpuesto y aplicado las instituciones comunitarias al establecer un régimen común, un genuino derecho estatutario, para todo poder adjudicador en todo el sector público, lo que, indudablemente, contribuye a la eficiencia y transparencia en la actividad contractual de las sociedades urbanísticas locales.

En el capítulo III el autor realiza un valiosísimo e irrefutable estudio de campo sobre las sociedades públicas locales, singularmente urbanísticas. Así pues, procede a señalar, en un magistral uso de los datos públicos, el panorama diacrónico de la creación de sociedades públicas en el ámbito local, diferenciando entre diputaciones y municipios (en régimen común y de gran población), destacando en relación con estos últimos el muestreo singularmente intenso bajo un criterio de «zonificación» de todos aquellos municipios insertos en áreas territoriales con gran actividad inmobiliaria.

Su estudio identifica a nivel nacional la existencia de 510 sociedades urbanísticas locales (8 en el ámbito de la Comunidad Foral Navarra y 502 en el resto del territorio nacional), y pone en conexión las fechas de creación con los distintos períodos de la legislación contractual señalados en los capítulos precedentes. Las consecuencias son evidentes: existe una relación directa entre la creación de las sociedades urbanísticas municipales y la desregulación o huida del derecho contractual público, siendo singularmente relevante que en el período de 1995 a 2000, donde teóricamente eran de aplicación los «principios de publicidad y concurrencia», esta voluntad elusiva llega a su cénit al ser el periodo donde se constituyen el 41 % de las sociedades urbanísticas locales en cómputos globales. Resulta claramente sintomático que desde la irrupción de los principios e instituciones propias del derecho europeo en el ámbito de la contratación (Ley de Contratos 2007 a la actualidad) se haya seguido el camino inverso, con un 13%, del cual solamente un

1% (es decir, una sociedad) ha nacido con la actual regulación contractual de 2017. La consecuencia es evidente: la irrupción del derecho europeo como un derecho estatutario único y propio de la contratación del sector público ha supuesto un freno efectivo a la huida del derecho administrativo y un punto de anclaje más en la *republicación* del sector público local. En el caso navarro, el resultado es incontestable: al retornar al derecho administrativo con la vigente ley foral de contratación, no se crea ninguna sociedad.

En el capítulo IV, el autor hace lo que podemos denominar un análisis sincrónico desde la vigente Ley de Contratos del Sector Público de 2017, y comparativo de la contratación y sus procedimientos entre las Administraciones locales matrices y las sociedades urbanísticas locales. En la senda de lo expresado en los anteriores capítulos, y citando a José Ortega y Gasset cuando afirmaba que «España es el problema, Europa la solución», en materia de contratación, y singularmente referido a las sociedades urbanísticas locales, tal aserto no solamente es un hecho, sino la genuina y pura verdad. El influjo de las instituciones del derecho europeo en materia de contratación, como ha venido señalando el autor, ha tenido una dispar recepción, pues salvando el caso navarro, la legislación aplicable en el resto del territorio nacional hace gala de nuestra mejor tradición jurídica, ya reconocida en las Cortes Castellanas: «Obedézcase, pero no se cumpla». Solamente así puede entenderse la existencia de un régimen jurídico que en el ámbito local puede describirse como dual, ambiguo, huidizo y alejado de todo principio de transparencia y buen gobierno.

En definitiva, coincidimos con el autor a lo largo del desarrollo de este capítulo en que las sociedades urbanísticas municipales, singularmente en el ámbito de la contratación, no han de tener un régimen jurídico diferenciado de su Administración matriz. Primeramente, porque la calificación de los contratos en las sociedades urbanísticas Locales ha de ser «administrativa», no «privada», puesto que la aplicación sistemática del ordenamiento jurídico conlleva a que, salvo excepciones, la práctica totalidad de la contratación se encuentra intrínsecamente causalizada con el ejercicio de servicios, potestades y/o funciones públicas y, por tanto, el contrato se refute como administrativo conforme a reiterada doctrina legal, tanto de la Sala Primera como de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En segundo lugar, porque el control de la fase de preparación y adjudicación para todo contrato del sector público ha sido remitido al orden jurisdiccional contencioso-administrativo (a diferencia de la ley de contratos de 2007, donde para los contratos privados tal función se reservaba al orden jurisdiccional civil). En tercer lugar, por la feliz derogación para los poderes adjudicadores que no son Administración pública del artificio jurídico: «Instrucciones internas de contratación», nacidas con la ley de contratos de 2007 y perpetuadas en el texto refundido de 2011. Empero la voluntad del legislador estatal de mantenerlos para aquellos entes del sector público que carecen de la categoría de poder adjudicador, muestra una contumacia en un vehículo jurídico que ha mostrado, con creces, su inhabilidad para garantizar los principios básicos de contratación pública.

Seguidamente, el autor efectúa un análisis, por comparación, del proceso contractual, en sus diferentes piezas o secciones, que se sigue por la Administración matriz frente al que (por inercia) es seguido por las sociedades urbanísticas locales. En definitiva, nos muestra la comparación, fundamentada en la ley, la inercia de los (malos) usos dentro del sector público empresarial local. Sobre la arquitectura del contrato privado y la teoría de los actos separables, el legislador, a nuestro entender y con calculada ambigüedad, ha establecido un régimen distante y distinto en el ámbito de la contratación para las sociedades urbanísticas locales frente al que posee la Administración matriz, singularmente en los contratos no armonizados, que en la práctica suponen el mayor volumen en la actividad contractual.

La línea maestra de la legislación urbanística y contractual es clara, pues lleva al oscurecimiento del derecho de contratación como genuino derecho estatutario para todo el sector público con base en las siguientes razones. Primeramente, el calculado silencio en torno a la fase de preparación del contrato, de donde se puede colegir, con una interpretación literal de la norma, que no solo no existe expediente de contratación (y con él los documentos preceptivos del mismo y para cada tipología de contrato), sino que tampoco existe una determinación exacta del contenido de los pliegos; en definitiva, una manifiesta ausencia de fiscalización previa. En segundo lugar, una pretendida libertad en la elección de los procedimientos de adjudicación, la dispensa de los requisitos de formalización y, en último término, el evidente régimen dispar en materia de ejecución, cumplimiento y extinción, que dificulta tremendamente garantizar los fines últimos de toda contratación pública, y más en entidades que no dejan de ser puras y simples formas de gestión directa.

Coincidimos en el certero diagnóstico de que la «técnica legislativa estatal» al formularse sobre una calculada ambigüedad bajo las líneas maestras del contrato privado/teoría de los actos separables/libertad de pactos, pretende dar pie a una interpretación de la norma que parezca habilitar a las sociedades urbanísticas locales en una práctica contractual que formalmente respete las directrices del derecho europeo, pero la flexibilización, la arbitrariedad, que no discrecionalidad, fundada en una interpretación literalmente

selectiva, muestra una titánica lucha por el derecho entre los órganos directivos y superiores de las sociedades urbanísticas locales frente a los profesionales del derecho (letrados de la asesoría jurídica, técnicos de contratación, funcionarios locales con habilitación nacional, Abogacía del Estado), donde los primeros por la inercia de unos malos usos buscan la permanente elusión de la legislación contractual con una interpretación selectiva, asistemática y literal de la norma (fundada en un principio de libertad negativa), que magistralmente describe –y no comparte– el autor; los segundos, prácticamente por unanimidad, postulan no la necesidad, sino la obligación de aplicar la legislación de contratos del Sector público de manera integral, directa, íntegra, sistemática y objetiva, como lo que es: derecho estatutario, fundado en el principio de libertad positiva que rige en el sector público.

Aun cuando sea por caminos distintos, y discrepando de algunos de los planteamientos del autor, sobre todo en el ámbito del quehacer jurídico, la tesis central del mismo, advenida por los datos empíricos, es clara: el legislador estatal, a diferencia del legislador navarro, ha optado por una calculada ambigüedad, descafeinando la decisiva influencia del derecho europeo en materia de contratación, hasta el punto de desaprovechar la oportunidad de construir un genuino derecho estatutario en materia de contratación para todo el sector público, optando, sin causa, por un sistema dual y contradictorio entre la Administración matriz y la sociedad urbanística local que es pura, simple y mera forma de aquella. Proceder que ha convertido la contratación en un territorio *de frontera*, donde las omisiones y ambigüedades legislativas generan una lucha por el derecho entre gestores (que invocan la libertad negativa) y juristas (defendiendo la libertad positiva) que urge resolver en favor del interés general mediante una inaplazable reforma legislativa donde se produzca, al igual que ocurre en la Comunidad Foral Navarra, la absoluta equiparación entre las Administraciones matrices y sus sociedades en toda contratación. ¿Por qué persistir entonces en un régimen jurídico que puede ser condición de posibilidad de conductas ilícitas, visto el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017? ¿Por qué eludir el principio de libertad positiva en el sector público en esta materia? ¿Por qué, como dice el autor, no equiparar a las sociedades urbanísticas locales con sus Administraciones matrices y así «conseguir un trato igualitario a todas las entidades del sector público que evite el galimatías que supone la actual regulación de la ley de contratos de 2017 y aplicar, con la máxima seguridad jurídica, el mismo régimen de contratación pública de las Administraciones locales a las sociedades urbanísticas locales»?

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cantera Cuartango, J. M. (2023). *Régimen jurídico de la contratación de las sociedades públicas urbanísticas locales. De su pasada y vigente regulación a su deseable ordenación en beneficio de la sociedad: una propuesta constructiva*. Aranzadi.